

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FOGGIA

**DOTTORATO IN ECONOMIA E DIRITTO PER LA GESTIONE DELLE
AZIENDE
XXIV CICLO**

**TESI DI DOTTORATO
“SOLUZIONI NEGOZIALI DELLA CRISI DI IMPRESA”**

**TUTOR
CH.MO PROF.
SALVATORE MONTICELLI**

**CANDIDATO
DOTTOR
MICHELE GRAZIANO**

ANNO ACCADEMICO 2011/2012

INDICE

Capitolo primo

La nuova disciplina delle procedure concorsuali, tra nuovi spazi di privatizzazione e rinnovate istanze di degiurisdizionalizzazione

1. Origine ed evoluzione del sistema fallimentare italiano.
2. Peculiarità e criticità dei nuovi strumenti di composizione della crisi di impresa.
3. Spunti di diritto comparato. Il confronto con il sistema fallimentare americano e con le procedure concorsuali di diritto tedesco.

Capitolo secondo

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel contesto della riforma della disciplina fallimentare

1. Il dibattito sulle soluzioni negoziali della crisi e le novità della riforma: gli accordi di ristrutturazione dei debiti
2. Natura giuridica, elementi strutturali e profili funzionali. Corollari in tema di disciplina applicabile.
3. Presupposti di carattere oggettivo e soggettivo. Ambito di applicazione dell'istituto.
4. Profili formali e contenutistici. Gli effetti dell'accordo: dai rapporti con l'azione revocatoria alle questioni di carattere fiscale.
5. La relazione redatta da un professionista. L'attuabilità dell'accordo e la veridicità dei dati aziendali.
6. Il procedimento di omologazione, tra vaglio di legittimità e controllo di merito.
7. L'adesione di una percentuale qualificata di creditori e la pubblicazione nel registro delle imprese.
8. Le eventuali opposizioni dei creditori. Aspetti di carattere processuale.

Capitolo terzo

L'impiego del trust nell'ambito della gestione negoziale della crisi d'impresa.

1. Il trust. Lineamenti essenziali dell'istituto.
2. Il trust alla luce della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985: questioni di carattere internazionale-privatistico. Il concetto di "trust amorfo". La legge regolatrice: il principio di libertà di scelta. Gli effetti del "riconoscimento".
3. Il trust e l'ordinamento giuridico italiano: dal "trust interno" alla compatibilità dell'istituto con i principi di diritto nazionale.

4. Trust e trascrizione: il problema della pubblicità immobiliare alla luce del (presunto) principio di tassatività delle fattispecie trascrivibili.
5. Trust e ristrutturazione stragiudiziale. L'istituto a cavallo tra finalità protettive ed intento liquidatorio.
6. Trust e procedura fallimentare. L'utilizzo dell'istituto quale strumento alternativo al fallimento. La sorte del trust al sopraggiungere della pronuncia di fallimento.
7. Trust e concordato preventivo. L'utilizzo dell'istituto quale strumento negoziale alternativo al concordato. Il trust utilizzato per anticipare gli effetti protettivi di cui all'articolo 168 l. fall.. Il trust quale modalità operativa della liquidazione dell'attivo o della prosecuzione dell'attività aziendale in un piano concordatario.
8. Trust e Accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall. La compatibilità tra gli istituti in esame. Ipotesi di utilizzo del trust.

Capitolo primo

La nuova disciplina delle procedure concorsuali, tra nuovi spazi di privatizzazione e rinnovate istanze di degiurisdizionalizzazione

1. Origine ed evoluzione del sistema fallimentare italiano.

L'originario sistema fallimentare italiano, introdotto nel 1942 con il R.D. 16 marzo 1942, n. 267, era caratterizzato da una matrice prevalentemente sanzionatoria e punitiva. Il fallimento era percepito come evento socialmente squalificante ed esecrabile, cui porre rimedio sia con l'eliminazione dell'impresa fallita dal mercato che con la restrizione di alcuni diritti personali dell'imprenditore fallito¹. Basti pensare, del resto, al termine utilizzato per la caratterizzazione della procedura (fallimento) dai connotati indiscutibilmente negativi. In linea con tali principi, la disciplina fallimentare italiana è stata dunque concepita come processo di carattere squisitamente liquidatorio che prevede lo spossessamento del debitore fallito e/o il subentro di un curatore per la gestione della procedura sotto la supervisione del tribunale fallimentare.²

¹ RILEVA L. ROVELLI, *Un diritto per l'economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di degiurisdizionalizzazione?*, in AA. VV., *La crisi d'impresa, Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, 39: "La legge fallimentare del 1942 evidenziava la propria natura nel presentarsi come lo strumento normativo che garantisce e disciplina la tutela esecutiva dei creditori, in una situazione di déconfiture dell'impresa, nella forma capace di assicurare nel maggior grado ritenuto possibile, la tutela della par condicio. Di qui la caratteristica di legge soprattutto "processuale" che le va riconosciuta. "Il fallimento", rilevava Gustavo Bonelli "è l'organizzazione legale e procedurale della difesa collettiva dei creditori di fronte all'insolvenza del commerciante, il cui patrimonio deve essere liquidato ed erogato a favore dei creditori". La (ritenuta) coincidenza dei due interessi (quello, privatistico, di tutela del credito e quello pubblicistico, di tutela del sistema economico con l'eliminazione dell'impresa che ha organizzato impropriamente i fattori di produzione) ben giustificava la via esclusivamente giurisdizionale nel processo esecutivo collettivo organizzato per la attuazione del diritto dei creditori, tanto che, come efficacemente è stato rilevato, il giudice diventava "il braccio secolare di una legge superiore al diritto positivo, perché naturale, quella regolatrice del mercato". Questa "armoniosa" convergenza di pubblico e privato sarebbe presto destinata a venir meno, e ad essere avvertita come inadeguata dalla coscienza sociale, quanto meno a partire dagli anni '70 in presenza di una grave crisi della nostra economia e al verificarsi di dissesti, la rilevanza dei cui effetti non si esauriva all'interno dei soggetti legati da un rapporto obbligatorio con l'imprenditore in dissesto. Il bilanciamento tra gli interessi "privatistici" di ciascun titolare del diritto di credito con quelli, "collettivi" della più vasta comunità di soggetti i cui interessi dipendono dalla sopravvivenza dell'impresa, e con quelli "generali" che, entro un territorio, fanno capo soprattutto alla crisi della grande impresa industriale, ha comportato la (forse definitiva) rottura di quella coincidenza- fra tutela del diritto di credito e interesse alla "selezione naturale" che porta alla eliminazione dell'impresa "inefficiente". E così, a partire dalla c.d. Legge Prodi del 1979, per la prima volta, come è stato sottolineato "la gerarchia degli interessi è ribaltata non già per mano della giurisprudenza, sollecitata dalle circostanze, caso per caso, ad un alternativo delle procedure concorsuali, bensì dal legislatore stesso e quindi con una valenza generale ed astratta e con riflessi sistematici sull'intera normativa concorsuale". Di qui la difficile ricerca, attraverso il susseguirsi di interventi normativi, delle condizioni che possono legittimare il perseguimento del "salvataggio" dell'impresa: di quelle, cioè, in presenza delle quali, l'impotenza patrimoniale dell'imprenditore a far fronte alle proprie obbligazioni non coincide con l'impotenza dell'impresa a permanere nel circuito economico".

² Appare opportuno evidenziare il discrimine tra i concetti di "crisi", "squilibrio" ed "insolvenza".

La crisi dell'impresa si manifesta a diversi livelli. La crisi dell'impresa può manifestarsi come crisi dell'organizzazione. L'esercizio dell'impresa è un'attività dinamica che si svolge mediante l'impiego organizzato di risorse (fattori della produzione) di varia natura (capitale, lavoro, idee) allo scopo di creare utilità e, normalmente, di produrre ricchezza. Il risultato che l'imprenditore si ripromette di ottenere dalla sua attività, che possiamo individuare, con un'espressione di sintesi, nella "creazione di valore", è però assolutamente incerto poiché dipende, oltre che dalle sue capacità, da molteplici fattori esterni, come l'azione dei concorrenti, il progresso tecnico, l'evoluzione della società e degli orientamenti dei consumatori, nonché il contesto normativo-istituzionale nel quale l'impresa si trova ad operare. L'imprenditore affronta pertanto nella sua attività un rischio tipico e immanente, legato all'eventualità che errori di gestione o eventi esterni più o meno prevedibili compromettano il pieno e corretto svolgimento del programma imprenditoriale adottato e il conseguimento dei risultati attesi. La crisi dell'impresa non è peraltro un evento eccezionale. Non lo è su un piano statistico, ma soprattutto non lo è a livello macroeconomico. Infatti, nella misura in cui l'impresa opera sul mercato, essa si assoggetta alla funzione che il mercato tipicamente svolge, una funzione di selezione continua tra soggetti che vi appartengono, decretando la sopravvivenza delle imprese efficienti e la fuoriuscita dal suo ambito di quelle che non sono. Il diritto fallimentare si occupa dell'impresa in crisi e, sebbene il presupposto di attivazione delle diverse procedure concorsuali si basi sull'incapacità, attuale o in alcuni casi solo potenziale, dell'imprenditore di adempiere regolarmente le obbligazioni contratte, la crisi dell'impresa non coincide con il deficit della c. d. garanzia patrimoniale dell'imprenditore. Ciò accade perché l'alterazione della garanzia patrimoniale di un imprenditore ha motivazioni del tutto peculiari.

La stessa garanzia patrimoniale che si offre ai creditori dell'impresa non è costituita tanto dalla mera capienza del patrimonio dell'imprenditore, cioè dalla sufficienza dell'attivo esistente a coprire le attuali passività, quanto da un corretto impiego nell'attività produttiva delle risorse patrimoniali che l'imprenditore ha deciso di destinarvi perché possano essere assicurate, anche prospetticamente, la produzione di reddito e la valorizzazione dell'investimento effettuato. In questa prospettiva dinamica il patrimonio dell'impresa può vedere più volte modificata la sua consistenza. Ad una efficiente organizzazione dell'impresa sono in realtà interessati non solo i suoi creditori, ma anche tutti i soci cc. dd. Stakeholder, cioè coloro che abbiano instaurato con essa rapporti di lavoro, di collaborazione, rapporti contrattuali a lungo termine (fornitori, dipendenti, collaboratori e consulenti). Quando si parla di crisi dell'impresa ci si riferisce pertanto a situazioni complesse, che si originano essenzialmente da anomalie dell'organizzazione (intesa in senso ampio, come comprensiva della stessa attività di gestione), mentre la stessa garanzia patrimoniale è a rischio non solo e non necessariamente in caso di carenza dell'attivo rispetto al passivo, ma anche e soprattutto laddove si sia arrivato un qualche processo degenerativo dell'organizzazione aziendale che, in tempi più o meno brevi, può portare l'impresa all'incapacità di far fronte al proprio indebitamento. Un'impresa può quindi essere considerata in senso ampio in crisi quando, per disfunzioni radicatesi nel tempo o per eventi impreveduti e congiunturali, si ritrova ad operare in condizioni economicamente inefficienti o versa in una situazione di diffuso disordine organizzativo e gestionale. La crisi dell'impresa può altresì manifestarsi come crisi di legalità. Un'organizzazione imprenditoriale è investita da una vera e propria crisi di legalità quando al suo interno la violazione di norme di legge o regolamentari, di principi generali di prudenza e diligenza o di norme di corretta gestione, assume, per la gravità dei comportamenti, per la loro reiterazione o per il carattere diffuso e sistematico delle irregolarità, un'importanza tale da esporre a grave pregiudizio gli interessi dei soggetti coinvolti nella sua attività nonché di mettere a rischio la sopravvivenza dell'impresa stessa. La crisi di impresa può, inoltre, assumere sembianze di crisi economica. Nella vita di un'impresa si instaura una situazione di crisi economica quando al suo interno si producono e si stabilizzano anomalie che non le consentono di raggiungere il suo obiettivo naturale, cioè la creazione di valore (valorizzazione o remunerazione del capitale investito). Gli studiosi di scienze aziendali hanno correttamente messo in luce come la crisi dell'impresa non maturi mai in modo istantaneo, ma sia preceduta da una più o meno rapido processo di declino che spesso si evidenzia attraverso risultati negativi sul piano reddituale.

Lo squilibrio ha presupposti diversi. L'impresa manifesta uno squilibrio economico quando i ricavi prodotti dalla sua attività non riescono più a coprire i costi di gestione e quindi opera in una condizione palesemente antieconomica. Nella disciplina comune, invece, l'evidenziarsi di perdite di gestione impone all'imprenditore di adottare misure correttive soltanto quando l'impresa assuma la forma di società di capitali. In particolare, tali perdite assumono rilevanza quando abbiano inciso sul capitale sociale provocandone una riduzione di oltre un terzo. In questo caso l'assemblea, se entro l'esercizio successivo la perdita non sia diminuita a meno di un terzo, dovrà procedere alla riduzione del capitale sociale in proporzione alle perdite accertate (artt.2446 e 2482-bis c.c.). Se la perdita porta il capitale al di sotto del minimo

legale, l'assemblea all'uopo convocata, per evitare lo scioglimento della società, dovrà senz'altro deliberare la riduzione e il contemporaneo aumento del capitale per un importo almeno pari al minimo legale o la trasformazione della società (artt. 2447 e 2482- ter c.c.). L'impresa vive in situazioni di squilibrio finanziario quando finanzia la propria attività con modesti mezzi propri e prevalentemente con mezzi di terzi. L'aumentare del costo del credito fa lievitare i costi di gestione dell'impresa finanziaria, con l'effetto di diminuire la sua redditività. In questi casi lo squilibrio finanziario espone l'impresa ad una situazione di pericolo particolarmente grave. In primo luogo bisogna precisare che lo squilibrio finanziario può essere, nella vita dell'impresa, una condizione motivata da disfunzioni oggettive o da esigenze finanziarie contingenti, ma in alcuni casi può derivare da scelte deliberate dello stesso imprenditore intese a tradurlo in una condizione stabile della sua organizzazione imprenditoriale. In questo caso l'impresa è volutamente dotata di un capitale iniziale insufficiente. In altri casi lo squilibrio finanziario è condizione che sopravviene per l'instaurarsi di qualche fattore di decadenza economica. Al di là di situazioni di settore, lo squilibrio finanziario risulta in genere particolarmente preoccupante nelle imprese caratterizzate dall'assenza di responsabilità patrimoniale personale del titolare, quindi nelle imprese operanti sotto il regime della responsabilità limitata dei soci. Nelle società di capitali in particolare, ove dei debiti sociali risponde solo la società con il suo patrimonio e pertanto i soci rischiano solo l'investimento effettuato, la sottocapitalizzazione dell'impresa rappresenta talora una scelta consapevolmente adottata per ridurre al minimo la porzione di ricchezza esposta al rischio d'impresa, addossando ai terzi creditori le conseguenze di una eventuale insolvenza. In particolare, la recente riforma del diritto societario ha affrontato il problema dell'ambigua pratica di quei finanziamenti effettuati dai soci a favore della società di capitali partecipata. Nella disciplina della s.r.l., infatti, la recente riforma del diritto societario ha introdotto la regola per cui il rimborso dei finanziamenti concessi dai soci alla società " in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento" è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito (art. 2467 c.c.). La stessa regola si applica ai finanziamenti effettuati a favore di società soggetta a direzione e coordinamento da parte di chi eserciti tale attività o di altre società del gruppo (art. 2497- quinquies c.c.). Ciò che queste disposizioni intendono contrastare è segnatamente la c.d. sottocapitalizzazione nominale (o formale) della società e cioè la situazione in cui l'impresa è finanziata, ma non nelle forme del conferimento di capitale di rischio. Come già segnalato, restano invece assenti, nell'ordinamento delle società di capitali, norme finalizzate a combattere la sottocapitalizzazione sostanziale della società e cioè la specifica carenza di investimenti di capitale adeguati allo svolgimento dell'attività programmata. Ad un approccio diverso vi è solo un accenno in tema di patrimoni destinati ad uno specifico affare per la cui costituzione (possibile solo nella s.p.a.) la legge richiede la predisposizione di uno specifico piano economico-finanziario da cui risulti la congruità del patrimonio rispetto alla realizzazione dell'affare (2447- ter c.c.). Vi è squilibrio patrimoniale quando l'insieme dell'attivo dell'impresa è inferiore alle sue passività. La sufficienza delle risorse proprie dell'impresa è qui riguardata non già in relazione alle esigenze di finanziamento della sua attività, quanto in funzione della possibilità di pagamento dei suoi debiti attuali. Di fronte al mero squilibrio patrimoniale, che non dia luogo anche a squilibrio finanziario e che non si traduca ancora in conclamata insolvenza, l'ordinamento peraltro non interviene ad imporre particolari misure se non in modo indiretto. Ciò avviene, ad es., nella disciplina delle società di capitali, mediante la norma che rende gli amministratori responsabili verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (art.2394 c.c.) Ulteriore differenza è quella con la nozione di insolvenza.

Nell'accezione comune l'insolvenza dell'impresa indica la generica incapacità dell'imprenditore di soddisfare i suoi attuali creditori. Per le scienze aziendalistiche l'insolvenza coincide essenzialmente con l'incapacità dell'impresa di produrre al suo interno le risorse finanziarie necessarie a fronteggiare il proprio indebitamento. In quest'ottica l'insolvenza viene vista essenzialmente come l'epilogo delle crisi economiche dell'impresa. In campo giuridico, invece, la nozione è contenuta nell'art.5 l. fall. Ai sensi della richiamata norma " lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti o altri fattori esteriori i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni". Sulla base di questa disposizione l'insolvenza non pare coincidere con la cessazione dei pagamenti, nè con uno o più inadempimenti. Questi ultimi ne rappresentano tutt'al più uno dei sintomi rivelatori, una forma di esteriorizzazione, ma l'insolvenza si identifica in una condizione più complessa ed oggettiva, rappresentata dall'incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, cioè tutte le obbligazioni contratte, che abbiano come oggetto un dare o un facere (comprese le obbligazioni di non facere), assunte nello svolgimento

Il primo intervento significativo in materia si ha solamente negli anni Settanta, complice la grave recessione del periodo, quando il legislatore si rese conto che gli strumenti allora disponibili non erano idonei a far fronte a crisi di grandi imprese di interesse nazionale, dove gli interessi da tutelare sono molteplici e confliggenti. Fu così che il 3 aprile 1979 venne promulgata la L. n. 95, c. d. legge Prodi, che aveva come obiettivo principale quello di salvaguardare i livelli occupazionali e la continuazione dell'attività di impresa, anche attraverso la riorganizzazione o conversione di tali attività. Nel corso degli anni, tuttavia, la legge Prodi è passata più volte al vaglio della Suprema Corte e della Corte Costituzionale finché, nel 1996, la Corte europea di giustizia, con la decisione 96/434/CE, ne ha dichiarato l'incompatibilità con la disciplina comunitaria sugli aiuti di stato, costringendo così il legislatore a sostituire tale testo di legge con la cosiddetta legge Prodi-bis (D.Lgs. 8 luglio 1999, n.270). Sia la legge Prodi che la legge Prodi-bis, tuttavia, non sono mai state in grado, nella pratica, di consentire un vero e proprio risanamento aziendale e sono invece quasi sempre sfociate in complessi ed interminabili procedimenti di liquidazione. Tali corpi normativi hanno comunque avuto il pregio di introdurre nel nostro sistema alcuni concetti innovativi, tra cui la disciplina della crisi di "gruppo" che, paradossalmente, ancora oggi non è prevista per le procedure fallimentari ordinarie. La vera svolta nella storia del diritto fallimentare italiano si ha tuttavia con il tristemente noto caso Parmalat. E' proprio in quella circostanza, infatti, che ancora una volta emersero le lacune del diritto vigente in relazione alle procedure di ristrutturazione economica e

dell'attività dell'impresa o al di fuori della stessa (obbligazioni civili), secondo le modalità e le scadenze previste dal titolo che le ha originate (art.1218). L'inadempimento in quanto tale, infatti, non sempre attesta lo stato d'insolvenza dell'impresa e, ove l'insolvenza non vi sia, andrà affrontato dal creditore insoddisfatto con i comuni rimedi civilistici. Ciò che rileva nell'ambito della disciplina concorsuale è invece l'incapacità di adempiere dell'imprenditore intesa come condizione oggettiva e strutturale della sua organizzazione. Su tale condizione si dovrà indagare, in presenza di segnali esteriori, tra i quali, per, l'appunto, gli inadempimenti, allo scopo di accertare se vi sia insolvenza. In questa prospettiva la giurisprudenza ha accolto una nozione di insolvenza legata alla carenza di liquidità ordinaria (cioè generata dalla normale attività imprenditoriale) del patrimonio dell'imprenditore, nonché dal venir meno del suo credito commerciale (con la relativa possibilità di ottenere dai creditori dilazioni nei pagamenti o da terzi nuovi finanziamenti) come condizioni che creano per l'imprenditore una situazione di oggettiva impossibilità di onorare con regolarità i propri debiti. A questa impostazione si è obiettato, da un lato, che la misurazione del credito commerciale dell'imprenditore è operazione complessa e dagli esiti troppo vaghi per poter essere utilizzata ai fini dell'accertamento dell'insolvenza e che pertanto sarebbe opportuno limitarsi ad osservare la consistenza e la composizione del patrimonio del debitore, dall'altro, che la liquidità necessaria al soddisfacimento dei creditori ben potrebbe scaturire dalla liquidazione integrale dei beni del debitore e quindi dallo smantellamento dell'organizzazione aziendale con vendita dei cespiti anche a prezzi di mero realizzo. La circostanza che esclude il fallimento è infatti il regolare soddisfacimento dei creditori e non avrebbe rilevanza alcuna che ciò avvenga a costo della vendita dei beni aziendali e della cessazione dell'attività di impresa. La nozione di insolvenza commerciale verrebbe così quasi a coincidere con quella di insolvenza civile risolvendosi essenzialmente nella incapienza del patrimonio dell'imprenditore. La recente riforma del diritto fallimentare adotta tuttavia sul punto un approccio innovativo, nell'ottica di favorire la tempestiva rilevazione ed eliminazione della crisi d'impresa per evitare che produca più gravi conseguenze. L' art. 160 indica infatti, quale presupposto per l'ammissione dell'imprenditore alla procedura di concordato preventivo, non più lo stato di insolvenza, come nella previgente disciplina, ma più genericamente uno " stato di crisi dell'impresa". Si tratta, come si vedrà meglio in seguito, di una procedura con finalità di esdebitazione, cui il debitore può accedere ove concordi con i creditori un piano idoneo a consentirgli di superare la crisi tramite diverse soluzioni possibili, indicate all'art. 160, tra cui la ristrutturazione dei debiti o il loro adempimento in forme alternative rispetto al pagamento in denaro. Secondo l'opinione prevalente, il presupposto della procedura, indicato, come si diceva poc'anzi, nello "stato di crisi", può legittimamente annoverare le situazioni prodromiche dell'insolvenza sopra segnalate. In tal senso AA.VV., *Diritto fallimentare*, Milano, 2008, 5 e ss.

finanziaria delle grandi imprese di interesse nazionale, ove le esigenze di continuità aziendale e di salvaguardia dei livelli occupazionali prevalgono rispetto alle logiche di liquidazione. Causa anche il conclamato insuccesso delle leggi Prodi e Prodi- bis, la legge Marzano (successivamente più volte modificata, da ultimo con il decreto Alitalia) ha di fatto aggiunto un'ulteriore procedura di amministrazione straordinaria applicabile a gruppi societari di dimensioni maggiori rispetto a quelle previste per l'accesso alla Prodi-bis. La vera innovazione della legge Marzano consiste in realtà nella formula di concordato utilizzabile da parte del commissario straordinario, chiaramente ispirato alle soluzioni concordatarie della procedura di Chapter 11 americana che per la prima volta ha espressamente previsto la possibilità di suddividere i creditori in classi con trattamento differenziato (nel rispetto, naturalmente, delle cause legittime di prelazione) e la possibilità di ristrutturare i debiti e pagare i creditori in qualsiasi forma, ivi inclusa la cessione dei beni, l'accollo, l'attribuzione ai creditori di azioni, l'assegnazione di obbligazioni convertibili od altri strumenti finanziari (c.d. Debt-equity swap).³ I contenuti innovativi della legge Marzano hanno funto da scintilla per l'avvio del più ampio progetto di riforma del diritto fallimentare italiano protrattosi negli anni seguenti. Per ragioni politiche ed interessi contrapposti, tuttavia, la riforma è stata attuata in più riprese, in maniera frammentaria e non ha certo brillato per organicità e completezza, lasciando anzi aperte lacune non trascurabili, frutto del mancato coordinamento dei nuovi istituti con il precedente impianto normativo⁴. Il legislatore della riforma, ispirandosi in buona parte al Chapter 11 ed ai Pre- packaged Plan di diritto statunitense, oltre ad una sostanziale modifica degli istituti fallimentari preesistenti, ha dato vita a due nuovi strumenti pre-fallimentari per la soluzione delle crisi temporanee. L'obiettivo perseguito è stato quello di far emergere le situazioni di crisi prima che diventino irreversibili, favorendo soluzioni private e negoziate delle stesse e decongestionando, al contempo, le aule dei tribunali fallimentari⁵.

³ In realtà, la possibilità di perseguire sin da subito un programma di riorganizzazione mediante cessione di beni è stata introdotta con il decreto Alitalia. Per approfondimenti in tema di amministrazione straordinaria si veda M. GALIOTO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano, 2003; L. PONTI e F. SPADETTO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, Padova, 2006; C. COSTA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dopo il D. Lgs. 12.9.2007, n. 169*, in *Il nuovo diritto*, Torino, 2008; G. FAUCEGLIA, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, III, a cura di L. PANZANI, Torino, 2009.

⁴ Le modifiche alla legge fallimentare succedutesi negli ultimi anni sono state apportate attraverso diversi interventi normativi, tra cui: D.L. 14 marzo 2005, n.35, convertito in L. 14 maggio 2005, n. 80; D.L. 30 dicembre 2005, n. 273 convertito in L. 23 febbraio 2006, n. 51; D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5; D. Lgs. 12 settembre 2007, n.169; L. 18 giugno 2009, n. 69; e, infine, D.L. 31 maggio 2010, n.78, convertito con modificazioni in L.30 luglio 2010, n.122.

⁵ Sulle criticità del vecchio sistema fallimentare e sulle problematiche discendenti dalla riforma del fallimento del 2005 cfr.: APICE U., *Soggetti e rapporti giuridici nelle procedure concorsuali*, Padova, 2002; APRILE F., *Società artigiana e fallimento: percorrendo antichi e nuovi sentieri esegetici tra provocazioni legislative e suggestioni giurisprudenziali*, G. Comm., 2004, I, 1019-1034; ID., *Agente, Associazioni temporanee di imprese (A.T.I.) e Coniuge del fallito*, in Tratt. FERRO, *Insinuazioni al passivo*, I, 44-59, 234-240 e 480-489; APRILE F. - BELLE' R. - BISOGNO M. - DIDONE A., *Ricavi lordi*, in FERRO M. - DI CARLO A. (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 263-273; APRILE F. - CELENTANO P. - CULTRERA M.R., *Tipologie soggettive al vaglio di fallibilità*, in FERRO M. - DI CARLO A. (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 177-183; BALDASSARRI A., *Contratto di agenzia. Figure affini, particolari e atipiche di agente*, in CENDON P. (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*. Distribuzione, Torino, 2004, XVI, 53-89; BALDI R., *Il contratto di agenzia*, Milano, 2008; BELLE' R. - APRILE F. - BISOGNO M. - ZANICHELLI V., *Attivo patrimoniale*, in FERRO M. - DI CARLO A. (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 245-261; BELLE' R. - BISOGNO M. - MONTELEONE M. SENSINI L. - ZANICHELLI

V., *Debiti*, in FERRO M. - DI CARLO A. (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 275-284; BLATTI C., *Società tra professionisti*, in Tratt. FERRO, *Insinuazioni al passivo*, II, 1996-1978 ; BLATTI C. - MINUTOLI G., *Il fallimento della holding personale tra nuovo diritto societario e riforma della legge fallimentare*, Fall., 2006, 427-437; BONFANTE G. - COTTINO G., *L'imprenditore*, Tratt. G. COTTINO, I, 2001; BRUNO C., *La crisi dell'impresa sportiva*, in FAUCEGLIA G. - PANZANI L. (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, I, 69-97; CAFARO A.M., *Prime riflessioni sui rischi di illegittimità costituzionale della riforma delle procedure concorsuali*, Fall., 2006, 735-740; CAGNASSO O. - IRRERA M., *Aspetti generali della riforma*, in AA.VV., *La riforma del fallimento*, Milano, 2007, 5-9; CAIFA A., *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008; CAPO G., *I presupposti del fallimento*, in FAUCEGLIA G. - PANZANI L. (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, I, 5-68; ID., *I presupposti del fallimento. Fallimento e impresa*, in BUONOCORE V. - BASSI A. (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2010, I, 2-87; CAPUZZI F., *Come è cambiato il presupposto soggettivo del fallimento*. D.f., 2008, I, 534-558; CARATOZZOLO M., *La nozione di <<investimenti nell'azienda>> e di <<ricavi lordi>> nell'art.1 della nuova legge fallimentare*, Fall., 2007, 5-10; CARAVAGLIOS R., *Fallimento del coniuge e beni destinati all'impresa*, Fall., 2001, 41-46; CAVALLI G., *I presupposti del fallimento*, in Tratt. AMBROSINI - CAVALLI - JORIO, 17-143; CAVALLI G. - PANZANI L., *Introduzione*, in AA.VV., *Grandi e piccole insolvenze: dal caso Chrysler alla crisi del consumatore*, Atti del XVI Convegno Nazionale di Studi Città di Alba, Torino, 2010, 9-23; CENSONI P. F., *I presupposti del fallimento*, in BONFATTI S. - CENSONI P. F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova 2009, 19 - 46; CETRA A., *Il fallimento della fondazione che esercita attività commerciale*, Fall., 2009, 1429 - 1433; CHIOZZI A., *I presupposti del fallimento. La qualità di imprenditore commerciale*, in Tratt. PANZANI, Torino, 2000, I, 9-81; COLOMBO G.E., *L'esenzione dalle procedure concorsuali per ragioni dimensionali*, Fall., 2008, 625 - 635; COLTRANO G. - LEUZZI S., *La problematica relativa all'espropriazione dei beni dell'impresa <<non fallibile>>*, D. f. , 2010, I, 481-507; D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, Fall., 2009, 715 - 725; ID., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, Fall., 2010, 691 - 699; DE ANGELIS L., *Presupposti del fallimento*, in AA.VV., *La riforma del fallimento*, Milano, 2007, 14-18; DE MATTEIS S., *Natura artigianale dell'impresa ed onere della prova*, Fall., 2004, 507-510; DI MAIO A., *Associazione temporanea di imprese e concordato preventivo*, Fall., 2000, 412-416; DIMUNDO A., *La dichiarazione di fallimento ed il suo presupposto soggettivo*, in FABIANI M. - PATTI A. (a cura di), *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, 35-54; FABIANI M., *La società artigiana, il piccolo imprenditore e un <<residuo>> di norma non più attuale*, F. it, 1992, I, 2064 -2069; ID. (a), *L'impresa <<fallibile>>*, Fall., 2007, 332-330; ID.(b), *Il decreto correttivo alla riforma fallimentare*, F. it., 2007, V, 225-233; FAUCEGLIA G., *Sull'estensione dei soggetti esonerati*, Fall., 2005, 990 - 994; ID., *I presupposti per la dichiarazione di fallimento*, in APICE U. (a cura di), *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, Torino, 2010, I, 3 - 49; FAZZARI A., *Le caratteristiche economiche delle imprese fallite: una sintesi del dato nazionale. Profilo di impresa emersa dall'analisi*, in FERRO M. - DI CARLO A. (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 47-51; FERIOZZI C., *Presupposti oggettivi e soggettivi del fallimento*, in AA.VV., *La riforma del fallimento*, Milano, 2006, 15 - 21; FERRI G. jr., *In tema di piccola impresa tra codice civile e legge fallimentare*, R. d. comm., 2007, I, 735-754; FERRO M., *Il fallimento delle società. I soggetti*, in Tratt. PANZANI, Torino, IV, 1999, 163 - 244; FILOCAMO F.S., *Procacciatore d'affari*, in Tratt. FERRO, *Insinuazioni al passivo*, II, 1723 - 1730; FORTUNATO S., *Commento all'art. 1*, in Comm. JORIO - FABIANI, I, 37-69; GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 2008; GIUSTA M., *Le soglie di fallibilità e la dichiarazione di fallimento*, in AA.VV., *Grandi e piccole insolvenze: dal caso Chrysler alla crisi del consumatore*, Atti del XVI Convegno Nazionale di Studi Città di Alba, Torino, 2010, 181-193; GLIOZZI E., *L'imprenditore commerciale*, Bologna, 1998; GROSSI M.R., *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006; JORIO A., *Introduzione*, in Comm. JORIO - FABIANI, 1-34; ID., *Il presupposto soggettivo per l'accesso alle procedure concorsuali*, Comm. JORIO - FABIANI, Agg., 4 -7; ID., *L'impresa assoggettata alla legge fallimentare e il presupposto soggettivo*, Comm. JORIO - FABIANI, Bologna, 2010, 1-17; LO CASCIO G., *Commentario alla legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000; ID. (a), *L'intervento correttivo ed integrativo del decreto legislativo 5/2006*, Fall., 2007, 865-872; ID. (b), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007; MANDRIOLI L., *I presupposti per la dichiarazione di fallimento. Le imprese soggette a fallimento*, Comm. Didone, I, 43-101; MINUTOLI G., *Coltivatore diretto, Consorzio e Cooperative*, in Tratt. FERRO. *Insinuazioni al passivo*, I, 395 - 408, 490-502 e 531-552; ID., *Impresa familiare*, in Tratt. FERRO, *Insinuazioni al passivo*, II, 1168-1176; MINUTOLI G. - RAGAGLIA E. - SALVATO L., *Società e fallimento*, in FERRO M. - DI CARLO A. (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 187-206; NARDECCHIA G.B.,

Professionisti, in Tratt. FERRO, *Insinuazioni al passivo*, II, 1746-1758; NEGRI G. (a), *Associazioni anche commerciali*, SO. Norme e tributi, 12.6.10, 31; ID. (b), *Un fallimento su misura per i mini- imprenditori*, SO, 20.9.10,6; PAJARDI P. - PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008; PANZANI L., *Le imprese soggette al fallimento*, in BONFATTI S. - PANZANI L., *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, 3 - 46; PASQUARIELLO F., *Il <<diritto>> di fallire del piccolo imprenditore*, D. f., 2008, I, 665-698; PATERNO' RADDUSA P., *L'accertamento delle dimensioni della impresa nella istruttoria prefallimentare*, in DI MARZIO F. (a cura di), *La crisi d'impresa, Questioni controverse nel nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, 75-98; PATTI A., *Diritto fallimentare. I. Presupposti del fallimento*, Milano, 2002; ID. (a), *Affitto d'azienda e finanziamento dell'impresa fallita*, in AA.VV., *Dai piani attestati ai concordati giudiziali: finanziamenti e mercato delle crisi*, Atti del Convegno di Milano per i 30 anni della rivista <<Il Fallimento>>, Allegato Fall., 2009, 76 - 86; ID.(b), *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009; POSITANO G., *E' ancora ammissibile il riferimento all'art. 2083 cod.civ. per delimitare la categoria degli imprenditori esclusi dal fallimento?*, D. f., 2009, II, 49 - 65; POTITO L.- SANDULLI M., *Commento all'art.1*, in NIGRO A.- SANDULLI M. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, I, 1-11; POTITO L.- SANDULLI M., sub art.1, in NIGRO A.- SANDULLI M.- SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, I, 4 - 35; PRINCIPE A., *La valutazione dei fondi per rischi e oneri e dei debiti*, in PROVASOLI A. (a cura di), *Management. Amministrazione e bilancio*, Milano, 2004, II, 340 - 359; PUSTERLA G., *Il Ddl sull'insolvenza del debitore civile e del piccolo imprenditore: prime note*, in AA.VV., *Grandi e piccole insolvenze: dal caso Chrysler alla crisi del consumatore*, Atti XVI Convegno Nazionale di Studi Città di Alba, Torino, 2010, 57-60; RAGAGLIA E.- MINUTOLI G. - SALVATO L., *Soci fallibili, vicende modificative e gruppi*, in FERRO M. - DI CARLO A. (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 207 - 231; ROVELLI L., *L'amministrazione delle grandi imprese insolventi*, in Tratt. PANZANI, Torino, 2002, VI, 3-43; ID., *Quale competitività per le imprese dopo le << trasformazioni >> della legge fallimentare*, Fall., 2006, 105-119; ROVERONI R., *Enti non commerciali*, in Tratt. FERRO, *Insinuazioni al passivo*, III, 490-496; SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, D. f., 2010 , I, 603 - 641; SANTANGELI F., *Commento agli artt. 1-4*, in SANTANGELI F. (a cura di), *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, 3-17, SCARAFONI S., *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, D. f., 2010, I, 438-448; SCHIANO DI PEPE G., *I presupposti (soggettivi e oggettivi) per la dichiarazione di fallimento*, in SCHIANO DI PEPE G. (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, 1-20; ID., *Vecchio e nuovo sulla fallibilità. Variazioni sul tema dopo il D. Lgs. 12 settembre 2007, n.169*, D. f., 2009, I, 654-668; SCHIAVONI G., *Gli imprenditori marginali e i non imprenditori commerciali per categorie economiche*, Q. CSM, 1996, 83, I, 115-149; ID., *Profili dell'insolvenza delle società sportive (anche alla luce del cosiddetto Lodo Petrucci)*, D. f., 2004, I, 295-309; SIGNORELLI F., *L'efficacia probatoria delle scritture contabili dell'imprenditore ed il principio dell'inscindibilità*, Fall., 2007, 810-812; SILVESTRINI A., *I presupposti soggettivi del fallimento a seguito della legge di riforma*, Fall., 2007, 230 - 236; STANGHELLINI L., *Creditori <<forti>> e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, Fall., 2006, 377 - 387; ID., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007; TAMPONI I.- D'AMORA R.- PLENTEDA D., *Imprese in liquidazione e durata dell'esercizio*, in FERRO M. - DI CARLO A. (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 233-243; TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006; ID., *L'accertamento dei presupposti per l'esclusione dal fallimento*, D. f., 2009, II, 193-207; *caratteri dell'impresa <<non piccola>> nella nuova legge fallimentare*, Fall., 2007, 379-389; TRENTINI C., *Imprenditore non fallibile, procedimento prefallimentare e questioni processuali*, Fall., 2009, 600 - 608; ID., *Il fallimento di ente ecclesiastico che esercita attività d'impresa*, Fall., 2010, 982 - 986; ID., *Impresa familiare e fallimento dei partecipanti. Osservazioni a Cass. n. 1458/10*, Fall., 2010, 1147-1148; VENTORUZZO M., *Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo*, in CAVALLINI C. (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, I, 3 - 48; VERNA G., *L'accertamento delle soglie di fallibilità*, Fall., 2009, 1253-1259; VIVALDI R., *Piccola società artigiana e piccola società commerciale: la giurisprudenza pragmatica rimodella un diritto irragionevole*, Fall., 2003, 763- 767; ZANELLI V., *I requisiti di fallibilità tra giurisprudenza e riforma fallimentare*, Fall., 2008, 873 - 881; ZANICHELLI V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lg. 12.9.2007, n. 169*, Milano, 2008; ZANLUCCHI F., *Manuale dell'impresa artigiana*, Padova, 2002; ZOCCA L., *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e relazioni del professionista*, Milano, 2006. In *Giurisprudenza: Corte cost. 22 dicembre 1989, 570, F. it., 1990, I, 1132; Corte cost. 23 luglio 1991, n. 368, F. it., 1992, I, 2064; Corte cost. 25 novembre 1993, n. 419, F.it., 1994, I, 693; Corte cost.30 giugno 1994, n. 266, G. Comm., 1995, II, 463; Corte cost. 30 dicembre 1994, n. 490, D.f., 1995, II, 211;Corte cost. 30 novembre*

Diverse le novità introdotte dalla Riforma in tema di processi di ristrutturazione di impresa.

I piani di risanamento (art. 67, terzo comma, lett.d) l.fall.) con cui si introduce un'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare per gli atti, i pagamenti, e le garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'imprenditore in crisi.⁶

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis l.fall.), accordi che il debitore negozia e sottoscrive con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti. L'accordo deve essere

2007, n. 411, Fall., 2008, 152; Corte cost. 1 luglio 2009, n. 198, Fall., 2010, 1141; Cass. s.u. 29 novembre 2006, n. 25275, G. Civ., 2007, 888; Cass. 15 maggio 1984, n. 2936, Fall., 1985, 709; Cass. 27 giugno 1990, n. 6559, D.f., 1991, II, 21; Cass. 28 febbraio 1992, n. 2501, Not. g. lav., 1992, 593; Cass. 26 luglio 1996, n. 6770, Fall., 1997, 162; Cass. 12 febbraio 1997, n. 1304, G. civ. Mass., 1997, 231; Cass. 17 Giugno 1999, n. 6002, G.civ. Mass., 1999, 1415; Cass. 24 marzo 2000, n. 3520, Fall., 2001, 283; Cass. 6 aprile 2000, n. 4327, F.it., 2001, I, 607; Cass. 20 giugno 2000, n. 8374, F. tosc., 2001, 269; Cass. 11 agosto 2000, n. 10734, Rass. dir. Farm., 2001, 621; Cass. 25 novembre 2000, n. 15222, Italgire Web Civile, rv. 542168; Cass. 17 maggio 2001, n.6757, G. comm., 2003, II, 137; Cass. 12 dicembre 2001, n. 15661, G.dir. SO, 2002, 7, 36; Cass. 9 agosto 2002, n.12113, G. civ., 2002, I, 3077; Cass. 21 dicembre 2002, n. 18235, Fall., 2003, 760; Cass. 6 giugno 2003, n. 9102, Fall., 2003, 1227; Cass. 10 luglio 2003, n. 10860, Italgire Web Civile, rv. 564956; Cass. 29 agosto 2003, n. 12702, Fall., 2004, 314; Cass.15 aprile 2004, n. 7223, G.civ. Mass., 2004, f.4; Cass. 15 giugno 2005, n. 12847, Fall., 2006, 215; Cass. 16 dicembre 2005, n. 27729, Impr., 2006, 696; Cass. 24 febbraio 2006, n.4171, Italgire Web Civile, rv. 587209; Cass. 18 settembre 2007, n.19347, F.it., 2008, 2953; Cass. 1 febbraio 2008, n. 2455, Fall., 2008, 463; Cass. 24 febbraio 2009, n. 4422, Italgire Web Civile, rv. 606724; Cass. 29 luglio 2009, n. 17553, Fall., 2010, 621; Cass. 28 maggio 2010, n. 13086, Fall., 2010, 772; Cass. 16 giugno 2010, n. 14580, Fall., 2010, 1146; Cass. 29 ottobre 2010, n. 22146, Italgire Web Civile, rv. 614635; Cass. 30 luglio 2010, n. 17927 (ord.), ined.; Cass. 29 ottobre 2010, n. 22150, Fall., 2010, 1376; Cass. 5 gennaio 2011, n. 105, SO, 6.1.11, 22; App. Torino 26 aprile 2006, Fall., 2006, 851; App. Torino 19 marzo 2007, Fall., 2007, 807, App. Torino 16 maggio 2007, Fall., 2007, 843; App. Torino 26 ottobre 2007, Fall., 2007, 1484; App. Napoli 29 ottobre 2008, www.osservatorio-oci.org, Ms. 137; App. Napoli 5 giugno 2009, www.osservatorio-oci.org, Ms. 326; App. Napoli 15 luglio 2009, Fall., 2006, 690; App. Torino 11 novembre 2009, Fall., 2010, 376; App. Bari 25 gennaio 2010, www.osservatorio-oci.org, Ms. 243; App. Torino 15 febbraio 2010, Fall., 2010, 689; App. Torino 29 settembre 2010, www.osservatorio-oci.org, Ms. 352; Trib. Torino 6 ottobre 1992, Fall., 1993, 543; Trib. Firenze 10 maggio 1995, R. dir.sport., 1995, 796; Trib. Roma 5 luglio 1995, D.f., 1996, II, 776; Trib. Milano 16 luglio 1998, Fall., 1999, 445-449; Trib. Bologna 6 maggio 1999, G.comm., 2001, II, 135; Trib. Cassino 21 gennaio 2001, G. comm., 2002, I, 225; Trib. Modena 26 marzo 2005, Fall., 2005, 830; Trib. Genova 26 settembre 2005, Fall., 2006, 424; Trib. Sulmona 1 dicembre 2005, Fall., 2006, 354; Trib. Roma 12 dicembre 2006, SO, 31 dicembre 2006, 20; Trib. Monza 30 dicembre 2006, ined.; Trib. Piacenza 22 gennaio 2007, Fall., 2007, 591; Trib. Firenze 31 gennaio 2007, Fall., 2007, 591; Trib. Mantova 1 febbraio 2007, Fall., 2007, 591, Trib. Salerno 7 aprile 2008, F.it., 2008, I, 2271; Trib. Milano 17 luglio 2008, Fall., 2009, 169; Trib. S. Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, Fall., 2009, 713; Trib. Patti 6 marzo 2009, www.osservatorio-oci.org, Ms.318, Trib. Alba 25 marzo 2009, Fall., 2009, 1427; Trib. S. Maria Capua Vetere 22 luglio 2009, Fall., 2010, 690; Trib. Paola 3 dicembre 2009, Fall., 2010, 979; Trib. Palermo 11 febbraio 2010, www.osservatorio-oci.org, Ms.154; Trib. Messina 29 aprile maggio 2010, www.osservatorio-oci.org, Ms.274; Trib. Cagliari 3 maggio 2010, www.osservatorio-oci.org, Ms. 234; Trib. Sulmona 20 maggio 2010, Fall., 2010, 997, Trib. Reggio Calabria 10 giugno 2010, www.osservatorio-oci.org, Ms.313; Trib. Padova 6 novembre 2010, www.osservatorio-oci.org, Ms. 425; Trib. Imperia 25 novembre 2010, ined.; Trib. Napoli 21 aprile 2010, Fall., 2010, 1418; Trib. Terni 24 giugno 2010, www.osservatorio-oci.org, Ms. 305; Trib. Catania 20 luglio 2010, www.osservatorio-oci.org, Ms.321.

⁶ La fattibilità e l'idoneità del piano devono essere attestate da un professionista indipendente, iscritto nel registro dei revisori contabili ed in possesso dei requisiti di cui all'art. 28, lett. a) e b) l. fall. L'art. 67 è un istituto la cui definizione muove dagli effetti che lo stesso produce e le cui finalità sono evidentemente quelle di fornire, in presenza di determinate circostanze, un certo grado di tutela agli accordi stragiudiziali raggiunti dal debitore per la composizione della crisi. Sul punto si segnala P.G. DEMARCHI, *I piani di risanamento ex art.67 legge fallimentare- Tentativo di ricostruzione di un istituto a partire dai suoi effetti in caso di fallimento*, in *www. Il caso.it*, II189/2010,1.

accompagnato dalla relazione di un professionista in possesso dei medesimi requisiti previsti dall'art. 67 che ne attesti l'attuabilità e l'idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori che non prendono parte all'accordo. Una volta concluso, l'accordo viene pubblicato nel Registro delle Imprese e per i sessanta giorni successivi sono inibite le azioni cautelari ed esecutive sul patrimonio del debitore.⁷

Il concordato preventivo è stato radicalmente modificato. Non vi sono più i requisiti di meritevolezza per l'accesso alla procedura e non vi sono più percentuali minime di soddisfacimento dei creditori. Il presupposto soggettivo è rappresentato dallo stato di crisi (e non necessariamente di insolvenza) e la proposta di concordato è libera e può prevedere la suddivisione dei creditori in classi con trattamento differenziato, nonché il pagamento parziale dei creditori privilegiati. Anche per il concordato preventivo è stata introdotta la figura del professionista indipendente che svolge il ruolo di "garante" della veridicità delle informazioni fornite dal debitore e dalla fattibilità del piano proposto. Il sindacato del tribunale in fase di omologazione del concordato è inoltre limitato rispetto alla precedente versione dell'istituto, essendo escluso il giudizio sulla meritevolezza e sulla convenienza (salvo il caso di cramdown e la presenza di classi dissenzienti, art. 180, quarto comma l. fall.).⁸

La transazione fiscale (art.182 ter l. fall.), ossia una particolare procedura "transattiva" tra il Fisco ed il contribuente, esperibile in sede di concordato preventivo (art. 160 l. fall.) o di accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis l. fall.). Essa costituisce una deroga al principio generale di indisponibilità e irrinunciabilità del credito tributario da parte dell'Amministrazione finanziaria, consentendo all'impresa che versa in uno stato di crisi di concordare con l'Erario, alle condizioni e nel rispetto dei limiti imposti dalla legge, una vera e propria operazione finanziaria di ristrutturazione dei debiti fiscali, sia privilegiati che chirografari, attraverso la fissazione di nuove scadenze più dilatate nel tempo (cd. transazione fiscale dilatoria) oppure, nei casi di crisi finanziaria più grave, mediante una decurtazione del loro ammontare (cd. transazione fiscale remissoria).

Oltre ai nuovi strumenti per la soluzione anticipata delle crisi, la riforma ha inoltre modificato sensibilmente la procedura fallimentare ordinaria e, inter alia, sono stati rafforzati sensibilmente il ruolo ed i poteri del comitato dei creditori (specialmente in caso di prosecuzione dell'attività d'impresa: artt. 40 ss l. fall.); parimenti, è stato modificato l'istituto del concordato fallimentare (artt. 124-141 l. fall.) per adeguarlo alle più moderne forme di concordato previste dalla legge Marzano e dal nuovo concordato preventivo, con l'interessante caratteristica che il concordato fallimentare, a differenza delle altre soluzioni negoziate della crisi, può essere proposto anche da uno o più

⁷ Su richiesta dell'imprenditore tale protezione può essere anticipata dal tribunale alla fase delle negoziazioni, dunque prima della pubblicazione dell'accordo. A seguito di questa prima fase stragiudiziale, segue una fase giudiziale, ove il debitore sottopone l'accordo all'omologazione del tribunale ed i creditori ed ogni interessato possono proporre opposizione. Il punto verrà approfondito nel prosieguo della trattazione.

⁸ La natura ed i limiti dei poteri del tribunale in sede di omologazione sono in realtà ampiamente dibattuti sia in dottrina che in giurisprudenza. Si veda, tra gli altri, A. TEODOLDI, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in Riv. dir. proc., 2009, 647; P. GENOVIVA, *Questioni controverse in tema di concordato preventivo*, in Fallimento, 2009, 1220. In relazione al giudizio di ammissione al concordato preventivo, si veda M. VACCHIANO, *I poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo*, in Fallimento, 2007, 1321.

creditori o da un terzo (art. 124, primo comma l. fall.).⁹

2. Peculiarità e criticità dei nuovi strumenti di composizione della crisi di impresa.

Nonostante la recente riforma sia stata accolta dal plauso generale degli addetti ai lavori per aver finalmente messo mano a un corpo normativo ormai ampiamente superato, le critiche e le perplessità in merito ai contenuti e alle modalità con cui questa è stata attuata non sono di certo mancati. L'assai scarno dettato normativo disciplinante le nuove procedure, i difetti di coordinamento con la disciplina fallimentare generale e le incertezze create dalle discordanti interpretazioni offerte dalle prime pronunce giurisprudenziali in materia, hanno inizialmente suscitato qualche perplessità nell'impiego dei nuovi strumenti.

Attraverso l'art. 48 D.L. 31 maggio 2010, n. 78 convertito con modificazioni in L.30 luglio 2010, n. 122 (legge finanziaria 2010) il legislatore ha posto rimedio ad alcune delle principali criticità che avevano accompagnato l'introduzione dei nuovi istituti.

Un primo punto attiene all'esigenza di coordinamento delle nuove procedure di ristrutturazione con la normativa penale fallimentare. Come è noto, la recente riforma del sistema fallimentare non è stata inizialmente accompagnata da una contestuale revisione della disciplina penale fallimentare, nonostante i nuovi istituti e la nuova filosofia alla base delle procedure d'insolvenza avrebbero richiesto un adeguamento del relativo impianto sanzionatorio. Uno degli aspetti maggiormente problematici era certamente rappresentato dal rischio della cd. bancarotta preferenziale (ossia la speciale ipotesi di reato prevista dall'art. 216, terzo comma l. fall. cui va soggetto il debitore che abbia eseguito pagamenti o simulato titoli di prelazione al fine di favorire alcuni creditori a danno degli altri in violazione del principio della par condicio creditorum) a cui era potenzialmente esposto il debitore in caso di insuccesso del processo riorganizzativo con conseguente fallimento.¹⁰

⁹ Sull'argomento, ex multis, S. AMBROSINI, *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2006; S. BONFATTI - P. F. CENSONI, *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della legge fallimentare (manuale di diritto fallimentare)*, Padova, 2008; G. FAUCEGLIA, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di L. PANZANI, Torino, 2009; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2008; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008; P. PAJARDI, *Codice del fallimento*, a cura di M. BOCCHIOLA e A. PALUCHOWSKI, Milano, 2009; P. DEMARCHI, *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, Milano, 2009.

¹⁰ Sulle problematiche relative al mancato adeguamento delle disposizioni penali fallimentari prima delle recenti modifiche introdotte dalla legge finanziaria 2010 si veda A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in Riv. trim.dir. proc. pen., 2006, 119; L. G. BRUNO, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi e di controllo nella gestione della crisi d'impresa e nell'insolvenza*, in Fallimento, 2008, 1138; F. GIUNTA, *Riflessi penali della nuova disciplina fallimentare*, in *La riforma della legge fallimentare*, 2006, a cura di A. NIGRO e M. SANDULLI, II, 1216. Sulle implicazioni e sui limiti della recente riforma della disciplina penale fallimentare si veda R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in Fallimento, 2010, 1366. Si osserva, peraltro, che l'intervento in materia penale non ha tuttavia riguardato le fattispecie di ricorso abusivo al credito e di concessione abusiva di credito, che pur paiono ormai di difficile applicazione in caso di utilizzo di una delle procedure testé menzionate. Si veda sul tema S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in Fallimento, 2009, 65; M. ARATO, *La responsabilità della banca nelle crisi di impresa*, in Fallimento, 2007, 252. Sulla concessione abusiva di credito in generale, si veda B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del*

In proposito, è opportuno ricordare come la legge di conversione del decreto legge relativo alla finanziaria 2010 abbia introdotto il nuovo art. 217 bis. l. fall., che ha posto fine alle molte discussioni sorte in dottrina, escludendo esplicitamente l'applicazione degli artt. 216, terzo comma (bancarotta preferenziale) e 217 (reati di bancarotta semplice) l. fall. per i pagamenti e le operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo, di un art. 182 bis omologato, ovvero di un art.67 .

Un diverso profilo riguarda l'incentivazione all'uso delle procedure di ristrutturazione. E' ben noto come l'accesso alla nuova finanza sia un elemento cruciale ed imprescindibile per qualsiasi operazione di ristrutturazione. In ragione di ciò, il compito principale del legislatore della riforma doveva essere quello di incoraggiare tale pratica. Le recenti modifiche introdotte dalla legge finanziaria 2010 costituiscono un incentivo ulteriore, con la previsione di un privilegio per i soggetti finanziatori in caso di insuccesso della ristrutturazione ed apertura di una procedura fallimentare (articolo 182 quater l. fall)¹¹. Se, per un verso, è certamente lodevole l'intento del legislatore di aver voluto rimediare ad una precedente lacuna legislativa, dall'altro lato non si comprende per quale motivo a beneficiare della prededuzione debbano essere unicamente gli istituti finanziari e non anche i fornitori strategici, indispensabili per la prosecuzione dell'attività di impresa e finanziamenti alla ristrutturazione di impresa.¹² Stesso discorso vale inoltre per i professionisti legittimati a beneficiare della prededuzione: non è chiara la ragione per cui tale privilegio debba spettare esclusivamente ai professionisti attestatori ex artt. 161 e 182 bis, non anche agli altri professionisti (consulenti legali e finanziari, soggetti certamente indispensabili per l'efficace svolgimento delle procedure di ristrutturazione). Nessuna prededuzione è infine prevista per i crediti sorti in esecuzione o in funzione dei piani di risanamento ex art.67. Anche in questo caso la scelta del legislatore pare piuttosto discutibile: se l'esenzione da azione revocatoria prevista per le operazioni effettuate in esecuzione di piani di risanamento ex art. 67 trova la sua giustificazione nella presenza dell'attestazione del professionista circa la veridicità e la completezza delle informazioni fornite e la fattibilità del piano medesimo, non si vede per quale motivo sugli stessi presupposti non si possa

destinatario del credito, in www.ilcaso.it, II, 58/2007, 1.

¹¹ In particolare, ai sensi dell'art. 182-quater l. fall., “ I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111. Sono parificati ai prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111, i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dai soggetti indicati al precedente comma in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato”.

¹² L'unica tutela a tal riguardo per gli avvocati è costituita dal privilegio generale accordato dall'art. 2751 bis, n. 2, c.c., che tuttavia, la giurisprudenza dominante ritiene applicabile solo alla prestazione d'opera personale mentre sarebbe esclusa nel caso in cui l'attività è svolta in forma associata (si veda, da ultimo, Cass. 22 ottobre 2009, n. 22439, in www.ilcaso.it I, 1606/ 2009). Inutile precisare come nei fallimenti e nelle procedure di ristrutturazione di un certo rilievo e complessità partecipino normalmente studi legali associati di rilevanti dimensioni che, in quanto tali, rischiano di doversi insinuare al passivo al rango di creditori chirografari per il recupero dei propri compensi. Cfr.: S. AMBROSINI, Appunti “flash” *sull'art. 182-quater della Legge Fallimentare* , in *Il Caso.it*, II, 204/2010.

altresì riconoscere la natura prededucibile dei crediti sorti in occasione della menzionata procedura. Neppure il trattamento fiscale delle novelle procedure di ristrutturazione pare immune da censure, specie per quanto attiene alle plusvalenze tassabili.¹³

Un ulteriore profilo attiene all'esigenza di razionalizzazione delle procedure fallimentari. Per comprendere quanto sia necessaria una semplificazione della disciplina fallimentare italiana basti pensare al numero di procedure attualmente disponibili: se l'imprenditore è medio-piccolo (e non agricolo, anche se a questo punto non si comprendono le ragioni di tale esclusione) si applicherà il fallimento ordinario; se è medio-grande si applicherà la legge Prodi-bis; se invece è di grandi dimensioni bisognerà ulteriormente distinguere a seconda che svolga attività di pubblico servizio o meno: nel primo caso si applicherà la legge Marzano con le speciali disposizioni all'uopo introdotte dal decreto Alitalia, mentre nel secondo caso si applicherà la legge Marzano "ordinaria". E' evidente che tale giungla legislativa non è certo indice di efficienza, quanto, al contrario, sinonimo di complicazione. L'auspicio è quello che il legislatore riveda radicalmente la disciplina dell'amministrazione straordinaria, quantomeno riorganizzandola in un unico testo di legge disciplinante una singola procedura ed adeguando la stessa a più moderni principi che hanno ispirato le recenti riforme della legge fallimentare. E questa, d'altronde, sembra essere la strada intrapresa dal legislatore con il disegno di legge per il riordino della disciplina delle crisi di impresa. Per altro verso, le procedure di amministrazione straordinaria contengono un'espressa disciplina per l'insolvenza dei gruppi societari, del tutto assente invece nella normativa fallimentare generale. Anche questa è una lacuna a cui occorre porre rimedio quanto prima, atteso che ormai, nella moderna economia, la formazione di gruppi societari è un fenomeno imprescindibile dell'organizzazione d'impresa. E, valga la pena di aggiungere, la fattispecie del gruppo di società dovrà chiaramente essere contemplata anche per i nuovi istituti pre-fallimentari introdotti con la riforma¹⁴.

¹³ Per favorire il ricorso alle procedure di ristrutturazione sarebbe, probabilmente, opportuno pensare ad un sistema di incentivazione fiscale che escluda (o quantomeno riduca sensibilmente) la tassazione degli importi relativi alle plusvalenze derivanti dai crediti rinunciati da parte dei creditori nell'ambito delle procedure di risanamento.

¹⁴ La dottrina, nel commentare la recente riforma delle procedure concorsuali, ha discusso di degiurisdizionalizzazione delle procedure concorsuali. "Tanto la riforma societaria quanto quella delle procedure concorsuali aprono ampi spazi di tipo privatistico agli operatori economici nel quadro di quella direttiva che vuole "un diritto per l'economia". Questo può aver determinato scelte scrutinabili entro una rubrica unitaria denominabile come "degiurisdizionalizzazione". Nel sistema di regolamentazione dei conflitti vanno acquisendo sempre maggior peso centri di composizione alternativi alla giustizia ordinaria: oltre al potenziamento del giudizio arbitrale (con il nuovo arbitrato societario) si assiste alla creazione di nuove authorities, dotate spesso di significativi poteri paragiurisdizionali (che scontano il "bonum" dell'elevatissima specializzazione con un deficit di indipendenza rispetto a quella che compete alle magistrature, e le cui decisioni restano comunque soggette ad un vaglio giurisdizionale variamente ripartito tra giurisdizione ordinaria e amministrativa) nonché alla valorizzazione di organismi di conciliazione - mediazione con valenze preventive (o di supplenza ad un deficit di giustizia), ma anche, in alcuni casi, in funzione "complementare" in un contesto di valorizzazione della self-regulation. Si tratta comunque di fenomeni, pur disomogenei fra loro, che lasciano trasparire l'esigenza che a mutamenti della disciplina del mercato (soprattutto nel rapporto tra imprese, da una parte, consumatori o risparmiatori, dall'altra) debba corrispondere anche un mutamento del sistema di risoluzione dei conflitti. Quanto alla riforma societaria, seppure la scelta di fondo è un favor per l'autonomia negoziale- statutaria, il legislatore della riforma non ha avuto la preoccupazione di assicurare piena coerenza sistematica ad un'impostazione contrattualistica o istituzionalistica: il suo esclusivo intento è stato quello di fornire, sul piano normativo, una disciplina ritenuta la più confacente alla miglior competitività degli operatori nazionali. In questo quadro, elementi di depotenziamento del controllo giudiziario appaiono fisiologici; ma su altri punti sembra aver pesato, nelle scelte del

3. Spunti di diritto comparato. Il confronto con il sistema fallimentare americano e con le procedure concorsuali di diritto tedesco.

La dottrina, in maniera unanime, riconosce importanti differenze tra il sistema fallimentare italiano e quello americano: all'originaria impronta dirigistica e punitiva del sistema fallimentare italiano, frutto evidentemente del periodo storico in cui tale complesso normativo è stato concepito, si contrappone la differente filosofia del sistema americano¹⁵ che identifica il fallimento come logica

legislatore la consapevolezza, se non della incapacità, certo, dell'oggettiva inadeguatezza della giurisdizione ordinaria a dare concreta attuazione delle regole, nei tempi e con professionalità specifica adeguati. Scontandosi, in tal modo, gli effetti, sul piano della normativa sostanziale, del deficit di aggiornamento di disciplina ordinamentale e processuale che era stato predisposto per dare attuazione alla scelta di "specializzazione" della giurisdizione economica; a conferma che se non si è stati capaci di "creare giudici per il mercato, avremo un mercato senza giudici".

Discorso in parte diverso emerge a proposito della riforma delle procedure concorsuali, in cui scelte di nuovi assetti privatistici erano imposte dall'esigenza di attribuire ai creditori dell'imprenditore insolvente poteri assimilabili a quelli che, quando l'imprenditore è solvibile, appartengono ai titolari di capitale di rischio. Ne è derivata, sul piano delle regole delle procedure concorsuali una scelta che, piuttosto che di "degiurisdizionalizzazione" è correttamente definita come di "disintermediazione", e la formalizzazione di procedimenti interamente privatistici, nei contenuti, in cui il ruolo del "giudiziario" è quello di "facilitatore". In entrambi i casi, a fronte della pluralità dei creditori e della diversificazione del ceto creditorio, da un lato, del necessario ricorso a decisioni rette dal principio di maggioranza dall'altro, il punto di crisi è la tutela, per tutti, del diritto di credito, a fronte dell'art. 24 della Costituzione per cui "tutti" possono agire in giudizi (ed esercitare così l'azione esecutiva), in presenza di procedure che quel potere di azione inibiscono, ma decisioni prese a maggioranza possono anche andar oltre il confine dell'interesse comune e non garantire "l'eguale diritto" di tutti a trovare soddisfazione, a misura del proprio diritto sostanziale, nel comune oggetto della garanzia patrimoniale. I nuovi assetti privatistici che emergono sia con riferimento al "riconoscimento" degli accordi di ristrutturazione dei debiti e dei piani di risanamento (dato loro per l'ipotesi che non abbiano successo e il tentativo di risolvere la crisi senza dar vita ad una procedura concorsuale fallisca) sia con riguardo ai novellati istituti del concordato preventivo e di quello fallimentare, sia con la depotenziata presenza dell'organo giudiziario nello svolgimento della procedura di fallimento, costituiscono un momento di necessario aggiornamento della disciplina della crisi di impresa. Essi si inseriscono a pieno titolo nella linea di quel "diritto per l'economia" che mira, pur nella salvaguardia della tutela del credito, a favorire l'operatività di meccanismi di mercato anche nel momento della crisi dell'impresa, e di attuare la salvaguardia possibile del valore d'impresa. Rispetto a tali scelte è più corretto parlare di "disintermediazione" giudiziaria delle crisi aziendali, piuttosto che di degiurisdizionalizzazione, "intesa come una sorta di abbandono di una giurisdizione spuria destinata all'amministrazione di interessi in vista del recupero di altra più pura, volta alla risoluzione dei conflitti"; in cui "l'intervento del giudice assume...la funzione di un controllo di legalità non formale che, anziché tradursi in eterotutela tende ad assicurare l'esercizio di autotutela". E tuttavia, anche in questo quadro largamente positivo, va sottolineato come, dal depotenziamento del ruolo dell'organo giudiziario possano derivare frizioni con la tutela, per tutti, del diritto di credito, e con la fruibilità - per tutti, salvo diverso accordo - dell'azione esecutiva, individuale o concorsuale. Valutazione diversa, soprattutto in ordine alla garanzia di tutela del credito per ogni categoria di creditori, deve essere fatta laddove alla garanzia giurisdizionale, e alla dilatazione degli spazi di autotutela dell'autonomia privata, si sostituisce la gestione affidata all'Autorità politico - amministrativa: in questo caso, il sistema concorsuale evolve da spazio esclusivo di tutela del diritto di credito, a strumento per tentare il risanamento dell'impresa in vista della realizzazione di altri fini, sia pure di interesse generale; in cui il diritto soggettivo dei creditori, si "affievolisce" ad interesse che concorre con altri interessi in una composizione regolata dalla discrezionalità politico - amministrativa".

In tal senso L. ROVELLI, *Un diritto per l'economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di degiurisdizionalizzazione?*, in AA. VV., *La crisi d'impresa, Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, 15 e ss.

¹⁵ Il sistema fallimentare americano trae origine dalla legge fallimentare inglese introdotta nel 1542, primariamente

e ineluttabile manifestazione di un sistema economico fondato sul libero mercato, dove l'impresa in crisi deve anzitutto tentare il risanamento e solo in caso d'insuccesso o impossibilità procedere alla liquidazione. Sostanzialmente diverso risulta quindi il baricentro dei due ordinamenti: se nel sistema americano il perno attorno al quale ruota la giustizia fallimentare è rappresentato dalle procedure di *Chapter 11*¹⁶, preordinate al risanamento ed alla riorganizzazione di impresa, nel

concepita come rimedio per i creditori piuttosto che per i debitori, considerati, questi, soggetti criminali. Il moderno sistema fallimentare statunitense, tuttavia, fu introdotto con il *Bankruptcy Act* del 1898 che, oltre al principio dell'esdebitazione, introdusse altresì la facoltà per il debitore di proporre istanza di fallimento in proprio. La prima e più significativa riforma del sistema fallimentare statunitense fu introdotta con il *Bankruptcy Act* del 1978, quando il Congresso, all'uopo legittimato dalla Costituzione americana, diede forma al codice fallimentare statunitense (*Bankruptcy Code*), oggi inserito nel titolo 11 dello *United States Code*. Il *Bankruptcy Code* ha subito diverse modifiche nel corso degli anni, la più importante delle quali è senza dubbio quella introdotta nel 2005 (*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*). Esso si erge su un principio fondamentale in virtù del quale un debitore insolvente ma onesto merita di potersi giocare tutte le carte a disposizione al fine di tentare il risanamento della propria attività economica, ripianando i debiti e ripartendo da capo (c.d. *fresh financial start*). Da un punto di vista strutturale il *Bankruptcy Code* si articola in vari *Chapter*, tra i quali, in questa sede, menzioneremo il *Chapter 11* relativo alle ristrutturazioni, il *Chapter 7* per la liquidazione, simile al nostro fallimento, ed il *Chapter 15*, introdotto dalla riforma del 2005 per il coordinamento delle procedure concorsuali transfrontaliere.

¹⁶ Il *Chapter 11* è una procedura giudiziale volta a consentire all'imprenditore insolvente la ristrutturazione dei propri debiti e la riorganizzazione dell'attività d'impresa. Tale procedura è principalmente mirata alla salvaguardia del valore dell'azienda e consente al debitore di proseguire la gestione del *business* durante il processo di ristrutturazione. Non tutte le società tuttavia possono accedervi: banche, istituzioni finanziarie, società di assicurazione e broker finanziari sono esclusi dal *Chapter 11*. La procedura si apre con l'istanza di ammissione al *Chapter 11* (alla quale segue la *bankruptcy declaration*) che può essere sia volontaria, se presentata da parte del debitore, che involontaria se presentata da parte dei creditori e delle altre parti interessate. Non appena l'istanza viene depositata presso la corte competente, e salvo certe eccezioni e limitazioni, il debitore insolvente è ammesso a beneficiare del c.d. *automatic stay*, ossia la moratoria delle azioni esecutive individuali di terzi nei confronti del debitore e del suo patrimonio (362 *Bankruptcy Code*). Salvo i casi di frode o di gravi negligenze da parte del fallito (che di seguito definiremo con il termine meno squalificante di <<debitore>> attribuitagli dal *Bankruptcy Code*), l'imprenditore non subisce lo spossessamento, circostanza che consente di definire il *Chapter 11* come procedura *debtor-in-possession*. Le operazioni che non sono di ordinaria amministrazione, come ad esempio le transazioni e i pagamenti di una certa importanza, devono tuttavia essere autorizzate dal giudice. Il curatore viene nominato solo in caso siano state riscontrate irregolarità nella gestione o veri e propri comportamenti fraudolenti del debitore. Nella prima udienza innanzi alla corte fallimentare il debitore solitamente presenta le c.d. *first-day motions*, ossia le richieste di approvazione da parte del giudice di provvedimenti necessari per la continuazione dell'attività di impresa, quali, tra gli altri, l'autorizzazione al pagamento dei dipendenti, la prosecuzione dei programmi per i consumatori ed i pagamenti dei fornitori strategici. Inoltre, il debitore in questa fase chiede solitamente al giudice di autorizzare l'accesso alla nuova finanza che permetta di affrontare sia i costi di procedura che quelli per la prosecuzione del *business* (c.d. *DIP financing*, ossia *debtor-in possession financing*). La nuova finanza autorizzata dal giudice è solitamente assistita da privilegio sui beni del debitore. Nonostante le finalità primariamente riorganizzative della procedura di *Chapter 11*, al debitore sono tuttavia concessi tutti i rimedi normalmente disponibili nel *Chapter 7* (e che, nel sistema italiano, sono contemplati solo in caso di fallimento e, entro certi limiti, di amministrazione straordinaria) quali, tra gli altri, la possibilità di esperire azioni revocatorie, di sciogliere contratti ancora ineseguiti e di far valere l'inefficacia delle clausole c.d. *ipso facto*, ossia quelle clausole contrattuali che fanno scattare la risoluzione del contratto o la modifica dei termini contrattuali al semplice manifestarsi dell'insolvenza o dell'apertura di una procedura concorsuale a carico di una delle parti (365 *Bankruptcy Code*). Allo stesso tempo, tuttavia, il debitore è soggetto alle limitazioni caratteristiche delle procedure concorsuali, tra cui, in primo luogo, i vincoli per la distribuzione delle somme ed il pagamento dei creditori che devono necessariamente rispettare il seguente ordine di preferenza (507 *Bankruptcy Code*):

a) crediti privilegiati (*secured claims* quali, ad esempio, i crediti ipotecari e pignorati);

sistema italiano il centro di gravità continua ad essere collocato nella procedura di liquidazione concorsuale. Negli Stati Uniti i processi di riorganizzazione industriale¹⁷ sono disciplinati in modo

-
- b) crediti prededucibili (*super-priority claims* come ad esempio i crediti per la nuova finanza erogata durante la procedura di Chapter 11 che non siano provvisti di garanzie reali);
 - c) crediti con priorità (*priority claims* quali le spese di procedura, determinati crediti fiscali e dei lavoratori, nonché i crediti dei professionisti che hanno assistito il debitore durante la procedura di *Chapter 11*);
 - d) di creditori chirografari (*unsecured claims* come i crediti commerciali e per le obbligazioni non assistite da garanzie reali);
 - e) crediti postergati (*subordinated claims* sia per natura contrattuale che per legge); f) crediti degli azionisti per il rimborso del capitale (*equity*).

L'elemento centrale della procedura di *Chapter 11* è rappresentato dal piano di risanamento (*plan of reorganization*). Una volta concesse le prime autorizzazioni richieste nella *first-day hearing*, il debitore inizia la predisposizione del proprio piano di risanamento al fine di discuterlo e negoziarlo con i propri creditori. Una serie di adempimenti preliminari sono tuttavia richiesti affinché il piano possa essere validamente presentato, e tra questi i più importanti sono le c.d. *disclosure statements*: il debitore deve fornire ai terzi interessati tutte le informazioni relative al *plan of reorganization*, idonee a consentire a qualsiasi ipotetico investitore o creditore la possibilità di compiere una valutazione completa e precisa del piano proposto (le c.d. *adequate information*, 1125 *Bankruptcy Code*). Terminata la fase delle *disclosure statements*, i creditori sono chiamati ad esprimere il proprio voto sul piano, che viene approvato se in ciascuna classe votante ha ottenuto il voto favorevole di almeno i due terzi del valore nominale dei crediti e la maggioranza, per teste, dei creditori votanti (1126 *Bankruptcy Code*). L'approvazione del piano è soggetta all'omologazione da parte della corte e chiunque può fare opposizione in tale sede. Nel processo di omologazione la corte verifica che siano state rispettate tutte le procedure e gli adempimenti da parte del debitore per la proposizione del piano e, in particolare, accerta che (1126 e 1129 *Bankruptcy Code*):

- il piano sia fattibile, ossia non vi siano evidenti probabilità che lo stesso possa essere seguito da una conversione in liquidazione (*Chapter 7*) o che comunque non vi sia necessità di ulteriore ristrutturazione finanziaria;
- il debitore sia in buona fede;
- il piano rispetti tutte le normative applicabili, sia il *Bankruptcy Code* che le leggi applicabili non necessariamente fallimentari (come ad esempio le leggi relative alle partecipazioni finanziarie, che posso rilevare nel caso in cui il piano preveda l'emissione di strumenti finanziari o *debt-equity swap*);
- il piano sia <<*in the best interest of creditors*>> (il trattamento che ciascun creditore riceve in base al piano non deve essere peggiore rispetto a quello che riceverebbe in caso di procedura di liquidazione ai sensi del *Chapter 7*).⁽³¹⁾

¹⁷ Il *Bankruptcy Code* prevede inoltre un meccanismo che consente al debitore una più rapida emersione dalla procedura di *Chapter 11*: il *Prepackaged Plan of Reorganization*. Nella procedura in esame il debitore predispose il piano di riorganizzazione, lo negozia e lo sottopone alla votazione dei propri creditori prima di depositare l'istanza di ammissione al *Chapter 11*. Al momento della presentazione dell'istanza medesima, il debitore depositerà contestualmente il piano di risanamento che avrà già ottenuto l'approvazione formale dei creditori. Completata la votazione ed aperta la procedura di *Chapter 11*, il *Prepackaged Plan* è sottoposto alla valutazione e alla conferma della *bankruptcy court* con le modalità ed i criteri visti sopra per le ordinarie procedure di *Chapter 11*. Inoltre, il *Prepackaged Plan* deve rispettare i seguenti requisiti:

- deve essere inoltrato e posto all'attenzione di sostanzialmente tutti i creditori con un tempo sufficiente per decidere se accettare o rifiutare;
- deve essere stato approvato con le maggioranze richieste dalla procedura di *Chapter 11*;
- la sollecitazione al voto e la procedura di voto devono svolgersi in conformità con ogni legge applicabile e comunque a seguito della divulgazione ai creditori delle <<*adequate information*>> relative al piano medesimo.

E' interessante osservare come, ai sensi della *Section 1125 (g)* del *Bankruptcy Code* recentemente emendata dal *Bankruptcy Act* del 2005, il debitore che dovesse subire un'istanza di *Chapter 11* da parte di terzi durante la fase di predisposizione e negoziazione del piano, potrà in ogni caso proseguire tali attività anche a procedura avviata. Questa disposizione di legge offre, in sostanza, un rimedio contro le eventuali azioni dei creditori volte esclusivamente ad ostacolare i tentativi di ristrutturazione del debitore in buona fede. Il *Prepackaged Plan* viene normalmente impiegato quando la maggior parte dei crediti verso il debitore è detenuta da un numero contenuto di creditori, solitamente

organico e articolato e prevedono, in ogni caso, un ampio coinvolgimento delle *bankruptcy courts*; la lunga esperienza maturata negli anni dagli operatori (debitori, creditori, professionisti, esperti e giudici), d'altro canto, ha consentito il raggiungimento di collaudati livelli di efficienza nell'impiego di detti strumenti. Allo stesso tempo, tuttavia, nella giurisdizione americana non è contemplata alcuna procedura stragiudiziale che consenta al debitore di rimediare a situazioni di crisi, non

soggetti professionali appartenenti al mondo finanziario, abituati a trattare situazioni simili e dotati delle capacità e dei mezzi all'uopo necessari.

Tra le numerose ed articolate disposizioni speciali contenute all'interno del *Bankruptcy Code* ed applicabili alla procedura di *Chapter 11*, ve ne sono alcune che meritano un'attenzione particolare:

a) Legittimazione alla presentazione del piano di ristrutturazione (1121 *Bankruptcy Code*): la legittimazione a proporre un piano di risanamento nell'ambito di un *Chapter 11* non è appannaggio esclusivo del debitore. Questi, infatti, ha il diritto esclusivo di proporre il piano (*exclusivity period*) entro il termine di centoventi giorni dall'apertura della procedura, termine che può essere esteso dalla corte per un numero limitato di volte (massimo fino a diciotto mesi). Il piano deve poi essere accettato entro centottanta giorni dall'apertura della procedura, termine che può a sua volta essere esteso sino ad un massimo di venti mesi. Terminato tale periodo di esclusiva, qualunque soggetto interessato potrà presentare la propria proposta di risanamento da sottoporre alla votazione degli altri creditori.

In Italia, invece, il concordato preventivo può essere proposto solamente dal debitore ed il concordato nell'ambito di una amministrazione straordinaria ex legge Marzano può essere proposto esclusivamente dal commissario straordinario.

Solo il nuovo concordato fallimentare ammette anche i creditori ed i terzi interessati ad avanzare proposte concordatarie.

b) Disciplina specifica delle procedure concorsuali transfrontaliere (*Chapter 15*): la riforma del diritto fallimentare americano del 2005 ha introdotto (sostituendo integralmente il precedente 304 del *Bankruptcy Code*) una procedura apposita per il riconoscimento delle c.d. *cross-border insolvency*, ovvero quelle procedure che coinvolgono più giurisdizioni. Tale disciplina, inserita nel nuovo *Chapter 15* del *Bankruptcy Code*, ha recepito i principi sanciti dall'Uncitral Model Law sulle *cross-border insolvency*, nonché dal Regolamento Ce n. 1346/2000 in materia. Il debitore sottoposto a procedura concorsuale in altra giurisdizione ha la facoltà di richiedere il riconoscimento della procedura straniera (<<foreign proceeding>>) in territorio statunitense al fine di beneficiare delle relative protezioni, tra cui l'*automatic stay*, con conseguente impossibilità per i creditori di intraprendere o proseguire azioni esecutive individuali sui beni del debitore situati in territorio americano. Il *Chapter 15* identifica, in particolare, due tipologie di *foreign proceeding*, entrambe meritevoli di riconoscimento: *main foreign proceeding*, nel caso in cui la procedura straniera sia iniziata nel Paese in cui il debitore ha il proprio Comi (*Center of Main Interest*); *non-main foreign proceeding* quando la procedura straniera, pur non essendo qualificabile come *main foreign proceeding*, sia stata comunque iniziata in un Paese nel quale il debitore svolge effettivamente la propria attività di impresa.

In Italia, invece, non esistono norme specifiche volte a disciplinare il rapporto con eventuali procedure concorsuali transfrontaliere e la regolamentazione di tale materia, limitatamente ai rapporti con gli altri Paesi Comunitari, è fornita unicamente dal Regolamento Ce n. 1346/2000.

c) <<*Safe Harbor Provisions*>>: sono una serie di disposizioni, introdotte e in parte modificate dal *Bankruptcy Act* del 2005, volte a tutelare le controparti del debitore in contratti derivati o altri strumenti finanziari (*master netting agreements*, contratti di *swap*, *ISDA master agreements* e *collaterals* anche se intercorsi con società diverse, purché appartenenti al medesimo gruppo del creditore). In deroga al principio dell'*automatic stay*, le controparti *in bonis* potranno effettuare il c.d. *close-out netting* anche a procedura avviata. Inoltre, per questa tipologia di contratti, saranno comunque efficaci le clausole *ipso facto* che fanno discendere la risoluzione del contratto dall'inizio della procedura di *Chapter 11* (clausole che, di norma, sono inefficaci nei confronti della procedura). In vero, una disciplina specifica per i contratti finanziari derivati si rinviene anche nella legislazione italiana, e precisamente nell'art. 203 del T.U.F. (D.Lgs 23 febbraio 1998, n. 58) che sancisce, tra le altre cose, l'applicabilità dell'art. 76 l. fall. a tali contratti, nonché nel D.Lgs 21 marzo 2004, n. 170, che ha recepito la direttiva comunitaria 6 giugno 2002, n. 47 (c.d. *Collateral Directive*) disciplinante le cd garanzie finanziarie (*collaterals*) e le clausole di *close-out netting*.

In argomento cfr. G. MARCUS COLE, *Il diritto concorsuale statunitense in un contesto globale*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale, Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione della crisi*, 2013, II, 223

ancora divenute irreversibili, con strumenti meno “invasivi” dell'ordinario “Chapter 11”. In Italia, al contrario, le soluzioni concordate delle crisi sono affidate a procedure prevalentemente stragiudiziali (pre-fallimentari) di recente introduzione, procedure che ancora devono essere assimilate dagli operatori e la cui insufficiente regolamentazione è stata finora causa di non poche incertezze. Permane, in sostanza, l'esigenza di un ulteriore intervento riformatore volto a conferire maggiore organicità alla disciplina fallimentare, completandone al contempo il processo di ammodernamento, è ancora di assoluta attualità.

Notazioni differenti devono essere effettuate con riferimento al diritto fallimentare tedesco. Il Legislatore tedesco (che in ambito europeo fin dal XIX secolo è stato uno degli innovatori del diritto) ha inteso dare una razionalizzazione alla normativa, intervenendo con una Legge del tutto innovativa e redigendo la Legge denominata Insolvenzordnung (Ordinamento dell'Insolvenza, abbreviato abitualmente in InsO) che ha sostituito la precedente previsione normativa.¹⁸ Anche

¹⁸ La procedura concorsuale di insolvenza sul patrimonio di un debitore può essere azionata solo su specifica richiesta di chi ne abbia interesse e ne abbia la legittimazione. In particolare – sotto un profilo passivo - possono essere sottoposte al “fallimento” (rectius alla procedura d'insolvenza) sia le persone fisiche che le persone giuridiche (società di capitali e di persone, come nel diritto italiano). Addirittura, poi, può essere aperta una procedura di insolvenza anche sul lascito ereditario (la già ricordata Nachlassinsolvenzverfahren). La domanda di apertura della procedura (Antrag) è rivolta al competente Tribunale Fallimentare (Art. 2 InsO) su domanda dei creditori o del debitore stesso. Nelle società di persone o di capitali sono inoltre facoltizzati a domandare la dichiarazione di ammissione alla procedura d'insolvenza tutti i soggetti aventi la rappresentanza dell'impresa stessa, nonché ogni socio personalmente e direttamente responsabile anche dei debiti societari, quale ad esempio l'accomandatario. In caso di mancata tempestiva attivazione da parte dei soggetti tenuti, la Legge prevede un'azione risarcitoria nei loro confronti, oltre diverse previsioni anche penali. In ogni caso, la domanda di ammissione alla procedura concorsuale deve essere presentata entro 3 settimane da quando l'impresa diventi incapace (il Legislatore all'Art. 15 InsO parla di “ingresso, inizio”, “Eintritt”) di soddisfare i propri debiti (schuldunfähig) o oberata dagli stessi (überschuldet). Tale ultimo precipuo aspetto può in effetti apparire all'operatore italiano come assolutamente estraneo alla normale modalità di conduzione delle nostre imprese, dove è oramai prassi abituale procrastinare a tempo indefinito i pagamenti anche scaduti, indebitarsi ulteriormente con gli istituti di credito, salvo poi risultare inadempienti e trascinare nel dissesto altre aziende che hanno operato con la società poi dichiarata fallita. In effetti, il primo scopo della previsione normativa così ristretta è proprio quello di evitare il cosiddetto “effetto domino” per cui un'azienda in difficoltà porta dissesti ad altre aziende, causando un effetto esponenziale dell'indebitamento complessivo del sistema. Inoltre, il fatto che il fallimento (ossia la dichiarazione di insolvenza) possa essere dichiarata in anticipo rispetto alle previsioni del diritto italiano permette di sottoporre a detta procedura aziende con attivi ancora consistenti, garantendo un effettivo recupero ai creditori insinuati. Presentata la domanda di apertura della procedura concorsuale di insolvenza, che non sia manifestamente infondata, il Tribunale Fallimentare valuta la sussistenza dei legittimi motivi per l'apertura della procedura concorsuale stessa. In particolare, quest'ultimo esamina la domanda avanzata nella sua specifica fondatezza: l'ammissione è regolata secondo il Codice di Procedura Civile, prestando particolare attenzione alla capacità di solvibilità del debitore (Art. 11 InsO) e valutando altresì il diritto dei creditori a proporre tale domanda nonchè la loro fondatezza. Nel caso in cui la domanda sia ammessa, il debitore deve essere ascoltato dal Tribunale, in quella che può essere definita come una udienza prefallimentare. Si considera, in particolare, fondata una domanda di apertura della procedura concorsuale quando sussista almeno uno tra i seguenti tre motivi: insolvibilità (meglio definita secondo il diritto tedesco come “incapacità a pagare” Zahlungsunfähigkeit), pericolo di insolvibilità (Drohende Zahlungsunfähigkeit) o, da ultimo, l'“eccesso di indebitamento” (in tedesco “Überschuldung”). Inoltre, il Tribunale Fallimentare valuta che l'attivo del fallendo (ossia il suo patrimonio attivo in quel momento) copra i costi della procedura. In quest'ultima particolarità del diritto tedesco si può osservare l'attenzione del Legislatore ad evitare inutili costi di giustizia e comunque a garantire il pagamento di tutti gli Organi della procedura. (le persone fisiche possono ricorrere ad un fondo statale per poter tuttavia aprire la procedura stessa, in caso di indigenza). Sul tema Cfr. BAUMBACH/HUECK, *GmbH-Gesetz*, 18, 2006;TM Braun, *Insolvenzordnung*, 2, 2004; C. CARRARA, *Analisi comparata fra la disciplina italiana e tedesca in tema di*

l'uso del lessico è stato mutato, non intendendo più il Legislatore utilizzare la parola "Konkurs", ossia propriamente "Fallimento", ma più genericamente "Insolvenz" (ossia, come intuibile, "Insolvenza"). Tale precisazione linguistica vale altresì per chiarire come nel testo dell'articolo si sia inteso mantenere la dizione "Tribunale Fallimentare" anche quando il diritto tedesco parla di "Insolvenzgericht" ossia testualmente "Tribunale dell'Insolvenza", espressione questa che risulterebbe alquanto di difficile comprensione per l'operatore italiano del diritto. Ugualmente, quando si parlerà di "fallimento" si dovrà intendere la procedura concorsuale di insolvenza, restando uso nel testo del termine "fallimento" unicamente per comodità concettuale¹⁹. Il nuovo

finanziamenti dei soci, reperibile sul sito internet www.staticluiss.it

¹⁹ Appare opportuno evidenziare i presupposti necessari per l'apertura della procedura concorsuale. Si tratta della insolubilità (Zahlungsunfähigkeit: Art. 17 InsO), del pericolo insolubilità (Drohende Zahlungsunfähigkeit: Art. 18 InsO), dell'eccesso di indebitamento (Überschuldung :Art. 19 InsO). Il diritto tedesco (Art. 17 InsO) distingue la insolubilità (più precisamente "incapacità di pagare") dalla mera non volontà di pagare (che quindi è motivata da ragioni più o meno valide, pur in presenza di fondi) e dalla interruzione dei pagamenti. La Giurisprudenza ha stabilito - con puntuale precisione - che si suppone che sussista l'incapacità a pagare quando un soggetto non corrisponda alle scadenze previste una quota di crediti pari ad un valore inferiore al 90% delle somme in quel momento scadute e non contestate. Tale previsione appare all'operatore italiano alquanto singolare, essendo note situazioni ove imprese abbiano interrotto i pagamenti per tutti i fornitori, senza che nell'immediato incorrano in sanzioni o in procedure concorsuali. Anche tale aspetto permette di evidenziare come l'ordinamento giuridico di una nazione, quando efficiente, consenta una migliore economicità dei rapporti commerciali, assicurando l'esatto adempimento delle obbligazioni e limitando i danni di un'economia in difficoltà. Il distacco del sistema economico e giuridico italiano rispetto a quello tedesco pare sotto questo profilo enorme e sicuramente - purtroppo - non colmabile nel breve - medio periodo. La seconda (alternativa) condizione che può portare all'apertura della procedura concorsuale è - come detto - il solo pericolo di incapacità a pagare o di insolubilità (Art. 18 InsO). Prima fondamentale distinzione rispetto alla condizione sopra prevista è che la richiesta per l'apertura della procedura di insolvenza in questo caso può essere domandata unicamente dal debitore stesso e non invece - come nel caso precedente - da un creditore insoddisfatto. Principalmente, la domanda di ammissione alla procedura di insolvenza può essere avanzata dal debitore stesso quando egli verifichi che i suoi fondi non siano più sufficienti a soddisfare tutte le sue obbligazioni entro un termine prevedibile. La Giurisprudenza ha stabilito che il termine massimo di dilazione di pagamento possa essere di un anno al più. Pertanto, qualora il debitore ritenga che non potrà far fronte (anche a una sola delle sue obbligazioni di pagamento) nel termine di un anno, esso si troverà in una situazione di pericolo di insolubilità e sarà tenuto a presentare la domanda, allegando le prove di tale suo stato di decozione incombente. Anche in questo caso si può notare come la Legge intervenga per evitare che situazioni di dissesto finanziario esageratamente prolungate causino danni ad altre imprese. La terza condizione è l'eccesso di indebitamento (art. 19 InsO) che vale solo per le società di persone o di capitali. Lo stato di eccesso di indebitamento non è ricavabile né dal bilancio aziendale, né dalla dichiarazione dei redditi, bensì da un reale esame degli attivi e passivi aziendali. Tuttavia, nel 2008, di fronte alla crisi, il Governo è rapidamente intervenuto indicando il 2013 come termine di proroga per l'applicabilità di detto procedimento per la dichiarazione di apertura della procedura concorsuale e ciò soprattutto a tutela del sistema bancario tedesco che in tale momento è stato sottoposto a forti tensioni finanziarie. L'eccesso di indebitamento pertanto fino a detta data resta limitato ad un'analisi complessiva e più generale (e di fatto difficile da determinare) delle prospettive generali di prosecuzione dell'impresa. A far data poi dal 2014 entreranno in vigore una serie di norme specifiche volte a individuare esattamente i parametri per individuare quando un'impresa versi in uno stato di eccesso di indebitamento. Occorre precisare che fino alla pronuncia della decisione sull'apertura della procedura concorsuale, il Tribunale Fallimentare ha l'obbligo di prendere provvedimenti provvisori per la salvaguardia del patrimonio del debitore (Art.21). Per poter valutare tale necessità e in generale lo stato patrimoniale della azienda viene abitualmente nominato un perito che dovrà pronunciarsi entro 3 giorni dall'incarico ricevuto se vi sia o meno necessità di assumere provvedimenti provvisori di salvaguardia del patrimonio. Nel caso fossero necessari, il Tribunale può nominare a tal proposito un Curatore Provvisorio (Vorläufiger Verwalter), il quale impone divieti al debitore di disporre dei beni sociali o potrà interdire i creditori dal dar corso a procedure di

procedimento di insolvenza tedesco prevede l'uso di internet per la pubblicità delle procedure a terzi, non richiede più specificatamente l'intervento di un Legale in loco, tentando dunque una semplificazione complessiva della procedura²⁰. In particolare, nella sua opera di totale rinnovo

esecuzione forzata nei confronti del debitore stesso.

Nel caso predetto (Curatore Provvisorio e divieto di disposizione dei beni sociali) si parla di un Curatore Provvisorio forte (rispetto al Curatore Provvisorio debole che non assume provvedimenti sui beni del debitore).

Il Curatore Provvisorio così detto forte, assume tutti i poteri del debitore e le sue facoltà e da tale momento anche le sue competenze e compiti, con particolare riguardo alla salvaguardia della massa dei creditori, alla prosecuzione dell'impresa, così come alla valutazione della copertura finanziaria della procedura concorsuale. In generale, si può affermare che il Curatore Provvisorio Forte sia la norma nei Tribunali Tedeschi.

Di contro, per quanto riguarda il Curatore Provvisorio Debole, sarà il Tribunale secondo i casi a dettagliarli tutte le operazioni e gli obblighi cui lo stesso si dovrà attenere. In ogni caso, ovviamente, i compiti affidati al Curatore Provvisorio Debole non potranno mai superare quelli previsti ex Lege per il Curatore Provvisorio Forte.

Sostanzialmente, il Tribunale stabilirà in anticipo per determinate facoltà singole disposizioni patrimoniali o comunque operazioni commerciali che il debitore potrà compiere previo benestare da parte del Curatore Provvisorio Debole.

Il Tribunale Fallimentare inoltre comunica al Pubblico Ministero le proprie decisioni circa l'apertura della procedura concorsuale. Resta nella mera valutazione discrezionale di quest'ultimo richiedere e verificare gli atti già acquisiti dal Tribunale Fallimentare al fine di valutare se sussistano o meno condotte penalmente rilevanti da contestare al fallendo, quali ad esempio reati riconducibili alla bancarotta, alla truffa o, ancora, al falso in bilancio. Nel caso di sospetto il Pubblico Ministero è tenuto a dare corso ad un'indagine penale preliminare. L'attuale esperienza dei Tribunali Fallimentari sta mostrando un sempre più elevato interesse al perseguimento dei reati finanziari sulla spinta della tutela dell'ordine pubblico anche sotto un profilo di giustizia sociale con sempre più provvedimenti emessi dai Tribunali con ordini di custodia cautelare nei confronti dei responsabili di atti delittuosi. Una volta verificati i presupposti per l'apertura della procedura concorsuale, il Tribunale Fallimentare pronuncia una sentenza dichiarativa con la quale formalmente dà inizio alla procedura stessa (Eröffnungsbeschluss), rendendo tale pronuncia immediatamente pubblica (anche attraverso la pubblicazione di un sito internet al quale ogni interessato può accedere consultando i dati della procedura), nominando altresì il Curatore. Abitualmente, il Curatore Provvisorio assume la veste del Curatore (definitivo) della procedura in ragione della sua già piena contezza dello stato di decozione del debitore. I creditori, con la sentenza stessa, vengono invitati a presentare una istanza delle loro pretese creditorie e comunque dei loro diritti gravanti sui beni del debitore entro un termine prestabilito (Art. 28 InsO); inoltre, vengono anche già fissate le date per l'udienza di relazione (Berichtstermin) e per l'udienza di verifica (Prüfungstermin). Dopo la emissione della sentenza di apertura della procedura concorsuale, la Cancelleria del Tribunale provvede alla elaborazione dei singoli incumbenti (ad esempio le notifiche), sempre che il Giudice eccezionalmente non voglia provvedervi personalmente. Con l'apertura della procedura di insolvenza, vengono trasferiti i poteri di amministrazione e di disposizione dei beni già costituenti il patrimonio del debitore in capo al Curatore (Art. 80 InsO), il quale prende immediatamente possesso del patrimonio nella sua interezza. Dal momento dell'apertura della procedura concorsuale - come nel diritto italiano - tutte le procedure esecutive intentate dai creditori nei confronti del debitore sono vietate e comunque inefficaci (Art. 89 InsO), procurando in tal modo la par condicio tra i vari creditori. Viene altresì interdetta ogni possibilità di acquisto da parte di singoli soggetti dei beni appartenenti al debitore (Art. 91 InsO). In effetti, con l'apertura della procedura diventa efficace il così detto sbarramento delle ripercussioni finanziarie sulla massa dei creditori (il Legislatore tedesco utilizza nel caso l'espressione Rückschlagsperre) secondo le previsioni di cui all'Art. 88 InsO, procurando altresì l'inefficacia delle esecuzioni forzate eseguite nel mese precedente (altra particolarità del diritto tedesco) alla domanda di ammissione alla procedura concorsuale ed aumentando in tal modo la massa attiva del debitore. In seguito alla apertura della procedura concorsuale, i creditori restano comunque garantiti, poiché tutte le disposizioni patrimoniali che eventualmente il debitore dovesse compiere dopo l'apertura della procedura di insolvenza diventano inefficaci.

²⁰ Peculiari le regole dettate in tema di revocatoria fallimentare e di condotta del curatore.

Al fine poi di procurare la par condicio (Gleichbehandlung) dei creditori da una parte, e dall'altra rendere inefficaci gli atti dispositivi del patrimonio compiuti dal debitore, la Normativa sulla procedura di insolvenza ha previsto lo strumento della revocatoria ("Insolvenzanfechtung") regolata dall'Art. 129 InsO e seguenti. Con tale strumento, le

illegittime disposizioni patrimoniali avvenute ante dichiarazione di apertura della procedura concorsuale (quale ad esempio il pagamento di un creditore piuttosto che un'altro, la vendita di beni a parenti o amici ecc.) vengono rese inefficaci per il periodo precedente alla dichiarazione di apertura della procedura stessa per un periodo variabile dai tre mesi ai dieci anni, secondo i principi dettati dall'articolo stesso, secondo le seguenti modalità:

- Atti di pagamento ordinari (Kongruente Deckung) Art. 130 InsO: revocatoria esperibile limitatamente ai tre mesi precedenti alla sentenza;

- Atti di pagamento non ordinari (Inkongruente Deckung) Art. 131 InsO: revocatoria esperibile solo nei limiti dei tre mesi dalla sentenza;

- Atti giuridici "immediatamente" svantaggiosi: revocatoria esperibile sempre nel limite dei tre mesi dalla pronuncia della sentenza Art. 132 InsO;

- Atti giuridici intenzionalmente svantaggiosi: revocatoria esperibile con limite temporale ampliato sino a dieci anni prima dalla data della Sentenza (in questo caso l'aspetto soggettivo del debitore assume particolare rilievo) Art. 133 InsO;

- Contratti con condizioni di pagamento particolarmente svantaggiose stipulate con persone prossime al debitore: revocatoria esperibile sino a due anni prima della Sentenza Art. 133 InsO;

- Prestazioni gratuite: revocatoria esperibile sino a 4 anni prima della data della Sentenza Art. 134 InsO;

- Garanzie su mutui: revocatoria esperibile fino a 10 anni prima della data Sentenza Art. 135 InsO;

E' importante sottolineare che non solamente gli atti giuridici propriamente detti sono coperti da tale procedura revocatoria, bensì anche, ad esempio, le condotte giudiziarie del debitore stesso quali l'inerzia del debitore nel non aver proposto appello in una causa in cui il creditore aveva palesemente ragione. Tale facoltà amplia notevolmente la sfera di intervento della procedura negli interessi dei terzi, tutelando in via generale la correttezza dell'amministrazione della Giustizia. Dopo l'esito positivo della azione revocatoria i beni rientrano nella massa concorsuale. E' ancora il caso di sottolineare come il Legislatore tedesco ampli considerevolmente anche oltre la revocatoria italiana il periodo temporale entro cui la revocatoria produce effetti. Tale previsione ha per naturale conseguenza una particolare attenzione nell'operare nel campo economico sulla solvibilità della controparte. Successivamente, il Curatore redige liste dei beni della procedura e dei beni di proprietà dei creditori in possesso del debitore, così come pure una relazione di massima circa lo stato dell'impresa. Tali documenti devono essere depositati presso la Cancelleria almeno una settimana prima dell'udienza di relazione (Berichstermin) (Art. 151 InsO). Durante tale udienza, in particolare, il Curatore relaziona l'adunanza dei creditori circa la capacità commerciale ed economica del debitore ed illustra, altresì, la possibilità di un mantenimento dell'attività di impresa e prospetta un piano di insolvenza volto alla riconversione dell'azienda stessa come fra poco si dirà. L'adunanza dei creditori (in tedesco Gläubigerversammlung) è composta dai creditori stessi, dal debitore, dal Curatore e regolamentata nella sua funzionalità pratica dal Cancelliere) e decide quindi sulla scorta della relazione del Curatore circa la prosecuzione della procedura concorsuale, valutando in concreto le varie alternative economiche che possano meglio garantire i loro crediti ed in particolare la cessazione o prosecuzione dell'attività dell'impresa del debitore (Art. 159 InsO). Il Curatore accoglie le domande di insinuazione (Forderungsanmeldungen) ed a tal fine sottopone ogni singola domanda - come nel diritto italiano - ad un attento esame dei presupposti formali e sostanziali di ciascuna richiesta. In particolare, il Curatore verifica se l'istanza di insinuazione sia nell'esatto grado di privilegio, così come ogni creditore ha esposto nella propria domanda. Nel caso di mancanza di un elemento sostanziale, il Curatore provvede a respingere la domanda di ammissione, mentre nel caso di assolvimento di tutti gli oneri formali e sostanziali circa la domanda di ammissione, lo stesso provvederà a inserire tali crediti in una tabella delle domande di ammissione alla procedura, di fatto equiparabile al progetto di stato passivo di diritto italiano; detta tabella viene resa pubblica nei confronti di tutti i soggetti (Art. 175 InsO). Qualora nè il Curatore nè altri creditori contestino un'insinuazione, sia relativamente all'importo che relativamente al grado di privilegio, detta domanda di insinuazione deve ritenersi come accolta ed inserita nella tabella definitiva delle domande di insinuazione (Art. 178 InsO). Nel caso invece che una domanda di insinuazione sia respinta, per qualsivoglia motivo, occorre distinguere tra il caso della domanda di ammissione munita o sfornita di titolo esecutivo: in caso di domanda fondata su titolo esecutivo spetta a colui che contesta (Curatore o altro creditore) presentare opposizione, mentre in caso di istanza di insinuazione sfornita di titolo esecutivo occorrerà che il creditore dia corso ad una domanda ordinaria di accertamento circa la sussistenza del proprio credito; si sostanzia dunque un'inversione delle posizioni sostanziali, in ragione del fatto che un titolo esecutivo costituisce elemento di per se stesso sufficiente ad attestare la titolarità del credito, fino a prova contraria. In tal modo, nel concreto, ottenuto un decreto ingiuntivo, assai difficilmente non si vedrà l'importo ivi

dell'intero corpus normativo, il Legislatore tedesco ha razionalizzato l'intera materia e, accanto alla *Regelininsolvenzverfahren* (ossia alla procedura ordinaria di insolvenza), ha previsto una procedura concorsuale nei confronti dei consumatori e piccoli imprenditori (*Verbraucherinsolvenzverfahren*) ed una procedura concorsuale ereditaria (*Nachlassinsolvenzverfahren*), oltre ad una formula di concordato fallimentare denominato "*Insolvenzplanverfahren*", ossia testualmente "Procedura del piano di insolvenza". A chiusura dell'impianto normativo si sono infine previste regole di armonizzazione con il Regolamento UE 1346/2000 in ambito di fallimenti esteri, nonché alcune previsioni in ambito di fallimenti extra UE.

azionato riconosciuto per intero nella procedura. I beni di proprietà di soggetti terzi ed in possesso del debitore al momento dell'apertura della procedura concorsuale vengono, ad onere del Curatore, distinti dai beni della massa e quindi restituiti ai titolari degli stessi, a seguito d'istanza di rivendica. I beni del debitore ipotecati o costituiti in pegno vengono invece venduti ad un'asta giudiziaria durante la quale i soggetti garantiti dai beni tutelati dalle garanzie vengono soddisfatti con il ricavato della vendita all'asta, dedotte le spese di asta (Artt. 49,51,165 InsO). Al fine di aumentare la capienza attiva della massa, il Curatore procede altresì ad esigere il pagamento delle obbligazioni già in capo al debitore, dando compimento ai contratti già in essere. Nel caso invece che residuino beni invendibili, o onerosi per la procedura da mantenere (ad esempio per costi di smontaggio del macchinario), è data facoltà al Curatore di restituirli al debitore al fine di non aggravare con altri costi la procedura. Terminata l'udienza di relazione, senza decisioni controverse circa la prosecuzione dell'attività di impresa o meno da parte dell'adunanza dei creditori, il Curatore può liberamente alienare senza alcun vincolo, anche attraverso vendita all'asta (esistono società finalizzate a tale specifico compito), i beni dell'azienda. Tale facoltà e tale libertà di gestione permettono dunque una molto più facile realizzazione di liquidità per la procedura, oltre un notevole risparmio di burocrazia, stante il fatto che, il Curatore non necessita di alcuna autorizzazione formale da parte del Tribunale. Ovviamente, come contrappeso a tale sua facoltà, il Legislatore tedesco ha previsto specifiche responsabilità personali per i Curatori, costringendoli dunque ad una effettiva e coscienziosa gestione del patrimonio del debitore in maniera responsabile ed efficiente. Dunque, il Curatore della procedura ha un'ampia discrezionalità circa la realizzazione dei beni già del patrimonio del debitore al fine di procurare la maggiore liquidità possibile in capo alla Procedura. Tale facoltà è controbilanciata da una precisa responsabilità in capo al Curatore stesso (Art. 60 InsO). La responsabilità del Curatore discende dalla sua diligenza professionale nell'esecuzione del mandato. L'azione nei suoi confronti si prescrive in tre anni dalla chiusura della procedura concorsuale. La Giurisprudenza tedesca ha peraltro individuato principi in base ai quali il Curatore risponde nei confronti dei soggetti terzi, quali ad esempio l'estrema brevità dei tempi di esecuzione della procedura concorsuale, il riconoscimento e ammissione al passivo di crediti non dovuti, l'omissione di esercizio di azioni di recupero credito già in capo al debitore originario e prescrittesi, la vendita di beni sociali o dell'azienda stessa ad un prezzo non di mercato o palesemente inferiore al valore, l'errore nella conduzione fiscale della procedura, il ritardo nel pagamento dei creditori regolarmente insinuati. Trattasi di fatto di una vera e propria responsabilità professionale in capo al Curatore sia nei confronti dei creditori che in generale; peraltro, tale circostanziata elencazione di casi giurisprudenziali permette di ritenere come sia prassi - diversamente che in Italia - agire in giudizio nei confronti del Curatore per sue supposte mancanze. Ciò comporta che il Curatore nell'esecuzione del mandato agirà con particolare attenzione.

Capitolo secondo

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel contesto della riforma della disciplina fallimentare

1. Il dibattito sulle soluzioni negoziali della crisi e le novità della riforma: gli accordi di ristrutturazione dei debiti

L'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti è stato inserito nel corpo della legge fallimentare in forza dell'art. 2, 1° co., del d.l. 14.3.2005, n. 35, conv. in l. 14.5.2005, n. 80, che ha introdotto l'art. 182-bis, destinato proprio alla disciplina di tali accordi²¹. Da tempo nel sistema giuridico-economico era avvertita la

²¹ In dottrina sul tema: V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Riv. Dir. Priv.* 2007, pag. 277; P. PAJARDI e A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2008; L. ROVELLI, *La tutela dei diritti attraverso le procedure concorsuali e l'art. 24 della costituzione*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare. Scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, Milano, 2006, p.1; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, p. 337 e ss.; U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, p. 275 e ss.; M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Dir. Fall.*, 2008, 1, p.256 e ss.; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2006, 129; C.J. TABB, *The law of bankruptcy, The foundation press –Westbury*, New York, 1997, p.146 e ss.; F. FERRO - LUZZI, *Prolegomeni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore in stato di crisi: del paradosso del terzo creditore "estraneo ... ma non troppo"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2008, I, p. 825 e s.; G. FAUCEGLIA, *La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, p. 1103; Id., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005*, in *Fallimento*, 2005, 1452; L. JEANTET, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la privatizzazione dell'insolvenza*, in *Giur. Comm.*, 2007, II, 210 e ss.; M. VIETTI – F. MAROTTA – F. DI MARZIO (a cura di), *Riforma fallimentare*, Torino, 2008; M. GALARDO, *Accordi di ristrutturazione: valutazione del tribunale e inadempimento dell'accordo di ristrutturazione omologato*, in *Dir. Fall.*, 2011, II, p.159 e ss.; M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione e il risanamento del "Gruppo"*, in *Dir. Fall.* 2010, II, p. 343 e ss.; Id., *"Interesse di gruppo e accordi di ristrutturazione (il caso "Gabetti")*, in *Dir. Fall.*, 2011, II, p. 40 e ss.; Id., *Gli accordi di ristrutturazione e il risanamento del "Gruppo"*, in *Dir. Fall.*, II, 2010, p. 343 e ss.; L. FAZZI, *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione*, in *Dir. Fall.*, 2011, II, p. 352 e ss.; A. JORIO, M. FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, p. 2541 e ss.; A. JORIO, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Fallimento*, 2005, 1454; F. DI MARZIO, *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare (a cura di F. Di Marzio)*, 2010, p. 303 e ss.; Id., *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, reperibile in www.ilcaso.it; A. ARDIZZONE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: relazione attestativa del professionista e poteri di verifica del tribunale in sede di omologazione*, in *Dir. Fall.*, 2010, II, p. 527 e ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009; F. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007. Una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 926; A. DI MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.*, in *Corr. Giur.*, 2010, p. 245 e ss.; V. COLESANTI, *Crisi d'impresa, accordi di ristrutturazione e insolvenza ("prospettica")*, in *Corr. Giur.*, 2010, p. 122 e ss.; G.M. PERUGINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: omologazione richiesta da gruppi societari e condizioni di attuabilità (il caso Risanamento). Prime considerazioni*. In *Dir. Fall.*, 2010, II, p. 205 e ss.; P. QUARTICELLI, *Omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e controllo giudiziale sull'attuabilità dell'accordo: orientamenti e prime divergenze giurisprudenziali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, p. 753 e ss.; M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla reorganization*, in *Foro it.*, 2006, p.263; Id., *Competizione" fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, in *Fallimento*, 2010, p. 206; G.B. NARDECCHIA,

necessità di una disciplina degli accordi stragiudiziali di ristrutturazione dei debiti, la cui adozione era invalsa nella prassi commerciale al fine di risolvere per via negoziale le crisi d'impresa, superando i rigidi formalismi della legge fallimentare del 1942, e superando anche le lentezze connesse alla gestione delle procedure fallimentari. Nel sistema della legge del 1942, non vi era spazio per un accordo sulla regolazione dell'insolvenza. Insolvenza e crisi d'impresa erano considerati profili patologici del sistema produttivo, da sottrarre al mercato e da affidare alla gestione dello Stato. Salva la possibilità di ricorrere al concordato preventivo, i concordati stragiudiziali vivevano “nella dimensione della riservatezza e del segreto”, strumentali a logiche di acquisizione di posizioni di prevalenza, in violazione al principio di parità di trattamento. Tutto ciò in aperta antitesi alle tendenze della legislazione comunitaria ed alle istanze del

La relazione del professionista ed il giudizio di omologazione negli accordi di ristrutturazione dei debiti, in *Fallimento*, 2010, p. 216; Id., *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, passim; P. BARONTINI, *I rapporti tra accordi di ristrutturazione e dichiarazione di fallimento: sospensione dell'azione esecutiva o pregiudizialità tra procedure concorsuali?*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, II, p. 199; C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento ed altre procedure concorsuali* (diretto da FAUCEGLIA e PANZANI), Milano, 2009, p.1821; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Le nuove procedure concorsuali* (a cura di AMBROSINI), Milano, 2007; Id., *Procedure concorsuali. Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il diritto, Enc. Giur.*, XII, Milano, 2007, p. 52; A ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 1236; V. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 111 e ss.; F. VASSALLI, *I riflessi penalistici delle composizioni concordate della crisi*, in *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007, p. 151 e ss.; L. G. BRUNO, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi e di controllo nella gestione della crisi d'impresa e nell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2008, 1130 e ss. ; V. DIMUNDO, *Note minime in tema di designazione dell'esperto: ragionevolezza del piano di risanamento*, in *Fallimento*, 2009, p. 77 e ss.; G. MANIGLIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art.182 l. fall. e l'intervento del notaio*, in *Vita not.*, 2011, p. 625; G. SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione*, in *Contr. Impr.*, 2011, p. 9 e ss.; L. MANDRIOLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.*, in *Fallimento*, 2010, p. 613; E. GABRIELLI, *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, reperibile in www.judicium.it; G. VETTORI, *Il contratto nella crisi dell'impresa*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 486 e ss.; L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, Bologna, 2007; F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 102 e ss.; M. BRUNO, *Gli accordi di salvataggio nella riforma del diritto fallimentare e la responsabilità per concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 258 e ss.; E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, p. 295; F. MARENCO, *Le eventuali sopravvenienze negli accordi ex art. 182 bis*, 2008, reperibile in www.ilcaso.it; G. GENTILI, *Il tribunale di Ancona ha omologato il primo accordo di ristrutturazione dei debiti con transazione fiscale stipulato in Italia*, 2009, reperibile in www.ilcaso.it; C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA e L. PANZANI, Torino, 2009, p. 1799 e ss.. in giurisprudenza: Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, p.207 e ss.; Trib. Milano, 12 dicembre 2005, in *Dir. Prat. Fall.*, n. 1/2006, p. 59; Trib. Milano, 21 dicembre 2005, in *Fallimento*, 2005, p. 670; Trib. Palermo, 27 marzo 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, p.502; Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Fallimento.*, 2007, p. 702; Trib. Milano, 18 luglio 2009, in *Dir. fall.*, 2011, II, p.158; Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, p. 343 e ss.; Trib. Milano, 17 giugno 2009, in *Dir. fall.*, 2011, II, p. 40 e ss.; Trib. Roma, 20 maggio 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II, p. 352 e ss.; Trib. Roma, 5 novembre 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, p. 527 e ss.; Trib. Milano 10 novembre 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, p.205; Trib. Milano 11 gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 136; Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Fallimento*, 2008, p. 701; Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Dir. fall.*, 2010, II, p. 552; Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Fallimento*, 2007, p.187; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, p. 669; Trib. Rimini, 20 marzo 2009, reperibile in www.ilcaso.it; Trib. Ancona, 12 novembre 2008, reperibile in www.ilcaso.it; Trib. Udine, 21 settembre 2007, reperibile in www.unijuris.it; Trib. Enna, 27 settembre 2006, in *Fallimento*, 2007, p. 195; App Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, p.297 e ss.; Trib. Lamezia Terme, 23 giugno 2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, p. 224 e ss.; Trib. Prato, 4 febbraio 2011, in *Dir. fall.*, 2011, II, p. 340;

mercato concorrenziale. Già sotto l'imperio della previgente legge fallimentare era emerso un corposo dibattito in ordine alla ammissibilità di un concordato stragiudiziale ed alla relativa idoneità di detto strumento a superare la crisi di impresa²². La Suprema Corte si era espressa in senso estensivo, affermando la configurabilità di soluzioni amichevoli della crisi d'impresa.²³ La Corte, peraltro, non si era limitata ad una astratta presa di posizione, intervenendo altresì su specifiche questioni, quali la superfluità del consenso

²² In passato si dubitava della legittimità di siffatto approccio negoziale alla soluzione delle crisi d'impresa: proprio il fatto che la legge fallimentare identificasse nell'amministrazione controllata e nel concordato preventivo gli strumenti tipici per prevenire l'insolvenza o per evitare il fallimento, invero, era considerato da taluni elemento che giustificava l'invalidità di tali convenzioni, sia per contrasto con l'art.1322 c.c. (in quanto non tutelanti interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico), sia per frode alla legge ex art. 1344 c.c., ravvisandosi nel concordato stragiudiziale lo strumento di elusione della disciplina delle cc.dd. procedure concorsuali minori. Si veda, sul punto, Trib. Ferrara 28.6.1980, secondo cui "nell'ordinamento vigente - stante l'obbligo dell'imprenditore insolvente di richiedere il proprio fallimento e di non avventurarsi in un concordato stragiudiziale che costituisce di per sè colpa grave - non residua spazio alcuno per il concordato stragiudiziale dell'imprenditore che versi in stato di insolvenza, dovendosi riconoscere come lecito e consentito solo il concordato stragiudiziale proposto dall'imprenditore non insolvente" (Trib. Ferrara 28.6.1990, in *Giur. Comm.*, 1981, II, 306). In senso sostanzialmente analogo (e quindi sfavorevole all'ammissibilità del concordato stragiudiziale) v. anche App. Roma 1.7.1985, in *Fallimento*, 1986, 971).

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, tuttavia, fin dalla fine degli anni '70 aveva espresso il proprio orientamento favorevole in ordine alla legittimità delle fattispecie di soluzione amichevole e concordata delle crisi d'impresa, affermando che, accanto al concordato preventivo, fosse comunque configurabile una soluzione puramente negoziale della crisi d'impresa: "nel concordato stragiudiziale o amichevole - che persegue le medesime finalità del concordato preventivo - la rimozione del dissesto dell'imprenditore mediante un accordo che valga ad evitare il fallimento non richiede necessariamente la stipulazione di un atto formale e concorsuale di tutti i creditori, ma può esaurirsi anche in un complesso di accordi singoli, nei quali la prospettiva e l'interesse di evitare il fallimento del debitore operano come motivo che entra nel contenuto di ciascun negozio sotto il profilo della presupposizione, e cioè come una condizione implicita, alla cui realizzazione è sufficiente che in concreto il fallimento non venga dichiarato con riferimento ad uno stato di insolvenza anteriore alla stipulazione degli accordi stessi, i quali rimangono, in caso diverso, caducati, col conseguente diritto di ciascuno dei creditori stipulanti di partecipare all'esecuzione concorsuale per l'intero credito originario, salva la detrazione (e l'eventuale soggezione all'azione revocatoria) dei pagamenti intanto ricevuti. Detti accordi, i quali costituiscono nel loro complesso un fascio di accordi remissori accompagnati dalla rinuncia a chiedere la dichiarazione di fallimento del debitore, sono collegati tra loro - pur in caso di contestualità - soltanto dalla presenza, in ciascuno di essi, di un motivo comune operante nel senso suindicato, ma la validità di ciascuno di essi va riguardata autonomamente; ne consegue che nessuna influenza su tale validità può avere un vizio che infici taluno di essi, così come è del tutto irrilevante la mancata adesione di taluni creditori all'iniziativa concordata" (Cass. 16.3.1979, n. 1562, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 951). Peraltro, mentre alcune pronunce ritenevano necessaria, ai fini della validità del concordato stragiudiziale, l'adesione di tutti i creditori (in questo senso Cass. 28.10.1992, n.11722, in *Fallimento*, 1993, 352; Cass. 19.11.1992, n. 12383, in *Fallimento*, 1993, 352; Trib. Parma 4.3.1981, *Dir. Fall.*, 1982, II, 741; Trib. Roma 5.3.1982, *Riv. Dir. Comm.*, 1983, II, 255), il S.C. ha ben presto riconosciuto la legittimità anche dei concordati conclusi con una parte soltanto del ceto creditorio (Cass. 26.2.1990, n. 1439, in *Foro it.*, 1990, I, 1174). L'ammissibilità dei concordati stragiudiziali riconosciuta dalla giurisprudenza, tuttavia, si scontrava con i rigori della legge fallimentare vigente, con specifico riferimento alla possibilità di esperire azione revocatoria per i pagamenti ricevuti in esecuzione (cfr., sul punto, Trib. Torino 27.4.1984, in *Dir. Fall.*, 1984, II, 820), ed al rischio di imputazione per il debitore per il reato di bancarotta preferenziale, e con l'esclusione della possibilità di riconoscere in prededuzione nell'eventuale successivo fallimento la c.d. "nuova finanza" concessa al debitore, ma anzi con il rischio, per i finanziatori, di essere convenuti in giudizio per il risarcimento del danno per "concessione abusiva del credito" da parte dei creditori che assumessero di avere subito un danno a seguito della consentita continuazione dell'attività d'impresa.

²³ Cass. 16.3.1979, n. 1562, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 951. In argomento anche Cassazione 8 febbraio 1989 n. 795, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 1990, I, 495 e Cassazione 28 ottobre 1992 n. 11722, in *Fallimento*, 1993, 352.

unanime dei creditori e la compatibilità del c.d. “pactum de non petendo” con lo schema dei concordati stragiudiziali. I dubbi avanzati in dottrina riguardavano, invece, l’esistenza di un presunto principio di tipicità delle soluzioni negoziali della crisi di impresa: unici mezzi utilizzabili dovevano considerarsi le c.d. procedure minori (amministrazione controllata e concordato preventivo). Ne conseguiva l’invalidità di concordati stragiudiziali, vuoi argomentando dal contrasto con l’art.1322 c.c. (perseguendo detti accordi interessi non meritevoli di tutela secondo l’ordinamento) vuoi per contrasto con l’art. 1344 c.c. (considerando detti accordi come strumento di elusione della normativa propria del concordato preventivo e dell’amministrazione controllata).²⁴ Sulla scorta del riferito orientamento giurisprudenziale, i concordati stragiudiziali si erano diffusi nella pratica degli affari, evidenziando tuttavia l’evidente inadeguatezza dell’allora vigente disciplina fallimentare, specie con riferimento alla insussistenza di regole su profili centrali dell’accordo: esenzione dalla revocatoria fallimentare degli atti esecutivi dell’accordo, prededucibilità dei crediti (specie della nuova finanza) in caso di successivo fallimento, regole per limitare i poteri dei creditori dissenzienti, disciplina della responsabilità derivante dalla concessione abusiva del credito, regolamentazione degli aspetti penalistici legati alla incriminazione per bancarotta preferenziale. Rimaneva aperto, peraltro, l’interrogativo di fondo²⁵: ci si chiedeva se le procedure concorsuali fossero davvero necessarie o se, invece, il mercato potesse trovare in se stesso la soluzione per gestire il fenomeno della crisi d’impresa, consentendo ad esempio alle banche, ai fornitori e ai finanziatori in genere, di regolamentare l’eventualità di una insolvenza futura dell’impresa. Proprio la necessità di superare i rischi connessi alla stipulazione degli accordi stragiudiziali di soluzione della crisi d’impresa ha indotto il legislatore del 2005 - il quale ha chiaramente manifestato la propria preferenza per una gestione tendenzialmente "privatistica" delle situazioni di crisi imprenditoriali - ad introdurre una compiuta disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, così riconoscendone in via definitiva la legittimità ed il diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento concorsuale²⁶. L’istituto degli accordi di ristrutturazione costituisce

²⁴ La questione non appare completamente chiusa. La dottrina, all’indomani dell’introduzione della disciplina degli accordi di ristrutturazione, si è domandata se residuino spazi di ammissibilità per accordi stragiudiziali atipici, come tali privi dei presupposti richiesti dalla legge in tema di accordo di ristrutturazione (o di piano attestato). Alcuni hanno dato risposta positiva al quesito, considerando riduttiva la constatazione per cui la tipizzazione delle citate figure denoterebbe il difetto di meritevolezza di accordi non rientranti nella fattispecie positiva. Negare simili conclusioni, si sostiene, equivarrebbe a negare la “intentio legis” che ha animato l’opera del Legislatore della riforma del 2005, quella di concedere ampi spazi all’autonomia privata nel campo della gestione della crisi d’impresa. In tale ottica, si evidenzia la necessità di sottoporre al vaglio di meritevolezza, ex art. 1322 c.c., sia le figure tipiche che quelle atipiche, giacché la mera tipizzazione non consente da sola di esprimere un giudizio di liceità. In tal senso V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti “di salvataggio” (o di ristrutturazione dei debiti d’impresa)*, cit, p.388; E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d’impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell’inadempimento del debitore*, cit., p.301.

²⁵ L. STANGHELLINI, *Le crisi d’impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007 p. 303. Nella letteratura straniera: D.G. BAIRD, *A world without bankruptcy*, in *Law e contemporary problems*, 50, 1987, p. 173; A SCHWARTZ, *A contract theory approach to business bankruptcy*, in *Yale law journal*, 107, 1998, p. 1807.

²⁶ Pur accomunati dall’esenzione dalla revocatoria fallimentare, profonde differenze sono rilevabili tra accordo di ristrutturazione e piano di risanamento, di cui all’art. 67, comma 3, lett. d), l. fall. L’accordo di ristrutturazione è sottoposto ad un articolato regime di pubblicità e controlli (deposito in tribunale, pubblicazione nel registro delle imprese, facoltà di opposizione per i controinteressati, omologa giudiziale), regime a cui sono connessi gli effetti giuridici previsti dalla legge. Il piano attestato, invece, prescinde da formalizzazioni o controlli di fonte pubblica, collocandosi in un contesto stragiudiziale. Esso richiede unicamente l’idoneità a raggiungere obiettivi di risanamento e riequilibrio, nonché il supporto di un’attestazione di ragionevolezza del piano redatta da un esperto; il controllo giudiziario, peraltro, è solo eventuale e successivo, collegato all’ipotesi di esercizio dell’azione revocatoria in caso di successivo fallimento. L’accordo di ristrutturazione possiede svariate finalità, potendo perseguire anche finalità meramente liquidatorie. Il piano attestato, viceversa, deve imprescindibilmente produrre l’effetto di riequilibrare la

evidentemente un tentativo di tipizzazione della figura del concordato stragiudiziale²⁷. La scelta di politica legislativa, alla base dell'introduzione degli accordi di ristrutturazione, deriverebbe dalla constatazione dell'insuccesso delle tradizionali procedure fallimentari, caratterizzate dalle ben note rigidità e inefficienze, nonché dall'incapacità di soddisfare gli interessi che il mercato e le imprese ragionevolmente si attendono che vengano perseguiti nella soluzione delle crisi aziendali.²⁸ Si tratta di una rilevante novità nell'ambito del sistema concorsuale, evidente espressione di un "favor" legislativo per la regolazione della crisi d'impresa mediante accordi stragiudiziali.²⁹ La dottrina, con toni forse trionfalistici, ha discusso di superamento del "dogma dell'indisponibilità della gestione dell'insolvenza".³⁰ Dette affermazioni sono condivisibili, almeno

situazione finanziaria dell'impresa allo scopo di assicurarne la sopravvivenza e la continuità sul mercato di riferimento. Sostengono detta impostazione, generalmente condivisa in dottrina, tra gli altri E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, cit., p. 303; M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla reorganization*, cit., p. 266. Ulteriori tratti differenziali sono stati colti sul piano della natura giuridica degli istituti. Si è, efficacemente, evidenziato come l'accordo di ristrutturazione abbia natura negoziale, nascendo dall'incontro della volontà di debitore e creditori. Il piano preventivo, invece, rappresenta un mero fatto giuridico, presupposto empirico per la produzione di effetti giuridici, primo tassello di una più ampia fattispecie a formazione successiva. In tal senso V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio"*, cit., p. 281. Stante la semplicità formale dei piani attestati, la dottrina ha evidenziato come un accordo di ristrutturazione, privo di uno o più requisiti di validità (si pensi all'intesa intervenuta tra debitore e cinquanta per cento dei creditori), possa valere, in omaggio al principio di conservazione, quale piano attestato. L'asserto, da un piano interpretativo, ha assunto una connotazione più ampia, assurgendo a quesito per l'operatore pratico: perché utilizzare lo strumento (più complicato) dell'accordo di ristrutturazione a fronte di uno strumento di più agevole utilizzo quale il piano attestato? La risposta può trarsi dalla lettera della legge. L'accordo omologato conferisce certezza in ordine all'esenzione dei pagamenti dalla revocatoria in caso di successivo fallimento. Il piano attestato, invece, sconta l'alea di un giudizio di adeguatezza e ragionevolezza che in caso di successivo fallimento, ai fini dell'esenzione dalla revocatoria, verrà compiuto dal giudice "ex post". V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio"*, cit., 306.

²⁷ L'intervento legislativo, per quanto sintetico, e pur suscitando notevoli problemi interpretativi, ha comunque il pregio di favorire l'emersione di situazioni di crisi, consentendo il tempestivo salvataggio di imprese altrimenti destinate al fallimento. Non vi è dubbio, inoltre, che la soluzione negoziale della crisi incontri il favore degli imprenditori, in considerazione dei rilevanti costi delle procedure concorsuali (compenso del commissario e dell'eventuale liquidatore; imposta di registro relativa alla sentenza di omologazione del concordato, ecc.), della limitazione dei poteri del debitore nella gestione dell'impresa a causa della presenza del commissario giudiziale (oltre che del particolare regime autorizzativo previsto per una serie di atti ex artt. 167 l. fall.), della difficoltà di procurarsi le garanzie reali o personali per l'ammissione al concordato preventivo.

²⁸ E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, cit., p. 297.

²⁹ Sul generale problema dei contratti della crisi d'impresa: F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, cit., p. 139, che inquadra gli accordi di ristrutturazione tra i "contratti di salvataggio". Tale categoria sarebbe connotata da un peculiare profilo causale, giacché il superamento della crisi acquisterebbe un valore essenziale, costituendo un elemento teleologico del negozio, similmente a quanto accade per lo scopo del finanziamento nei mutui di scopo. In tal senso, il medesimo afferma che gli accordi di ristrutturazione postulano una situazione di crisi superabile, a differenza dell'insolvenza concorsuale, caratterizzata dalla definitività e dalla irrecuperabilità del dissesto. Per una ricostruzione sistematica della più ampia categoria dei contratti d'impresa Cfr.: G. ALPA, *I contratti d'impresa, i regolamenti e gli usi normativi*, in *Vita not.*, 2004, p. 1319 e ss.

³⁰ Così G. VETTORI, *Il contratto nella crisi dell'impresa*, cit., p. 486 e ss. Secondo una felice intuizione dottrinale, la tendenza legislativa alla contrattualizzazione dell'insolvenza possiede radici economico-finanziarie. L'insolvenza appare oggi come un concetto di relazione, dipendendo strettamente da fattori estranei alla condotta dell'imprenditore

quanto al valore simbolico dell'istituto. Esso rappresenta una metafora dell'evoluzione normativa, con abbandono del lemma della pretesa inammissibilità di accordi stragiudiziali (legato al contrasto con supposte finalità pubblicistiche) in favore della tutela dei valori aziendali ed occupazionali, accompagnata dalla predisposizione di strumenti giuridici che favoriscano la tempestiva emersione della crisi d'impresa.³¹ Sotto un profilo più squisitamente dommatico³², "si passa dal piano della "Haftung"(intesa come attuazione della responsabilità patrimoniale attraverso l'esecuzione collettiva concorsuale) al piano della "Shuld", vale a dire della modifica del rapporto obbligatorio attraverso un atto di autonomia.

2. Natura giuridica, elementi strutturali e profili funzionali. Corollari in tema di disciplina applicabile.

La dottrina civilistica si è soffermata sulla qualificazione giuridica degli accordi di ristrutturazione³³, indagando con particolare attenzione il profilo della causa. In senso maggioritario, si ritiene che detta causa consista nel superamento della crisi o nell'eliminazione dell'insolvenza.³⁴ L'integrale pagamento dei creditori, rispetto a detti presupposti, configura coelemento funzionale, essenziale ai fini della validità dell'accordo. In proposito, si è anche discusso di onerosità della causa e, più precisamente, di natura sinallagmatica. Il debitore riceve dai creditori un più vantaggioso assetto della sua finanza, esponendosi in cambio all'ingerenza dei creditori nella gestione dell'impresa.³⁵

ed, in particolare, dal comportamento del ceto bancario (mantenimento o revoca del fido). La presenza di fattori esogeni sottrae l'insolvenza ad un statuto di regole predeterminate ed inderogabili, chiamando in causa l'autonomia privata. V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio"*, cit., p. 28.

³¹ La crescente "contrattualizzazione" della crisi di impresa sembrerebbe preludere ad una "disintermediazione giudiziaria" della crisi aziendale, con conseguente "deminutio" del ruolo del giudice. Simile asserto è stato efficacemente sottoposto a revisione critica. La riforma delle procedure concorsuali, si è detto, nel privare il giudice di funzioni prevalentemente gestorie (o "spurie"), finisce per esaltarne il ruolo residuo di una giurisdizione "pura", ossia tendente a risolvere i conflitti in posizione di terzietà rispetto agli interessi coinvolti. In tal senso: V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio"*, cit., p. 282; L. ROVELLI, *La tutela dei diritti attraverso le procedure concorsuali e l'art.24 della costituzione*, cit., p.1 e ss..

³² In questi termini si esprime C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1800.

³³ Si ritiene che l'accordo di ristrutturazione non sia configurabile quale autonomo tipo contrattuale ma, tutt'al più, possa discorrersi di un peculiare fenomeno di "tipizzazione a bassa definizione", quale tecnica legislativa con l'obiettivo precipuo di identificare le condizioni di applicazione di talune norme, esterne rispetto al regolamento contrattuale. In tal senso M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 342 e ss.. Per lo sviluppo dei predetti concetti V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica - Zatti*, Milano, 2001, p.423. Sotto altro profilo, si è sottolineato come il Legislatore abbia conferito al debitore un "potere unilaterale di rinegoziazione del rapporto debito-credito, così come accade per l'incidenza delle sopravvenienze nei contratti con riguardo al contraente svantaggiato dalle sopravvenienze, ex art. 1467 c.c.". Così A. DI MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall*, cit., p. 245 e ss..

³⁴ Si è acutamente evidenziato come la posizione dei creditori poco abbia a che fare con il recupero della piena capacità economico-finanziaria da parte del debitore. I creditori, di per sé, hanno unicamente interesse alla tutela delle rispettive ragioni di credito. In questa prospettiva, l'intesa a fini ristrutturativi, più che al concordato preventivo, finisce col somigliare alla modificazione delle condizioni del prestito obbligazionario, di cui all'art.2415 n.2 c.c. M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 353.

³⁵ V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio"*, cit., p. 292

Si è, condivisibilmente, rilevato che la meritevolezza causale dell'accordo di ristrutturazione sia prevalentemente legata ad aspetti pratici. In particolare, alla prospettiva per cui la gestione convenzionale della crisi d'impresa sia in grado di generare risorse patrimoniali, utili alla soddisfazione dei creditori, maggiori rispetto alla gestione concorsuale. E proprio nella natura, almeno "lato sensu", negoziale dell'istituto risiede altresì l'equità della ripartizione delle risorse tra i

Quanto alla struttura, parte della dottrina ha ricostruito l'istituto come fenomeno unitario, discorrendo di contratto plurisoggettivo con comunione di scopo, sottolineando l'esistenza della comune finalità perseguita dai contraenti.³⁶ A tale inquadramento si è replicato evidenziando come detta figura sia qualificabile alla stregua di un collegamento negoziale tra una pluralità di intese bilaterali, intercorrenti tra debitore e singoli creditori.³⁷ Sembra preferibile una diversa ricostruzione del tema che, in omaggio alla flessibilità ed alla versatilità della figura giuridica, discorre di un profilo strutturale ibrido³⁸. In tal senso, è stata coniata la locuzione di "istituto a geometria variabile", onde voler significare che l'architettura dell'accordo possa mutare in funzione della concreta fattispecie al vaglio.³⁹ Nello stesso senso, si è discusso di "struttura contrattuale multilivello", volendosi intendere la possibilità di realizzare il fine ristrutturativo attraverso una pluralità di negozi: l'accordo di ristrutturazione, quale contratto quadro teso a delineare il progetto di superamento della crisi aziendale; i singoli accordi attuativi, quali negozi esecutivi del predetto programma, intercorrenti tra creditore e singoli debitori.⁴⁰

creditori: per i creditori aderenti la garanzia sta nell'aver prestato il proprio assenso, per i non aderenti nella prospettiva di ricevere il regolare pagamento dell'intero credito. Tale profilo evidenzia, peraltro, le maggiori garanzie offerte dall'istituto rispetto al concordato preventivo, in cui il sistema delle classi può dar luogo a soluzioni inique per singoli creditori. V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio"*, cit., p. 296.

³⁶ Farebbe propendere per una ricostruzione unitaria anche la potenziale lesione della "par condicio creditorum". In altri termini, la lesione della "par condicio creditorum" viene giustificata solo se sorretta dalla contestuale approvazione dell'accordo da parte di tutti i creditori. In tal senso F. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007. Una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 926.

Altra parte della dottrina, pur corroborando la tesi del negozio plurilaterale, ha ritenuto insussistente la comunione di scopo, per l'impossibilità di ravvisare uno scopo comune, nell'accezione di cui all'art. 1420 c.c. Così V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio"*, cit., p. 288.

³⁷ Sul punto cfr. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale diretto da G. Cottino*, Padova, 2008, 160 e ss. A sostegno della tesi atomistica si invocano ragioni di ordine pratico. Ove si applicasse la disciplina del contratto con comunione di scopo, ne scaturirebbero conseguenze abnormi in tema di invalidità giacché lo scioglimento dell'accordo anche quanto ad una sola parte, se essenziale, comporterebbe la caducazione dell'intero accordo. Configurando, invece, l'istituto come una pluralità di contratti autonomi, ciascuno indifferente alla sorte degli altri, è possibile offrire maggiori garanzie in ordine alla stabilità dell'accordo.

³⁸ S. AMBROSINI, cit., 160 e ss. Giova rammentare l'esistenza di ulteriori classificazioni teoriche in ordine al profilo funzionale dell'istituto. Alcuni, argomentando dalla sequenza procedimentale "accordo-omologa", hanno fatto richiamo alla figura della fattispecie a formazione progressiva. In tal senso E. GABRIELLI, *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.. Altri, evidenziando lo scambio tra sacrifici e vantaggi, hanno sostenuto l'esistenza di una causa onerosa. V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Riv. Dir. Priv.* 2007, pag. 277 e ss.

³⁹ Sul piano applicativo, la differenza tra le due opposte tesi può essere colta quanto al meccanismo di perfezionamento dell'accordo. La teoria "unitaria" sostiene che l'accordo si perfezioni con l'incontro della volontà di ciascun soggetto con quella di tutti gli altri contraenti. La teoria "atomistica", al contrario, sostiene l'esistenza di una pluralità di contratti bilaterali, derivanti dal mero incontro della volontà del creditore col singolo debitore. In dottrina si è, peraltro, sottolineato come tali differenze tendano ad essere neutralizzate sul piano pratico. Ove venga meno il consenso di uno dei creditori e detto consenso sia necessario per il raggiungimento del quorum del 60%, l'accordo di ristrutturazione non può essere omologato, a prescindere dalla natura unitaria o meno del negozio. Nello stesso senso si è ricordato come l'adesione ad una o all'altra tesi non alteri il procedimento di presentazione del ricorso, essendo comunque necessario che venga presentato un ricorso unico, eventualmente comprensivo di una pluralità di intese tra debitore e creditori, onde consentire al giudice un'unica valutazione complessiva ai fini dell'omologa.

⁴⁰ V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio"*, cit., p. 291;

Il termine “ristrutturazione”, del pari, non è di agevole interpretazione. Secondo una prima ricostruzione⁴¹, il vocabolo indicherebbe qualcosa in più del mero superamento della crisi, ossia l’intento di raggiungere l’equilibrio finanziario con una finalità ulteriore, quella di conservazione della struttura aziendale. Ne conseguirebbe, in tale prospettiva, l’illegittimità degli accordi finalizzati ad una mera liquidazione del complesso produttivo. Sembra prevalere in letteratura un’opposta concezione, per cui il fine conservativo è elemento naturale dell’accordo, non presupposto imprescindibile. La tesi in argomento si lascia preferire, specie considerando che il tenore letterale della disciplina in esame non effettua alcun riferimento alla finalità della conservazione del complesso aziendale: il fine ultimo dell’accordo è il ripristino della solvibilità, non necessariamente la conservazione dell’impresa. Ne consegue la piena legittimità di accordi aventi un contenuto integralmente liquidatorio.⁴² Nulla osta al fatto che l’accordo possa perseguire anche finalità ulteriori, finalità che tuttavia rimangono confinate al piano dei motivi (art.1343 c.c.), senza assurgere ad autentico elemento causale. In tal senso, è stato evidenziato come tra gli effetti connessi all’accordo vi sia quello di conservare, mediante l’ingresso della c.d. “nuova finanza”, il valore economico e la funzionalità dell’impresa e, quindi, non solo di rimuovere lo stato di crisi o di prevenire l’insolvenza, ma anche di operare un vero e proprio rilancio dell’attività di impresa.⁴³ Notevole rilievo assume l’ulteriore problema della natura concorsuale, o meno, dell’accordo di ristrutturazione⁴⁴. Secondo una prima tesi, l’istituto deve

⁴¹ G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005*, in *Fallimento*, 2005, 1452.

⁴² PROTO C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2006, 129 e ss.; A. DI MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.*, cit., 245 e ss..

⁴³ E. GABRIELLI, *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit..

⁴⁴ Affine a quello in esame è il tema dei rapporti tra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo. Esistono, in verità, una pluralità di elementi che collegano i due istituti, quali la collocazione sistematica (entrambi sono disciplinati nell’ambito del Titolo III della legge fallimentare), la natura ibrida (entrambi presentano una fase stragiudiziale di carattere negoziale ed una fase giudiziale di omologazione dell’accordo), l’esenzione dalla revocatoria fallimentare in caso di successivo fallimento. Si tratta, tuttavia, di stabilire se tali affinità rimangano su di un piano esclusivamente descrittivo o, al contrario, siano sintomo di un più intimo legame tra le predette figure giuridiche. In dottrina (in luogo di molti S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale diretto da G. Cottino*, Padova, 2008, 162) e in giurisprudenza (Trib. Bari, 21 novembre 2005, cit., 207 e ss.; Trib. Milano, 23 gennaio 2007, cit., 702; Trib. Udine, 22 giugno 2007, cit., 701 e ss.; Trib. Roma, 16 ottobre 2006, cit. 187 e ss.; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, cit., 669 e ss.) si segnala come nettamente maggioritaria le tesi dell’autonomia dell’accordo di ristrutturazione dal concordato preventivo. Detta condivisibile ricostruzione argomenta da una serie di convincenti indici normativi. Si invoca la rubrica del Titolo III della legge fallimentare (prima della riforma del 2005 recitava “Del concordato preventivo”, a seguito della riforma è stato aggiunto “e degli accordi di ristrutturazione”), la scansione procedimentale dei due istituti (nel concordato il piano proposto dal debitore costituisce un’attività interna fino all’approvazione dei creditori, nell’accordo di ristrutturazione l’intesa tra debitore e creditori precede l’intervento del tribunale e ne costituisce il necessario presupposto), il distinguo operato dal Legislatore nell’ambito dell’art.67 co.3 lett. “e” l. fall., l’assenza nell’ambito degli accordi ex art.182 bis l. fall. di effetti remissori per i creditori non aderenti (effetti remissori propri invece del concordato). Ulteriori distinguo possono cogliersi in rapporto al divieto, per i creditori, di agire “in executivis”: nel solo accordo di ristrutturazione l’ombrello protettivo del divieto di azione per i creditori è limitato a sessanta giorni; solo nel concordato è fatto divieto anche di acquisizione di diritti di prelazione, acquisizione che rimane possibile nell’accordo di ristrutturazione; nel concordato gli effetti del divieto decorrono dalla presentazione del ricorso in tribunale, nell’accordo dalla pubblicazione nel registro delle imprese. Ulteriormente, nel solo concordato preventivo è prevista l’adunanza e l’espressione del voto da parte dei creditori suddivisi in classi. L’accordo di ristrutturazione offre, anche sotto tale profilo, ampi margini di manovra: se da un lato è possibile riprodurre lo schema del concordato ed addivenire ad una suddivisione dei creditori in classi rimane, dall’altro è anche ipotizzabile un’ampia differenziazione di trattamento degli aderenti che consenta una negoziazione “ad personam” delle varie ragioni di credito, purché i creditori vi acconsentano “uti singuli”. Anche il riferimento al regolare pagamento è un profilo esclusivo degli “accordi”: nel concordato preventivo il Legislatore ha ritenuto non essere necessaria l’indicazione della percentuale offerta, dal momento che il soddisfacimento dei creditori attraverso

ricondersi nell'ambito dei contratti di diritto privato. A sostegno di tale conclusione si invoca l'estrema flessibilità della figura, la snellezza della procedura, l'assenza di qualsivoglia organizzazione del voto in adunanza, la mancanza di organi della procedura, l'assenza di meccanismi di controllo nella fase esecutiva dell'accordo.⁴⁵ Corollari di tale concezione sono l'applicabilità del principio dell'efficacia meramente "inter partes" della convenzione (art. 1372 c.c.) e l'insussistenza di vincoli quanto al rispetto della "par condicio creditorum", stante la possibilità per l'imprenditore di negoziare liberamente con i singoli creditori.⁴⁶ Secondo un'opposta prospettiva, gli accordi di ristrutturazione vanno inquadrati all'interno dei procedimenti concorsuali.⁴⁷ A suffragare detta posizione militano una serie di considerazioni, quali le finalità pubblicistiche poste alla base della disciplina in esame, comprovate peraltro dalla presenza dell'omologa dell'autorità giudiziaria, il divieto di esercizio di azioni tutelari ed esecutive, la previsione di un sistema di pubblicità dell'accordo, il necessario consenso di larga parte dei creditori (almeno il sessanta per cento) ed il contemporaneo regolare pagamento dei creditori rimasti estranei all'intesa, l'esenzione dalla revocatoria in caso di successivo fallimento, l'esistenza di taluni richiami alla disciplina del concordato preventivo. L'accordo di ristrutturazione prevede, in tal modo, il soddisfacimento di tutti i creditori, seppure con modalità differenziate (a seconda che i creditori vi aderiscano o meno): la differenza di trattamento viene ad essere stemperata, atteso che nessun creditore può ottenere un vantaggio che non sia stato convenuto espressamente con tutti i creditori aderenti.⁴⁸ La qualificazione giuridica dell'istituto incide, inevitabilmente,

qualsiasi forma di soddisfazione dei crediti, quali datio in solutum o novazione del debito. Di notevole peso sono, del pari, le considerazioni avanzate da quanti individuano tra i due istituti una fondamentale differenza: solo il concordato può considerarsi quale procedura concorsuale, con conseguente nomina degli organi della procedura ed organizzazione del voto in adunanza. Gli accordi di ristrutturazione non sembrano potersi considerare quale procedura concorsuale: non a caso mancano regole sulla nomina degli organi della procedura ed organizzazione del voto in adunanza. Sembra quindi superata l'opposta prospettiva, secondo cui l'accordo di ristrutturazione sia una "species" del più ampio "genus" concordato preventivo. Tale conclusione pare rafforzata dalla novella del 2007, mediante l'espunzione dal testo dell'art.182 bis co.1, l. fall. del termine "dichiarazione" (l'originario testo dell'art.182 bis recitava "Il debitore può depositare, con la dichiarazione e la documentazione di cui all'articolo 161..." Il riferimento alla dichiarazione propria del concordato preventivo è venuto meno a seguito della novella del 2007. L'incipit della norma, come novellata, recita "Il debitore può depositare, con la documentazione di cui all'articolo 161...")

⁴⁵ Si è suggerito, da parte di alcuni, l'accostamento tra accordo di ristrutturazione e contratto a favore di terzi, assumendo che il profilo funzionale del negozio sia quello di garantire il regolare pagamento dei creditori non aderenti. Può replicarsi evidenziando come quello citato sia solo uno dei possibili motivi che sottende l'operazione, sussistendo, differenza di quanto accada nel contratto a favore di terzi, un interesse "egoistico" dei creditori aderenti (stipulanti). Allo stesso modo, si è sottolineata la difficoltà a ricondurre i debitori nella sfera di promittenti. Si è, allora, ricorso alla categoria neutra, con valore prevalentemente descrittivo, del contratto con effetti favorevoli nei confronti dei terzi. In tal senso M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p.349 e ss.; F. FERRO-LUZZI *Prolegomeni*, cit., p. 830 e ss..

⁴⁶ Sull'inquadramento dell'istituto in ambito contrattuale cfr. F. INNOCENTI, cit., 926 e ss.

⁴⁷ In dottrina, si segnala una peculiare impostazione del problema. Sono state isolate due nozioni di procedura concorsuale. La prima, tradizionale, abbraccia tutti quei procedimenti volti a garantire una proporzionale ripartizione dell'attivo: la nozione di concorsualità finisce col coincidere con il rispetto della par condicio creditorum. La seconda comporta il riferimento ad una particolare regolamentazione del concorso tra i creditori: in tale prospettiva. La concorsualità si identifica con il divieto di proposizione (o prosecuzione) di azioni esecutive o cautelari. Aderendo alla seconda prospettiva, si è sostenuta la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione. Cfr.: G. TERRANOVA, *Le procedure concorsuali. Problemi di una riforma*, Milano, 2004, 59; P. BARONTINI, *I rapporti tra accordi di ristrutturazione e dichiarazione di fallimento: sospensione dell'azione esecutiva o pregiudizialità tra procedure concorsuali?*, cit., 212 e ss..

⁴⁸ A sostegno della tesi concorsuale si invocano, peraltro, ulteriori argomenti. I creditori estranei subiscono, di sicuro,

sul tema della disciplina applicabile: il dettato normativo, pur a fronte di ripetute novelle, presenta ad oggi lacune ed elementi di criticità. Chi assume che gli accordi siano un tipo particolare di concordato, applica, in via diretta, la disciplina concordataria. Chi, al contrario, relega l'istituto al di fuori del sistema concorsuale, valorizzandone l'elemento privatistico, sostiene l'applicabilità della disciplina del concordato nei soli casi in cui risulti un espresso richiamo della disciplina di cui agli art.182 bis e ss. l. fall. Ove si sostenga, come pare preferibile, la natura ibrida dell'istituto, dovrà ricorrersi ad un'applicazione analogica delle norme concordatarie, ove compatibili. L'elemento privatistico e stragiudiziale, riconducibile alla presenza di un accordo, si sovrappone all'elemento pubblicistico e giudiziale della procedura concorsuale, derivante dall'omologazione. Con l'assorbente conseguenza che la disciplina applicabile non potrà determinarsi "ex ante" sulla base di astratti percorsi qualificatori, ma andrà verificata in concreto, in base alla compatibilità delle norme del concordato preventivo.⁴⁹

3. Presupposti di carattere oggettivo e soggettivo. Ambito di applicazione dell'istituto.

La lettera della norma di cui all'art. 182 bis l. fall. non risolve i dubbi manifestati dalla dottrina in ordine all'ambito di applicazione dell'istituto⁵⁰. Quanto ai presupposti di ordine soggettivo, ci si domanda quali siano i soggetti legittimati a richiedere l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione. La formulazione originaria della norma, utilizzando il termine "debitore", aveva ingenerato il dubbio sulla possibile estensione dell'istituto al debitore civile.⁵¹ La Novella del 2007 ha sostituito il vocabolo "debitore" con "imprenditore", risolvendo in maniera univoca la questione, nel senso della inestensibilità dell'istituto al debitore civile. Del resto, depongono chiaramente in favore della predetta soluzione argomenti di carattere

alcuni effetti normativi connessi all'accordo, quali il blocco delle azioni individuali, esecutive e cautelari e, secondo una certa prospettiva, anche l'esenzione dalla revocatoria fallimentare dei pagamenti eseguiti nei loro confronti. Non di meno, i creditori non aderenti soggiacciono alle conseguenze pregiudizievoli dell'esenzione dalla revocatoria giacché, in caso di successivo fallimento, vedono diminuire l'entità del patrimonio del debitore. Sull'accostamento dell'istituto alle procedure concorsuali, ex multis, cfr. *PROTO C., Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 129 e ss.

⁴⁹ Sul punto *PROTO C., cit., passim*.

⁵⁰ Nella formulazione originaria della disciplina degli accordi di ristrutturazione mancava un espresso riferimento al tema dei gruppi di impresa, con conseguente incertezza interpretativa. La novella del 2010, attraverso l'inserimento dell'art. 182 quater co. 3, ha risolto positivamente il problema, operando un espresso riferimento al tema dei finanziamenti intra-gruppo. La giurisprudenza di merito aveva, peraltro, già risolto positivamente il problema, prendendo altresì posizione su alcuni profili specifici, come la relazione del professionista. A tal proposito, Trib. Milano 17 giugno 2009, cit., ha stabilito che "la relazione dell'esperto può essere opportunamente redatta in maniera unitaria e contenere valutazioni inerenti l'intero piano di riorganizzazione, motivate in maniera coerente sotto il profilo della ragionevole prospettiva di riuscita del piano medesimo, sia pure con diversi gradi di positività della prognosi, in relazione alle singole società del gruppo". Altro punto riguarda il computo della maggioranza dei creditori. In proposito, Trib. Milano, 10 novembre 2009, cit., è intervenuto escludendo l'estensione dell'art. 127 l. fall. agli accordi di ristrutturazione, con conseguente computo dei crediti delle società controllanti o controllate. A livello procedimentale, Trib. Milano 10 novembre 2009, cit., ha precisato che, qualora vi siano distinte procedure attinenti a distinte società facenti parte del medesimo gruppo, il giudice debba disporre la riunione, in forza del collegamento funzionale inscindibile che sussiste tra i procedimenti. La distinta personalità giuridica delle società componenti il gruppo è stata tutelata, nel caso di specie, mediante il separato accordo tra ogni società ed il proprio ceto creditorio. Viene in tal modo superata la vecchia impostazione, secondo cui la distinta soggettività delle società costituenti il gruppo giustifichi distinti procedimenti, per cui v. *Cass.* 6 luglio 1992 n. 8656, in *Fall.*, 1993, 247.

⁵¹ Già anteriormente alla novella del 2007, la giurisprudenza di merito, sulla base di condivisibili ragioni di coerenza esegetica, aveva ritenuto che l'istituto fosse applicabile solo agli "imprenditori commerciali non piccoli". In tal senso Trib. Bari, 21 novembre 2005, cit., p. 207 e ss.

sistematico (la collocazione della norma all'interno della legge fallimentare) e logico (il principale effetto connesso all'accordo di ristrutturazione è l'esenzione dalla revocatoria nell'ipotesi di successivo fallimento).⁵² D'altra parte, non è chiaro se, ai fini dell'applicazione della disciplina in esame, debba trattarsi o meno di imprenditore commerciale.⁵³ La dottrina⁵⁴, invocando ragioni di coerenza sistematica, discorre di "imprenditore fallibile". Ne deriva, pertanto, che, secondo detta impostazione, la figura giuridica "de qua" non vada ritenuta fruibile dagli imprenditori commerciali privi dei requisiti dimensionali di cui all'art.1 l. fall., né dagli imprenditori agricoli, dagli enti non commerciali, da esercenti professioni intellettuali.⁵⁵ Quanto ai presupposti di ordine oggettivo, assume un peso decisivo la locuzione "stato di crisi"⁵⁶, contenuta dal primo comma dell'art. 182 bis co.1 l. fall.⁵⁷. L'originaria formulazione della disposizione, a dire il vero, non operava alcun riferimento a particolari stati soggettivi dell'imprenditore. La dottrina, tuttavia, già in sede di prima lettura della disciplina in esame aveva optato per una lettura sistematica e, argomentando dalle

⁵² In tal senso S. AMBROSINI, *cit.*, 164.

⁵³ Risulta piuttosto controverso se l'iscrizione dell'imprenditore nel registro delle imprese sia da configurarsi quale presupposto indispensabile. La tesi prevalente sembra essere quella restrittiva, ossia incline alla fruizione della disciplina in commento solo da parte degli imprenditori iscritti nel registro delle imprese. A sostegno di tale ricostruzione si invocano argomenti di carattere letterale ed, in particolare, gli espliciti riferimenti al registro delle imprese contenuti dal co.2 e dal co.6 dell'art.182 bis l. fall. L'opposta tesi (dell'estensione dell'istituto alle società di fatto ed alle società irregolari) si giustifica, principalmente, argomentando dalla inesistenza di restrizioni imposte dalla legge a riguardo, quanto dalla simmetria con il concordato preventivo, il quale non richiede simile requisito. Sul punto cfr. S. AMBROSINI, *cit.*, 165.

⁵⁴ P. PAJARDI e A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2008, 911.

⁵⁵ La dottrina si è interrogata in ordine all'estensione della disciplina in oggetto all'alveo degli imprenditori soggetti ad amministrazione straordinaria ed a quelli soggetti a liquidazione coatta amministrativa. Del pari, è stata esaminata la possibilità di applicazione dell'art. 182 bis e ss. alle SIM, alle SICAV, alle SGR, agli istituti di credito, alle imprese assicuratrici. Sul punto cfr. A. JORIO, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Fallimento*, 2005, 1454.

⁵⁶ La nozione di crisi ha la propria radice nella scienza aziendalistica. Essa può essere finanziaria (ove l'impresa non abbia e non riesca ad acquisire i mezzi finanziari adeguati per tipo e quantità alle esigenze di una gestione altrimenti non equilibrata), economica (ove vi sia una tendenza del conto economico a determinare perdite nella gestione), economico-finanziaria (ove lo squilibrio economico dell'esercizio derivi per lo più dall'eccessivo carico di oneri finanziari, per soverchiante indebitamento rispetto al capitale proprio o ai ricavi di esercizio). In un'ottica più squisitamente giuridica, l'insolvenza esprime una qualificazione di definitività ed irrecuperabilità dello stato di dissesto. Lo stato di crisi, invece, esprime una situazione patologica ma gestibile e potenzialmente superabile. In tal senso G. PRESTI, *Procedure concorsuali. Accordi di ristrutturazione dei debiti*, *cit.*, p. 52.

⁵⁷ L'introduzione della perifrasi "stato di crisi" all'indomani della riforma delle procedure concorsuali (L. n.80/2005), adoperata in sede di modifica della normativa del concordato preventivo ed in sede di introduzione della figura degli accordi di ristrutturazione, aveva in un primo momento suscitato non pochi dubbi interpretativi. Il successivo D. Lgs. 273/2005, intervenendo in sede di concordato preventivo, risolveva la "querelle" ed aggiungeva un nuovo comma all'art.160 l. fall., secondo cui "per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza". L'inserimento dell'espressione "stato di crisi" all'interno del già citato art. 182 bis co.1 l. fall. è dovuto alla novella del 2007. La giurisprudenza di merito, in tema di concordato preventivo, stante l'assenza di indicazioni univoche da parte del Legislatore, aveva già contribuito ad identificare il significato dell'espressione "stato di crisi", identificandola con una serie di differenti situazioni giuridiche, che vanno dalla mera difficoltà di adempiere sino all'insolvenza irreversibile ex art.5 l. fall. Ne deriva che il rapporto tra stato di crisi ed insolvenza è assimilabile ad un rapporto tra genus e species. Le suindicate riflessioni sono da ritenere fruibili anche in sede di accordi di ristrutturazione. Cfr.: Trib. Bari, 7 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 53; Trib. Milano, 7 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 51; Trib. Pescara 20 ottobre 2005, in *Fallimento*, 2006, 222; Trib. Pescara, 13 ottobre 2005, in *Fallimento*, 2006, 98; Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, 570.

norme in tema di concordato preventivo, aveva ritenuto che lo stato di crisi fosse un presupposto implicito ma necessario.⁵⁸ Tale conclusione, corroborata dalla novella del 2007, risulta oggi pacifica. Ne consegue che l'accesso agli accordi di ristrutturazione, consentito all'imprenditore in crisi⁵⁹, deve ritenersi precluso all'imprenditore in condizione di solidità economica⁶⁰. Si ritiene, in modo pressoché pacifico, che la nozione di "crisi" vada letta in senso ampio, ricomprendendovi un'ampia gamma di situazioni, dal mero malessere economico-finanziario all'insolvenza vera e propria.⁶¹ Lo "stato di crisi" va, dunque, considerato quale presupposto di procedibilità della domanda, quale requisito non dispensabile della più ampia fattispecie a formazione successiva in cui si inserisce.

4. Profili formali e contenutistici. Gli effetti dell'accordo: dai rapporti con l'azione revocatoria alle questioni di carattere fiscale..

La norma in esame non prescrive specifici requisiti formali ai fini della conclusione dell'accordo. L'esigenza della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese e la conseguente omologazione giudiziale

⁵⁸ S. AMBROSINI, *cit.*, 165.

⁵⁹ Simmetricamente a quanto avviene per il concordato preventivo, l'accesso agli accordi di ristrutturazione è consentito a prescindere dalla misura della crisi di impresa: come tale sono legittimati a richiedere l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione tanto l'imprenditore in crisi "tout court", quanto l'imprenditore insolvente.

⁶⁰ Un diverso orientamento, argomentando dall'esistenza di un presunto interesse giuridico dell'imprenditore alla ristrutturazione aziendale, ritiene che lo "stato di crisi" non sia un requisito imprescindibile. Sarebbero, pertanto, ammessi tanto imprenditori con lievi difficoltà economico-finanziarie, quanto imprenditori non in crisi. In tal senso L. PANZANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i limiti di sindacato del giudice*, D. dir., Ipsa.it, 2006, 1 e ss. A tale modo di argomentare si è eccepito il rischio di un utilizzo fraudolento dell'istituto. Ipotizzando un accordo di ristrutturazione che prevenga il rischio di una crisi futura, potrebbero favorirsi i creditori attuali (immuni dalla revocatoria fallimentare rispetto ai pagamenti ricevuti a seguito dell'accordo) a scapito dei creditori futuri (i quali sarebbero sottoposti alla falcidia concorsuale in caso di successivo fallimento). In tal senso V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio"*, *cit.*, p. 286. Nel medesimo senso E. GABRIELLI, *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, *cit.*, per cui l'utilizzo dell'istituto da parte dell'imprenditore che non sia in crisi potrebbe assumere la funzione di eludere il regolare adempimento delle proprie obbligazioni nei confronti dei creditori aderenti.

⁶¹ La dottrina tende a distinguere l'insolvenza civile da quella commerciale. Quest'ultima viene identificata come una situazione di squilibrio finanziario, da accertarsi con un giudizio prognostico, tale da indurre il creditore a non poter più fare affidamento sui flussi finanziari che alimentano l'attività dell'imprenditore. La seconda comporta un depauperamento del debitore, tale da indurre il creditore a non poter più fare affidamento sulla consistenza del patrimonio. Sul tema cfr.: F. MACARIO, *Credito al consumo e sovra indebitamento del consumatore: aspetti economici e profili giuridici*, (a cura di M. LOBUONO e M. LORIZIO), Torino, 2007;; Id., *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, *cit.*, 105 e ss. Detto autore, argomentando dalla norma ex art. 1186 c.c., identifica l'insolvenza civile con un concetto "statico", risolvendosi nell'impossibilità, per il ceto creditorio, di fare affidamento sulla consistenza del patrimonio del debitore. Al contrario, l'insolvenza commerciale, i cui lineamenti sono tracciati dall'art.5 l. fall., esprime un concetto "dinamico", giacché l'affidamento del creditore non deve limitarsi al patrimonio del debitore ma, al contrario, deve comprendere anche i flussi finanziari di cui il debitore stesso beneficia. Alla base di simile ricostruzione vi sono motivazioni di carattere socio-economico. L'indebitamento dell'imprenditore non di certo è espressione di dinamiche patologiche. Il problema non è l'indebitamento, bensì la disponibilità del ceto bancario a tenere in vita un'adeguata linea di credito. E ciò dipende anche dalla credibilità sul mercato dell'imprenditore. Sul medesimo tema v. anche P. SCHLESINGER *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in Riv. dir. proc., 1995, p.319.

depongono nel senso della necessità della forma scritta.⁶² E' stato posto in dubbio che le sottoscrizioni dei creditori aderenti debbano essere autenticate. In dottrina, l'autentica notarile è stata valutata quale evidente garanzia circa la provenienza del consenso manifestato, nonché quale presupposto necessario onde conseguire la qualifica di titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 474 c.p.c. Parte della giurisprudenza, argomentando dall'insopprimibile genuinità del voluto creditorio, ha recepito tale indirizzo, statuendo l'imprescindibilità dell'autentica notarile.⁶³ Il debitore, di concerto con il ceto creditorio, individua le modalità della ristrutturazione. Nel silenzio della legge, la dottrina, onde consentire i più ampi margini di negoziabilità e flessibilità, ritiene che il contenuto dell'accordo possa assumere la più svariata configurazione⁶⁴. La prassi conferma tale assunto. Frequentemente si ricorre a rinunce totali o parziali agli interessi o al capitale, al c.d. "pactum de non petendo"⁶⁵, a dilazioni di pagamento, a cessioni di beni, ad

⁶² Per la necessità della forma scritta Trib. Bari, 21 novembre 2005, cit. Si è ritenuto che il documento contenente le sottoscrizioni vada depositato in originale. In tal senso Trib. Roma 7 luglio 2005, cit. Non sembrano esservi particolari vincoli quanto alle modalità di raccolta del consenso, con conseguente ammissibilità tanto della manifestazione del consenso all'interno di un unico documento, quanto della possibilità per il debitore di depositare tanti accordi bilaterali con i propri creditori. Appare, però, necessario che il deposito comprenda copia dell'accordo di ristrutturazione (o degli accordi) e copia della relazione del professionista, dichiarati conformi all'originale depositato nella cancelleria del tribunale ai sensi dell'art. 19 D.P.R. 445/2000. Cfr.: G. MANIGLIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art.182 l. fall. e l'intervento del notaio*, cit., p. 628 e ss.

⁶³ La norma non prescrive una qualche forma di autenticazione. La giurisprudenza di merito si è, sovente, espressa per la necessità dell'autentica notarile, argomentando dall'art. 11, comma 4, D.P.R. 581/1995, che prevede: "L'atto da iscriverne è depositato in originale con sottoscrizione autenticata, se trattasi di scrittura privata non depositata presso un notaio". In tal senso si sono espressi: Trib. Roma, 20 maggio 2010, cit., per cui le sottoscrizioni dei creditori devono essere autenticate a pena di inammissibilità della domanda; Trib. Milano, 25 marzo 2010, cit.; Trib. Udine, 22 giugno 2007, cit.; Trib. Bari, 21 novembre 2005, secondo cui "Non è omologabile un accordo di ristrutturazione dei debiti, allorché i singoli atti sottoscritti dai creditori aderenti non siano stati autenticati". Conforme a tale orientamento è la consulta regionale dei conservatori del registro della Lombardia, espressasi nell'ambito di un procedimento giudiziario tenutosi innanzi al tribunale di Milano e culminato con provvedimento del 21 dicembre 2005. In quella circostanza il conservatore del registro ha richiesto l'autentica notarile delle firma di proposta ed accettazione. Cfr.: G. MANIGLIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art.182 l. fall. e l'intervento del notaio*, cit., 628 e ss. Per l'irrilevanza dell'autentica delle sottoscrizioni dei creditori aderenti: Trib. Palermo, 27 marzo 2009, cit., p. 502; Trib. Rimini, 20 marzo 2009, cit..

⁶⁴ Un'ipotesi interessante riguarda la possibilità di inserire una clausola risolutiva espressa con cui risolvere gli effetti dell'intesa in caso di successivo fallimento. La risposta al predetto quesito deve essere di tipo affermativo. Del tutto inconferente pare il riferimento all'art. 72, ult. co., l. fall. (per cui sono inefficaci le clausole contrattuali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento): detta previsione, intendendo facilitare il subingresso del curatore fallimentare nel contratto, non ha nessun legame con l'ipotesi di accordi di ristrutturazione. Contrario a tale impostazione E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, cit., p. 320, secondo cui l'inammissibilità della condizione risolutiva di adempimento deriva non tanto dall'applicazione dell'art. 72 l. fall., quanto dalla impossibilità di "dedurre in condizione un fatto, la dichiarazione di fallimento, che in tal caso non può essere considerato programmaticamente incerto perché è proprio al verificarsi del fatto fallimento che è ancorato l'effetto (esenzione da revocatoria) programmato dal contratto. Ne consegue che, anche in presenza di siffatte condizioni, i creditori aderenti all'accordo potranno insinuarsi al passivo solo per il credito convenzionalmente da essi riconosciuto ed accettato". In caso di successivo fallimento (posteriore all'omologazione dell'accordo) e conseguente operatività della clausola risolutiva espressa, i creditori, ferma l'esenzione dalla revocatoria fallimentare, sono legittimati ad esercitare le proprie pretese per intero. Favorevole all'applicazione dell'art. 72 l. fall. all'accordo di ristrutturazione è C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1805, secondo cui la norma in esame ha portata generale, rilevando unicamente "il fatto che il contratto sia ancora pendente o meno, che il rapporto contrattuale inserito nell'accordo di ristrutturazione non sia ancora stato eseguito, in tutto o in parte, da entrambi i contraenti al momento della dichiarazione di fallimento

⁶⁵ Secondo una certa impostazione, l'accordo di ristrutturazione andrebbe identificato con il c.d. "pactum de non

affitto o cessione dell'azienda o di alcuni rami (con eventuale affido del controllo aziendale ad un mandatario o ad un trustee) ad accollo di debiti, all'utilizzo di beni appartenenti a soci (sia a responsabilità limitata che illimitata), alla conversione di crediti in capitale (da realizzarsi mediante aumento oneroso del capitale dal liberarsi mediante compensazione del debito), all'emissione di obbligazioni (il creditore diventa così obbligazionista, ai sensi dell'art.2410 e ss. c.c.), alla costituzione di una "new company", eventualmente anche mediante "merger leveraged buy out" (art.2501 bis c.c.)⁶⁶. Possibile è l'inserimento di previsioni riguardanti le modalità di gestione dell'impresa (c.d. "convenzioni di garanzia gestionale"), con possibilità per il ceto creditorio di ricorrere a strumenti di controllo dell'operato dell'imprenditore, quali l'istituzione di comitati dotati di poteri consultivi ed informativi⁶⁷. Le banche, a sostegno dell'operazione, mantengono ferme le linee di credito preesistenti o, al più, acconsentono all'erogazione di nuova finanza⁶⁸. A garanzia

petendo". Da simile asserto sono state tratte talune conseguenze applicative: l'accordo comporterebbe la sopravvivenza degli originari rapporti obbligatori poiché, rendendo temporaneamente non esigibili i crediti, inciderebbe unicamente sulla modalità di esecuzione della prestazione. Così Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Fallimento.*, 2007, p. 702.

Si è efficacemente replicato che il "pactum de non petendo" è solo una delle possibili variabili dell'accordo di ristrutturazione, essendo certamente ammissibile un accordo estintivo delle obbligazioni originarie, vuoi come "datio in solutum", vuoi come novazione o remissione del debito. In tal senso P. PAJARDI e A. PALUCHOWSKI, cit., 915.

In giurisprudenza (pur con riferimento a fattispecie diverse dagli accordi di cui all'articolo 182 bis l. fall.) si è sostenuto che detta pattuizione sia idonea a rimuovere lo stato di insolvenza solo qualora intervenga tra l'imprenditore e tutti i suoi creditori. In tal senso Trib. Napoli 23 aprile 2002, in *Giur. Merito*, 2003, 1954. Tale impostazione è stata criticata giacché non suffragata da convincenti argomentazioni logico-giuridiche. In tal senso L. RESTAINO, *Ancora qualche considerazione sulla natura dell'attività esercitata dalla holding e sulla rilevanza del factum de non petendo*, in *Giur. Merito*, 2003, 1954.

⁶⁶ Nelle operazioni di ristrutturazione è frequente la costituzione di una nuova società, la quale riceve "nuova finanza", a cui può essere trasferita l'azienda in crisi. Detta società (c.d. "newco"), sovente partecipata dai creditori, risulta sufficientemente patrimonializzata e depurata dai debiti, lasciati alla società cedente. Il trasferimento del complesso aziendale, spesso, deriva da un contratto di affitto con clausola di riscatto e computo dei canoni quale acconto sul prezzo. Cfr.: M. GALARDO, *Accordi di ristrutturazione: valutazione del tribunale e inadempimento dell'accordo di ristrutturazione omologato*, cit., 160.

⁶⁷ Non è chiaro se l'accordo di cui all'articolo 182 bis l. fall. debba essere obbligatoriamente corredato da un piano finanziario o industriale. Ancora una volta il dubbio nasce da una tecnica legislativa non proprio ineccepibile e, segnatamente, dalla portata del rinvio che la norma ex art.182 bis, co. 1, l. fall. effettua alla documentazione ex art. 161 l. fall., in tema di concordato preventivo. La norma ex art. 161 l. fall., tuttavia, rinvia, a sua volta, all'art. 160 l. fall., relativo al piano di ristrutturazione, disposizione quest'ultima non contemplata "expressis verbis" dall'art. 182 bis l. fall. La soluzione affermativa, ossia incline alla necessari età del piano di ristrutturazione anche in sede di accordi ex art. 182 bis l. fall., si lascia preferire, giacché solo l'allegazione di un piano industriale consente ai creditori aderenti di evincere che l'esecuzione dell'accordo permetterà di superare la crisi d'impresa. In tal senso Trib. Milano, 10 novembre 2009, cit.; Trib. Roma, 5 novembre 2009, cit.; A. JORIO, M. FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit.. Conforme a tale orientamento L. MANDRIOLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.*, cit., 613, secondo cui risulterebbe inverosimile ritenere che il debitore possa procedere alla predisposizione di un accordo di ristrutturazione dei debiti con i creditori senza quella "bussola di riferimento" che è il piano di ristrutturazione, teso a ripristinare la solvibilità dell'impresa medesima. Contrario a simile impostazione F. DI MARZIO, *La crisi d'impresa, Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare (a cura di F. Di Marzio)*, cit., 303 e ss., secondo cui l'accordo non è altro che la parziale esecuzione del piano sottostante. Per la superfluità del piano solo in presenza di accordo con finalità liquidatorie: Trib. Roma, 20 maggio 2010, cit.; L. FAZZI, *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione*, cit., 359.

⁶⁸ Una delle maggiori lacune della disciplina al vaglio attiene alla fase esecutiva dell'accordo. Problematico è, ad esempio, il controllo sull'attività gestoria dell'imprenditore in pendenza di accordo di ristrutturazione. Detto profilo presenta notevoli criticità, attesa l'assenza di qualsivoglia vincolo legislativo a fronte della possibilità che l'esecuzione dell'accordo si prolunghi negli anni. La prassi ha, pertanto, elaborato delle soluzioni negoziali al problema, tra cui

della posizione del ceto bancario è possibile che vengano richiesti interventi sulla “governance” aziendale, quali la cessione del complesso aziendale ai creditori (quali gerenti o mandatari, analogamente allo schema tipico di cui all’art. 1977 c.c.) o l’affidamento della gestione dell’attività d’impresa ad un soggetto terzo, dotato di un sufficiente grado di affidabilità⁶⁹. Una delle principali peculiarità dell’accordo di ristrutturazione risiede nella insensibilità dell’istituto alla regola della “par condicio creditorum”: non è necessario osservare alcun ordine predefinito in merito alla graduazione di eventuali cause legittime di prelazione⁷⁰. Con la peculiare conseguenza che, all’esito dell’accordo, possono subire decurtazioni i creditori privilegiati aderenti ed, al contempo, essere soddisfatti integralmente i creditori chirografari non aderenti⁷¹.

rientra a pieno titolo l’utilizzo del trust. L’utilizzo del trust, quale strumento negoziale a servizio di un accordo di ristrutturazione è ipotizzabile in svariate ipotesi. Il ricorso al trust può ipotizzarsi al fine di tutelare la posizione dei creditori anteriormente alla conclusione dell’accordo di ristrutturazione. L’accordo di ristrutturazione, come è noto, ha effetto solo per i creditori aderenti: il trust potrebbe, allora, essere utilizzato per “segregare” risorse patrimoniali in favore dei creditori non aderenti. Il trust rimane strumento utile anche per tutelare i c.d. “creditori successivi” (ossia per i creditori posteriori (per titolo e causa) alla data di pubblicazione dell’accordo) ed i creditori aderenti alla scadenza del termine di sessanta giorni (c.d. automatic stay). Ulteriore ambito di applicazione attiene alla fruibilità dell’istituto per “proteggere” utilità patrimoniali apportate da terzi. Per un’ampia esemplificazione casistica Cfr.: A. BUSANI, C. FANARA, G. OTTAVIO MANNELLA, *Trust e crisi d’impresa*, Milano, 2013, p. 106 e ss.

⁶⁹ Si discute sull’applicabilità all’accordo delle tradizionali azioni contrattuali di nullità, annullabilità, risoluzione, rescissione. Il dibattito dottrinale varia in funzione dell’inquadramento dogmatico dell’istituto, dovendosi distinguere tra quanti, sulla base della natura privatistica dell’accordo, danno risposta positiva al quesito e quanti, sulla base della natura concorsuale e pubblicistica dell’accordo, opinano in senso opposto. La prima opinione si lascia preferire, non tanto in virtù di inappaganti schemi qualificatori, quanto in forza della necessità per l’interprete di colmare veri e propri “vuoti di disciplina” lasciati dal Legislatore. Il tutto con alcune precisazioni. I predetti rimedi (ad eccezione della nullità, invocabile da chiunque abbia interesse) sono accessibili solo ai creditori partecipanti all’accordo: alcuni di essi, come la risoluzione per inadempimento, non sono azionabili solo dal momento in cui si constata che l’accordo non stia trovando effettivamente esecuzione, non in un momento anteriore, per contrasto con il generale divieto di venire “contra factum proprium”. Ai creditori estranei spetta comunque la facoltà di proporre opposizione all’accordo entro sessanta giorni dalla pubblicazione nel registro delle imprese e, in subordine, la possibilità di proporre istanza di fallimento. Per un’impostazione generale del tema E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., 174. Nel senso dell’applicabilità della risoluzione per inadempimento, esplicitamente, Trib. Milano, 18 luglio 2009, cit. E’ stato posto il problema dell’estensione agli accordi di ristrutturazione dell’art. 186 l. fall., relativo alla risoluzione del concordato preventivo. Si è efficacemente messa in luce la scarsa compatibilità della predetta norma con il sistema ex art. 182 bis. e ss. l. fall., giacché verrebbero fatti comunque salvi i pagamenti già eseguiti stante l’operatività dell’esenzione dalla revocatoria fallimentare. In tal senso, sebbene in via implicita, Trib. Milano, 18 luglio 2009, cit.

⁷⁰ Su detto profilo emerge una palese differenza con il concordato preventivo, ove è invece prevista l’adunanza e l’espressione del voto da parte dei creditori suddivisi in classi. L’accordo di ristrutturazione offre, anche sotto tale profilo, ampi margini di manovra: se da un lato è possibile riprodurre lo schema del concordato ed addivenire ad una suddivisione dei creditori in classi rimane, dall’altro è anche ipotizzabile un’ampia differenziazione di trattamento degli aderenti che consenta una negoziazione “ad personam” delle varie ragioni di credito, purché i creditori vi acconsentano “uti singuli”. In tal senso C. D’AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, cit., 1811*. Per l’irrelevanza della “par condicio creditorum” Trib. Roma, 20 maggio 2010, cit., secondo cui “non ha rilievo alcuno la distinzione tra creditori privilegiati e chirografari, nel senso che possono essere previste percentuali diverse di pagamento tra i creditori privilegiati e chirografari, anche con soddisfacimento maggiore per i chirografari”. In dottrina, per un’interessante disamina del rapporto tra par condicio creditorum e concorsualità in riferimento agli accordi di ristrutturazione, Cfr.: P. BARONTINI, *I rapporti tra accordi di ristrutturazione e dichiarazione di fallimento: sospensione dell’azione esecutiva o pregiudizialità tra procedure concorsuali*, cit., 212 e ss..

⁷¹ E’ stato posto in letteratura il dubbio sulla estensibilità della norma di cui all’art. 184 l. fall. agli accordi di ristrutturazione. In dottrina si è sottolineato come la natura concorsuale dell’accordo di ristrutturazione e l’identità di

La versione originaria della disciplina in esame non conteneva alcun riferimento alla prededucibilità dei crediti sorti in funzione del perseguimento dell'accordo di ristrutturazione. Tale profilo è stato affrontato dal Legislatore della novella del 2010, con la legge 30.7.2010, n. 122⁷². Le menzionate innovazioni legislative introducono un principio più volte invocato già all'indomani della riforma introdotta con il d.l. 35/2005, conv. in l. 80/2005, e cioè quello della prededucibilità della "nuova finanza" concessa al debitore in funzione della presentazione di un accordo di ristrutturazione o di un concordato preventivo con finalità conservative (la concessione di nuova finanza non avrebbe infatti senso nel concordato di tipo liquidatorio). E' chiara la finalità del legislatore di fornire all'imprenditore in crisi un ulteriore strumento di agevolazione per giungere ad una soluzione concordata della crisi d'impresa, garantendo, in questo modo, al soggetto che fornisce nuova finanza, il soddisfacimento del proprio credito nell'eventuale successivo fallimento prima di ogni altro

“ratio” con il concordato preventivo costituiscano argomenti in favore dell'estensione della norma in oggetto. Seguendo detta linea di pensiero, si è ritenuto che l'omologa dell'accordo non incida sui rapporti tra creditori e coobbligati, creando una dissociazione tra le vicende relative al debitore principale e quelle relative agli stessi coobbligati. L'adesione alla tesi dell'alterità dell'istituto rispetto al concordato preventivo induce altra parte delle dottrina ad una risposta negativa. Con la conseguenza che i creditori, dopo l'omologa dell'accordo, non conservano impregiudicati i propri diritti nei confronti di debitori coobbligati, fideiussori ed obbligati in via di regresso. Sui termini del dibattito P. PAJARDI e A. PALUCHOWSKI, cit., 932.

⁷² Con l'art. 48, 1° c., del d.l. 31.5.2010, n. 78, conv. con modificazioni in l. 30.7.2010, n. 122, è stato inserito nel sistema della legge fallimentare l'art. 182-quater, che disciplina la sorte nell'eventuale futuro fallimento dei debiti contratti dall'imprenditore in occasione ed in funzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione. In particolare, ai sensi del primo comma dell'art. 182-quater l. fall.: “I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111”. Ai sensi del secondo comma dello stesso articolo, invece: “Sono parificati ai prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111, i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dai soggetti indicati al precedente comma in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purchè la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato”. Il 3° comma dell'art.182-quater l. fall., inoltre, prevede che, in deroga agli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c., sono prededucibili anche i finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare, nel caso di finanziamenti effettuati ai sensi del primo comma dello stesso articolo, e quindi per i finanziamenti operati dopo l'omologazione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione. Trattasi di disposizione che tende a favorire l'esecuzione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione mediante l'apporto di nuova finanza da parte dei soci, e proprio questo giustifica la deroga al principio della postergazione, sia pure con il temperamento del limite dell'80 % quale credito da riconoscere in prededuzione. Ai sensi del 4° comma dell'art. 182-quater l.fall., sono altresì prededucibili i crediti del professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli artt. 161, 3° co., e 182-bis, 1° co., purchè ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato. Potrebbe, a tal proposito, prospettarsi una possibile disparità di trattamento rispetto agli altri professionisti coinvolti nel tentativo di evitare il fallimento (generalmente, i redattori del piano e del ricorso per l'accesso alla procedura), tanto più che la giurisprudenza ha escluso la natura prededucibile del credito di tali professionisti, trattandosi di crediti sorti prima dell'apertura della procedura, al di fuori di qualsiasi controllo sull'an e sul quantum da parte degli organi della stessa (Trib. Udine 15.10.2008, reperibile sul sito internet www.ilcaso.it). Conseguenza naturale della prededuzione riconosciuta ai crediti in questione è l'esclusione dei loro titolari dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato nonché dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182-bis, 1° e 6° co., l. fall., trattandosi di crediti sorti in funzione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione, e che come tali devono essere soddisfatti integralmente (art. 182-quater, 5° co., l. fall.).

creditore. Peraltro, mentre per il concordato preventivo la prevedibilità dei crediti sorti in funzione della sua esecuzione poteva ricavarsi dall'art. 111, 2 co., l.fall. (<< crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge >>), non altrettanto poteva dirsi per i crediti sorti in funzione dell'accordo di ristrutturazione, non versandosi in ipotesi di vera e propria procedura concorsuale. In particolare, il primo comma dell'art. 182-quater l. fall., si riferisce ai crediti contratti nella fase esecutiva del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione (e quindi dopo l'omologazione), mentre il secondo comma si riferisce ai finanziamenti concessi in funzione della presentazione della domanda di ammissione al concordato o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, e quindi prima ancora dell'omologazione. In quest'ultimo caso, la prededuzione viene riconosciuta soltanto se il finanziamento rientra nel piano proposto dal debitore ovvero nell'accordo di ristrutturazione e se sia disposta dal tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo e quindi soltanto se tale finanziamento venga reputato necessario per la realizzazione del piano⁷³. L'omologazione dell'accordo produce una serie di effetti definiti "indiretti"⁷⁴ o "riflessi"⁷⁵. In detto alveo, la

⁷³ Peraltro, nei primi commenti sulla norma in esame, è stato ritenuto che, ai fini del riconoscimento della prededuzione, anche per i finanziamenti contratti nella fase di esecuzione deve essere prevista nel piano o nell'accordo la relativa contrazione, trattandosi di previsione che attiene alla fattibilità del piano e posto che, altrimenti, non si potrebbe dare un riferimento concreto al fatto che il finanziamento sia stato posto in essere "in esecuzione" del piano concordatario o dell'accordo di ristrutturazione. In tal senso PRENNA G., *Fallimenti, preveducibili alcuni crediti finanziari*, in *Guida dir.*, 2010, 26, 82. Naturalmente, ai fini della prededuzione i finanziamenti devono essere concessi da soggetti regolarmente iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107 del d.lgs 1.9.1993, n. 385, e dunque in possesso dei requisiti di legge per poter svolgere nei confronti del pubblico l'attività di assunzione di partecipazione di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, di prestazione di servizi di pagamento e di intermediazione.

⁷⁴ La dottrina ha indagato, altresì, il problema della responsabilità della banca per concessione abusiva del credito. Con l'espressione "concessione abusiva del credito" si indicano tutte quelle ipotesi in cui, in deroga alle norme relative alla sana e prudente gestione, viene concesso un credito ad un'impresa che versa in palese stato di decozione. In tal modo, l'impresa beneficiaria del credito consegue una pluralità di indebiti vantaggi. Da un lato, la nuova liquidità consente di allontanare la prospettiva del fallimento ed il pericolo della revocatoria. Dall'altro, l'imprenditore si garantisce la permanenza sul mercato a danno dei creditori che, fidandosi dell'atteggiamento bancario, continuano ad intrattenere rapporti commerciali con l'impresa in crisi. Su tali basi, la giurisprudenza di legittimità ha identificato la condotta lesiva della banca nel mantenimento in vita dell'impresa decotta, giacché tale comportamento genera un'errata percezione della realtà ed induce i terzi a contrattare con la società. Tale condotta causa un pregiudizio che incide direttamente sul patrimonio del debitore, con conseguente responsabilità aquiliana, in applicazione del generale precetto del "neminem ledere". Il c.d. "onus probandi", consistente principalmente nella prova di un nesso di causalità fra l'illegittimo finanziamento e l'artificioso mantenimento in vita dell'impresa, è a carico del creditore. In tal senso v. M. BRUNO, *Gli accordi di salvataggio nella riforma del diritto fallimentare e la responsabilità per concessione abusiva del credito*, cit. In giurisprudenza cfr.: Cass., 28 marzo 2006 n. 7030, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 643, con nota di G. FAUCEGLIA dal titolo *Abusiva concessione di credito e legittimazione attiva del curatore: intervengono le Sezioni Unite*. Se la responsabilità della banca è certa tutte le volte in cui il finanziamento interviene in favore di un'impresa decotta, più problematico è stabilire se tale responsabilità sussista anche nel caso di finanziamento in favore di impresa che abbia concluso un accordo di ristrutturazione. In via di principio, detta responsabilità dovrebbe dirsi sussistente ogni qual volta il comportamento bancario leda le norme di sana e prudente gestione o risulti ispirato a canoni non conformi ai principi di correttezza e buona fede. Parte della dottrina ha obiettato a tale ricostruzione le peculiarità del caso di specie: se la causa dell'accordo ristrutturazione è quella di favorire il superamento della crisi d'impresa, la responsabilità della banca per concessione abusiva del credito deve intendersi esclusa "ipso iure". Altra dottrina, condivisibilmente, ha escluso che la sola presenza degli accordi ex art.182 bis l. fall. sia elemento sufficiente ad escludere la responsabilità in parola. A tal fine, sul presupposto che lo stato di crisi non corrisponda ad insolvenza, l'istituto bancario dovrà valutare l'effettiva capacità di ripresa dell'impresa. A tal fine, la banca potrà servirsi delle risultanze della relazione dell'esperto, corroborato dall'omologa giudiziale (Ciò specie laddove si aderisca al riferito orientamento secondo cui l'omologa

dottrina suole ricondurre la possibilità, per il debitore, di presentare una proposta di transazione fiscale⁷⁶ e,

comporta non solo un controllo di legalità formale ma, altresì, un controllo di merito). Ma dette risultanze non paiono sufficienti ad escludere la responsabilità della banca: è sulla diligenza professionale del banchiere, sull'osservanza delle regole di correttezza, prudenza e diligenza che riposa la scelta in ordine al merito creditizio. Sui citati problemi cfr. F. DI MARZIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, cit. *ibidem*; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La responsabilità per "concessione abusiva di credito"*, in *Dir. fall.*, 2002, I, 1091. M. BRUNO, *Gli accordi di salvataggio nella riforma del diritto fallimentare e la responsabilità per concessione abusiva del credito*, cit., 280 e ss.

⁷⁵ La disciplina di legge, nella sua versione originaria, non menzionava possibili fonti di pericolo per i partecipanti all'accordo o per i contraenti dell'imprenditore. Non era, pertanto, chiaro se sussistesse o meno il rischio di incorrere in ipotesi di responsabilità penale per il reato di bancarotta. Pur in presenza di orientamenti di segno opposto, prevaleva la tesi per cui l'accordo di ristrutturazione non esaurisse le proprie funzioni nell'esentare dalla revocatoria ma rendesse leciti anche penalmente i comportamenti dei contraenti. A sostegno si invocava, da parte di alcuni, il venire meno dell'elemento oggettivo del reato, da parte di altri si evidenziava l'azione dell'accordo sull'elemento soggettivo del reato medesimo. Sul punto C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1828.; A ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, cit., p. 1240; V. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, cit., 129.; F. VASSALLI, *I riflessi penalistici delle composizioni concordate della crisi*, in *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, cit., 157; L.G. BRUNO, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi e di controllo nella gestione della crisi d'impresa e nell'insolvenza*, cit., 1142. Il tema della responsabilità penale è stato successivamente affrontato dal Legislatore nell'ambito dell'articolo 217 bis l. fall., introdotto con la novella derivante dalla legge numero 122 del 2010. Detta norma sancisce un'esenzione dal reato di bancarotta per i pagamenti compiuti in esecuzione degli accordi di ristrutturazione: "Art. 217-bis - (Esenzioni dai reati di bancarotta) 1. Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis ovvero del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-quinquies.

⁷⁶ L'istituto della transazione fiscale (art. 182-ter l. fall.) rappresenta una particolare procedura "transattiva" tra il Fisco ed il contribuente, esperibile in sede di concordato preventivo (art. 160 l. fall.) o di accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis l. fall.). Esso costituisce una deroga al principio generale di indisponibilità e irrinunciabilità del credito tributario da parte dell'Amministrazione finanziaria, consentendo all'impresa che versa in uno stato di crisi di concordare con l'Erario, alle condizioni e nel rispetto dei limiti imposti dalla legge, una vera e propria operazione finanziaria di ristrutturazione dei debiti fiscali, sia privilegiati che chirografari, attraverso la fissazione di nuove scadenze più dilatate nel tempo (cd. transazione fiscale dilatatoria) oppure, nei casi di crisi finanziaria più grave, mediante una decurtazione del loro ammontare (cd. transazione fiscale remissoria). La transazione rappresenta, dunque, uno strumento giuridico che concorre a rendere possibile la conservazione dell'impresa qualora vi siano concrete possibilità di un suo risanamento. Tuttavia, una delle principali criticità dell'istituto, che negli ultimi tempi è stata oggetto di un attento esame da parte dei Tribunali e, da ultimo, anche della Suprema Corte di cassazione, è rappresentata dalla delicata questione del carattere obbligatorio o facoltativo del ricorso alla transazione fiscale nei casi in cui l'impresa in crisi proponga, in sede di concordato preventivo, la falcidia e/o la dilazione dei debiti fiscali. La predetta obbligatorietà è fermamente sostenuta dall'Agenzia delle Entrate con numerosi e ripetuti interventi di prassi, quali, da ultimo, la circolare n. 40/E del 2008 e la risoluzione n. 3/E del 2009. In base a tali circolari, appunto, il concordato preventivo sarebbe inammissibile in assenza di richiesta di transazione fiscale. Tale questione ha, inoltre, suscitato un acceso dibattito anche in dottrina tra favorevoli e contrari, anche alla luce di un maggioritario orientamento giurisprudenziale consolidatosi nel tempo a favore della facoltatività della transazione. La tesi secondo cui la transazione fiscale integrerebbe un sub-procedimento necessario per l'impresa in crisi che voglia giungere ad un accordo con il Fisco ha trovato, infatti, scarso accoglimento da parte della giurisprudenza di merito¹, che ha ammesso un concordato preventivo con falcidia dei crediti tributari, ancorché carente della transazione fiscale. Secondo il parere dei giudici di merito, infatti, la procedura transattiva *ex art.* 182-ter l. fall. non costituisce il percorso obbligato ed esclusivo per l'imprenditore che intenda ottenere, nell'ambito del concordato preventivo, una decurtazione e/o una

per i creditori estranei, il blocco temporaneo delle azioni esecutive individuali che, connesso all'effetto (diretto) dell'esenzione dei pagamenti dalla revocatoria fallimentare, costringe i creditori non aderenti alla falcidia concorsuale in caso di successivo fallimento⁷⁷. L'omologazione dell'accordo comporta, in caso di successivo fallimento, l'esenzione dalla revocatoria fallimentare⁷⁸ (art. 67 co.3, lett. "e", l. fall.). La dottrina propende per una lettura estensiva della suindicata disposizione, ritenendola comprensiva non solo degli atti successivi all'omologazione ma anche degli atti intervenuti dopo la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese.⁷⁹ L'esenzione da revocatoria è oggettiva giacché, stante il tenore letterale della norma, non dipende dalla conoscenza (o dall'ignoranza) dell'accordo di ristrutturazione omologato. Essa riguarda pagamenti per debiti scaduti, effettuati con mezzi normali. Si è precisato, tuttavia, come l'eventuale anormalità del pagamento non incida sull'esercizio della revocatoria. Sono compresi solo i pagamenti compiuti in esecuzione dell'accordo omologato. Devono, pertanto, ritenersi escluse dall'ambito della predetta norma, e come tali revocabili, le ipoteche giudiziali iscritte su beni dell'imprenditore da creditori estranei. Parimenti compresa nell'esenzione devono ritenersi i pagamenti strumentali all'accesso alle procedure, come le remunerazioni dovute a consulenti tecnici

dilazione dei debiti tributari, ma semplicemente una facoltà attribuita al contribuente che voglia conseguire gli effetti tipici della transazione fiscale, cioè l'accertamento definitivo della pretesa tributaria e la cessazione della materia del contendere. Sulla questione è intervenuto poi nel 2010 anche il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti contabili², che, dopo aver osservato come "il principio di indisponibilità della pretesa tributaria trovi applicazione esclusivamente quando si opera al di fuori delle regole del concorso", ha affermato che il ricorso alla transazione fiscale non è obbligatorio, quanto meno in due precise ipotesi: qualora la proposta concordataria preveda il soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati, nonché la ristrutturazione del debito chirografario, e nel caso in cui, pur essendo previsto un pagamento in percentuale anche dei crediti privilegiati, tale pagamento è tuttavia reso possibile grazie all'apporto di "nuova finanza". Con le sentenze 4 novembre 2011, nn. 22931 e 22932 (reperibili sui sito internet www.fiscoe.diritto.it), anche la Corte di Cassazione ha preso posizione in merito alla questione relativa alla obbligatorietà o meno della transazione fiscale nell'ambito del concordato preventivo. Con le predette pronunce, in particolare, se da un lato viene enunciata, in linea generale, la facoltatività (e quindi l'autonomia) dell'istituto della transazione fiscale nell'ambito del concordato preventivo, dall'altro viene apertamente enunciata l'intangibilità dell'IVA indipendentemente dall'opzione del debitore in ordine alla presentazione o meno della proposta di transazione fiscale, e quindi, anche con riferimento alla proposta di concordato preventivo senza transazione. Sulla transazione fiscale ex multis: V. ZANICHELLI, *Transazione fiscale e pagamento percentuale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo: più dubbi che certezze*, in *Fallimento*, 2007, 580; L. TOSI, *La transazione fiscale*, in *Rass. tribut.*, 2006, 1086; F. MARENGO, *Il correttivo e la nuova transazione fiscale*, tratto dal sito www.ilcaso.it (doc. n. 94/2008); G. LO CASCIO, *La disciplina della transazione fiscale: orientamenti interpretativi innovativi*, in *Fallimento*, 2008, 338.

⁷⁷ In caso di successivo fallimento, si discute in ordine alla misura in cui è ammessa l'insinuazione al passivo a favore dei creditori insoddisfatti, risultando controverso se essa riguardi il credito originario o solo quello rinegoziato. In favore della prima tesi depone il significativo argomento per cui, in caso di risoluzione dell'accordo e successivo fallimento, le clausole remissorie o dilatorie (proprie dell'accordo) perdono ogni rilievo, con conseguente reviviscenza del credito nella sua interezza. Sul tema E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, 121.

⁷⁸ Si discute in merito all'esenzione dall'azione revocatoria ordinaria. Alcuni, traendo spunto dal generico riferimento contenuto dalla legge, sono per la tesi estensiva. Altri, al contrario, ritengono che l'omologazione dell'accordo comporti l'esenzione dalla revocatoria ordinaria solo qualora venga dimostrata l'esistenza di un piano ordito dal debitore o da un terzo di porre in atto il negozio revocando. C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1835.

⁷⁹ P. PAJARDI e A. PALUCHOWSKI, cit. 932. In senso dubitativo E. GABRIELLI, *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., ibidem.

per studi di fattibilità o analisi della situazione economico-patrimoniale.⁸⁰ Secondo una condivisibile prospettiva, sono esenti dalla revocatoria fallimentare anche i pagamenti eseguiti, in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione, a beneficio di terzi ed, in particolare, dei creditori non aderenti. A tale modo di argomentare si è opposto, in senso restrittivo, che i pagamenti compiuti in favore dei terzi non possono configurarsi come strumentali all'esecuzione del piano. Simile obiezione non sembra possedere gran pregio giacché l'accordo inidoneo a soddisfare i creditori estranei è inattuabile: ne consegue la rilevanza centrale dei creditori estranei.⁸¹ Rimane dubbia la questione concernente l'estensione dell'esenzione dalla revocatoria alle operazioni compiute durante la fase delle trattative.⁸² Questione di primario rilievo pratico è quella connessa ai profili fiscali ed, in particolare, al tema delle sopravvenienze attive⁸³. La conclusione dell'accordo, infatti, comporta frequentemente pattuizioni di carattere remissorio, con conseguente riduzione dei debiti d'impresa e emersione di sopravvenienze attive fiscalmente rilevanti. Si tratta, a riguardo, di stabilire se sia o meno applicabile la norma di cui all'art. 88 T.u.i.r. (D.P.R. 22 dicembre 1986 n.917), disposizione che sancisce la detassabilità delle sopravvenienze attive per il concordato preventivo⁸⁴. La prassi aveva dato risposta negativa al citato quesito, sulla base di

⁸⁰ In merito cfr. C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1824.

⁸¹ Sui termini del dibattito E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., 172. Tra i terzi che dovrebbero beneficiare del peculiare effetto dell'esenzione dalla revocatoria fallimentare, è stato fatto l'esempio dell'acquirente del ramo d'azienda dell'impresa debitrice, del quale l'accordo di ristrutturazione abbia previsto la dismissione. Sarebbe del tutto irragionevole, in tale ottica, pensare che un simile negozio dispositivo, compiuto in attuazione dell'intento ristrutturativo, debba poi essere sottoposto alla falcidia concorsuale in caso di successivo fallimento. V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio"*, cit., p. 301.

⁸² Nel sistema francese (*L611-4 ss. Code de Commerce*) e in quello americano (*Bankruptcy code, Chapter 11*) l'esenzione dalla revocatoria fallimentare opera già con riguardo ai pagamenti effettuati in fase di trattativa.

Cfr.: M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, cit., p.256 e ss.;

C.J. TABB, *The law of bankruptcy, The foundation press –Westbury*, cit., p.146 e ss.. Per tale motivazione, si è

suggerito di ricorrere, per sortire simile effetto, al più comodo piano attestato: M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 340.

⁸³ Rileva giustamente F. MARENGO, *Le eventuali sopravvenienze negli accordi ex art. 182 bis*, 2008, cit. p. 3, in accoglimento delle indicazioni di E. POTITO, *Il sistema delle imposte sui redditi*, Milano, 1989, p. 188 e s., che sussiste una rilevante differenza tra sopravvenienze attive in senso proprio e sopravvenienze attive assimilate o improprie. "Le prime consistono in proventi che, pur derivando da eventi straordinari, si ricollegano a normali fatti di gestione traducendosi così in una correzione in senso positivo degli stessi. Si tratta: di ricavi o di altri proventi conseguiti a fronte di spese, perdite o di passività iscritte in bilancio nei precedenti esercizi (ad esempio gli sconti ottenuti successivamente dai fornitori); di ricavi o di altri proventi conseguiti per un ammontare superiore a quelli in precedenza rilevati (esempio, il conseguimento di maggiori interessi commerciali); della sopravvenuta insussistenza di spese, perdite e passività precedentemente registrate (si pensi al recupero di crediti in sofferenza per i quali era stata già riscontrata una perdita). Mentre si considerano sopravvenienze improprie gli ulteriori incrementi patrimoniali straordinari riconducibili soltanto indirettamente agli accadimenti gestionali ordinari. Si tratta delle indennità conseguite a titolo di risarcimento di danni diversi dalla perdita o dal danneggiamento di beni/merce o di beni strumentali (ad esempio, il risarcimento di danni per atti di concorrenza sleale), o dei proventi percepiti a titolo di contributo o di liberalità, ad esclusione naturalmente dei contributi spettanti ex lege."

⁸⁴ In altri termini, ci si chiede se gli accordi di ristrutturazione debbano essere assoggettati al trattamento comune in materia di imposte sui redditi o se, al contrario, possano fruire delle agevolazioni contemplate in tema di concordato fallimentare o preventivo dall'art. 88, co. 4, Tuir, relativo alle sopravvenienze attive da riduzione delle obbligazioni. Il problema è connesso agli effetti derivanti dalla conclusione dell'accordo. La riduzione delle obbligazioni per effetto della falcidia da ristrutturazione dei debiti, essendo qualificabile come "insussistenza di passività", genera una "sopravvenienza attiva propria", ossia una sopravvenuta insussistenza di passività in misura pari all'ammontare nono

un'interpretazione letterale della citata disposizione che, in effetti, non opera riferimento alcuno all'accordo di ristrutturazione. Tale lettura non era stata accolta da parte della dottrina⁸⁵, privilegiandosi un'opposta ricostruzione, incline all'estensione della norma "de qua". A tali conclusioni, si era detto, può giungersi non solo riconoscendo la natura concorsuale dell'accordo e l'identità di "ratio" con il concordato, ma anche sulla base di una lettura sistematica, riconoscendo l'evidente "favor" legislativo per gli strumenti negoziali di risoluzione della crisi. Ai medesimi risultati esegetici giungevano quanti ritenevano che l'art. 88 T.u.i.r., lungi dal rappresentare una norma speciale, fosse espressione di un principio generale, immanente nell'ordinamento tributario.⁸⁶ A sostegno di tale indirizzo, si evidenziava anche la posizione della Suprema Corte che, suffragata anche dalla prassi degli uffici, con riferimento all'art. 88 co 4 Tuir, sostiene la necessità di una lettura estensiva.⁸⁷ La questione può dirsi superata dalle recenti modifiche legislative, nel senso della non tassabilità di dette sopravvenienze medesime.⁸⁸

5. La relazione redatta da un professionista. L'attuabilità dell'accordo e la veridicità dei dati aziendali.

Ai fini dell'omologa, è necessario il deposito di una "relazione redatta da un professionista"⁸⁹ in possesso dei

soddisfatto. In altri termini, la stipula dell'accordo di ristrutturazione genera una manifestazione di ricchezza astrattamente tassabile. Ci si chiede, allora, se agli accordi di ristrutturazione sia estensibile la citata norma, di cui all'art. 88 co.4 Tuir, per evitare che dette sopravvenienze vengano sottoposte a tassazione.

⁸⁵ F. MARENGO, *Le eventuali sopravvenienze negli accordi ex art. 182 bis*, 2008, cit. p. 3; G. GENTILI, *Il tribunale di Ancona ha omologato il primo accordo di ristrutturazione dei debiti con transazione fiscale stipulato in Italia*, 2009, cit., p. 5. In tal senso anche Nota Min., 7 febbraio 2008, prot. 6579/2008

⁸⁶ Per la tassabilità delle sopravvenienze cfr. Nota Min., 6 marzo 2006, prot. 954-35315, in cui all'istanza di interpello con la quale si chiedeva l'applicazione della non imponibilità delle sopravvenienze concordatarie anche alle intese di ristrutturazione, si è esclusa questa possibilità, sostenendo che con la falcidia dei debiti negli Accordi si verifica una sopravvenuta inesistenza di spese, perdite, oneri e passività iscritti in bilancio nei precedenti esercizi che, come tali, hanno contribuito a determinare il reddito imponibile passato riducendone il gravame fiscale. Si renderebbe pertanto necessario un recupero a tassazione di queste voci. Per l'opposta tesi G. ANDREANI e A. TUBELLI, *Il fisco*, 44, 2006, 15402.

⁸⁷ Cass., 4 giugno 1996, n. 5112, in *Fallimento*, 1996, p. 1210; Cass., 18 luglio 1995, n. 7800, reperibile in www.fisconline.it; Risoluzione Agenzia delle Entrate n.29/E in data 1 marzo 2004.

⁸⁸ L'art. 33, commi quarto e quinto, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, nella l. 11 agosto 2012, n. 143, introduce delle statuizioni che modificano due norme del testo unico delle imposte sui redditi, l'art. 88, quarto comma, e l'art. 101, comma quinto: "4. Il comma quarto dell'art. 88 del d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917 è sostituito dal seguente: 4. Non si considerano sopravvenienze attive ..., né la riduzione dei debiti dell'impresa in sede di concordato fallimentare o preventivo In caso di accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182 bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ovvero di un piano attestato ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, pubblicato nel registro delle imprese, la riduzione dei debiti dell'impresa non costituisce sopravvenienza attiva per la parte che eccede le perdite, pregresse e di periodo, di cui all'art. 84". "5. Il comma quinto dell'art. 101 del d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917 è sostituito dal seguente: 5. ... le perdite su crediti sono deducibili se risultano da elementi certi e precisi e in ogni caso, per le perdite su crediti, se il debitore è assoggettato a procedure concorsuali o ha concluso un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182 bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. Ai fini del presente comma, il debitore si considera assoggettato a procedura concorsuale dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento che ordina la liquidazione coatta amministrativa o del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo o del decreto di omologazione dell'accordo che dispone la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi".

⁸⁹ Nel vigore della disciplina anteriore al decreto correttivo del 2007, si era formata una cospicua corrente di pensiero,

requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), sull'attuabilità dell'accordo stesso, ⁹⁰con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei." (art. 182 bis co.1 l. fall.)⁹¹ Detta relazione, unitamente all'accordo ed alla documentazione ex art.161 l. fall., costituisce allegato del ricorso da proporsi ex art. 182 bis co.1 l. fall.⁹² La relazione non deve esplicitare le cause dello stato di crisi né delle ragioni che hanno spinto a scegliere la procedura, dovendo fornire informazioni utili alla valutazione del complesso aziendale. Essa deve, dunque, fornire un quadro specifico della situazione, indicando principalmente le informazioni necessarie al tribunale (ai fini dell'omologa) ed ai creditori (ai fini di un 'eventuale opposizione). La "attuabilità" rappresenta una previsione in ordine all'idoneità dell'accordo a perseguire il fine della ristrutturazione dei debiti. Tale valutazione, ovviamente, tiene conto delle finalità perseguite dall'accordo, di permanenza sul mercato o di liquidazione.⁹³ Nel vigore del previgente testo di legge, la norma, diversamente da quanto accade in tema di concordato preventivo (art. 161 co.3 l. fall.), nulla diceva in merito alla veridicità dei dati aziendali. Si poneva, allora, il problema di stabilire se all'esperto sia altresì demandato un controllo in ordine alla genuinità delle predette risultanze.⁹⁴

favorevole a considerare quella dell'esperto come nomina di fonte giudiziale. In tal senso Cfr. V. DIMUNDO, *Note minime in tema di designazione dell'esperto: ragionevolezza del piano di risanamento*, cit., p. 77 e ss.. Tale orientamento è stato superato dalla dottrina. La nomina del professionista deve considerarsi appannaggio del debitore, pur potendo essere argomento di trattativa tra debitore e creditori. In assenza di qualsivoglia indicazione normativa in tal senso, va esclusa la necessità di una nomina giudiziale, da taluni invocata come garanzia di terzietà dell'operato dell'esperto. Ne deriva l'inapplicabilità dell'art.64 c.p.c., relativo alla responsabilità dei consulenti di nomina giudiziale.. Rimane tuttavia impregiudicata la possibilità per il tribunale di provvedere, in sede di omologazione e di revisione della perizia, alla nomina d'ufficio di un CTU. Cfr.: A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, cit., 1263.

⁹⁰ Quanto al tema del compenso dell'esperto, in dottrina, in assenza di una specifica indicazione del Legislatore, sono state formulate una pluralità di ipotesi, quali la determinazione del compenso mediante rinvio alla tariffa professionale o su base oraria, la previsione di un compenso "in toto" predeterminato, la previsione di un compenso predeterminato solo in parte con una quota da pagarsi al verificarsi di un evento che presuppone il rilascio dell'attestazione. Cfr. A. ZORZI, cit., 1264.

⁹¹ L'esperto, in virtù dell'art. 67 co.3 lett. "d" l. fall. deve tra l'altro: essere iscritto nel registro dei revisori contabili; possedere i requisiti di cui all'art. 28 l. fall. co. 1, lett. a-b, l. fall. (Possono essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore: a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti; b) studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lettera a). In tale caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura).

⁹² Deve quindi respingersi, in mancanza di diversa indicazione normativa, l'indirizzo interpretativo per cui detta relazione andrebbe depositata nel registro delle imprese. In tal senso C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2006, 136.

⁹³ S. AMBROSINI, cit., 172.

⁹⁴ Secondo Trib. Palermo, 27 marzo 2009, cit., il professionista deve "effettuare una verifica dei dati aziendali, applicando i comuni principi di revisione, pur non essendo tenuto a una formale attestazione di veridicità degli stessi." Diversa la posizione di Trib. Roma, 5 novembre 2009, cit., e di Trib. Milano 10 novembre 2009, cit., per cui l'esperto è tenuto alla verifica della veridicità dei dati aziendali. Conforme Trib. Milano, 17 giugno 2009, cit., che ha proceduto all'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, nell'ambito del quale la relazione dell'esperto, oltre a motivare coerentemente il piano strategico, sotto il profilo della ragionevole prospettiva di riuscita, conteneva un adeguato livello di approfondimento dei dati di partenza di quest'ultimo. Nello stesso senso anche App. Trieste, 4 settembre 2007, cit., che ha ritenuto non omologabile una proposta di accordo in cui la relazione dell'esperto sull'attuabilità e sull'idoneità dell'accordo a soddisfare i creditori estranei, nel prevedere un pagamento (pur integrale) con ampia dilazione, non si esprimeva sull'esatto ammontare dei crediti, né sull'idoneità dei cespiti monetizzati, né sulla solvibilità della società capogruppo che aveva rilasciato lettere di "patronage".

Al quesito sembrava già in passato doversi dare una risposta positiva. E ciò non tanto per ipotetiche ragioni di simmetria sistematica con le disciplina del concordato preventivo, quanto per motivazioni di carattere logico: non sembrava possibile attestare l'attuabilità dell'accordo senza aver previamente verificato la veridicità e la completezza delle informazioni aziendali. A livello applicativo ne discendeva che l'esperto, come peraltro accade per il concordato preventivo, non dovesse limitarsi ad un raffronto (formale) dei dati con le risultanze contabili, bensì deve procedere ad un controllo (sostanziale) dei dati reali.⁹⁵ In giurisprudenza, si era peraltro chiarito che il giudizio di veridicità dei dati aziendali rappresenta un presupposto logico indefettibile della relazione del professionista, il quale può giungere ad una valutazione logico-argomentativa seria e coerente in ordine all'attuabilità dell'accordo solo muovendo da dati contabili veritieri e debitamente riscontrati. Ne derivava, dunque, che il contenuto dell'attestazione resa dal professionista si caratterizzasse per due profili essenziali, di cui il primo, attinente ad elementi fattuali, concerneva la veridicità dei dati aziendali, il secondo, espressione di un giudizio reso dal professionista, si sostanziava in una valutazione circa l'attuabilità dell'accordo.⁹⁶ Il problema è stato superato dal medesimo Legislatore che ha recepito dette conclusioni nell'ambito della successiva novella del testo di legge⁹⁷. La relazione⁹⁸ deve assicurare il "regolare pagamento" dei creditori estranei.⁹⁹ Detta locuzione ha ricevuto una varietà di interpretazioni. La lettura più convincente è, senza dubbio, quella che identifica il "regolare pagamento" con il puntuale ed integrale adempimento delle obbligazioni, ossia alle scadenze concordate "ab origine" ed in forma integrale.¹⁰⁰ Parte della dottrina ha ritenuto che tale disposizione vada letta come facoltà di provvedere al pagamento dei creditori non aderenti con le stesse modalità previste per i creditori aderenti (medesima percentuale e medesimi termini fissati nell'accordo).¹⁰¹ Tale prospettazione, pur consentendo in

⁹⁵ L'esperto dovrà verificare quali siano effettivamente i beni aziendali, quali immobili, mobili, crediti, posizioni contrattuali, provvedendo a quantificarne il relativo valore. Di converso, dovrà accertarsi dell'effettiva esposizione debitoria, esaminandone le caratteristiche (debiti illiquidi, debiti inesigibili, debiti contestati).

⁹⁶ In questi termini: Trib. Milano, 10 novembre 2009, cit; Trib. Roma, 5 novembre 2009, cit.

⁹⁷ Il primo comma dell'articolo 182 bis l. fall. recita "L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini: a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione."

⁹⁸ Quanto alle interferenze col tema dei gruppi di società, cfr.: Trib. Milano 17 giugno 2009, cit., secondo cui "la relazione dell'esperto può essere opportunamente redatta in maniera unitaria e contenere valutazioni inerenti l'intero piano di riorganizzazione, motivate in maniera coerente sotto il profilo della ragionevole prospettiva di riuscita del piano medesimo, sia pure con diversi gradi di positività della prognosi, in relazione alle singole società del gruppo"

⁹⁹ Non sembra rilevante la presenza di creditori non aderenti, il cui credito sia già scaduto. Appare ben possibile un pagamento tardivo rispetto al titolo, purché compensato dalla corresponsione degli interessi. Aderendo ad una tale prospettazione, si scongiurano conseguenze applicative abnormi: sarebbe sufficiente che uno dei titolari dei crediti scaduti non desse il proprio consenso all'operazione per sortire l'impraticabilità dell'accordo. In tal senso, condivisibilmente, V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio"*, cit., p. 293.

¹⁰⁰ Trib. Bari, 21 novembre 2005, cit.; Trib. Milano, 23 gennaio 2007, cit.; Trib. Udine, 22 giugno 2007, cit.; Trib. Roma, 16 ottobre 2006, cit.; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, cit.; Trib. Roma, 5 novembre 2009, cit. in senso lievemente difforme Trib. Milano, 17 giugno 2009, cit., secondo cui non è di ostacolo all'omologazione dell'accordo che i creditori estranei vengano pagati in data successiva alla scadenza del relativo credito.

¹⁰¹ Così Trib. Milano, 21 dicembre 2005, cit. All'interno della medesima corrente di pensiero, va collocato un originale intervento dottrinale: G. SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 11 e ss. L'autore muove da una corretta lettura del principio di maggioranza, operante solo laddove sussista una comunanza di interessi dei soggetti in gioco, non laddove detta comunanza manchi. Su tali basi, il medesimo identifica il "regolare pagamento"

astratto un utilizzo più agevole e versatile dell'istituto, va respinta, giacché finirebbe col rendere soddisfattori pagamenti parziali o prestazioni in luogo di adempimento in mancanza di alcun assenso del creditore. Il tutto in palese contrasto con il lemma dell'intangibilità delle sfere giuridiche (art.1372 c.c.) ed, ancor più, con il principio di rango costituzionale della tutela della proprietà privata (art. 42 Cost.).¹⁰² Non sembra, invece, necessario che il pagamento dei creditori estranei debba avvenire attraverso "mezzi normali". In presenza del consenso dei predetti creditori, pare irragionevole escludere la possibilità di ricorrere a strumenti di pagamento alternativi, quali "datio in solutum" o cessione di credito. La dottrina¹⁰³, condivisibilmente, ritiene che l'esperto debba esprimere una valutazione "in concreto" tanto dell'attuabilità del piano, quanto dell'idoneità del medesimo ad assicurare ai creditori il rispettivo regolare pagamento. Ne deriva la necessità di tener conto delle finalità conservative o liquidatorie dell'accordo, degli obiettivi stabiliti, dei mezzi a disposizione per raggiungerli¹⁰⁴. Quanto al tema della responsabilità civile dell'esperto¹⁰⁵, trattandosi di consulente nominato dal debitore, è agevole desumere, nei confronti del debitore medesimo, la sussistenza di un'ipotesi di responsabilità contrattuale¹⁰⁶, temperata dalle limitazioni

con la facoltà di provvedere al pagamento dei creditori non aderenti con le stesse modalità previste per i creditori aderenti. A sostegno, invoca la norma ex art. 1372 c.c. (non ostativa, giacché fa salvi le eccezioni espressamente previste dalla legge), la posizione dei creditori (tutelati dalla facoltà di opposizione), l'estensibilità della disciplina del concordato preventivo (in particolare l'art. 160 l.fall., che impedisce di sovvertire le cause legittime di prelazione; l'art. 177 l. fall., che obbliga i creditori privilegiati a rinunciare alla rispettiva causa legittima di prelazione ove intendano essere computati ai fini dell'approvazione dell'accordo). Per il principio di maggioranza F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007, p. 203.

Sul tema da segnalare G. VETTORI, *Il contratto nella crisi dell'impresa*, cit., p. 490 e ss., il quale, intendendo verificare la portata della locuzione "regolare pagamento", svolge un'ampia analisi del problema degli effetti dell'accordo sui terzi non contraenti. Argomentando dalla inestensibilità del principio civilistico di intangibilità delle sfere giuridiche (art.1372-1411 c.c.), l'autore constata l'insufficienza della disciplina dell'efficacia sui terzi dell'accordo di ristrutturazione, a fronte della ben più completa normativa del concordato preventivo. Né può ritenersi, si sostiene, che la previsione dell'omologa giudiziale rappresenti una soluzione idonea del problema. A riguardo, invocandosi il distinguo tra "accordi stragiudiziali"(facilitati o stabilizzati dal giudice, vincolanti solo per quanti vi abbiano acconsentito) e "accordi giudiziali"(efficaci anche per quanti non vi partecipino), l'autore constata come l'accordo di ristrutturazione si collochi al centro delle due menzionate figure: solo un intervento correttivo del Legislatore potrebbe eliminare detta ambiguità. G. VETTORI, *Il contratto nella crisi dell'impresa*, cit., p. 493. Per il distinguo tra "accordi stragiudiziali" e "accordi giudiziali": L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 327.

¹⁰² V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio"*, cit., p. 299. La riferita linea interpretativa è stata criticata in dottrina, evidenziandosi che una interpretazione meramente letterale rischierebbe di rendere di difficile fruibilità la procedura di ristrutturazione dei debiti. In tal senso L. JEANTET, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la privatizzazione dell'insolvenza*, cit. 210 e ss.

¹⁰³ S. AMBROSINI, cit., 172.

¹⁰⁴ In dottrina, si è ipotizzata l'ammissibilità di un'attestazione condizionata al manifestarsi di eventi futuri ed incerti. "La necessità che il professionista si convinca che il piano ha alte probabilità di successo non sembra impedire, peraltro, che il rilascio dell'attestazione possa essere subordinato alla condizione sospensiva del verificarsi di un evento prossimo: è il caso, tipicamente, della convenzione bancaria che, se conclusa entro un certo termine, rende il piano ragionevole." Le riferite considerazioni, pur pronunciate con riferimento all'ipotesi del piano attestato, sono tout court estensibili all'ipotesi dell'accordo di ristrutturazione. A ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, cit., p. 1250.

¹⁰⁵ Quanto al tema della responsabilità penale dell'esperto, la dottrina ha operato un riferimento alle ipotesi di falso ideologico (essendo poi discusso se il referente normativo sia l'art.373 c.p., riferito ai soli periti di nomina giudiziale, o più correttamente l'art.359 c.p.), alla violazione di obblighi di informazione, al concorso del professionista nella commissione di reati fallimentari riguardanti l'imprenditore. Cfr.: F. INNOCENTI, cit., 932 e ss.

¹⁰⁶ La normativa non chiarisce se l'esperto possa ricorrere alla collaborazione di terzi ai fini della stesura della

di cui all'art.2236 c.c. per le ipotesi di valutazioni di particolare difficoltà.¹⁰⁷ Nei confronti dei creditori, all'opposto, si configurerebbe un caso di responsabilità aquiliana. Parte della dottrina, tuttavia, discorre anche in tal ipotesi di responsabilità contrattuale (dell'esperto nei confronti dei creditori), trattandosi di responsabilità da contatto sociale, derivante dagli obblighi di protezione gravanti sull'esperto a motivo del particolare ruolo di garanzia ad esso attribuito dalla legge.¹⁰⁸

6. Il procedimento di omologazione, tra vaglio di legittimità e controllo di merito.

Vasta eco ha avuto il tema¹⁰⁹ del contenuto del giudizio di omologazione¹¹⁰. Secondo una prima ricostruzione, l'omologazione si esaurisce in un mero controllo di legittimità.¹¹¹ Di sicuro il tribunale, in

relazione. In senso affermativo Trib. Milano, 10 novembre 2009, cit. Si è tuttavia precisato come l'esperto, pur potendo ricorrere alla collaborazione di terzi, non possa limitarsi a recepire passivamente i dati fornitigli, sia pure si tratti di una società cui sia affidata la certificazione di bilanci. Ne consegue "una sommatoria e, allo stesso tempo, una distribuzione di responsabilità". La dottrina ha criticato detta impostazione, evidenziando la difficoltà di concepire un allagamento a terzi di responsabilità previste esclusivamente in capo ad un soggetto predeterminato (l'esperto). Il professionista, coerentemente, rimarrebbe l'unico responsabile sia nei confronti dell'imprenditore che nei confronti dei terzi, fatta salva la possibilità di rivalersi eventualmente nei confronti di quanti gli abbiano fornito informazioni erronee (la società di revisione). Così G.B. NARDECCHIA, *La relazione del professionista ed il giudizio di omologazione negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 220.

¹⁰⁷ La misura della responsabilità dell'esperto varia, ovviamente, in funzione del ruolo al medesimo attribuito all'interno del più ampio iter procedurale di cui all'art.182 bis. L. fall. Ove, ad esempio, si ritenesse che l'esperto dovesse rendere un'attestazione di veridicità dei dati aziendali, verrebbe in rilievo anche il relativo grado di diligenza adoperato nella stesura della relazione. Similmente, ove si ritenesse che il giudizio di omologazione investisse il merito, la relazione dell'esperto diverrebbe più circoscritta. Sull'ampiezza degli obblighi dell'esperto: Trib. Palermo, 27 marzo 2009, cit., Trib. Roma, 5 novembre 2009, cit., e di Trib. Milano 10 novembre 2009.

¹⁰⁸ A. PATTI, in *Fallimento*, 2008, 1073.

¹⁰⁹ Parte della giurisprudenza ritiene che il tribunale, nel valutare prospetticamente l'accordo in ordine all'idoneità del medesimo a superare lo stato di insolvenza, non debba proiettarsi eccessivamente in avanti, ossia debba tener conto di quanto descritto e argomentato dall'esperto nella sua relazione. Cfr.: M. GALARDO, *Accordi di ristrutturazione: valutazione del tribunale e inadempimento dell'accordo di ristrutturazione omologato*, cit., 169. Nello stesso senso Trib. Milano 10 novembre 2009, cit., per cui "l'insolvenza dell'imprenditore deve essere attuale; e, seppure nella visione della dinamica imprenditoriale, possa considerarsi l'insolvenza "prospettica", l'incapacità del debitore a far fronte alle sue obbligazioni deve rivelarsi di imminente verifica o comunque misurabile in non lunghi periodi di tempo (nella specie era stato accertato che, in grazia dell'accordo di ristrutturazione, il debitore avrebbe potuto fronteggiare tutti i debiti scaduti e quelli in scadenza nell'anno successivo). Detta tesi è stata criticata in dottrina: G.M. PERUGINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: omologazione richiesta da gruppi societari e condizioni di attuabilità (il caso Risanamento). Prime considerazioni*, cit., 218, secondo cui l'accordo dovrebbe dirsi omologabile solo in forza di una concreta ed attuale attuazione. Nello stesso senso P. QUARTICELLI, *Omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e controllo giudiziale sull'attuabilità dell'accordo: orientamenti e prime divergenze giurisprudenziali*, cit., p. 760; Trib. Roma 5 novembre 2009, cit.; Trib. Milano 11 gennaio 2007, cit..

¹¹⁰ L'omologazione è stata definita quale adempimento di carattere sanante, con il peculiare effetto di conferire piena efficacia all'accordo privo dei requisiti di legge. In tal ultimo profilo si coglierebbe uno dei tratti differenziali tra accordo ex art. 182 bis l. fall. e piano attestato: solo il primo garantisce certezza, il piano attestato è invece sempre esposto al rischio di una revisione "ex post". In tal senso M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p.342 e ss.

¹¹¹ Aderisce a tale impostazione Trib. Roma, 5 novembre 2009, cit. La lettura del provvedimento denota, tuttavia, talune anomalie. Da un lato, secondo il tribunale capitolino "il giudice, nell'esercitare il controllo di legalità sulla relazione

sede di omologa, deve procedere al controllo di numerosi indici di natura formale (sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi per la fruibilità della disciplina in oggetto, corretto deposito del ricorso e della necessaria documentazione, sussistenza dei requisiti di legge in capo al professionista autore della relazione, consenso del sessanta per cento dei creditori, avvenuta pubblicazione nel registro delle imprese, decorso del termine per l'opposizione, controllo dei necessari profili procedurali). Sembra, tuttavia, eccessivo sostenere che detto controllo si esaurisca nel mero riscontro dei predetti indici.¹¹² A detrimento di tale impostazione sono state, infatti, mosse diverse critiche, principalmente sottolineando come il vaglio giudiziario non possa essere limitato ad un controllo meramente certificativo, specie laddove si consideri che l'omologazione consenta l'esenzione dalla revocatoria in caso di successivo fallimento. Su tali basi, un'opposta ricostruzione ha qualificato l'omologazione come controllo di merito.¹¹³ Il tribunale sarebbe così investito di poteri ulteriori, relativi alla verifica della soddisfazione dei creditori e, più in generale, della concreta attuabilità dell'accordo attestata dall'esperto. A sostegno di tale impostazione, si è invocata la necessità di tutelare la posizione dei creditori estranei, la cui posizione, in caso contrario, resterebbe affidata alla sola relazione del professionista. Una diversa interpretazione media tra i riferiti opposti, ritenendo che il controllo omologatorio sia di merito solo in presenza di opposizioni, esaurendosi, in caso contrario, in un controllo di legittimità.¹¹⁴ Tale lettura è stata criticata, principalmente perché introduce un distinguo

attestativa, prescindendo da ogni considerazione sulla convenienza dell'accordo e sul merito del piano, deve sia limitarsi a valutare la presenza degli elementi necessari a fornire ai creditori e ai terzi interessati conferma della veridicità di dati aziendali [...], sia verificare la coerenza e completezza logico argomentativa della valutazione del professionista senza sindacarne il merito." Nel concreto, tuttavia, il vaglio giudiziario sembra essersi spinto ben al di là dei meri profili di legittimità, giungendo a sindacare profili (il mancato perfezionamento di un finanziamento bancario come elemento ostativo sull'omologazione dell'accordo, pur in presenza di adeguate ed ulteriori coperture finanziarie indicate dalla relazione dell'esperto) assimilabili al controllo di merito. In senso conforme: Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, cit.

¹¹² Non a caso, in dottrina si è paragonato un vaglio di mera legittimità ad un giudizio sull'apparenza, non sull'essenza. "Il giudice, anziché aver riguardo a fatti ed atti, si confronta con argomenti, ossia con il modo di rappresentazione dei fatti suddetti. Ma così è, anche alla stregua di conquiste raggiunte dal pensiero filosofico moderno, secondo cui ciò che conta è il modo con cui i fatti appaiono (e non sono), in quanto credibili e ragionevoli." Su tali basi, pur non accedendosi alla tesi del controllo di merito, si è parlato della necessità di un controllo "vigile" di legalità, attento al principio di concorsualità tra i creditori e dall'esigenza di superare la crisi di solvibilità dell'impresa. Una diversa lettura, in chiave eminentemente formalistica, comporterebbe la necessità di ritenere il debitore depositario di un potere abnorme: quello di fuoriuscire dalla crisi con il mero rispetto di un procedimento legale, a fronte di interessi sostanziali ben più rilevanti. In tal senso A. DI MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.*, cit., 246.

¹¹³ Trib. Bari, 21 novembre 2005, cit; Trib. Milano, 23 gennaio 2007, cit. In dottrina Così G.B. NARDECCHIA, *La relazione del professionista ed il giudizio di omologazione negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 221 e ss., che sottolinea l'assurdità dell'impostazione, di matrice giurisprudenziale, secondo cui, in assenza di alcun indice normativo, il controllo in sede di omologa varia in funzione della presenza o dell'assenza di opposizioni.

¹¹⁴ In tal senso Trib. Palermo, 27 marzo 2009, cit. Ad avviso della giurisprudenza panormita, il giudizio di omologazione, solo in assenza di opposizioni, attiene alla mera legittimità, dovendo "riguardare solamente la competenza del tribunale adito, la sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi in capo al ricorrente, al pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione presso il registro delle imprese, l'adesione all'accordo da parte di creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, la completezza della documentazione richiesta dall'art. 182 bis l. fall. e la sussistenza della relazione dell'esperto avente i requisiti di cui all'art.67, comma 3, lett. d). l. fall.". In tale circostanza, peraltro, il tribunale "deve rifarsi integralmente alle valutazioni congruamente e logicamente motivate espresse dal professionista- attentatore circa l'attuabilità del piano sotteso all'accordo di ristrutturazione e la solvibilità dell'imprenditore ricorrente in relazione ai creditori estranei". Negli stessi termini Trib. Milano, 18 luglio 2009, cit., specificando che il tribunale, in assenza di opposizioni, "non può prendere in considerazione il profilo relativo alla carenza di certezza circa l'adempimento degli impegni assunti con gli accordi, essendo fisiologico e immanente all'istituto che, in caso di inadempimento dell'obbligato agli impegni assunti, ogni creditore aderente, avrà a

sconosciuto al testo della legge.¹¹⁵ Il tema rimane molto delicato, specie perché coinvolge problematiche ulteriori, ed, in particolare, il ruolo dell'esperto. Se il vaglio del tribunale non deve estendersi ai profili di merito, dovendo al contrario soggiacere alle indicazioni formulate dall'esperto, è naturale arguire il dovere, in capo all'esperto, di fornire un'attestazione di veridicità dei dati aziendali. Altrimenti, da una possibile duplicazione di controlli, si passerebbe paradossalmente all'assenza di alcun controllo. Sembrano, comunque, preclusi al tribunale un giudizio in ordine alla convenienza economica dell'operazione¹¹⁶, come la possibilità di modificare unilateralmente quanto pattuito da debitore e creditori¹¹⁷.

7. L'adesione di una percentuale qualificata di creditori e la pubblicazione nel registro delle imprese.

L'accordo deve essere approvato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti.¹¹⁸ Nel contempo deve essere assicurato il regolare pagamento ai restanti creditori non aderenti.¹¹⁹ Solo a livello meramente descrittivo può discorrersi di maggioranza: il sistema delineato dal Legislatore è espressione di una logica negoziale e, come tale, unanimistica. Con l'assorbente peculiarità che i creditori aderenti manifestano esplicitamente il proprio assenso, i creditori non aderenti non hanno necessità di manifestare alcuna approvazione giacché verranno pagati nei modi e nei tempi originariamente pattuiti. L'esattezza di simile impostazione è confermata dalla inesistenza di alcuna organizzazione di gruppo dei creditori dalla mancanza di un sistema di votazione.¹²⁰ La soglia del sessanta per cento deve essere raggiunta già al momento della pubblicazione dell'accordo. A tale condivisibile impostazione si giunge argomentando dalla lettera della legge e dalla rilevanza degli effetti connessi alla pubblicazione medesima.¹²¹ Nulla osta ad

disposizione lo strumento della risoluzione contrattuale disciplinata dal codice civile". Conforme Trib. Roma, 20 maggio 2010, cit.; Trib. Milano 10 novembre 2009, cit.

¹¹⁵ Su tale argomento gli interpreti non hanno esitato a "giocare con le parole", con sfumature linguistiche non sempre dotate di pregnanti conseguenze semantiche. Si è discusso di "verifica di legalità sostanziale", limitata ad una valutazione sulla completezza, coerenza e ragionevolezza dell'accordo e sull'idoneità a garantire il pagamento dei creditori estranei. In tal senso anche C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1815, secondo cui la valutazione del giudice deve comprendere anche "la completezza, la coerenza e la ragionevolezza della relazione dell'esperto sull'attuabilità dell'accordo e sulla sua idoneità a garantire il pagamento dei creditori estranei."

Altri hanno sostenuto che il controllo del tribunale coincida con il controllo dell'esperto che redige la relazione. In tal senso E. FRASCAROLI SANTI, cit., 169.

¹¹⁶ E. FRASCAROLI SANTI, cit., 159.

¹¹⁷ Dubbi sono sorti in dottrina riguardo alla modificabilità dell'accordo dopo l'omologazione. Se pare ragionevole doversi ammettere modificazioni minime senza alcuna formalità aggiuntiva, allo stesso modo sembrano ammissibili modificazioni più ampie, previo vaglio dell'autorità giudiziaria. In tal senso, condivisibile la posizione di M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, p. 365 e ss.; G. FAUCEGLIA, *La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo*, cit., p. 1103.

¹¹⁸ La percentuale del sessanta per cento si riferisce all'ammontare dei crediti, non al numero dei creditori. Cfr. : S. AMBROSINI, cit., 169.

¹¹⁹ In dottrina è stato posto il problema relativo alla partecipazione all'accordo di terzi estranei non creditori. A tale quesito è stata data risposta affermativa, escludendo che l'accordo sia una ipotesi di negozio a soggetti qualificati, anche in considerazione della funzione di recupero dell'impresa che l'accordo persegue. Potranno, ad esempio, prendervi parte quei soggetti che apportino finanza aggiuntiva, ovvero quanti concludano operazioni di acquisto di beni dell'imprenditore. In tal senso E. GABRIELLI, *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit..

¹²⁰ Sul punto esaurientemente S. AMBROSINI, cit., 169.

¹²¹ In luogo di molti cfr: C. PROTO, cit., 132.

eventuali successive adesioni di creditori ulteriori, ove compatibili con il contenuto dell'accordo stesso.¹²² La medesima soglia deve essere calcolata, indipendentemente dalla natura dei crediti, sul passivo complessivo del debitore e, dunque, sul totale dei creditori, compresi i dissenzienti, i creditori assistiti da cause legittime di prelazione, i creditori estranei e quelli non avvisati dal debitore proponente.¹²³ Né sembrano sussistere ragionevoli motivazioni per escludere dalla base di calcolo i creditori delle società controllanti, controllate o collegate.¹²⁴ L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione (art. 182 bis, co. 2 l. fall.)¹²⁵. Gli interpreti, a fronte di un dettato legislativo non del tutto chiaro, si sono interrogati sul procedimento di formazione dell'accordo. Argomentando dalle norme generali in tema di contratto, può inferirsi che l'accordo si perfezioni quando il proponente venga a conoscenza dell'accettazione dell'oblato (art.1326 c.c.): da quel momento l'accordo acquista efficacia "inter partes". L'accordo produce effetti negoziali a prescindere da alcuna forma di pubblicità. Ne consegue l'opportunità di una lettura logica dell'art. art. 182 bis, co. 2 l. fall.: gli effetti a cui allude la citata norma sono quelli normativi e, principalmente, l'esenzione dalla revocatoria in caso di successivo fallimento¹²⁶. Non sussiste, pertanto, deroga alcuna al fisiologico procedimento di formazione del

¹²² Alle riferite argomentazioni, sono state opposte ragioni di tipo logistico, ammettendo la formazione della maggioranza "in corso d'opera", onde facilitare la partecipazione all'accordo di un maggior numero di creditori. Tale impostazione non convince. In primis, perché tralascia di considerare il dato legislativo (che richiede un accordo già stipulato con il sessanta per cento dei creditori). In secundis, perché crea un rilevante problema per l'esperto (non avendo costui strumenti per valutare future adesioni di creditori). In tal senso E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, cit., p. 316. In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 23 gennaio 2007, cit., p. 702, l'adesione del sessanta per cento dei creditori, dovendo sussistere al momento della pubblicazione nel registro delle imprese, non è necessaria al momento della conclusione dell'accordo. Ne deriva, in ossequio a tale indirizzo, che l'adesione dei creditori è mero requisito di efficacia, non presupposto di validità. Secondo altra parte della giurisprudenza, l'adesione del sessanta per cento dei creditori, all'opposto, costituisce presupposto imprescindibile già ai fini del deposito dell'accordo in tribunale e della pubblicazione del medesimo nel registro delle imprese. Eventuali adesioni successive, pur ammissibili, non possono "sanare" la mancanza del suddetto requisito. In tal senso Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, cit., p. 86. In tal ultimo indirizzo va collocato anche Trib. Rimini, 20 marzo 2009, cit., che, allo scopo di accertare l'esistenza dei requisiti previsti dall'art.182 bis l. fall., ha provveduto a nominare un consulente tecnico e, sulla scorta delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio (dalla quale emergeva l'assenza delle condizioni per l'omologazione dell'accordo) ha concesso un termine per l'integrazione della documentazione inerente all'adesione di alcuni creditori. Per altri versi, si è ipotizzata l'ammissibilità di adesioni successive, strumentali al raggiungimento della predetta soglia, come sanatoria di originarie irregolarità. Il consenso dei creditori è stato ritenuto liberamente revocabile, purché non sia intervenuta l'omologazione o, comunque, non si siano verificati effetti preclusivi (come quelli ricollegabili al decorso del termine per l'opposizione). Sul punto E. FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 132.

¹²³ Trib. Roma, 16 ottobre 2006, cit., p.187; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, cit., p. 669; Trib. Udine, 21 settembre 2007, cit.; Trib. Ancona, 12 novembre 2008, cit.

¹²⁴ In tal senso Trib. Milano, 10 novembre 2009, cit., contrario all'estensione dell'art. 127 l. fall. agli accordi di ristrutturazione, argomentando dalla diversità strutturale delle posizioni obbligatorie in esame. Ne deriva l'inclusione nella base di calcolo della percentuale del sessanta per cento dei crediti vantati dalle società controllanti, controllate o collegate.

¹²⁵ A norma dell'art. 182 bis co. 4 l. fall., il Tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato (art.182 bis co.4). La formulazione della predetta disposizione ha suggerito una lettura peculiare: l'omologazione dell'accordo sarebbe necessaria solo qualora vi fossero opposizioni. In difetto di opposizioni, l'accordo sarebbe valido tra le parti e comporterebbe l'esenzione dalla revocatoria in presenza dei requisiti di un piano ex art. 67, co. 3, lett"d", l. fall. In tal senso G. FAUCEGLIA, *cit.*, 1451. Simile concezione viene contestata da altra parte della dottrina che lamenta possibili usi distorti dell'istituto. In tal senso S. AMBROSINI, *cit.*, 178.

¹²⁶ La dottrina maggioritaria ritiene che l'esenzione dalla revocatoria fallimentare decorra dall'omologazione

consenso negoziale.¹²⁷ Si è, pertanto, ritenuto, che l'accordo non omologato produca "inter partes" gli effetti propri di un normale contratto.¹²⁸

8. Le eventuali opposizioni dei creditori. Aspetti di carattere processuale.

I creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione¹²⁹ entro trenta giorni dalla data della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese¹³⁰. Il termine "pubblicazione" è certamente atecnico:

dell'accordo. Non è altrettanto chiaro se, nell'alveo della menzionata dell'esenzione dalla revocatoria rientrano, o meno, i pagamenti compiuti dopo la pubblicazione dell'accordo. Sul punto S. AMBROSINI, cit., 175.

¹²⁷ In tal senso M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 338, secondo cui l'omologazione funge da "condicio iuris" quanto alla produzione dei soli effetti normativi. Discorso diverso vale, ovviamente, per la facoltà di inserire pattuizioni (clausole condizionali o termini d'efficacia) che ancorino la produzione degli effetti al manifestarsi di determinati avvenimenti.

¹²⁸ La dottrina ha distinto tre diverse ipotesi. La prima, pacifica, attiene all'accordo pubblicato nel registro delle imprese ed omologato: tale tipologia produce gli effetti normativi di cui all'art.182 bis e ss. l. fall., ed, in particolare, l'esenzione degli atti compiuti in esecuzione dell'accordo dalla revocatoria fallimentare. La seconda tipologia è quella dell'accordo pubblicato nel registro delle imprese ma non omologato: in tal caso l'accordo produce solo taluni degli effetti normativi previsti dalla disciplina di legge, tra cui, ad esempio, il divieto temporaneo di proporre azioni esecutive individuali. Ultima ipotesi è quella dell'accordo che non sia né pubblicato, né omologato (c.d. accordi di ristrutturazione atipici). Si pensi, a titolo esemplificativo, all'accordo intervenuto tra il debitore ed il cinquanta per cento dei creditori, accordo come tale insuscettibile di pubblicazione e di omologa. In tal caso, trattandosi di un normale contratto atipico, dovrà effettuarsi un giudizio di meritevolezza causale, onde sancirne la validità. Vanno, ovviamente, eccettuate, le ipotesi in cui l'omologazione costituisca evento dedotto in apposita condizione di efficacia. Contra App Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, p.297 e ss, secondo cui qualunque effetto connesso all'accordo dipende dalla pubblicazione nel registro delle imprese. Si è, peraltro, ritenuto che l'accordo, benché non omologato, possa egualmente produrre il peculiare effetto dell'esenzione dei pagamenti dalla revocatoria fallimentare, potendo esso valere quale piano attestato ex art. 67 co.3 l. fall., ove ne sussistano i requisiti. Con riferimento ai suddetti profili cfr. V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio"*, cit., 302 e ss.

¹²⁹ Si tratta, secondo l'opinione dominante, di un termine di natura perentoria. La brevità del termine è stata oggetto di critiche in dottrina, sottolineandosi, "de jure condendo", l'opportunità di una comunicazione "ad personam" al singolo creditore ed il decorso del predetto termine dalla data di ricezione della comunicazione. In tal senso S. AMBROSINI, cit, 175. Dubbi, inoltre, sussistono in ordine alla soggezione del predetto termine alla sospensione feriale. La non riconducibilità dell'accordo alle regole del concordato preventivo (per il quale la giurisprudenza di legittimità ritiene applicabile la sospensione feriale) farebbe propendere per la soluzione negativa. Per la soluzione positiva Trib. Enna, 27 settembre 2006, cit., per cui l'opposizione deve essere esercitata esclusivamente in forma giudiziale e sottosta alla disciplina della sospensione feriale, argomentando dall'art. 1, l. 742/1969. In giurisprudenza si è discusso in merito alla preventiva rinuncia al diritto di opposizione. Secondo un primo orientamento, l'allegazione delle dichiarazioni di rinuncia dei creditori all'esercizio del sopra citato diritto di opposizione consente di procedere all'omologazione senza dover attendere il decorso dei trenta giorni; ciò a maggior ragione nell'ipotesi di assenza di soci illimitatamente responsabili o di titolari di diritti reali o personali sui beni della società ricorrente, ossia di soggetti che abbiano un preciso interesse a contestare la validità o la convenienza dell'accordo. Cfr.: Trib. Lamezia Terme, 23 giugno 2008, cit. In senso opposto, si sostiene che, anche qualora l'accordo sia stato sottoscritto da tutti i creditori, esso non possa essere oggetto di omologa prima del decorso del termine per la pubblicazione, sia perché i creditori aderenti potrebbero la risoluzione o l'annullamento dell'accordo, sia perché potrebbero esistere soggetti terzi interessati diversi dai creditori (es.: fideiussori), potenzialmente legittimati all'opposizione. Così Trib. Enna, 27 settembre 2006, cit.

¹³⁰ Il mancato adempimento dell'accordo non comporta automaticamente l'apertura del fallimento, ritenendosi necessario il previo accertamento da parte del tribunale dello stato di insolvenza. Sul punto E. FRASCAROLI SANTI, cit, 162. Si discute in ordine a quali siano le possibili conseguenze di una sentenza di fallimento emessa in data

nella disciplina del registro delle imprese non è prevista alcuna pubblicazione in senso tecnico, bensì unicamente depositi o iscrizioni.¹³¹ La questione deve essere risolta in base alla ratio della norma: ove la si identifichi nell'esigenza di consentire ai terzi di avere pronta conoscenza dell'accordo, sembra ragionevole dedurre che la pubblicazione vada identificata con il mero deposito. Deve allora respingersi la ricostruzione secondo cui la pubblicazione coincida con l'iscrizione: in questa fase del procedimento vanno certamente privilegiate esigenze di celerità rispetto ad esigenze di controllo, specie laddove si consideri che il controllo è posticipato al momento dell'omologa dell'accordo.¹³² Si discute in ordine a quale siano le concrete modalità della "pubblicazione" nel registro delle imprese. Alcuni hanno ventilato l'ipotesi per cui detto adempimento pubblicitario riguardi unicamente la notizia che l'accordo sia stato concluso e depositato presso il tribunale con la relazione dell'esperto. Tale prospettiva, implicitamente, prende posizione sulla scansione temporale del procedimento, postulando l'antiorità del deposito in tribunale rispetto alla "pubblicazione" nel registro delle imprese. Tale ricostruzione è stata respinta da larga parte della dottrina, secondo cui la cronologia degli adempimenti pubblicitari va invertita (prima il deposito presso il registro delle imprese, poi quello in tribunale) dal momento che, ove il ricorso per l'omologazione venisse depositato senza la prova dell'avvenuto deposito presso il registro delle imprese, il tribunale dovrebbe dichiarare l'inammissibilità della domanda.¹³³ Preferibile, del pari, appare la ricostruzione, avvalorata dalla prassi dei conservatori delle camere di commercio, per cui anche la "pubblicazione" nel registro delle imprese abbia ad oggetto l'intero accordo e la relazione del professionista.¹³⁴ Nel caso in cui il debitore si sia avvalso dello strumento ex art. 182 ter l. fall., il deposito avrà ad oggetto anche la proposta di transazione fiscale ed il relativo assenso espresso dagli organi deputati a manifestare la volontà dell'Erario. La pubblicità congiunta di accordo e relazione del professionista (e degli ulteriori documenti ex art. 182 ter l. fall.) deriva dalla necessità di dare corretta informazione a quanti abbiano interesse ad agire ai fini dell'impugnazione.¹³⁵ Legittimati all'opposizione sono, di sicuro, i creditori dissenzienti.¹³⁶ Non sembrano sussistere rilevanti

posteriore rispetto al provvedimento di omologazione. Si ritiene, non a torto, che conferire alla pronuncia di fallimento un effetto "demolitivo" dell'accordo equivarrebbe a contraddire le finalità legislative dell'istituto. In tal senso, non senza qualche esitazione, si è sostenuto che la sentenza di fallimento abbia una mera efficacia "ex nunc", con piena salvezza degli effetti giuridici già prodotti dall'accordo e degli effetti normativi ascrivibili all'accordo stesso (esenzione dei pagamenti dalla revocatoria fallimentare). M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, p. 361 e ss

¹³¹ Per i concetti di deposito ed iscrizione cfr. M. DOLZANI, *Il registro delle imprese*, Studio del Consiglio nazionale del notariato, reperibile sul sito internet www.notariato.it.

¹³² La "pubblicazione" dell'accordo è stata considerata quale iscrizione nel registro delle imprese e quale pubblicità di carattere normativo e costitutivo (nel senso che solo a seguito dell'iscrizione nel registro delle imprese si producono gli effetti tipici previsti dalla legge). In tal senso M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 342 e ss. Lo stesso autore definisce l'omologazione quale adempimento di carattere sanante, con il peculiare effetto di conferire piena efficacia all'accordo privo dei requisiti di legge. In tal ultimo profilo si coglierebbe uno dei tratti differenziali tra accordo ex art. 182 bis l. fall. e piano attestato: solo il primo garantisce certezza, il piano attestato è invece sempre esposto al rischio di una revisione "ex post". Alcune pronunce di merito, al contrario, hanno discusso di pubblicità costitutiva in senso stretto: Cfr. Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, cit., p. 669 ; Trib. Enna, 27 settembre 2006, cit., p. 195.

¹³³ Sui termini del dibattito cfr.: E. FRASCAROLI SANTI, cit., 138.

¹³⁴ Sul punto Trib. Roma 16 ottobre 2006, cit., 184.

¹³⁵ C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 1814, valorizzando il dato testuale di cui all'art. 182 bis l. fall., ritiene che debba essere data pubblicità al solo accordo, con conseguente superfluità del deposito della relazione del professionista.

¹³⁶ La dottrina ha evidenziato come la scelta di ricollegare il diritto di opposizione alla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese non garantisca efficacemente il diritto di difesa, favorendo i creditori operatori professionali

ragioni per escludere dal novero dei legittimati all'opposizione i creditori aderenti all'accordo¹³⁷: costoro potrebbero avere interesse a proporre opposizione sulla base di informazioni di cui non erano in possesso in un primo momento.¹³⁸ Nel novero degli ulteriori soggetti interessati all'opposizione vanno fatti rientrare, conformemente ai principi generali, quanti vantano un interesse attuale e concreto all'impugnazione. La dottrina annovera all'interno della predetta categoria i soci illimitatamente responsabili (giacché, ove l'organo amministrativo avesse optato per il concordato preventivo, i predetti avrebbero potuto fruire dell'esdebitazione), i creditori dei creditori aderenti (danneggiati dalla diminuzione dell'entità del credito che costoro potrebbero rendere oggetto di pignoramento presso terzi), i dipendenti dell'impresa (interessati alla conservazione del posto di lavoro e, dunque dell'attività di impresa, comunque legittimati all'opposizione anche nella veste di creditori). A fondamento dell'opposizione possono essere poste motivazioni di ordine formale quanto motivazioni di ordine sostanziale. Esemplicando, l'opponente può lamentare il mancato raggiungimento della percentuale del 60%, il mancato deposito in Tribunale del ricorso o della relativa documentazione, la sussistenza di vizi relativi alla predetta documentazione (insufficienza o non veridicità), l'inidoneità dell'accordo ad assicurare il pagamento dei creditori non aderenti.¹³⁹ Alla pubblicazione nel registro delle imprese¹⁴⁰ è connesso il divieto, per i creditori anteriori, di iniziare o proseguire azioni individuali, cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore per un periodo di sessanta giorni (art.182 bis co. 3 l. fall.).¹⁴¹ Tale divieto opera "ipso iure", a prescindere da qualsiasi domanda del debitore.¹⁴² La norma svolge una funzione di protezione dell'intesa, conferendo stabilità all'accordo, in attesa

(adusi al controllo delle risultanze del registro delle imprese) a scapito degli altri creditori. Va sottolineato come il diritto di opposizione vada riservato, per in mancanza di un'espressa menzione legislativa, a quanti vantano ragioni di credito preesistenti alla pubblicazione dell'accordo. I creditori successivi, al contrario, non sono legittimati all'opposizione per la semplice ragione che sono a conoscenza dell'accordo pubblicato nel registro delle imprese. Costoro, consapevoli della situazione finanziaria dell'imprenditore in crisi, non potranno godere della revocatoria degli atti contemplati dall'accordo. Su detti profili cfr. A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, cit., 1256.

¹³⁷ Si è evidenziata, in capo ai creditori aderenti, una carenza di legittimazione attiva alla proposizione dell'opposizione, mancando un interesse attuale e concreto a contrastare l'accordo. Unici rimedi possibili, per suddetta categoria di creditori, sarebbero quelli ordinari di ordine civilistico. E. FRASCAROLI SANTI, cit., 149.

¹³⁸ L'opposizione si ritiene vada proposta con la forma di un ricorso. Tanto si desume, argomentando dalla norma di cui all'art. 82 co. 3 c.p.c., in tema di rappresentanza tecnica per i procedimenti innanzi al tribunale. Il ricorso va presentato in via principale o incidentale a secondo che intervenga anteriormente o successivamente al deposito del ricorso del debitore. Non pare ammissibile un'opposizione in forma stragiudiziale. In tal senso L. MANDRIOLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.*, cit., p. 618..

¹³⁹ Sul punto S. AMBROSINI, cit., 174.

¹⁴⁰ In caso di opposizione dei creditori, il termine di sessanta giorni viene ritenuto prorogabile sino alla data di pubblicazione del decreto con cui viene deciso il ricorso del debitore e la relativa opposizione del creditore. Se così non fosse, si concederebbe ai creditori non aderenti un'arma per eludere l'applicazione della sospensione. In tal senso C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1823

¹⁴¹ A tal proposito, è possibile rilevare l'esistenza di alcuni tratti differenziali con l'omologa disciplina del concordato: nel solo accordo di ristrutturazione l'ombrello protettivo del divieto di azione per i creditori è limitato a sessanta giorni; solo nel concordato è fatto divieto anche di acquisizione di diritti di prelazione, acquisizione che rimane possibile nell'accordo di ristrutturazione; nel concordato gli effetti del divieto decorrono dalla presentazione del ricorso in tribunale, nell'accordo dalla pubblicazione nel registro delle imprese.

¹⁴² In tal senso la Relazione illustrativa del D. Lgs. 169/2007. In dottrina, non si è mancato di evidenziare i rischi derivanti dall'operatività di simile meccanismo. In assenza di un qualsiasi filtro sull'operato del debitore, simile a quello esercitato dal commissario straordinario e dal giudice delegato per il concordato preventivo, non è difficile prevedere un uso spregiudicato dell'istituto da parte del debitore in accordo con alcuni dei creditori, mediante pagamenti volontari di debiti preesistenti e atti di disposizione. Cfr.: C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione*

dei più incisivi effetti dell'omologa e, segnatamente, dell'esenzione dei pagamenti dalla revocatoria fallimentare. Il Legislatore persegue il duplice obiettivo di preservare il patrimonio del debitore da eventuali eventi idonei ad incidere sulla sua consistenza e destinazione e di consentire al proponente di ottenere dall'autorità giudiziaria un più genuino apprezzamento dell'accordo, dato che nei sessanta giorni successivi l'assetto patrimoniale non può subire modifiche in forza dell'intervento di terzi. Appare, peraltro, evidente che, nel bilanciamento di contrapposti interessi, sia stata privilegiata la facoltà del debitore a scegliere strumenti alternativi della composizione della crisi d'impresa, a fronte del diritto dei creditori ad ottenere un'immediata soddisfazione coattiva dei propri diritti.¹⁴³ Al contempo, la norma "de qua" viene generalmente considerata espressione di un di un meccanismo, pur temporaneo, di segregazione patrimoniale¹⁴⁴ e, al tempo stesso, una conferma della natura concorsuale dell'istituto.¹⁴⁵ Deve evidenziarsi che, atteso il differente tenore letterale dell'art.182 bis l. fall. rispetto alla corrispondente disposizione in tema di concordato preventivo (art. 168 l. fall.), i creditori estranei sono legittimati, anche nei sessanta giorni successivi alla pubblicazione dell'accordo, all'iscrizione di ipoteca convenzionale o giudiziale. Del pari ammissibile è il dar corso ad azioni di cognizione dirette al riconoscimento del credito.¹⁴⁶ Diverse sono le problematiche aperte in ordine alle questioni di carattere processuale.¹⁴⁷ Quanto alle formalità da rispettare ai fini del deposito dell'accordo e dei relativi documenti presso la cancelleria del tribunale, la normativa rinvia alla disciplina in tema di concordato preventivo.¹⁴⁸ Pur essendo

dei debiti, cit., p. 1822.

¹⁴³ In questi termini Trib. Milano, 10 novembre 2009, cit.

¹⁴⁴ Tale disposizione viene generalmente letta in senso estensivo, fonte di un divieto valido anche per i creditori estranei e per particolari azioni esecutive, come quelle in tema di credito fondiario. Conforme a tale lettura è C.

D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1821. Secondo quest'ultimo autore, l'applicazione della sospensione all'ipotesi dei c.d. contratti di garanzia finanziaria, di cui al D. Lgs. 170/2004 (garanzie tipiche, come il pegno, o atipiche, accomunate dal conferimento di un diritto reale sul loro oggetto, che deve consistere in attività finanziarie a garanzia di obbligazioni finanziarie) dipende dalla soluzione del quesito in ordine alla natura concorsuale o meno degli "accordi". Solo ove si ritenga che detti accordi abbiano natura negoziale troverà applicazione la disciplina ex art. 182 bis l. fall. In caso contrario, ovvero ove si ritengano detti "accordi" quali procedimento concorsuale, troverà applicazione la disciplina speciale, ex art.4 D. Lgs. 170/2004, in tema di escussione della garanzia.

Di contro, la giurisprudenza di merito ha dato una lettura restrittiva della norma. Trib. Milano 10 novembre 2009, cit., nel rispondere al quesito sulla proponibilità di una domanda di fallimento dopo che sia stata proposta l'istanza ex art.182 bis l. fall., si è espresso in senso affermativo, ritenendo che il divieto temporaneo di azioni esecutive non sia comprensivo della domanda di fallimento. Di diverso avviso la dottrina maggioritaria, tra cui M. FABIANI, *"Competizione" fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, cit., p. 208.

Secondo detto autore, è da ricomprendere fra le azioni esecutive vietate (a pena di improcedibilità) anche l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento: per il periodo di sessanta giorni nessuna aggressione sui beni del debitore sarebbe tollerabile giacché lo scopo perseguito dal Legislatore sarebbe quello di giungere all'omologazione lasciando intatto il patrimonio del debitore. Conformi a tale ultimo indirizzo C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p.1821; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 570.

¹⁴⁵ Solo considerando l'accordo di ristrutturazione come procedimento concorsuale può giustificarsi l'esistenza di un divieto di agire per i creditori non aderenti. Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, cit., 169.

¹⁴⁶ L. MANDRIOLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.*, cit., p. 617.

¹⁴⁷ Su tali aspetti cfr. S. AMBROSINI, cit.,180 e ss.

¹⁴⁸ L'originario testo dell'art.182 bis recitava "Il debitore può depositare, con la dichiarazione e la documentazione di cui all'articolo 161..." Il riferimento alla dichiarazione propria del concordato preventivo è venuto meno a seguito della novella del 2007. L'incipit della norma, come novellato, recita "Il debitore può depositare, con la documentazione di cui all'articolo 161...". Tale intervento è stato interpretato quale chiarimento del Legislatore in ordine alla non riconducibilità degli accordi alla figura del concordato preventivo. Ne deriva, ulteriormente, l'erroneità della tesi che, sulla base di tale erroneo presupposto, richiede l'inserimento dell'accordo all'interno di una proposta di concordato preventivo, con conseguente rispetto degli adempimenti sostanziali e formali del concordato.

pacifico che la domanda venga presentata in forma di ricorso¹⁴⁹, stante il predetto rinvio alla disciplina del concordato, la legge non precisa quale sia il tribunale territorialmente competente.¹⁵⁰ La dottrina maggioritaria ritiene che la competenza sia da incardinarsi nel tribunale del luogo in cui l'imprenditore abbia la sede principale, considerando condivisibilmente la norme di cui agli art.9-161 l. fall. quale espressione di un principio generale.¹⁵¹ Dubbi sussistono sull'applicabilità della regola della "perpetuatio jurisdictionis", vigente per la procedura fallimentare e per il concordato preventivo (art.9 e art. 161 l. fall.). In mancanza di alcun legame tra le citate norme e la disciplina degli accordi di ristrutturazione, si è sostenuta una tesi restrittiva, negando l'applicabilità della regola in esame. Sembra, tuttavia, da preferirsi una soluzione diversa, incline all'estensione della "perpetuatio jurisdictionis". Ciò non solo per l'espresso rinvio che l'art. 182 bis l. fall. fa all'art.161 l. fall., quanto per la sussistenza di un principio generale, estensibile agli accordi di ristrutturazione. Ne consegue che il trasferimento della sede, nell'anno anteriore al deposito del ricorso, deve considerarsi irrilevante ai fini della competenza territoriale¹⁵². Del pari problematico è il momento in cui debba essere assunto il consenso dei creditori. Secondo una prima prospettiva detto consenso funge da presupposto rispetto al deposito del ricorso. Secondo un'opposta tesi, il predetto consenso costituisce presupposto dell'omologa giudiziale, con conseguente possibilità per il debitore di acquisire l'assenso dei creditori nell'intervallo di tempo tra deposito

¹⁴⁹ Il ricorso va corredato della relazione del professionista e della documentazione di cui all'art. 161 co.2 l. fall. Pertanto il debitore dovrà presentare con il ricorso: a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili. Non si reputa necessario il deposito delle scritture contabili, non essendo l'imprenditore sottoposto a controllo della gestione dell'impresa. In caso di società, secondo un certo indirizzo, sarebbe sufficiente una delibera degli amministratori, come espressamente previsto per il concordato, con conseguente superfluità di eventuali delibere assembleari dei soci. Sulle modalità di presentazione del ricorso e sugli aspetti citati cfr. E. FRASCAROLI SANTI, cit., 136.

¹⁵⁰ La dottrina maggioritaria, pur proponendo soluzioni diverse sul piano astratto (ora ventilando l'applicazione dell'art. 161 l. fall., in tema di concordato, ora dell'art. 9 l. fall., in tema di fallimento) è giunta sostanzialmente alle medesime conclusioni applicative, per cui deve considerarsi competente il tribunale del luogo in cui è posta la sede principale (ossia la sede effettiva) dell'imprenditore. In tal senso M. VIETTI- F. MAROTTA – F. DI MARZIO (a cura di), *Riforma fallimentare*, Torino, 2008, p.202. Secondo un'altra diversa ricostruzione, minoritaria, rileva unicamente la sede legale, non già la sede effettiva dell'imprenditore. Cfr. Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Fallimento*, 2007, p. 702.

¹⁵¹ Alle conclusioni menzionate nel testo potrebbe giungersi tanto mediante applicazione diretta delle citate disposizioni normative, ove si presti adesione alla tesi per cui l'accordo di ristrutturazione è una tipo particolare di concordato, quanto mediante interpretazione estensiva o analogica, ove al contrario non si ritengano esistenti dette affinità tra i predetti istituti. Ad ogni modo, la riferita soluzione è sostenuta da indiscutibili argomenti logici, dato che la sede principale è quella più nota nei rapporti commerciali dell'imprenditore.

¹⁵² Pur in assenza di alcuna indicazione a riguardo, appare imprescindibile il rispetto del principio del contraddittorio: il tribunale è tenuto a notificare al debitore il decreto emanato, onde consentirgli il diritto di replica. Problematica è la questione relativa allo svolgimento di un'attività istruttoria. Si è, a riguardo, sostenuto che il tribunale abbia il dovere di fissare un'udienza di comparizione ove, nell'iter procedimentale, vengano rilevate anomalie o carenze oppure qualora vengano proposte opposizioni. Contrario a tale impostazione è Trib. Palermo, 27 marzo 2009, cit., secondo cui la fissazione di un'udienza collegiale in camera di consiglio è necessaria anche in assenza di opposizioni, onde consentire al ricorrente di discutere le questioni controverse, fornendo al collegio eventuali chiarimenti o integrazioni documentali, al pubblico ministero di interloquire, al tribunale di acquisire mezzi istruttori anche d'ufficio. Più in generale la giurisprudenza di merito ha, a più riprese, evidenziato la necessità di approfondimenti di indagine, specie ove concernano profili non adeguatamente chiariti dalla relazione del professionista. Sugli aspetti citati v. C. D'AMBROSIO, 1815 e ss.; E. FRASCAROLI SANTI, cit., 151 e ss.;

del ricorso ed omologa.¹⁵³ Si discute, altresì, sulla possibilità per il tribunale di assumere d'ufficio le informazioni necessarie. Ancora una volta si pone il problema dell'estensibilità di norme dettate in sede di concordato preventivo (cfr.: art. 180 co.3 l. fall.). Anche in tal caso, si lascia preferire la soluzione positiva, vuoi per una pretesa interpretazione analogica della norma, vuoi per esigenze di carattere logico-giuridico.¹⁵⁴ Il Tribunale decide alla scadenza del termine, di trenta giorni, previsto per la proposizione di eventuali opposizioni.¹⁵⁵ Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione. La lettera della legge non deve ritenersi espressione della necessità di svolgimento di due separate udienze: le esigenze di celerità e speditezza, sottese alla procedura, fanno pensare ad un'unica trattazione, attesa l'unitarietà dell'oggetto.¹⁵⁶ Il giudizio può concludersi con un decreto di omologazione o, al contrario, con un provvedimento reiettivo della domanda o declaratorio della inammissibilità. In caso di esito negativo del procedimento, il tribunale segnala al pubblico ministero lo stato di insolvenza per l'istanza di fallimento (art. 7 l. fall.).¹⁵⁷ Contro il decreto del tribunale è ammesso, da parte del debitore o degli opposenti, il reclamo alla corte d'appello, nel termine di quindici giorni dalla pubblicazione del provvedimento nel registro delle imprese.¹⁵⁸ Incerta è la ricorribilità per cassazione del decreto che accoglie o rigetta il ricorso per l'omologazione.¹⁵⁹

¹⁵³ La dottrina è divisa in ordine alla cronologia degli adempimenti di legge. Secondo un primo indirizzo, non sussiste alcun limite specifico, con la conseguenza che il deposito dell'accordo presso la cancelleria del tribunale possa avvenire, indifferentemente, in data anteriore o posteriore alla pubblicazione nel registro delle imprese. Per tale impostazione Trib. Palermo, 27 marzo 2009, cit. Secondo un'opposta impostazione, il deposito dell'accordo presso la cancelleria del tribunale deve avvenire in data anteriore alla pubblicazione nel registro delle imprese. Cfr.: M.VIETTI – F. MAROTTA – F. DI MARZIO (a cura di), *Riforma fallimentare*, cit., p.201.

¹⁵⁴ Per la soluzione positiva Trib. Palermo, 27 marzo 2009, cit.

¹⁵⁵ Pur nel silenzio della legge, deve ritenersi che la forma delle opposizioni sia quella del ricorso, da presentarsi in via principale o incidentale, a secondo che intervenga prima o dopo il deposito del debitore. In tal senso, deve ritenersi che il rigetto della domanda di omologazione dell'accordo non comporti automaticamente l'apertura del fallimento. Sarà, a tal fine, necessario un nuovo accertamento sulla sussistenza o meno dello stato di insolvenza e degli altri presupposti di legge. Il fallimento potrà essere dichiarato in esito ad autonomo procedimento che si svolga nelle forme di cui all'art.15 l. fall., promosso da un creditore o dal Pubblico Ministero. In tal senso C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1818.

¹⁵⁶ Le modalità procedurali variano in funzione della presenza di opposizioni. In assenza di opposizioni si è, per lo più, discorso di un procedimento di volontaria giurisdizione, con la necessità di procedere alla fissazione dell'udienza in calce al ricorso depositato, alla nomina di un giudice relatore, alla comunicazione del provvedimento al debitore ad opera della cancelleria. In presenza di opposizioni, si ritiene che debba essere instaurato il contraddittorio, con decreto da notificarsi al debitore unitamente al ricorso dell'opponente, con necessità di prevedere uno spazio di tempo (tra notifica e udienza) onde consentire il corretto esercizio del diritto di difesa. Si ritiene, del pari, necessario prevedere adeguati termini in favore delle parti per il deposito di memorie difensive. Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, cit., 157. La giurisprudenza di merito ha ritenuto che il tribunale, senza attendere la proposizione di opposizioni, sia legittimato alla fissazione dell'udienza di comparizione, alla nomina di un giudice relatore con ampi poteri istruttori, alla fissazione di un termine ultimo per le opposizioni. Sul punto: Tribunale di Milano del 4 maggio 2009 reperibile sul sito internet www.tribunaledimilano.it;

¹⁵⁷ Deve ritenersi che il rigetto della domanda di omologazione dell'accordo non comporti automaticamente l'apertura del fallimento. Sarà, a tal fine, necessario un nuovo accertamento sulla sussistenza o meno dello stato di insolvenza e degli altri presupposti di legge. Il fallimento potrà essere dichiarato in esito ad autonomo procedimento che si svolga nelle forme di cui all'art.15 l. fall., promosso da un creditore o dal Pubblico Ministero. In tal senso C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1816.

¹⁵⁸ La scarsa disciplina di legge rende necessaria un'opera di integrazione interpretativa. Alcuni, in tal senso, hanno suggerito l'applicazione dell'art. 739 c.p.c., norma cardine in tema di volontaria giurisdizione. Altri, evidenziando la distonia che simile richiamo potrebbe creare, prediligono l'estensione dell'art.26 l. fall. Sui termini del dibattito E. FRASCAROLI SANTI, cit., 164.

¹⁵⁹ Contrari alla ricorribilità per cassazione sono quanti sottolineano che quello in esame ha natura di procedimento di

Di notevole interesse pratico appare il tema dei rapporti tra omologazione dell'accordo e procedura fallimentare. In dottrina¹⁶⁰, si è ritenuto che i due procedimenti vi sia una relazione di "reciproca indifferenza". Il debitore interessato da un'istanza di fallimento potrebbe stipulare e depositare un accordo di ristrutturazione e, "a contrario", i creditori potrebbero attivare la procedura fallimentare anche una volta che sia intervenuta l'omologazione dell'accordo.¹⁶¹ La giurisprudenza¹⁶² è di opposto avviso, ritenendo che la

volontaria giurisdizione, con conseguente applicabilità del rimedio della revoca ed inapplicabilità del ricorso per cassazione. Favorevole alla praticabilità del ricorso per cassazione sono quanti argomentano dalla natura "mista e composita" del procedimento. Cfr. M. FABIANI, *"Competizione" fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, cit., 215; G.B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, cit., 85 e ss..

¹⁶⁰ S. AMBROSINI, cit., 177 e ss.

¹⁶¹ Trib. Milano 10 novembre 2009, cit., ha esaminato l'opposta ipotesi della domanda di fallimento proposta in data posteriore all'istanza ex art.182 bis l. fall., ritenendosi che la domanda di fallimento possa essere proposta, giacché il divieto temporaneo di azioni esecutive non tocca la proposizione della domanda di fallimento. Se così non fosse – sostiene il tribunale milanese – si dovrebbe dar corso ad un'interpretazione estensiva del concetto di azioni esecutive, tale da ricomprendere anche il procedimento prefallimentare, interpretazione che risulta, tuttavia, inconferente alla stregua della ratio dell'art.182 bis l. fall. Detta norma sancisce la momentanea sospensione delle suddette azioni sul presupposto che queste ultime possano porre dei vincoli sul patrimonio del debitore a vantaggio di taluni creditori in grado di pregiudicare la libera disponibilità del patrimonio stesso. L'istanza di fallimento, invece, è idonea a determinare un simile pregiudizio, ovvero a creare posizioni di vantaggio per alcuni esponenti del ceto creditorio. Di diverso avviso M. FABIANI, *"Competizione" fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, cit., 208. Secondo detto autore, è da ricomprendere fra le azioni esecutive vietate (a pena di improcedibilità) anche l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento: per il periodo di sessanta giorni nessuna aggressione sui beni del debitore sarebbe tollerabile giacché lo scopo perseguito dal Legislatore sarebbe quello di giungere all'omologazione lasciando intatto il patrimonio del debitore. Conformi a tale ultimo indirizzo C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 1821; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 570. Secondo tale indirizzo, l'istanza di fallimento risulterebbe preclusa nei sessanta giorni successivi alla pubblicazione nel registro delle imprese, essendo il predetto divieto comprensivo anche dell'istanza di fallimento. Ove l'istanza di fallimento venisse perfezionata dopo il decorso del predetto termine, il tribunale dovrebbe tener conto dell'esistenza del predetto accordo in sede di istruttoria prefallimentare, ai fini della verifica di uno stato di decozione.

¹⁶² Trib. Milano 10 novembre 2009, cit., secondo cui: "Se avanti il medesimo ufficio giudiziario sono pendenti il procedimento per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti e quello, anteriormente instaurato dal pubblico ministero, mirante al fallimento del debitore, il tribunale, rilevata la connessione per pregiudizialità dei procedimenti, ne dispone la riunione, procedendo quindi in via prioritaria all'esame della richiesta di omologazione che, se ritenuta da accogliere, comporta il rigetto dell'istanza di fallimento per insussistenza di un attuale stato di insolvenza del debitore." Sull'argomento v. anche Trib. Prato, 4 febbraio 2011, cit., secondo cui, in caso di pendenza della procedura fallimentare, il tribunale può concedere un termine per la presentazione di un accordo di ristrutturazione, anche nella forma provvisoria prevista dall'art. 182 bis co.6 l. fall. Nel caso di instaurazione della procedura ex art. 182 bis l. fall., il tribunale, su richiesta del debitore, può poi emettere un provvedimento cautelare e provvisorio, con contenuto analogo a quello di cui all'art. 2409 c.c., nominando un amministratore giudiziale. Tra i provvedimenti cautelari che il tribunale fallimentare può emettere ai sensi dell'art. 15 co.8 l. fall., non rientra, tuttavia, l'inibitoria di azioni individuali esecutive e cautelari, con conseguente inestensibilità al caso di specie (fallimento instaurato prima del ricorso all'istituto dell'accordo di ristrutturazione) del c.d. "ombrello protettivo" ex art. 182 bis co. 6 l. fall. Il tribunale milanese, nell'ambito dello stesso decreto sopra citato, ha preso posizione anche sul tema del gruppo di imprese, precisando che, qualora vi siano distinte procedure attinenti a distinte società facenti parte del medesimo gruppo, il giudice debba disporre la riunione, in forza del collegamento funzionale inscindibile che sussiste tra i procedimenti. La distinta personalità giuridica delle società componenti il gruppo è stata tutelata, nel caso di specie, mediante il separato accordo tra ogni società ed il proprio ceto creditorio. Viene in tal modo superata la vecchia impostazione, secondo cui la distinta soggettività delle società costituenti il gruppo giustificava distinti procedimenti, per cui v. *Cass.* 6 luglio 1992 n. 8656, in *Fallimento*, 1993, 247. Si discute poi in ordine a quali siano le possibili

domanda di fallimento, pur proposta in data anteriore rispetto al ricorso ex art.182 bis l. fall., non si sottragga alla riunione per pregiudizialità dei procedimenti, comportando il preventivo esame della richiesta di omologazione dell'accordo di ristrutturazione ed, in caso di accoglimento della predetta richiesta, il conseguente rigetto dell'istanza di fallimento.

conseguenze di una sentenza di fallimento emessa in data posteriore rispetto al provvedimento di omologazione. Si ritiene, non a torto, che conferire alla pronuncia di fallimento un effetto “demolitivo” dell'accordo equivarrebbe a contraddire le finalità legislative dell'istituto. In tal senso, non senza qualche esitazione, si è sostenuto che la sentenza di fallimento abbia una mera efficacia “ex nunc”, con piena salvezza degli effetti giuridici già prodotti dall'accordo e degli effetti normativi ascrivibili all'accordo stesso (esenzione dei pagamenti dalla revocatoria fallimentare). M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, p. 361 e ss.

Capitolo terzo

L'impiego del trust nell'ambito della gestione negoziale della crisi d'impresa

1. Il trust. Lineamenti essenziali dell'istituto.

E' stato osservato¹⁶³ come il termine "trust" alluda a "fiducia, fede" e possa ricondursi all'antica parola scandinava "traust", da cui derivano i vocaboli inglesi "trow"(credere) e "true"(vero), quelli olandesi "troosten" e tedesco "troesten", sinonimi di "confortare, consolare".¹⁶⁴ Appaiono evidenti

¹⁶³ PICCOLI P., "L'avamprogetto di convenzione sul trust nei lavori della conferenza di diritto internazionale privato de L'Aja ed i riflessi di interesse notarile", in "Rivista del notariato", 1984, pag. 844 ss.

¹⁶⁴ Il trust affonda le proprie origini nel mondo giuridico anglosassone. Il diritto inglese è, fin da tempi assai risalenti, caratterizzato dalla dicotomia Common law/Equity. Queste due sfere giuridiche da sempre convivono in maniera piuttosto conflittuale, dando vita a tribunali distinti ma con pari giurisdizione, rispettivamente le tre Corti di Common Law e la Corte di Chancery, ed a regole di giudizio proprie ed esclusive. Le ragioni di tale dualismo affondano nella storia del diritto anglosassone. E' noto che il sistema di Common Law nacque come sistema ancorato a forti poteri dei giudici, un vero e proprio sistema di diritto giudiziale, teso a valorizzare il ruolo del magistrato a tal punto da attribuirgli un potere non solo giurisdizionale ma anche legiferante (judge-made-law). Esso si distaccò dalla tradizione giuridica continentale ed affondò le proprie radici non nel diritto romano bensì nelle consuetudini locali e nelle reali necessità sociali. Per dirla con un'espressione carica di icasticità, la Common Law può definirsi come "il prodotto del senso comune giuridico applicato ai bisogni mutevoli della società". Tuttavia, pur offrendo le ampie garanzie accenate, la Common Law si rivelò presto inadeguata a fornire effettiva tutela ai consociati. Le ragioni furono, principalmente, le seguenti. In primis, l'inefficienza del sistema. Uno dei maggiori limiti stava nel fatto che nessuna azione poteva essere intentata senza che fosse stato in precedenza proposto un writ al convenuto: dunque occorreva che le circostanze concrete del caso potessero rientrare in una delle azioni tipizzate previste, un writ appunto, pena la assenza di strumenti di tutela (prevalleva dunque la logica del brocardo "ubi remedium, ubi ius" e non quella più immediata del "ubi ius, ubi remedium"). In secundis, l'eccessivo formalismo giuridico. La procedura delle corti di common law era molto formale, e spesso la tutela veniva negata per ragioni non di merito bensì meramente tecniche. In definitiva, il sistema giudiziario era caratterizzato da un fortissimo formalismo, non temperato da alcun fattore di elasticità. Le conseguenze erano piuttosto gravi: sovente si verificava un diniego di giustizia benché l'interesse giuridico da tutelare fosse meritevole di tutela. Fu così che, a partire dal XVI° secolo, i consociati, delusi nelle proprie aspettative, ricorsero all'espedito di rivolgere delle petizioni al Re, petizioni che, non potendo essere trattate dal sovrano in persona, vennero deferite al magistrato di rango più elevato: il Cancelliere. La peculiarità del giudizio svolto presso la Cancelleria regia era costituita dalla emissione, a favore dell'attore, di un "writ" per ogni controversia che obbligasse il convenuto ad una dichiarazione giurata e ad un esame a viva voce, passaggi questi fino ad allora sconosciuti alle dinamiche processuali inglesi. Finalmente venivano superate le rigidità cristallizzate dalla Common Law a favore di meccanismi più agili, di una giustizia resa "in personam". Inoltre, a partire dal 1600, l'esercizio della giurisdizione di Equity, per evitare che la discrezionalità del Cancelliere sfociasse nel mero arbitrio, si venne caratterizzando per il rispetto dei precedenti giurisprudenziali (in sintesi una pronuncia pregressa aveva pressappoco l'autorità di una nostra odierna fonte normativa): si parla a questo riguardo di "sistema di diritto giurisprudenziale" o "case law". L'Equity non può essere rappresentata come una struttura completa ed autosufficiente. Più semplicemente, essa può configurarsi come un supplemento rispetto al più vasto, ma lacunoso, sistema di Common Law, una integrazione la cui funzione è porre rimedio alle eventuali falle riscontrate in seno al sistema giuridico "concorrente", senza però sconfessarne i principi ("Equity follows the law"); la storiografia giuridica ha ben sintetizzato i termini di tale relazione descrivendo l'Equity come "una serie di glosse apposte alla common law". Per il giurista contemporaneo sarebbe, tuttavia, errato un approccio al diritto inglese sulla base di considerazioni che tengano conto di un unico ordinamento giuridico animato, ancora oggi, da spinte contrastanti: questa antinomia è stata infatti risolta sin dal 1873, anno in cui è stato

emesso il "Judicature Act". Esso ha posto le basi per una nuova organizzazione del sistema giudiziario, unificando i tribunali di Equity e di Common Law e statuendo che per entrambi possano essere adoperate le medesime regole di diritto sostanziale. I risultati di questa opera di integrazione del tessuto normativo sono stati di enorme portata. All'Equity va addebitata la nascita di nuovi istituti concezioni (tra cui il trust), la modifica di norme antiquate o inadeguate (si pensi alla disciplina della frode), la creazione di nuovi rimedi come l'adempimento specifico (specific performance) e l'ingiunzione (injunction). Il Trust deve i propri natali alla continua opera creativa ed integrativa dell'Equity: non a caso è stato sostenuto che "di tutte le realizzazioni dell'Equità, la più grande ed importante è l'invenzione e lo sviluppo del trust". L' Inghilterra di Guglielmo il Conquistatore, e dunque successiva al 1066, si presenta, sotto un profilo socio-politico, caratterizzata dal sistema feudale. Nella moderna "law of property" sono in buona parte state conservate non solo una terminologia, ma anche categorie concettuali di derivazione feudale: tuttora sopravvive la concezione secondo cui la proprietà della terra appartiene al re ed il suo trasferimento avviene mediante un atto formale unilaterale posto in essere dal venditore, dato che il precedente contratto stipulato con il compratore va considerato non come produttivo di un effetto traslativo bensì obbligatorio. Alla base del sistema feudale inglese c'era la "free tenure", ossia il rapporto giuridico nascente tra il re ed un nobile attraverso cui, servendosi di un atto unilaterale, il sovrano ("Lord") infeudava in un fondo gli aristocratici locali ("tenants") senza determinare a loro favore alcun trasferimento immobiliare ma solo l'attribuzione di un ampio potere di usare e godere. I "tenants", a loro volta, avevano facoltà di cedere lo stesso potere su parte dei propri possedimenti ad altri soggetti subordinati, creando una serie piramidale di rapporti identici. La "free tenure" veniva attribuita per una durata variabile: poteva essere a vita ("life estate"), poteva essere a vantaggio del beneficiario e di tutti i suoi eredi ("fee simple"), poteva essere a vantaggio del beneficiario e di altri soggetti determinati ("fee tail"). La concessione della "free tenure" implicava che, come contropartita, il "tenant" avesse degli obblighi verso il proprio Lord: i cosiddetti "incidents". Tra questi i più ricorrenti erano l'obbligo di riconoscere la supremazia del Lord ("homage"), l'obbligo di fedeltà (fealty), l'obbligo di fornire aiuto e sostegno personale al proprio Lord ("aids"), l'obbligo di versare un canone annuo ("socage") o di fornire un certo numero di soldati ("military tenure"), l'obbligo di versare a titolo di tributo una somma di denaro nel caso di successione mortis causa ab intestato della "tenure" ("relief"), rimanendo invece preclusa la successione testamentaria (preclusione che verrà abolita solo nel 1540 con lo "Statute of Wills"). Fu proprio allo scopo di aggirare il divieto di testare relativo ad un diritto di "free tenure" che si diffuse una pratica che in molti considerano quale predecessore del trust: lo "use". In sostanza, se il "tenant" (cosiddetto "feoffor") intendeva aggirare il divieto di testare in ordine al suo "estate" sulla "land", poteva trasferire il proprio "estate" a Caio ("feoffee") specificando che, durante la vita del "feoffor", il "feoffee" avrebbe dovuto attribuire le rendite del fondo al primo e che, dopo la morte del medesimo "feoffor", il "feoffee" avrebbe dovuto trasferire il c.d. "estate" al soggetto previamente indicatogli. Lo "use" era particolarmente vantaggioso per il "tenant" poiché permetteva di evitare tutte le preclusioni ed i limiti rappresentati dagli "incidents". Le corti di Common Law non tardarono a palesare la propria ostilità dinanzi all'espansione di una fattispecie implicante la separazione del godimento sulla "land" dalla titolarità del "legal estate". Fu negata qualunque tutela al titolare dello "use" nell'evenienza in cui il "feoffee" non adempiesse all'obbligo pattuito in sede negoziale col "feoffor", giacché titolare del "legal estate" (cioè della proprietà secondo la terminologia anglosassone) era da considerarsi il solo "feoffe". A supplire il deficit di tutela intervennero, a partire dal XV° secolo, le corti di Equity che riconobbero in capo al beneficiario dello "use" un "equitable interest", condannando i "feoffees" infedeli al rispetto dell'accordo precedentemente stipulato. Nel 1535, il re Enrico VIII promulgò lo "Statute of use", con cui si cercò di porre un freno alla pratica dello "use", parificando la figura del "feoffee" a quella del "tenant" e, dunque, onerandolo di tutti gli obblighi propri della "free tenure". Decisiva fu, a riguardo, la posizione dei giuristi specializzati nel trasferimenti del diritto di proprietà (i cosiddetti "conveyancers") che escogitarono lo stratagemma dello "use upon a use". Esso consisteva in una ripetizione del meccanismo proprio dello use: in sostanza, se Tizio intendeva trasferire il suo "estate" a Caio per l'uso di Mevio, si creava un doppio uso, trasferendo a Caio per l'uso prima di Sempronio e poi di Mevio. Sebbene anche tale pratica fosse stata strenuamente avversata dalle corti di Common Law, prevalse l'instancabile opera della Cancelleria che nel 1643 sancì il principio per cui anche lo "use upon a use" meritava una tutela, determinando conseguentemente la totale inoperatività dello "statute" del 1535. Fu proprio a partire dal XVII secolo che lo "use" mutò la propria denominazione in trust. Tra i due istituti, vi è tuttavia un divario non solo cronologico: il moderno "trust" può contare su un oggetto più ampio, esteso ai beni più disparati e non unicamente a beni immobili, e su un apparato normativo più solido. In argomento: CHESHIRE G.C., *"Il concetto del trust secondo la Common Law inglese"*, Torino, 1998, pag. 3-20; MAITLAND F.W., *"L'Equità"* (trad. It. "Equity. A course of lectures

i legami tra queste precisazioni e l'essenza dell'istituto. Nel suo schema generale, il trust implica che un soggetto (detto disponente) trasferisca (con atto inter vivos o mortis causa) ad altro soggetto (detto "trustee") la proprietà di uno o più beni, conferendogli l'incarico di utilizzare i medesimi (costituenti il patrimonio o "trust fund") a vantaggio di un terzo soggetto (beneficiario, anche detto "beneficiary" o "cestui que trust") o per il perseguimento di un dato scopo.¹⁶⁵ In rapporto alla figura del disponente¹⁶⁶, costituisce questione pregiudiziale ad ogni riflessione ulteriore un chiarimento terminologico: correttezza impone di evitare la dizione "settlor", in luogo di quella "disponente", avendo il vocabolo "settlor" un significato attinente ai soli trust con oggetto immobiliare e con un vincolo che dura per più generazioni. La figura del disponente non appare imprescindibile per l'economia dell'istituto: è il caso dei "trust non espressamente istituiti", cioè nascenti non da una espressa dichiarazione di volontà bensì da una regola di Equity che ricolleggi ad un determinato fatto o atto l'istituzione di un trust (ipotesi tipica è il cosiddetto "constructive trust" con cui si interviene per "salvare" dichiarazioni espresse senza le dovute formalità). Ipotesi a sé stante rivestono, invece, i casi in cui il disponente non sia un soggetto diverso dal trustee (trust dinamico) bensì coincida con questi (trust statico) o i casi in cui il disponente sia contemporaneamente beneficiario. Neppure la presenza di un beneficiario è imprescindibile. Nell'ordinamento inglese esisteva una norma tesa a vietare la costituzione di un trust di mero scopo senza beneficiari specifici, pena la nullità del negozio istitutivo: "There must be somebody in whose favour the court can decree performance"¹⁶⁷. Tale principio ha subito, nel corso

¹⁶⁵Cambridge 1969) Milano, 1979 , pag. 32 ss.; FRANCESCHELLI R., *"Il trust nel diritto inglese"*, Padova, 1935, pag. 51-67.

¹⁶⁵ L'accostamento del trust al mandato ricorre di frequente in dottrina, alla luce della tesi, condivisa anche in giurisprudenza, secondo la quale la fiducia andrebbe ricondotta entro lo schema della rappresentanza indiretta. L'orientamento favorevole all'accostamento del mandato alla proprietà fiduciaria ed al trust trova ulteriore avallo normativo nella disposizione contenuta nell'art.1707 c.c., il quale prevede un vincolo di separazione dei beni acquistati dal mandatario in esecuzione dell'incarico oggetto del mandato rispetto al suo patrimonio personale. Esiste una diversità di contenuto nell'incarico gestorio affidato al mandatario, da un lato, ed al trustee, dall'altro. Nel primo caso l'incarico gestorio implica il compimento di atti o negozi giuridici specificamente autorizzati dal mandante, nel secondo caso l'incarico gestorio implica la possibilità di compiere qualsivoglia atto materiale agendo il trustee da proprietario. Detti atti materiali, invece, possono formare oggetto del mandato solo se strumentali al compimento di atti giuridici. Inoltre, il mandatario assume obblighi nei confronti del mandante, il trustee nei confronti dei beneficiari ma non del disponente. Il mandatario con rappresentanza amministra beni del mandante in nome e per conto dello stesso (mandante), e, ove senza rappresentanza li amministra per conto del mandante ma in nome proprio. Diversamente, il trustee amministra beni propri, in nome proprio, ma per conto di altri (beneficiari o per lo scopo del trust). Conseguenzialmente, attese le menzionate differenze, al trustee non si applicano ipso iure, se non diversamente (ed espressamente) convenuto, le norme stabilite dall'art. 1722 c.c.. Quanto all'effetto separativo, si osserva che nel caso del mandato esso riguarda solo beni derivanti dall'attività gestoria del mandatario, e non anche a quelli di cui il mandatario diviene proprietario per effetto di atti strumentali al compimento dell'attività affidatagli. Nel mandato manca una vera tutela del mandante al quale non compete alcuna azione reale nei confronti dei terzi subacquirenti del mandatario in relazione ad eventuali atti dispositivi compiuti da quest'ultimo in spregio al rapporto di mandato. Diversamente nel trust sono previste varie forme di tutela contro il trustee, a seconda della legge regolatrice e di quanto disposto nell'atto istitutivo. In argomento cfr. BARTOLI S., *Il trust* , Milano, 2001, 343 e ss.

¹⁶⁶ LUPOI M. *"Trust"*, Milano, 1997.

¹⁶⁷ UNDERHILL A. - HAYTON D.J., *"Law relating to trust and trustees"*, a cura di HAYTON D.J., Londra, 1995, pag. 91 ss.

dei secoli, deroghe sempre più consistenti. In primis i c.d. “charitable trust”, la cui peculiarità è data dal perseguire una generica finalità caritatevole (“charitable intent”) in assenza di uno specifico beneficiario. In secundis, i “discretionary trust”, in cui è indicata una certa categoria o un dato numero di beneficiari ed è conferito al trustee il potere discrezionale di quali ed in che misura saranno i destinatari dei benefici economici; questo schema influisce anche sulla qualità del diritto del beneficiario, che non è certo quello di vedersi attribuite rendite o beni del trust fund, bensì consiste nella aspettativa che il trustee svolga correttamente le proprie mansioni. A livello strutturale, il trust si compone di due distinti negozi giuridici tra di loro funzionalmente collegati: il negozio istitutivo, avente natura unilaterale ed incentrato sulle regole cui il trustee dovrà attenersi nella amministrazione del trust fund, ed il negozio dispositivo, contenente il trasferimento dei beni dal disponente al trustee. Per quanto attiene agli effetti, è di immediata evidenza la produzione di un effetto traslativo in capo al trustee. Tuttavia, per effetto della costituzione del trust non viene ad esistenza alcun nuovo soggetto di diritto, ma quanto trasferito al trustee diviene oggetto di un patrimonio separato dal suo patrimonio personale e dunque inattaccabile dai creditori personali sia del disponente, sia del trustee, sia del beneficiario. Va inoltre ricordato come alla fattispecie costitutiva del trust vada ricollegato un effetto ulteriore: la attribuzione al beneficiario di una posizione giuridica qualificata come “equitable interest” (o “equitable estate” o “equitable ownership”) opponibile tanto al trustee quanto ai terzi (l’aggettivo “equitable” nel diritto anglosassone sta ad indicare che tale posizione giuridica trova tutela non “at law”, bensì solo in “Equity”). In rapporto al ruolo del trustee, è utile ricordare la differenza esistente con la figura, di matrice romanistica ed assai diffusa nell’ambito dell’ordinamento giuridico italiano, del fiduciario¹⁶⁸. Nella tradizionale configurazione propria della cosiddetta fiducia romanistica “cum amico”, il negozio fiduciario¹⁶⁹ si atteggia quale operazione mediante cui

¹⁶⁸ BARTOLI S., “*Il trust*”, Milano, 2001, pag. 360 ss.

¹⁶⁹ Notevoli le affinità tra trust e negozio fiduciario, non solo sotto il profilo semantico (come rammentato, “trust” in lingua inglese si traduce con “fiducia”). Anche nella tradizione romanistica infatti, dalla quale direttamente deriva, il negozio fiduciario serviva a garantirsi la custodia e l’amministrazione dei beni ad opera di un terzo, cui ne era trasferita la proprietà (fiducia cum amico) per un periodo di tempo, generalmente indeterminato, durante il quale l’originario proprietario sarebbe stato nell’impossibilità di provvedervi direttamente (per assenza dovuta a ragioni militari o alla necessità di sottrarsi ad una persecuzione politica o ad una confisca, ecc.); cessata l’« emergenza » i beni dovevano essere restituiti. La struttura romanistica dell’istituto è rimasta pressoché immutata, tanto che ancora oggi si parla di « fiducia » per indicare quel negozio in cui il fiduciante trasferisce al fiduciario il diritto di proprietà su una cosa o altro diritto, imponendogli di ritrasferirgli quel diritto medesimo oppure di trasferirlo ad altri o di farne comunque un uso determinato (27). Nel negozio fiduciario, le parti vogliono veramente quanto dichiarato, (il trasferimento dei beni), ma si servono di esso per uno scopo diverso e più limitato (la custodia e l’amministrazione dei beni), ponendo in essere un rapporto giuridico complesso nel quale il trasferimento è immediato dal fiduciante al fiduciario ed è (soltanto) obbligatorio in senso contrario. Dal confronto emergono differenze sostanziali tra i due istituti, segnatamente sotto il profilo della tutela accordata alle posizioni rispettive del fiduciante e del Beneficiary. È stato più volte evidenziato che il Beneficiary è proprietario dei beni del Trust come dimostra il potere, che egli ha, di rivendicare i beni dai terzi. Assai più limitata è la tutela del fiduciante, che non è (più) proprietario. Ed intanto, egli corre il rischio di non riottenere i beni dal fiduciario, per la difficoltà di provare il pactum fiduciae; difficoltà insita nella natura stessa del negozio cui accede. Si vuol dire che il fiduciante di solito non si premunisce di strumenti probatori, e ciò proprio perché egli « si fida » del fiduciario. Comunque, anche se provato, il factum 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 fiduciante trasferisce un proprio bene (o somma di denaro) al fiduciario, il quale si obbliga nei confronti del fiduciante (ovvero nei confronti del terzo ove la fattispecie rientri nello schema del contratto a favore di terzo) ad utilizzare detto bene nel modo e per la finalità indicatagli dal fiduciante stesso, in particolare effettuando nel prosieguo il trasferimento del bene al fiduciante ovvero ad un terzo. Alla fattispecie in esame il nostro codice civile dedica unicamente la disposizione di cui all'art.627 cod. civ., afferente alla nullità della intesa fiduciaria fra il testatore e l'erede(o legatario). Nota è la qualificazione del fenomeno prodotto dal negozio fiduciario romanistica in termini di "interposizione reale di persona", da contrapporre alla "interposizione fittizia" propria invece del negozio simulato¹⁷⁰. Nel nostro ordinamento il negozio fiduciario è stato a lungo osteggiato tanto in dottrina quanto in giurisprudenza: solo negli ultimi decenni le numerose riserve, principalmente attinenti ad una causa negoziale diversa da quella legislativamente tipizzata ed alla creazione a favore del fiduciario di un diritto reale atipico (la proprietà fiduciaria) confliggente col principio del "numerus clausus" vigente per i diritti reali, possono dirsi superate¹⁷¹. A ben vedere, esiste una grossa analogia tra trust e negozio fiduciario: in entrambi si assiste al

Più precisamente, nel trust può esservi un trasferimento del bene in capo al trustee, ma il titolo di proprietà su cui poggia è legato indissolubilmente agli scopi specifici del trust. In caso di violazione dell'atto istitutivo, il beneficiario potrà esercitare azioni dirette al recupero della cosa indebitamente alienata dal trustee (il terzo acquirente in mala fede può diventare di conseguenza il bersaglio dell'azione reipersecutoria da parte del beneficiario). Inoltre, a differenza dei trasferimenti fiduciari, i beni trasferiti in trust sono legati da un vincolo reale di destinazione allo scopo: essi costituiscono un patrimonio separato dal patrimonio personale del trustee e pertanto non cadono in successione, nè in comunione legale tra i coniugi, nè soprattutto possono essere aggrediti dai creditori personali del trustee, neppure in caso di fallimento. Non solo: la separazione opera non soltanto nei confronti dei creditori personali del trustee, ma anche dei creditori personali del disponente e del beneficiario. Al di fuori dei casi in cui è possibile esperire l'azione revocatoria contro il trasferimento dei beni al trustee, ai creditori del disponente è preclusa qualsiasi possibilità di aggredire il patrimonio in trust, per il semplice fatto che il disponente non ne è più proprietario: a differenza di quanto accade nei rapporti fiduciari, il disponente non ha alcun diritto di riavere quanto trasferito al trustee, nè di incidere sulle concrete modalità di gestione, nè di agire contro di esso per ottenere il rispetto delle clausole inserite nell'atto istitutivo del trust. In caso di morte del fiduciante, in mancanza di obblighi specifici, il fiduciario può trattenere i beni e non ha obbligo di restituzione. In caso di morte del fiduciario, in assenza di specifiche pattuizioni, vi è il rischio concreto di perdere i beni alla morte del fiduciario. La tutela giuridica. L'effetto traslativo del negozio fiduciario fa sì che, in caso di abuso del fiduciario, il fiduciante goda di scarsissima tutela. L'attribuzione al fiduciario di un diritto pieno ed illimitato dal punto di vista reale comporta la possibilità che il fiduciario usi il potere attribuitogli in modo difforme da quanto stabilito nel pactum fiduciae. Egli, infatti, potrebbe non adempiere l'obbligo di ritrasferimento dei beni fiduciari, con la conseguenza che il fiduciante sarebbe costretto a far ricorso all'esecuzione forzata dell'obbligo di contrarre (articolo 2932 c.c.) al fine di ottenere gli effetti del negozio di ritrasferimento non eseguito. In secondo luogo, se il fiduciario trasferisse abusivamente i beni immobili o mobili registrati oggetto della fiducia, i principi della trascrizione farebbero comunque salvo l'acquisto dei terzi. Per il fiduciante sarebbe impossibile recuperare i beni e ad esso non resterebbe che esercitare l'azione contrattuale e richiedere il risarcimento dei danni per l'inadempimento del pactum fiduciae. Ulteriore grave inconveniente connesso all'utilizzo del negozio fiduciario è costituito dalla (relativa) inopponibilità del pactum fiduciae ai terzi creditori del fiduciario dell'intestazione, ai sensi dell'articolo 2740 c.c. essi hanno la possibilità di rivalersi su tutti i beni presenti e futuri del proprio debitore, compresi quelli trasferitigli dal fiduciante salvo il disposto dell'articolo 1707c.c.. Il pactum fiduciae ha, infatti, efficacia interna al rapporto e non è opponibile ai terzi, laddove però il pregresso trasferimento al fiduciario ha, invece, valore erga omnes. Sui rapporti tra trust e negozio fiduciario in luogo di molti G. PORCELLI, *Successioni e trust*, Napoli, 2005, 108 e ss.

¹⁷⁰ FERRARA SR. F., "I negozi fiduciari", in *Scritti Scialoja*, Ferrara, 1905, pag. 56 ss.

¹⁷¹ GRASSETTI C., "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico", in "Rivista di Diritto Commerciale" I, 1936, pag. 244 ss.

trasferimento di un diritto da un soggetto ad un altro ed all'assunzione, a carico del nuovo titolare del diritto, di un'obbligazione afferente alle modalità di utilizzo ed al successivo trasferimento del bene che ne è oggetto. Il rapporto di similitudine è tuttavia solo superficiale poiché esiste una differenza profonda tra i due istituti. L'obbligazione fiduciaria, ferma la sua coercibilità inter partes tramite la utilizzabilità del rimedio di cui all'art. 2932 cod.civ., sarebbe¹⁷² invece obbligazione inopponibile ai creditori del fiduciario, costringendo il fiduciante, in caso di inadempimento della controparte contrattuale, all'attivazione di rimedi meramente risarcitori. Nel trust, invece, l'inadempimento del trustee consente di attivare una tutela più efficace, avente pressappoco quelle caratteristiche che in ambiente di "civil law" possono definirsi reali: si discorre, specificamente, del diritto di "following the trust property", una posizione giuridica che conferisce al legittimato una azione paragonabile a quella di rivendicazione, di cui all'art 948 cod.civ.¹⁷³ Appare dubbia la natura del diritto del beneficiario. Il nodo "gordiano" è dunque quello della opponibilità ai terzi dell' "equitable interest", nei casi in cui, ad esempio, il trustee risulti inadempiente rispetto alle pattuizioni intervenute in sede negoziale. Il dibattito dottrinale che si è sviluppato attorno al suddetto quesito ha assunto toni peculiari tanto nei paesi di "Common law", quanto in quelli di "Civil law". Nella dottrina anglosassone è stata in passato sostenuta tanto la natura reale¹⁷⁴ quanto quella obbligatoria¹⁷⁵ del diritto. Nei contributi dottrinali più recenti è, tuttavia, apparsa una impostazione più prudente, tendente a mediare fra le due contrapposte concezioni in considerazione della sostanza ibrida della posizione giuridica del "beneficiary"¹⁷⁶. Nel panorama dottrinale italiano, il problema è stata esaminato esaustivamente già dai primi decenni del secolo scorso¹⁷⁷, epoca in cui gli studi sull'argomento si trovavano ancora ad uno stadio poco più che pionieristico. Il risultato di quel primo approccio fu la celebre "tesi della doppia proprietà". Secondo tale ottica, il

¹⁷² Davvero consistente il dibattito dottrinale in tema di opponibilità della fiducia. Ex multis: BROGGINI G., "Trust e fiducia nel diritto internazionale privato", in Aa.Vv., 1996; BUSATO A., "La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale"; GAMBARO A., Voce "trust", in *Digesto-Discipline Privatistiche*, sez. civile, vol XIX, Torino, 1999, pag. 449-469.; DI CIOMMO F., "Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)" in *Corriere Giuridico*, 1999, pag. 782-785.

¹⁷³ Benché lo iato esistente tra i due istituti appaia ad un primo esame netto, non sono mancati spunti dottrinali tesi alla costruzione di un'opponibilità della fiducia. In questo senso, va ricordato il tentativo di ipotizzare una trascrivibilità del pactum fiduciae relativo a beni immobili, argomentando dalla norma di cui all'art.2645 bis cod. civ. (trascrivibilità del preliminare). Certa appare invece la trascrivibilità ex art.2652 n.2 e 2690 n.1 cod.civ. della domanda giudiziale (ex art. 2932 cod. civ.) proposta dal fiduciante nei confronti del fiduciario, per conseguire il ritrasferimento del bene immobile. Un'ulteriore soluzione fonda il regime di opponibilità del fiduciario su quello preesistente nel mandato senza rappresentanza. Tale dottrina ha definito la posizione del mandatario come fenomeno di separazione patrimoniale fra i beni acquistati per conto del mandante e beni personali del mandatario; la separazione in oggetto opera solo nei confronti degli aventi causa e dei creditori del mandatario stesso, non per gli aventi causa del mandante. Questo, seppur limitato, regime di opponibilità viene ritenuto estensibile al negozio fiduciario, con la precisazione che il fiduciante avrà, in concreto difficoltà, per beni mobili e crediti, a disporre di un'intesa munita di data certa, mentre per gli immobili ben difficilmente vi sarà un accordo fiduciario scritto. In argomento Di CIOMMO F, op. ult. cit. , pag. 630-641 e 773-787; PALERMO G., "Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)" in *Studi in Onore di P.Rescigno*, V, pag. 339-369, Milano, 1998.

¹⁷⁴ SALMOND J.W., "Jurisprudence", a cura di C.A.W. MANNING, Londra, 1930, pag. 284 ss.

SPENCE G., "The equitable jurisdiction of Court of Chancery", Londra, 1846

¹⁷⁵ MAITLAND F.W., op. ult. cit.

¹⁷⁶ UNDERHILL A.- HAYTON D.J., op.ult.cit., pag. 39-40

¹⁷⁷ FRANCESCHELLI R., "Il trust nel diritto inglese", Padova, 1935, pag. 23-35

trust comporterebbe uno "sdoppiamento" del diritto di proprietà originario in due nuovi diritti di proprietà, contemporanei, investiti in soggetti diversi ed aventi il medesimo oggetto¹⁷⁸. Conseguenzialmente, il diritto di proprietà si troverebbe ad essere scisso in due diversi segmenti, venendo attribuito al trustee le facoltà di disposizione ed al "cestui que trust" quelle di godimento. La tesi esaminata, oltre ad essere assai risalente nel tempo, risente di un'impostazione dommatica fragile, che si basa su una opinabile trasposizione in un contesto di "civil law" di termini e concetti propri dell'area di "common law". La ratifica della Convenzione dell'Aja ed il conseguente sviluppo degli studi in materia hanno permesso l'elaborazione di formulazioni diverse e, probabilmente, più vicine ad una più precisa definizione dei termini del problema¹⁷⁹. In particolare si è giunti a ritenere che il trust costituisca la fonte di un unico diritto di proprietà (quella del trustee) e che per effetto di esso competa al beneficiario un diritto di natura sì obbligatoria ma opponibile ai terzi, in quanto sorretto da un vincolo a rilevanza esterna, ovvero, come ricorda il maggiore sostenitore di questa tesi, da un "difetto di pienezza equitativa". Le argomentazioni adoperate, per sostenere la peculiarità della posizione giuridica del beneficiario e negarne la natura meramente reale, sono diverse. In primo luogo, essendo il trust una creazione dell'Equity ed essendo l'Equity diretta ad integrare la Common Law senza capovolgerne i principi ("Equity follows the law"), non sarebbe logicamente possibile dare origine ad un diritto di proprietà contrapposto a quello del trustee. In secondo luogo, occorre ribadire come non necessariamente al trustee venga attribuito un diritto di proprietà, ben potendo essere, al centro della fattispecie costitutiva, un semplice "equitable interest" (interesse che a sua volta può concretarsi non nella attribuzioni di beni o cespiti bensì nel diritto di vedere correttamente esercitata la discrezionalità attribuita al trustee: ne sono esempio i "discretionary trust"). Appare, inoltre, di insormontabile difficoltà teorica la circostanza che esistano trust privi di beneficiario (come i "charitable trust") poiché non è certo possibile configurare la posizione del trustee come una sorta di semiproprietario. A sostegno della tesi del diritto obbligatorio sono invocabili argomentazioni ulteriori. Nell'ordinamento civilistico italiano non è configurabile un'equazione "diritto obbligatorio - inopponibilità del diritto", essendo pacifica la trascrivibilità di fattispecie quali il contratto preliminare, la locazione ultranovennale o l'anticresi. In un'ottica processuale, il meccanismo di tutela di cui può avvalersi il beneficiario (il "tracing") non è equiparabile ad una "rei vindicatio", perseguendo l'obiettivo di recuperare non una determinata "res", ma il suo equivalente economico (dunque anche altri beni o il corrispettivo in danaro). Sulla base di queste rilevanti motivazioni, la dottrina tende a reputare recessiva la tesi che qualifica il "legal estate" del "cestui que trust" quale diritto reale, prediligendosi l'idea del diritto obbligatorio¹⁸⁰. Isolata appare l'impostazione di chi¹⁸¹ identifica la posizione del beneficiario come equivalente ad una aspettativa giuridica, diretta al conseguimento di un diritto compreso nell'ambito del "trust fund". L'adesione a cotale prospettiva

¹⁷⁸ FRANCESCHELLI R., op. ult. cit.

¹⁷⁹ LUPOI M., *"Il trust"*, Milano, 1997, pag. 232-235; LUPOI M., *"Il trust"*, Milano, 2001, pag. 622; BERNARDI L., *"Il trust nel diritto internazionale privato"*, in *"Studi delle scienze giuridiche"*, Vol. XXXV, Pavia, 1957; DE FRANCHIS F., *"Dizionario giuridico inglese italiano"*, Milano, 1984, pag. 1477 ss.

¹⁸⁰ PALAZZO A., *"Successione, trust e fiducia"*, in *"Vita notarile"*, 1998, pag. 773 ss.; PICCOLI P., *"I trust. Brevi cenni su natura e struttura"* in *"Studium oeconomiae"*, 2000, pag. 735-738; GAMBARO A., *Voce "Trust"* in *Digesto-Discipline privatistiche*, sez. civile, vol XIX, pag. 449-469, Torino, 1999.

¹⁸¹ DE DONATO A.- DE DONATO V.- D'ERRICO M. *"Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica"*, Roma, 1999, pag. 120-122 e 208-216

teorica non implica, per il “beneficiary”, la titolarità di un “diritto in fieri” bensì di una posizione giuridica salda, un diritto soggettivo perfetto e, dunque, alienabile ai terzi. Nel non semplice dibattito dottrinale, è andata ad inserirsi la sentenza della Corte di Giustizia CE 17.5.1994 n° 294/92 (Webb c. Webb), secondo cui: “L’azione¹⁸² volta a far constatare che una persona detiene un bene immobile in qualità di trustee e ad ottenere che le sia ingiunto di compiere gli atti necessari affinché l’attore diventi titolare della legal ownership non è un’azione reale ai sensi dell’art.16, punto 1, della Convenzione di Bruxelles del 27.9.1968”. Per i fautori della natura obbligatoria del “legal estate” appare come una conferma ulteriore della bontà delle proprie posizioni¹⁸³; per quella porzione di dottrina assestata su posizioni contrarie¹⁸⁴, la “Sentenza Webb” ha affermato unicamente la natura personale dell’azione del beneficiario contro il trustee infedele, lasciando impregiudicato il quesito afferente all’azione del medesimo contro il terzo avente causa.

2. Il trust alla luce della Convenzione dell’Aja del 1 luglio 1985: questioni di carattere internazionalprivatistico. Il concetto di "trust amorfo". La legge regolatrice: il principio di libertà di scelta. Gli effetti del "riconoscimento".

La Convenzione de L’Aja trova il proprio “incipit” negli atti della XV sessione della Conferenza de L’Aja, a cui parteciparono delegati di vari Paesi, sia di common law (tra i quali Regno Unito, Stati Uniti, Australia, Nuova Zelanda, Canada) che di civil law (tra i quali Argentina, Austria, Danimarca, Egitto, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo, Malta, Olanda, Québec, Spagna, Svezia, Svizzera), nonché delegati di organismi internazionali (Banca dei Regolamenti Internazionali, Unione Internazionale del Notariato Latino, Commonwealth Secretariat). I lavori della Conferenza furono introdotti da un “Rapporto Preliminare” impostato, da un lato, su un’idea di contrapposizione tra civil law e common law, dall’altro lato, sul concetto di "istituzioni analoghe al trust" (*trust like institutions* o *trust like devices*). Questo tipo di impostazione concorse ad attuare un clima di incomprensioni e fraintendimenti che condusse allo stravolgimento dell’oggetto della Convenzione stessa, il c.d. "trust anglo-americano", e alla finale configurazione del trust convenzionale come "trust amorfo"¹⁸⁵. Le finalità della Convenzione sono, essenzialmente, di tre tipi. Una prima finalità è di tipo pedagogico, ovvero indicare ai “civilians” in cosa consista un trust. Una seconda finalità è quella del "riconoscimento" del trust nei paesi di “civil law”. Una terza finalità¹⁸⁶ consiste nel predisporre norme uniformi sui conflitti di legge in materia di trust, necessarie soprattutto per i Paesi di common law¹⁸⁷. In riferimento all’ordinamento

¹⁸² Massima di Corte di Giustizia CE 17.5.1994, in *Corriere Giuridico*, 1995, pag. 162

¹⁸³ LUPOI M., *“Il trust”*, Milano, 1997, pag. 251

¹⁸⁴ CASTRONOVO C., *“Trust e diritto civile italiano”*, in *Vita notarile*, 1998, pag. 1323-1329

¹⁸⁵ L’espressione "trust amorfo" è stata coniata da M. LUPOI: v. *Introduzione ai trusts*, Giuffré, Milano, 1997, e II° ed., 2001, cap. IV e *The Shapeless Trust*, in *Trusts & Trustees* (1995), pag. 3, pag. 15 e in *Vita notarile*, 1995, I, pag. 51.

¹⁸⁶ Sui lavori della Conferenza v. M. LUPOI, *Trusts*, cit., II ed., pag. 491 ss.

¹⁸⁷ Il Preambolo della Convenzione ha dato luogo a svariati dubbi interpretativi. Nel preambolo della Convenzione è contenuto il seguente asserto: "Gli stati firmatari della presente Convenzione, considerando che il trust è un istituto peculiare creato dai tribunali di equità dei paesi della common law, e adottato da altri paesi con alcune modifiche, hanno convenuto di stabilire disposizioni comuni relative alla legge applicabile ai trust e di risolvere i problemi più importanti relativi al loro riconoscimento".

italiano, la Convenzione copre una lacuna derivante dalla mancanza di precedenti disposizioni di conflitto specifiche per il trust. Prima dell'entrata in vigore della Convenzione non vi era accordo in dottrina riguardo alle norme di diritto internazionalprivatistiche applicabili al trust, principalmente a causa delle discordi opinioni relative alla prevalenza dell'aspetto dominicale ovvero obbligatorio della posizione del trustee¹⁸⁸. La Convenzione, in merito, si propone sostanzialmente due scopi: da un lato la determinazione della legge applicabile ai trust e il loro riconoscimento, dall'altro l'individuazione di norme uniformi sui conflitti di legge in materia di trust. Secondo il quasi unanime indirizzo dottrinale, la Convenzione de L'Aja avrebbe carattere internazionalprivatistico, non sarebbe quindi una convenzione di diritto uniforme sostanziale. In altre parole, non sarebbe diretta a introdurre il trust in ordinamenti di "civil law", bensì a individuare norme di collegamento uniformi ai fini della determinazione della legge regolatrice. Peraltro, il carattere internazionalprivatistico non impedisce, a parere di molti, che la Convenzione introduca alcune norme di carattere sostanziale nei singoli ordinamenti, laddove stabilisce, ad esempio, che i beni del trust siano separati dal patrimonio del trustee in caso di insolvenza di quest'ultimo (Articolo 11) o che il trustee possa rendere noto il trust per mezzo di iscrizioni o trascrizioni in pubblici registri (Articolo 12). La Convenzione definisce all'art. 2 i trust come rapporti giuridici mediante i quali un soggetto (il disponente) pone dei beni sotto il controllo di un terzo (trustee) nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico.¹⁸⁹ Da un'analisi letterale e lessicale emerge chiaramente l'ampiezza e la genericità della definizione di trust. Gli Stati contraenti, anziché premere per una qualificazione dei trust che considerasse le molteplici caratteristiche che l'istituto assume nei paesi di common law, hanno optato a favore di una

Il primo problema che la norma in questione pone all'interprete è quello della comprensione letterale delle espressioni "legge applicabile" e "riconoscimento". In realtà, come è stato indicato dalla dottrina internazionalprivatistica, la distinzione tra le due espressioni non ha nessuna ragione di essere rispetto all'uso corrente del termine "riconoscimento" con riguardo alle società e persone giuridiche straniere, in quanto il trust non configura, almeno secondo l'indirizzo preferibile, un autonomo soggetto di diritto. La distinzione deriva, pertanto, dalla convinzione della necessità di un riconoscimento del trust nei paesi non appartenenti alla tradizione di "common law". In tal senso, si è sostenuto che il semantema "riconoscimento" attenga semplicemente alla applicazione della legge straniera. La Convenzione, in definitiva, conterrebbe norme di diritto internazionale privato necessarie per individuare la legge applicabile ai rapporti giuridici rientranti nella definizione convenzionale ed eliminerebbe le incertezze preesistenti derivanti dalla mancanza di norme specifiche al riguardo. Su tali argomenti: R. LUZZATTO, *Legge applicabile e "riconoscimento" di trusts secondo la Convenzione de L'Aja*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 7; M. LUPOI, *Legittimità dei trusts interni*, in I. BENEVENTI (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Giuffrè: Milano, 1996, p. 35; S. M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione de L'Aja del 1985*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 145; S.M. CARBONE, *Autonomia privata, op. ult. cit.*, pag. 145 ss.

¹⁸⁸ S.M. CARBONE, *Autonomia privata, op. ult. cit.*, pag. 145 ss.

¹⁸⁹ La Convenzione all'art. 3 richiede che essa si applichi ai trust creati volontariamente e provati per iscritto. I trust "volontari" sono una tipologia coniata dalla Convenzione, allo scopo di escludere quelli derivanti dalla legge, che non ha riscontro nel modello inglese, il quale conosce la figura dei trust "express, constructive e resulting." A tale riguardo rientrano sicuramente nell'ambito della Convenzione i trust espressi e quelli "constructive" che derivino da una manifestazione di volontà, mentre ne sono esclusi i "resulting" nei quali manchi la volontà del disponente. Inoltre, i trust di creazione giudiziale, ovvero quelli che condannano il convenuto a comportarsi come trustee, sono oggetto della previsione dell'art. 20, secondo cui è rimessa agli stati contraenti la decisione se includerli nell'ambito applicativo della convenzione o meno. La Convenzione considera solo i trust provati per iscritto; il riferimento è al negozio istitutivo del trust e non al negozio di trasferimento per il quale valgono le regole formali sue proprie.

categoria onnicomprensiva. La Convenzione impiega infatti il termine "controllo" omettendo qualsiasi cenno al "trasferimento" ed evitando di specificare chi possa pretendere l'adempimento degli obblighi del trustee e quale sia il rapporto che intercorre tra il trustee ed il beneficiario. Tutti elementi che distanziano il trust, così come definito dall'art. 2 della Convenzione de L'Aja, dai trust di origine inglese. Nella definizione convenzionale, in sintesi, manca un dato strutturale del trust del modello inglese, ovvero il distacco giuridico tra il disponente ed i beni conferiti in trust. Di conseguenza possono considerarsi trust, ai fini della citata Convenzione, anche le fattispecie da cui scaturiscano rapporti obbligatori fra il disponente e il trustee. In dottrina, argomentando dall'impiego di una terminologia così vaga, si è definito il trust descritto dalla Convenzione come "amorfo", riscontrabile anche in sistemi giuridici "no trust"¹⁹⁰. Detta impostazione non pare del tutto pacifica, residuando parte della dottrina secondo cui il trust oggetto della Convenzione de L'Aja corrisponde ai trust originari dei paesi anglo-americani, negando con ciò, in termini impliciti o espliciti, la natura amorfa del trust convenzionale.¹⁹¹ Il principio della libera scelta della legge regolatrice richiede un approccio che tenga conto di profili internazionalistici quanto di profili più squisitamente civilistici. L'art. 6 della Convenzione dispone che il trust sia regolato dalla legge scelta dal disponente. La Convenzione, come risulta chiaramente dai lavori preparatori, ha accolto il principio dell'autonomia della volontà: il disponente è libero nella scelta della legge regolatrice del trust (la legge del trust) indipendentemente dalla presenza di criteri oggettivi di collegamento con la legge scelta. Di conseguenza, si ritiene lecita la scelta di una legge straniera per regolare un rapporto anche in assenza di elementi di internazionalità della fattispecie. Tale soluzione è accolta anche in altre convenzioni di diritto internazionale privato de L'Aja, tra cui la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. In definitiva, sotto il profilo internazionalprivatistico, il disponente può indicare nell'atto istitutivo la legge che regola il trust e può scegliere liberamente tale legge indipendentemente dalla esistenza di elementi oggettivi di collegamento o dalla circostanza che questa si riferisca a Stati che hanno sottoscritto o ratificato la Convenzione, con il limite che la legge prescelta conosca la categoria di trust in questione¹⁹². Se la

¹⁹⁰ L'espressione trust "amorfo" è stata coniata da MAURIZIO LUPOI in *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, diritto italiano*, 1994, p. 129.

¹⁹¹ La nozione di "controllo", per configurare la posizione del trustee, introdotta su iniziativa del delegato americano, non è stata definita nella Convenzione. È stato suggerito, in maniera del tutto condivisibile, che il contenuto del termine sia individuabile in "esercizio in via esclusiva del diritto da parte del trustee". Fornisce, inoltre, supporto all'interpretazione di una norma all'apparenza alquanto oscura l'ultimo comma dell'art. 2, riguardante la possibilità per il disponente di riservarsi e conservare nella propria sfera giuridica al momento dell'istituzione del trust alcuni diritti o poteri (*rights and powers* nel testo inglese, *prérogatives* nel testo francese). Pertanto, si può avanzare l'ipotesi di dedurre il limite in questione dalla nozione di "controllo" prima individuata: il disponente potrà trattenere presso di sé quelle posizioni giuridiche che non siano incompatibili con la necessità dell'esercizio esclusivo del diritto sui beni del trust da parte del trustee, pena l'uscita del rapporto giuridico configurato dalla definizione convenzionale di trust e quindi dall'ambito applicativo della Convenzione stessa. A questo riguardo risultano compatibili con la figura convenzionale il potere del disponente di modificare alcuni aspetti del trust posto in essere (come l'individuazione dei beneficiari) o di nominare un guardiano (*protector*) con diritti di consultazione, la previsione di poteri propositivi verso le decisioni del trustee, l'esistenza di poteri di nomina e revoca dello stesso trustee. Su detto profilo cfr. LUPOI M., *"Il trust"*, Milano, 1997, pag. 505 ss.

¹⁹² La legge scelta dal disponente con il negozio istitutivo, che costituisce la legge regolatrice del trust, regola la validità sostanziale del trust, la sua interpretazione e tutti gli aspetti riguardanti la vita propria del trust. Richiamando l'elencazione fornita dall'art. 8, la legge del trust deve regolamentare la figura del trustee nel suo complesso, ovvero la

legge scelta dal disponente non disciplina la fattispecie come trust, suppliscono i criteri residuali indicati all'art. 7 della Convenzione, secondo cui si applicherà la legge dell'ordinamento che presenta i collegamenti più stretti al rapporto. In mancanza, la Convenzione risulterà inapplicabile (art. 5 Convenzione). In ottica civilistica, la scelta della legge straniera da parte del disponente costituisce esercizio del potere di autonomia privata *ex art. 1322 cod. civ.* (più precisamente, trattandosi di atto unilaterale, attraverso il richiamo compiuto dall'art. 1324 cod. civ.): il disponente può regolare il rapporto di trust e compiere atti di disposizione del proprio patrimonio ad esso collegati, purché lo scopo sia meritevole di tutela, non violi norme imperative interne e quelle previste dalla legge richiamata, nonché ove la scelta non risulti abusiva. Anche nel codice civile italiano è contenuta una norma, (art. 161 cod. civ.) che prevede la facoltà per i coniugi di regolare i loro rapporti patrimoniali, anche integralmente, attraverso il richiamo a leggi alle quali non sono sottoposti, purché non venga compiuto un mero rinvio generico. La norma prevede solo la necessità di una particolare tecnica redazionale: le convenzioni matrimoniali devono enunciare in modo esplicito il contenuto dei patti regolatori del rapporto, pur se regolati da leggi straniere. Analoga tecnica redazionale può essere opportuna, sebbene non necessaria, in riguardo ai negozi istitutivi di trust redatti in Italia, allo scopo di contribuire alla chiarezza e trasparenza dell'operazione. La facoltà di scelta della legge regolatrice da parte del disponente, come esercizio di autonomia privata, incontra diversi tipi di limiti. Un primo limite al riconoscimento si rinviene nelle norme che contengono le c.d. "clausole di salvaguardia": l'articolo 15 della Convenzione, che mira ad impedire che uno specifico trust possa violare le norme imperative (intese come norme non derogabili dalla volontà delle parti) della legge designata dalle regole di conflitto del foro (occorre segnalare che la elencazione compiuta dall'articolo deve pacificamente ritenersi meramente esemplificativa e non tassativa); l'articolo 16 della Convenzione, che fa salvi i principi dell'ordine pubblico internazionale dello Stato interessato; l'articolo 18, che fa salve, allo stesso modo, le norme di applicazione necessaria dello Stato coinvolto. Un secondo limite al riconoscimento si rinviene nell'articolo 13 della Convenzione, che conferisce al giudice la facoltà di valutare caso per caso se negare il riconoscimento ad un trust in base ad una propria valutazione discrezionale fondata sul convincimento della mancanza di una qualsiasi meritevole giustificazione del ricorso a tale strumento negoziale¹⁹³. Trattasi, pertanto, di una norma di chiusura del sistema convenzionale¹⁹⁴.

L'art. 11 della Convenzione afferma che un trust istituito in conformità alle regole precedentemente considerate deve essere riconosciuto come trust. Gli effetti di tale riconoscimento possono essere sintetizzati come segue. Il riconoscimento implica che i beni del trust siano separati dai beni del

sua capacità, nomina, dimissioni, revoca, trasmissione delle funzioni, i relativi diritti e obblighi (anche con riguardo alla pluralità di trustee), il potere di delega delle funzioni, i suoi poteri di amministrare e disporre dei beni del trust, i poteri di effettuare investimenti e, soprattutto, essendo uno degli elementi qualificanti la figura, il rapporto tra egli ed i beneficiari, inclusa la responsabilità personale nei loro confronti e l'obbligo di rendiconto. Regola altresì la durata del trust, le sue modificazioni e le modalità di distribuzione dei beni del trust. Si tratta, adoperando un lessico societario, dello "statuto" del trust. È ammesso (art. 9) il frazionamento della legge applicabile (c.d. *dépeçage*), in quanto il disponente ha la facoltà di valutare l'opportunità di far regolare alcuni aspetti, come l'amministrazione del trust, da leggi diverse. È la stessa legge applicabile (art. 10) che stabilisce le modalità di cambiamento della legge regolatrice.

¹⁹³ R. LUZZATTO, cit., p. 16 e S. M. CARBONE, cit., p. 151.

¹⁹⁴ M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 539.

trustee, con conseguente legittimazione attiva e passiva, sostanziale e processuale, in capo al trustee, relativa ai beni conferiti in trust. Si prevede inoltre che i creditori personali del trustee non possano agire sui beni del trust, che i beni del trust non entrino a far parte del patrimonio del trustee in caso di fallimento, che detti beni non siano soggetti alle regole del regime matrimoniale e della successioni del trustee. E', inoltre, statuito che il recupero dei beni del trust sia possibile quando il trustee, in violazione dei suoi doveri, abbia confuso tali beni con i propri o li abbia alienati, salvi i diritti e gli obblighi dei terzi sottoposti alla legge determinata dalle regole di conflitto del foro. Il citato articolo 11 prevede, dunque, l'effetto di segregazione dei beni del trust rispetto al patrimonio generico del soggetto: i beni del trust, in virtù della norma materiale uniforme, sono sempre segregati al raggiungimento dello scopo proprio del trust. Si discorre, in dottrina, di "incomunicabilità bidirezionale"¹⁹⁵ rispetto al patrimonio personale del trustee. Il trustee non deve ricavare profitto per sé dalla gestione dei beni conferiti in trust, né dai frutti dei medesimi: pertanto, i beni trasferiti dal disponente non si confondono con i beni personali del trustee e non entrano a far parte della garanzia generica dei suoi creditori.¹⁹⁶

¹⁹⁵ ARRIGO T. - CAVANNA S., "Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento" in "Commentario breve al codice civile. Leggi complementari", a cura di G. ALPA e C. ZATTI, Padova, 1999, pag. 7-57.

¹⁹⁶ La medesima norma contiene una disposizione (art. 11, comma III lett. d) con cui si prevede la possibilità per i soggetti interessati di recuperare i beni confusi o alienati dal trustee in violazione del trust ed, al contempo, la necessità di rispettare le norme richiamate dalle regole di conflitto del foro con riguardo alla protezione dei terzi titolari dei beni del trust. Si tratta di un riconoscimento di tutela dei beneficiari nei confronti del trustee inadempiente nel caso in cui costui abbia confuso i beni del trust con i propri. Viene, inoltre, affermato, nel caso che il trustee abbia indebitamente disposto dei beni del trust, l'importante principio della tutela dei beneficiari (prima parte della disposizione) senza pregiudizio dei diritti dei terzi (seconda parte). Tale principio deriva dalla necessità di conciliare gli effetti derivanti dalla legge, anche straniera, del trust (tutela dei beneficiari) con gli effetti derivanti dalla legge richiamata dalle regole di conflitto del foro (protezione dei terzi), in quanto entrambi effetti imprescindibili sotto il profilo internazionalprivatistico e sostanziale. Detta disposizione va letta alla luce di talune imprescindibili notazioni. Da un lato, vanno considerati i poteri del trustee riguardo ai beni del trust e gli obblighi di questo di non compiere atti in violazione del trust (*breach of trust*) sono regolati dalla legge del trust ex art. 8 lett. d) e g). Da un altro versante, occorre evidenziare la necessità di tutelare i diritti dei beneficiari: nel caso di inadempimento del trustee, i beneficiari possono azionare le proprie pretese nei confronti del trustee e del terzo acquirente, posizione giuridica regolata dalla legge del trust in conseguenza del richiamo a questa compiuto dall'art. 11 lett. d) prima parte della Convenzione. In proposito, occorre considerare la differenza di tutela prevista dal modello tradizionale di trust di diritto inglese rispetto a quella di ordinamenti civilistici che hanno disciplinato il trust: il modello tradizionale di trust di diritto inglese prevede la possibilità per i beneficiari di esperire una particolare procedura istruttoria (*tracing*) per individuare i beni del trust e pervenire ad una sentenza di condanna che imponga al terzo l'obbligazione di comportarsi come trustee (*constructive trust*); il trust dei paesi di "civil law" prevede l'invalidità dell'atto compiuto dal trustee con conseguente possibilità di rivendicazione del bene o di esperimento dell'azione di ingiustificato arricchimento. In ultimo, vi sono i diritti dei terzi sui beni del trust, disciplinati dalla *lex contractus* e dalla *lex rei sitae* in quanto beni acquistati dal terzo attraverso un atto di disposizione del trustee con conseguente acquisto di essi da parte del terzo. La norma dell'art. 11, III comma lett. d) cerca dunque di disciplinare il coordinarsi dei diversi profili riferibili ai distinti interessi tutelati (tutela dei beneficiari/protezione dei terzi) come derivanti dall'operare delle diverse normative che vengono in gioco (legge del trust/legge richiamata dalle norme di conflitto del foro), attraverso una disposizione che fa sorgere il problema interpretativo di individuare quale sia l'effettiva disciplina applicabile alla tutela dei beneficiari nei confronti dei terzi acquirenti. A questo proposito, sono ipotizzabili diverse alternative: rimessione alla legge del trust, rimessione alla legge interna, individuazione del rimedio previsto dalla legge interna in riferimento a quello previsto dalla legge straniera. In caso di rimessione alla legge del trust, la disciplina applicabile alla tutela dei beneficiari è quella prevista dalla legge del trust. Tale dottrina perviene alla conclusione che sia la legge del trust a regolare il diritto di seguito dei beneficiari

3. Il trust e l'ordinamento giuridico italiano: dal "trust interno" alla compatibilità dell'istituto con i principi di diritto nazionale.

A seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja, è opinione largamente consolidata tra gli interpreti che nel nostro ordinamento giuridico siano ammissibili trust stranieri, caratterizzati da elementi di estraneità ulteriori rispetto alla legge regolatrice (per esempio perché i beni sono siti in un Paese straniero, anche quando sono istituiti da un cittadino italiano, oppure perché ivi si colloca la nazionalità o la residenza del disponente, del trustee o dei beneficiari). Dubbi sono, invece, sorti sulla possibilità per un cittadino italiano di istituire un cosiddetto "trust interno". Per trust interno ("puramente" interno) si intende un trust istituito da parte di un cittadino italiano residente in Italia, su beni siti nel nostro paese a favore di un beneficiario italiano, residente in Italia, sia o meno il trustee residente in Italia, sempre che la legge scelta dal disponente sia straniera. In altri termini il trust "interno" è un trust i cui elementi soggettivi e obiettivi sono collocati nell'ambito del nostro ordinamento, sebbene esso sia regolato da una legge straniera che gli attribuisce la qualificazione di trust.¹⁹⁷ La disposizione di cui all'articolo 13 della Convenzione viene in rilievo allorché sia

con riguardo al medesimo bene trasferito, mentre sia la legge nazionale a regolare l'estensione dell'ambito delle restituzioni riguardanti i beni acquistati come "surrogati" del bene originario, nonché la responsabilità dell'acquirente per danni ulteriori causati ai beneficiari. In merito, è da segnalare la necessità di adeguare la tutela prevista dalla legge straniera alle formule processuali riconosciute nel foro; in particolare, se la legge regolatrice è la legge inglese e la legge del foro è quella italiana, essa comporta la necessità di conciliare la particolare natura di tecnica processuale propria del *tracing* con le formule processuali valevoli in Italia. In caso di rimessione alla legge interna, soluzione oggi prevalente, la valutazione del comportamento del trustee è rimessa alla legge del trust, l'individuazione del rimedio compete alla legge richiamata dalle norme di conflitto del foro. Con riguardo alla legge italiana si possono indicare diversi rimedi contro il trustee inadempiente: sanzionare l'atto di disposizione come viziato attraverso il riconoscimento di un'azione di annullamento per conflitto di interessi, in applicazione analogica dell'art. 1394 cod. civ.; in considerazione della alterità tra trustee e scopo del trust, riconoscere una responsabilità extracontrattuale del terzo per induzione all'inadempimento del trustee al fine di consentire la reintegrazione in forma specifica, *ex art. 2058 cod. civ.*; riconoscere l'esperibilità dell'azione revocatoria, *ex art. 2901 cod. civ.*, per rendere inefficaci atti pregiudizievoli agli interessi dei beneficiari (creditori del trustee). Ulteriore ricostruzione è quella dell'individuazione del rimedio nella legge interna attraverso il riferimento a quello previsto dalla legge straniera: per questa soluzione, l'individuazione del rimedio viene ricavata da una necessità di coordinamento tra le due leggi in gioco (legge del trust a tutela dei beneficiari e legge interna di protezione dei terzi). Tale soluzione risulta di non difficile applicazione con riguardo a leggi regolatrici del trust appartenenti ad ordinamenti civilistici, i quali prevedono l'annullabilità dell'atto compiuto dal trustee nel caso di conoscibilità da parte del terzo acquirente. In argomento: L. THE'VENOZ, *Trusts en Suisse. Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie*, Schulthess, Zurigo, 2001 ; M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 1997, p. 608 ss.; ARRIGO T. - CAVANNA S., "Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento" in "Commentario breve al codice civile. Leggi complementari" a cura di G. ALPA e C. ZATTI, Padova, 1999, pag. 7-57.

¹⁹⁷ La norma di cui all'articolo 13 della Convenzione recita testualmente "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". Il maggior problema ermeneutico legato a questa disposizione è certamente quello del chiarimento dell'espressione "elementi importanti". Una tesi (minoritaria) identifica siffatti elementi fra quelli menzionati dall'articolo 7 paragrafo secondo, che non siano oggetto di esplicita esclusione ad opera dell'articolo 13. Considerato pertanto che quest'ultima norma esclude che possano ritenersi "importanti" tre elementi (la legge da applicare, il luogo di amministrazione e la residenza del trustee) la tesi in esame conclude nel senso di ritenere rilevanti gli elementi del "luogo in cui i beni sono ubicati", lo "scopo del trust", il "luogo dove deve essere perseguito". Secondo un altro

necessario creare un trust strettamente connesso con l'ordinamento di uno stato che non conosca l'istituto. In ipotesi siffatte "nessuno stato è tenuto a riconoscere il trust", nonostante l'avvenuta scelta di una legge regolatrice propria di uno stato che possiede leggi sul trust.

Sul punto, la dottrina ha sviluppato un vivace dibattito, dando luogo ad opposti schieramenti interpretativi.¹⁹⁸

Una certa ricostruzione non ritiene ammissibile il trust interno. A tal fine, un primo argomento è

orientamento, di gran lunga prevalente rispetto a quello appena considerato, andrebbero aggiunti ai suddetti elementi quelli della cittadinanza e della residenza del disponente e del beneficiario: pertanto sarebbe sufficiente anche il fatto che il disponente o il beneficiario siano cittadini stranieri e residenti all'estero per escludere la natura interna del trust. In argomento LUPOI M., *"Il trust"*, Milano, 1997, pag. 453-454; DE DONATO A., DE DONATO V., D'ERRICO M., *"Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica"*, Roma, 1999, pag. 81-82; LENZI L., *"Operatività del trust in Italia"* in *Rivista del Notariato*, 1995, pag. 1379-1387; LUPOI M., *"Riflessioni comparatistiche sui trust"* in *Europa e Diritto Privato*, 1998, 436-437.

¹⁹⁸ L'istituto del trust presenta evidenti difficoltà di analisi. Ciò è dovuto non solo alle problematiche squisitamente civilistiche, alle controversie interpretative di carattere internazionalprivatistico (connesse al valore delle disposizioni della XV Convenzione dell'Aja), alle imprescindibili questioni comparatistiche nascenti dall'innesto di un istituto di *Common Law* nel tessuto giuridico di un ordinamento di *Civil Law*. Le difficoltà di approccio al tema sono rapportabili anche ad un ulteriore elemento, ossia la valenza economica dell'istituto, alla luce dei processi di "globalizzazione" e nei risvolti giuridici di tale fenomeno, ovvero i processi di internazionalizzazione dei rapporti economici e la progressiva formazione di un diritto privato uniforme. Appare dunque necessario percepire la scelta di policy delle norme, evidenziarne la ratio politico-economica, il rapporto struttura-sovrastuttura, per evitare una attività ermeneutica asfittica. "[...] La segregazione dei patrimoni corrisponde esattamente ad una delle logiche fondamentali dell'investimento finanziario, il quale è il settore più globalizzato dell'economia mondiale. Un investimento finanziario infatti necessita di garanzie-sia nel senso generico di garanzie di adempimento, sia nel senso specifico di garanzie collaterali –esattamente calcolabili ex ante; e ciò in primo luogo comporta la tendenza ad escludere il concorso di altri creditori imprevedibili. Senza questa possibilità di valutare i rischi ex ante la capacità di un sistema paese di attrarre investimenti finanziari viene seriamente danneggiata. L'Italia ha ratificato la XV Convenzione dell'Aja non perché volesse il trust in sé, ma perché si prevedeva di accrescere la sua capacità di attrarre investimenti in un mondo che appariva già allora sulla via della globalizzazione dominata dai modelli giuridici anglosassoni. Previsione quest'ultima certo non smentita negli anni successivi e che costituisce il filo rosso di tutte le riforme che sono state introdotte poi". Il problema ha dunque una dimensione metagiuridica, precisamente una dimensione economica. Questo, tuttavia, non significa che una corretta attività interpretativa debba pretermettere esigenze di carattere squisitamente giuridico in nome di un presunto diritto vivente: "Il fatto è che il diritto vivente, quando individua un aspetto della vita sociale non adeguatamente disciplinato dalla legge o un'esigenza economico-commerciale che si pone, allo stato, in conflitto con la legge stessa, non opera *de iure condendo* ma *de iure condito*, sostituendo un diritto asseritamente vivente ad altro diritto ritenuto evidentemente morto, benché, a livello di fonti normative, non ancora modificato o abrogato". Alla luce di queste diverse asserzioni, appare evidente come alla base del problema, delle numerose discussioni ma, soprattutto, delle molteplici incomprensioni dottrinali che ne sono seguite, vi siano non solo punti di vista diversi a livello tecnico-giuridico ma anche incomprensioni di carattere, per così dire, epistemologico, su quello che deve essere il giusto rapporto fra la dimensione giuridica e le dinamiche socio-economiche da cui il diritto promana ("ex facto oritur ius"). In questa prospettiva, si è anche sostenuto che: "per una cultura giuridica adusa alla simulazione, all'impiego abusivo dei negozi tipici e al regolare assoldamento di prestanomi, alle vicende del patto commissorio e alle molteplici forme escogitate per dissimularlo, i trust non sono facilmente digeribili: essi privilegiano la trasparenza, il reale affidamento, la corrispondenza fra ciò che è e ciò che appare". Per detti spunti cfr: GALGANO F., *"Diritto civile e commerciale"*, Padova, 1999, I, pag. 86-93; GAMBARO A., *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja* in *Rivista di diritto civile*, 2002, II, pag. 919 ss.; F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (Osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Rivista del Notariato*, 2001, pag. 11 e 15; M. LUPOI, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Rivista del Notariato*, 2001, I, pag. 1159 ss.

stato tratto dall'art. 6 della Convenzione che, come già riferito, stabilisce il principio della libertà di scelta della legge applicabile al trust¹⁹⁹. Tale scelta presupporrebbe, per i sostenitori di questo orientamento, l'esistenza di una fattispecie caratterizzata da elementi di internazionalità per giustificare l'intervento del diritto internazionale privato. Pertanto, di fronte ad una fattispecie che non presenti collegamenti territoriali o personali con ordinamenti giuridici stranieri, non si porrebbe alcun problema riguardo alla legge applicabile: non essendo ipotizzabile un conflitto, non sarebbe necessario l'intervento del diritto internazionale privato, applicandosi senza dubbio la legge del foro.²⁰⁰ Autonomo rilievo, ai fini della problematica "de qua", assume l'articolo 5 della Convenzione. Esso è stato invocato dai fautori²⁰¹ della tesi contraria alla ammissibilità dei trust interni, escludendo l'applicabilità della Convenzione allorché la legge regolatrice del trust, risultante dal combinato disposto dai successivi art.6-7, non preveda l'istituto del trust.

¹⁹⁹ G. BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in I. BENEVENTI (cur.), *"I trust in Italia oggi"*, Milano, 1996, pag. 11. Id., *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in Jus, 1997, pag. 11 ss; Id., *Trust e Fiducia nel diritto internazionale privato in Europa e diritto privato*, 1998, p. 399 ss.;

C. CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Europa e diritto privato*, 1998, pag. 441 ss.

²⁰⁰ Argomentando anche dall' articolo 5 della Convenzione (che esclude l'applicazione delle norme della Convenzione medesima qualora la legge determinata dal disponente non preveda l'istituto del trust o la categoria di trust in questione) autorevole dottrina ha sostenuto che l'unico significato congruo della norma sarebbe il seguente: "Qualora la legge applicabile, così come determinata dal capitolo II, non conosca l'istituto del trust, così come definito dall'art. 2, non potrà darsi luogo al riconoscimento come trust del rapporto giuridico, localizzato nell'ordinamento la cui legge è applicabile". In altre parole, poiché in presenza di un trust i cui elementi importanti si collocano nell'ordinamento italiano le parti non disporrebbero del potere di designare la legge del rapporto, la legge applicabile sarebbe quella italiana (così come in mancanza di una scelta da parte del disponente, dovendosi applicare la legge con la quale il trust ha i più stretti legami). Dunque, poiché la legge italiana non disciplina il trust, in base all'art. 5 non si applicherebbe la Convenzione. Ne conseguirebbe l'impossibilità di riconoscere, quale trust, un rapporto che abbia, in un ordinamento in cui tale istituto è sconosciuto, il proprio "centro di gravità" perché ivi sono localizzati in misura preponderante i beni, perché ivi ha residenza il fiduciario o perché ivi ha sede l'amministrazione dei beni". La costruzione di un trust retto dal diritto inglese, quando tutti gli elementi sostanziali della fattispecie si riferiscono all'ordinamento italiano, potrebbe essere considerata addirittura una costruzione abusiva, che non può condurre alla deroga di disposizioni imperative del diritto italiano. Questo argomento è stato contestato da chi ritiene invece che "qualora ci si trovi innanzi ad una convenzione di diritto uniforme relativa a norme di diritto internazionale privato riferite ad obbligazioni contrattuali la scelta della legge applicabile è normalmente consentita a prescindere dalla cosiddetta internazionalità del rapporto". La scelta della legge applicabile sarebbe dunque di per sé elemento sufficiente per giustificare l'applicazione di un ordinamento straniero. Contro tale tesi non potrebbe essere invocato l'articolo 5 della Convenzione, poiché la norma sarebbe rivolta ad impedire che gli effetti minimi di diritto uniforme sostanziale possano realizzarsi, quando la scelta avvenga a favore della legge di uno Stato che non disciplini l'istituto, sulla base del solo esercizio dell'autonomia privata sostanziale delle parti. Sulla citata problematica, si è affermato che l'articolo 6 non limiti la libertà del disponente nella scelta della legge regolatrice imponendo il riferimento alla legge di uno stato con cui il trust presenti elementi di collegamento. Ciò appare evidente sia in considerazione dei lavori preparatori della Convenzione, nel corso dei quali le proposte miranti ad evitare utilizzazioni abusive del trust sono state bocciate, sia in rapporto al fatto che la Convenzione, allorché ha voluto imporre un limite alla autonomia negoziale dei privati, si è espressa in maniera esplicita ed inequivoca. A riguardo cfr. G. BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit., pag. 19-20. e pag. 412.; S. M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione de L'Aja del 1985*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1999, pag. 776 ss., e in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, pag.146 ss.; S. M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione de L'Aja del 1985*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 145-154.

²⁰¹ BROGGINI G. *"Trust e fiducia nel diritto internazionale privato"* in *Europa e Diritto Privato* 1998, pag. 399-423.

L'argomentazione non appare concludente, ove si consideri che il criterio sancito dall'articolo 7 ("Qualora non sia stata scelta alcuna legge, il trust sarà regolato dalla legge con la quale ha collegamenti più stretti") entra in azione solo in difetto della scelta della legge regolatrice da parte del disponente. Alla luce di tali chiarificazioni, l'ostatività dell'articolo 5 alla figura del trust interno, tende a sfumare²⁰². Ulteriore questione attiene alla presunta violazione di principi dell'ordine pubblico internazionale. La ratifica della Convenzione, posta in essere dall'Italia con la legge n°364 del 1989, implica una valutazione degli effetti giuridici dell'istituto in rapporto a quelli che sono i cosiddetti principi base dell'ordinamento giuridico interno. Questa argomentazione rappresenta una prima garanzia per eliminare i timori di una violazione dell'ordine pubblico. Si ritiene che la legge di ratifica avrebbe comunque determinato il venir meno di suddetti limiti impedienti l'accoglimento della fattispecie nel nostro ordinamento: è il fenomeno della cosiddetta "importazione"²⁰³ del trust in Italia. In quest'ottica, i limiti realmente esistenti rispetto all'ingresso del trust nel tessuto giuridico italiano sono individuabili in relazione alla concreta disciplina del singolo trust, sulla scorta delle indicazioni normative di cui agli articoli 15,16,18 della Convenzione. E' questo il confine non valicabile per la configurazione di trust interni validi ed efficaci. Sulla scorta di queste acquisizioni, si è sostenuto che l'articolo 13 della Convenzione non rappresenti un divieto per il riconoscimento di trust interni, bensì una disposizione indirizzata al giudice italiano e capace di consentire a quest'ultimo una analisi di meritevolezza del trust concretamente realizzato quando esso, pur non violando gli articoli 15-16-18 della Convenzione, realizzi finalità non tutelabili. A tale riguardo, si può discorrere dell'articolo 13 della Convenzione come avente una funzione di norma di chiusura o di extrema ratio²⁰⁴. Alle citate opinioni si aggiungono quelle impostazioni che sostengono l'inammissibilità del trust evidenziando una supposta incompatibilità con principi inderogabili di diritto interno, argomentando dagli articoli 15 e 18 della Convenzione (inammissibilità del trust laddove confligga con norme interne di applicazione necessaria o con principi di ordine pubblico). Si è, in tal senso, ipotizzato un contrasto con la norma di cui all'articolo 2740 del codice civile, disposizione interna inderogabile o di applicazione necessaria.²⁰⁵ Similmente, taluni hanno invocato, a detrimento del c.d."trust interno", l'incompatibilità dell'istituto con il divieto dei patti successori, con la disciplina dei legittimari, con il divieto della sostituzione fidecommissaria.²⁰⁶

²⁰² LUPOI M., "Trust", Milano, 1997.

²⁰³ LUPOI M., "I trust in Italia oggi", Aa.Vv., a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1996, pag.32-33.

²⁰⁴ LUPOI M., "Trust", Milano, 1997, pag. 460 nota 206.

²⁰⁵ Si sostiene che la Convenzione non potrebbe modificare il diritto sostanziale italiano ed introdurre un'altra ipotesi di patrimonio separato. La separazione dei beni oggetto del trust dal patrimonio del trustee non potrebbe essere il frutto di un atto di autonomia privata, essendo evidenti gli indici che la legge fornisce quanto alla necessità che la separazione patrimoniale sia esclusivamente di fonte legale. A questa opinione si oppongono da tempo coloro che ritengono che il possibile contrasto tra l'istituzione di trust e i principi del nostro ordinamento sarebbe stato risolto in via generale dalla Convenzione e dalla sua legge di ratifica. Secondo detta impostazione, la ratifica della Convenzione costituisce "lex specialis", con conseguente prevalenza sul dettato dell'articolo. 2740 cod. civ. In questo senso A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà, in Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1995, p. 638; Id., *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, p.155; M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trust*, in *Europa e Diritto Privato*, 1998, p. 439; S. M. CARBONE, *Autonomia privata*, cit., p. 776 e 147.

²⁰⁶ Per quanto concerne il divieto dei patti successori, si ritiene in prevalenza che siano proprio le caratteristiche del trust ad escludere alcun eventuale contrasto: da un lato, l'istituzione di un trust non si realizzerebbe attraverso un patto tra il disponente ed i beneficiari; dall'altro, i beni oggetto del trust uscirebbero immediatamente dal patrimonio del

disponente, non al momento della sua morte. Del pari diversi autori escludono un eventuale contrasto tra il trust e il divieto di sostituzione fedecommissaria, stante l'assenza (nel trust) di una doppia istituzione con ordine successivo. Il trustee, a differenza del fedecommissario, dispone peraltro di ampi poteri di amministrazione e di disposizione, senza che su di lui incomba un obbligo di conservazione dei beni. Inoltre, il fedecommissario può godere dei beni che riceve, mentre il trustee non può trarre alcun vantaggio dai beni trasferitigli dal disponente. Si è anche evidenziato, da parte di taluni, che un contrasto con il divieto di cui all'art. 692 cod. civ. non potrebbe realizzarsi neppure in caso di trust con istituzioni beneficiarie successive, perché in quest'ultima ipotesi la duplice istituzione non riguarderebbe i medesimi beni. Ulteriore orizzonte è quello relativo alla tutela dei diritti dei legittimari. L'art. 15 lett. c) della Convenzione dell'Aja prevede che non sia ostacolata l'applicazione delle disposizioni nazionali relative alla devoluzione dei beni successori e, dunque, relative alla tutela della successione necessaria. Si è, dunque, ritenuto in dottrina che gli eredi necessari del disponente possano invocare la disposizione in materia di riduzione delle donazioni per integrare la loro quota, sempre che si consideri il trust configurabile come una liberalità atipica ai sensi dell'art. 809 cod. civ. Si porrebbero tuttavia alcuni problemi operativi legati al concreto esperimento dell'azione di riduzione, dovuti alla difficoltà di individuare il soggetto nei cui confronti possa essere esperita detta azione ed alla necessità di stabilire quale sia il momento in cui debba considerarsi avvenuta l'attribuzione liberale. In argomento: A. GAMBARO, *voce Trust, Digesto discipline privatistiche*, (sez.civ.), XIX, Torino, 1999 cit., pag. 468; M. LUPOI, *Trusts*, Milano 1997, pag. 657-663; E. MOSCATI, *Trust e vicende successorie*, in *Europa e diritto privato*, 1998, pag. 1075-1115; E. MOSCATI, *Trust e vicende*, cit., 1110-1114; L. CORSINI, *Trust e diritti dei legittimari e dell'erario in Italia*, in *Rivista del notariato*, 1998, pag. 72.

²⁰⁷ Sul tema del trust interno in giurisprudenza possono rammentarsi: Tribunale di Milano, decreto del 27 dicembre 1996, in *Società*, 1997, pag. 585 ss., con nota di S. LENER e G. BISOGNI; Tribunale di Genova, decreto del 24 marzo 1997, in *Giur. comm.*, 1998, pag. 759 ss., con nota di A. MOJA; Tribunale di Lucca, sentenza del 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, 2007, con nota di E. BRUNETTI, e 3391, con nota di M. LUPOI, e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, 818 ss.; Tribunale di Alessandria: decreto del 5 aprile 2000, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, 375; ordinanza del 2 maggio 2000, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, 377. Favorevole al c.d. trust interno è altresì la sentenza del Tribunale di Bologna del 1 Ottobre 2003, reperibile in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2004, 67 ss. Detta pronuncia presenta notevoli spunti di interesse per la portata estremamente innovativa di alcuni passaggi in diritto della motivazione e per la lettura moderna e consapevole che fornisce sull'istituto. Venendo ora ai suoi passaggi sostanziali, merita evidenziare come il giudice bolognese abbia ribadito che non legittimare il trust interno significa privare di ogni valenza la legge di ratifica. A tal proposito la motivazione della sentenza fornisce delle indicazioni inequivocabili: "(...)a più di dieci anni dall'entrata in vigore della convenzione dell'Aja può ritenersi ampiamente superata la tesi che prospetta la contrarietà all'ordinamento italiano del trust e la sua conseguente irricevibilità". Se tale assunto è incontestabile, allo stesso modo nella legge di ratifica trova giustificazione giuridica la deroga alla riserva di legge espressa dal legislatore in tema di responsabilità universale del debitore. In altri termini l'effetto segregativo che viene a prodursi sui beni in trust, tale per cui gli stessi sono estranei a qualsiasi vicenda dovesse colpire le parti coinvolte nel rapporto giuridico, non costituisce un'arbitraria deroga all'art. 2740 cc, generata da uno scellerato uso dell'autonomia negoziale, ma invece è legittimata dalla legge nazionale 364 del 1989 che ha ratificato una Convenzione che esprime quale effetto minimo sostanziale dei trusts, l'effetto segregativo suddetto, artt. 2 ed 11 della Convenzione. Ulteriore passaggio degno della massima nota è l'assoluta libertà di scelta della legge regolatrice che il giudice riconosce in capo al disponente laddove all'istituzione del trust sottendano scopi meritevoli di tutela da parte del nostro ordinamento. Pertanto l'autonomia negoziale, che può spingersi fino al ricorso a negozi atipici e come tali dalle molteplici caratteristiche ed effetti, esce estremamente rafforzata da questa decisione. Sul punto rileva in particolare segnalare come l'applicazione di una legge straniera ad un rapporto squisitamente italiano non possa essere motivo di alcuna doglianza e censura, ancora una volta, quando, l'interesse portato dall'atto istitutivo è meritevole di tutela per il nostro ordinamento. Molto interessante sul piano teorico è poi la qualificazione dei trusts come negozi unilaterali atipici, conformemente a quanto la dottrina più autorevole ha sempre esplicitato in proposito (M. Lupoi) laddove ribadiva che la struttura contrattuale è ostile alla molteplice fattispecie dei trusts. Sussistono, del pari, taluni arresti giurisprudenziali contrari al c.d. trust interno. Tra i provvedimenti giurisprudenziali che negano espressamente la riconoscibilità del trust interno è dato segnalare un decreto del tribunale di Belluno del 23 settembre 2002 (in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, 255), un decreto del

interno. Parte della dottrina ha tratto l'ammissibilità del trust interno da una peculiare esegesi

tribunale di Santa Maria Capua Vetere del 14 luglio 1999 (in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 251), e da ultimo, con un pionieristico commento all'art. 2645-ter c.c., un decreto del tribunale di Trieste del 7 aprile 2006 (in *Notariato*, 2006, 531) che conferma sul punto quanto già espresse il medesimo tribunale triestino nel decreto del 23 settembre 2005). In particolare, il tribunale di Belluno, nel respingere le istanze dei reclamanti, affermava l'invalidità dell'atto che, in esecuzione di un trust, trasferisce, o intende trasferire, diritti al trustee, in quanto l'atto di trasferimento dei beni dal disponente al trustee non è riconducibile ad alcuno schema causale di diritto italiano ed è quindi valutabile come negozio astratto di trasferimento, in violazione della necessaria causalità del negozio giuridico. Il medesimo tribunale riteneva, inoltre, che i trust interni fossero inammissibili, in quanto l'art. 13 Conv. Dell'Aja consentirebbe di negare il riconoscimento dei trust privi di elementi di estraneità rispetto all'ordinamento giuridico italiano. Il tribunale di Trieste ha sanzionato gravemente l'omissione della finalità per la quale il disponente si è determinato all'istituzione di un trust, precisando come non sia dato conoscere al giudice né lo scopo per il quale il trust è stato istituito, e quindi di converso la causa del trasferimento immobiliare, né tantomeno la legge applicabile a tale negozio. La norma di cui all'art. 2645-ter c.c., secondo tale prospettiva, non è norma sugli atti, non avendo detta disposizione introdotto nel nostro ordinamento giuridico una nuova tipologia di atti né un trust di diritto italiano, ma è al contrario una norma sugli effetti. Nel medesimo provvedimento del tribunale friulano si possono rinvenire anche spunti ulteriori, quale la portata del giudizio di meritevolezza della causa del negozio (da intendersi come mero giudizio di liceità dell'atto).

Più di recente Tribunale di Bologna, del 9 gennaio 2014 e Tribunale di Trieste del 22 gennaio 2014, provvedimenti questi reperibili sul sito internet www.filodiritto.com

²⁰⁸ Gli organi della Pubblica Amministrazione e gli operatori pratici hanno a più riprese manifestato un atteggiamento di aperto favore nei confronti dei trust interni. Il favore della prassi verso il trust interno è desumibile dalla costituzione di "trust companies" italiane, ovvero, in alcuni casi, dall'ampliamento dell'oggetto sociale di società fiduciarie italiane preesistenti in modo da ricomprendervi l'attività di trustee. Primi esempi rinvenibili nella casistica sono quelli della "Trust & Tax Advisor S.R.L." e della "Integrè Toscana s.r.l.". Con rogito avente data 24.3.2000, è stata costituita in Pistoia una s.r.l. unipersonale (la "Trust & Tax Advisor S.R.L."), con sede in Firenze e avente quale socio ed amministratore unico un dottore commercialista di nazionalità italiana, nel cui oggetto sociale è possibile leggere: "(la società) potrà assumere incarichi di amministrazione di patrimoni e beni, utilizzando tutti gli istituti giuridici consentiti dalle attuali leggi e/o Convenzioni internazionali, eventualmente acquisendo le necessarie autorizzazioni". Del suddetto atto costitutivo, il Tribunale di Firenze ha ordinato l'iscrizione nel Registro delle Imprese con decreto in data 4.5.2000, vistato dal P.M. in data 11.5.2000. Nella relativa visura si legge "consulenza aziendale e attività di trustee dal 24.3.2000". Vicenda pressoché analoga è quella inerente alla costituzione della "Integrè Toscana s.r.l.". Il tribunale di Prato ha, infatti, omologato, in data 20.1.2000, con decreto privo di motivazione, l'atto costitutivo della società suddetta, il cui oggetto sociale prevede "la prestazione di servizi(...) connessi all'attività di trustee, di trust ovunque e da chiunque costituiti, da realizzare mediante l'intestazione, l'amministrazione, la gestione e la disposizione dei beni del trust secondo i termini dell'atto istitutivo del trust medesimo e le norme particolari di legge, tempo per tempo vigenti". Al riguardo è stato osservato che le attività sopra descritte si rifanno in larga parte alle disposizioni dell'art. 2 paragrafo secondo lettere (b) e (c) della Convenzione dell'Aja e che la compiuta omologazione risulta giuridicamente ineccepibile per due ordini di motivi: in primis, poiché non essendoci in Italia una normativa regolante il trust, non esistono limiti rispetto allo svolgimento dell'attività di trustee, limiti non desumibili dalla legge riguardante le società fiduciarie data la differenza tra i due istituti; in secundis, sulla base delle citate riflessioni, si può affermare che l'unico limite esistente allo svolgimento dell'attività di trustee può derivare da una legge regolatrice che preveda requisiti non posseduti dalla "trust company". Ulteriore esempio è quello della "Penta trust fiduciaria s.r.l.", società che nel suo oggetto sociale può annoverare, oltre all'attività fiduciaria, la: "assunzione di incarichi di trust- costituiti secondo le disposizioni della Convenzione dell'Aja del primo luglio 1985- ratifica della Repubblica Italiana con legge 16 ottobre 1989 n. 364 in vigore dal primo gennaio 1992- da regolarsi in nessun caso con leggi configgenti con l'ordinamento italiano in materia, a titolo meramente esemplificativo, di protezione di minori ed incapaci, effetti personali e patrimoniali del matrimonio, testamento e devoluzione dei beni successori, trasferimento della proprietà e garanzie reali, protezione dei creditori in caso di insolvenza, protezione di terzi in buona fede". In argomento cfr. ZANAZZI M. "Omologazione di trust company italiana", in *Trust e attività fiduciarie*, 2000, pag. 625-627; VICARI D., "L'oggetto sociale delle trust companies", in *Trust e attività fiduciarie*, 2001, pag. 319-321.

dell'articolo 13 della Convenzione²⁰⁹. L'espressione "nessuno Stato è tenuto a riconoscere" deve essere intesa non già quale fonte di un divieto di riconoscimento dei trust interni bensì, in aderenza al suo tenore letterale ed ai lavori preparatori della Convenzione, come una precisazione volta ad escludere un obbligo di riconoscimento di detti trust.²¹⁰ Al riguardo è stato precisato²¹¹ che la creazione di un obbligo di riconoscere i trust interni "era al di fuori delle funzioni statutarie della Conférence de la Haye e dei poteri dei delegati". L'Italia, con la legge di ratifica 364/1989, si è limitata a riprodurre il contenuto della Convenzione, senza alcun provvedimento atto a vietare il riconoscimento in questione. La riflessione assume un suo significato in un'ottica comparatistica, tenendo conto che altri paesi, quali Malta e il Regno Unito, non hanno fatto menzione alcuna dell'articolo 13 in sede di recepimento della Convenzione. In tale solco interpretativo possono essere collocati quanti ritengono che, mediante la ratifica della Convenzione dell'Aja, il trust sarebbe stato normativamente recepito nel nostro ordinamento. Il trust²¹² sarebbe dunque oramai un istituto giuridico dell'ordinamento italiano, e non si porrebbe quindi più rispetto ad esso un problema di tutelabilità, ma semmai una questione di regolamento di confini con altre fattispecie giuridiche di più risalente sedimentazione nella nostra tradizione giuridica. La Convenzione non sarebbe infatti semplicemente collocabile nell'ambito del diritto internazionale privato, dato che finirebbe per introdurre di fatto il trust in ordinamenti che non lo conoscono. Attraverso la ratifica della Convenzione sarebbe stata quindi rimossa la possibilità di eccepire l'inammissibilità del trust nel nostro ordinamento in virtù del principio di contrarietà a norme di ordine pubblico. La questione non sarebbe più l'ammissibilità del trust, ma appunto l'individuazione dei confini con altri istituti giuridici italiani. Si porrebbe allora il problema della mancanza nel nostro ordinamento di una disciplina del trust, problema a cui i singoli autori non conferiscono una risposta.

²⁰⁹ LUZZATTO R., "Legge applicabile e riconoscimento di trust secondo la Convenzione dell'Aja" in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 7-16.

²¹⁰ La dottrina prevalente legge in tal senso l'art. 13 della Convenzione. Detta norma, secondo il riferito orientamento, sembra esprimere il seguente principio: in assenza di una specifica previsione legislativa di attuazione (come è al momento in Italia) il giudice può valutare se rifiutare il riconoscimento al trust interno in base ai principi generali dell'ordinamento. Si ritiene, infatti, che questa norma vada interpretata non già come diretta allo Stato in sede di ratifica della Convenzione, bensì come diretta al giudice italiano. L'art. 13 non prevede l'obbligo bensì solo la facoltà per il giudice di negare il riconoscimento. Il giudice dovrebbe, quindi, avvalersi di tale facoltà non in via arbitraria, bensì solo qualora reputi che, pur non trovando applicazione le norme di salvaguardia degli articoli 15, 16 e 18 della Convenzione, la situazione sia stata abusivamente sottratta all'applicazione del diritto italiano ed il trust rappresenti in abuso di diritto o venga utilizzato in frode alla legge interna, ex art. 1343 c.c. In realtà, l'art. 13 non riguarda il potere di riconoscere il trust retto dalla legge straniera ma, come si evince dal suo testo, quello di non riconoscerlo. La norma in esame deve, al contempo, essere considerata come precetto self-executing. Se davvero l'art. 13 fosse una norma non self-executing, dovremmo concludere che lo Stato italiano non avrebbe modo di sottrarsi all'obbligo di riconoscere il trust che è posto dall'articolo 11 della Convenzione. Per evitare tale conclusione si deve ritenere che la norma abbia carattere self-executing, poichè autorizza il giudice a non riconoscere il trust: proprio in quanto facoltizza, non richiede ulteriori adattamenti. L'art. 13 viene dunque correntemente interpretato come norma di chiusura. In conclusione, tale disposizione è chiaramente ispirata da un particolare favor nei confronti del trust, e obbliga il giudice, in caso di contrasto fra le disposizioni del trust e le norme inderogabili dell'ordinamento individuato dalle norme di conflitto del foro, a non spazzare via il trust vanificandone gli obiettivi, ma a salvarli e a realizzarli, nei limiti della loro ammissibilità nell'ordinamento, con altri mezzi giuridici.

²¹¹ GAMBARO A., *Voce "Trust"* in *Digesto-Discipline privatistiche*, sez civile, vol XIX, pag. 449-469, Torino, 1999

²¹² LIPARI N., *Fiducia statica e trusts*, in *I Trust in Italia oggi* a cura di BENEVENTI I., Milano, 1996, pag. 76 ss.

I fautori del trust interno evidenziano, peraltro, la compatibilità dell'istituto con i principi di diritto interno. Rileva, a tal fine, il rapporto tra il trust ed il principio del "numerus clausus" dei diritti reali. Taluni hanno osservato che la garanzia costituzionale di cui all'articolo 42 della nostra Costituzione, esistente a tutela della proprietà, non attiene al contenuto del diritto stesso, per il quale viene esplicitamente prevista una riserva di legge ordinaria. E' stato esplicitamente affermato²¹³ che al riconoscimento costituzionale della unicità del diritto di proprietà "non si accompagna alcuna garanzia della misura del relativo contenuto: che il legislatore potrà conformare alla stregua del limite interno della funzione sociale ex art. 42 Cost. e/o comprimere con la previsione di limiti esterni".²¹⁴ Altra dottrina²¹⁵ ha sostenuto che la perpetuità della proprietà

²¹³ PAGNI P., "Convenzione relativa alla legge sui trust ed al loro riconoscimento", Aa.Vv., a cura di GAMBARO A. - GIARDINA A. - PONZARELLI G., in *Le nuove leggi commentate*, 1993, pag. 1278 ss.

²¹⁴ A riguardo, si è evidenziata la presenza, nel nostro ordinamento, di diversi istituti in grado di mettere in discussione il "dogma" del "numerus clausus". Ci si riferisce alla opponibilità erga omnes di vincoli aventi natura obbligatoria: la pubblicità dei conferimenti in godimento di immobili in società per una durata ultranovenne o illimitata (art. 2643 n.8 c.c.), dell'anticresi (art.2643 n.12 c.c.), del contratto preliminare(art. 2645 bis), dei regolamenti condominiali deroganti alla disciplina legale del godimento delle parti comuni (art. 2659 c.c.), delle vendite obbligatorie (le vendite di cosa altrui o di cosa futura, casi questi ultimi la cui trascrivibilità è dovuta ad una giurisprudenza ormai pacifica al riguardo). Ci si riferisce altresì all'esistenza di istituti, quale ad esempio la multiproprietà, che mettono totalmente in discussione la rappresentazione, di matrice romanistica, della proprietà quale diritto perpetuo poiché implicano un godimento turnario e temporaneo del bene. Ci si riferisce, infine, alla creazione di fattispecie caratterizzate da una scissione fra titolarità sostanziale e godimento del bene da un lato e titolarità formale e gestione del medesimo dall'altro lato, scissione in palese deroga al "locus classicus" della unicità del diritto di proprietà. E' il caso dell'affidamento in gestione di valori mobiliari,"trasferiti" dai clienti a società fiduciarie o S.I.M.,rispettivamente in virtù della legge 1966/1939 e della legge 1/1991. In argomento PICCOLI P. - CORSO E. -DOLZANI M., "La trascrizione degli atti riguardanti il trust", in *Rivista del Notariato*, 1995, pag. 1389-1404. Ulteriore riferimento è stato operato in relazione al tema della cosiddetta proprietà temporanea. Come è noto, si discute in dottrina se sia ammissibile una figura generale di proprietà temporanea, quale risulterebbe dall'apposizione di un termine di natura finale ad un qualunque negozio traslativo della proprietà. Parte della dottrina ritiene ammissibile la proprietà temporanea come figura generale: la pienezza dei poteri del *dominus* non sarebbe incompatibile con la predeterminazione del tempo di estinzione del diritto, in quanto essa riguarda la durata e non il contenuto del diritto stesso. D'altra parte, la validità del limite convenzionale non può escludersi in virtù della disponibilità del diritto di proprietà e per l'assenza di ragioni che impediscono il libero esplicarsi dell'autonomia negoziale dei privati. E' stato inoltre osservato che la previsione del limite temporale è collegata all'interesse ed all'autonomia delle parti, e l'esigenza di tipicità dei diritti reali non può certo ostacolare tale autonomia. Sotto tale profilo, appaiono opportune talune osservazioni.

Si può ritenere che la perpetuità della proprietà ha un significato limitato, in quanto la perpetuità di una situazione giuridica è soltanto tendenziale: non può trascurarsi il suggerimento formulato da un profilo più ampio, secondo il quale, quando si parla di rapporto perpetuo, non si vuole indicarne la insuscettibilità di formare oggetto della vicenda estintiva bensì "il fatto che non è predeterminata la durata della prestazione dedotta in rapporto". Anche per la proprietà, quindi, non può parlarsi che di "vocazione" alla perpetuità, alla durata indefinita. A riguardo : DI PRISCO N. *La proprietà temporanea*, Napoli, 1979.

ALLARA M., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, in *Corso di diritto civile 1949-1950*, Torino, 1950 , p. 104. A tal proposito si è discusso di superamento dell'individualismo possessivo, di tendenze verso un "altro modo di possedere" che pur paventato come un futuro mostruoso, nella realtà sociale era diffuso "sotto mille forme familiari". Seguendo un simile itinerario logico, è possibile enucleare dal tema della proprietà temporanea la funzione sociale dell'istituto. "La funzione sociale richiama l'idea di una sintesi politico-giuridica delle diverse finalità sociali che presidiano il rapporto dell'uomo con le cose: la funzione sociale della proprietà, affidata nel suo momento costitutivo e regolamentare all'autonomia delle parti, postula il dispiegarsi non della dialettica pubblico-privato ma delle concrete esigenze per le quali si distribuisca tra i reali interessati il potere di decidere sulla gestione dei beni". E' ricorrente tale

nascerebbe da un equivoco ermeneutico, rapportabile alla attribuzione di un rango costituzionale alla ipotesi basilare da cui si dipana l'intera disciplina privatistica della proprietà, ovvero l'exemplum che vede un unico soggetto titolare di poteri sovrani sul bene. Tale rango non potrebbe essere attribuito ad una simile fattispecie, dal momento che esistono svariati casi in cui si verifica un fenomeno di dissociazione fra godimento e gestione.²¹⁶ Ulteriore profilo attiene al rapporto tra l'istituto in esame ed il tema della responsabilità patrimoniale. Come è noto, la norma di cui all'articolo 2740 c.c. rappresenta la base per la definizione della responsabilità patrimoniale del debitore. Essa permette, in caso di inadempimento del debitore, la assoggettabilità del patrimonio dell'inadempiente all'esecuzione esecutiva del creditore, al fine di realizzare una forma di tutela in favore del creditore insoddisfatto. Dottrina e giurisprudenza, condivisibilmente, hanno ritenuto detta disposizione non ostativa ai fini del c.d. trust interno, dal momento che è proprio la norma in esame ad ammettere deroghe in presenza di una norma di legge ad hoc, norma di legge che, nel caso di specie, è quella derivante dalla legge (italiana) di ratifica della convenzione dell'Aja, ossia la legge 364 del 1989.

4. Trust e trascrizione: il problema della pubblicità immobiliare alla luce del (presunto) principio di tassatività delle fattispecie trascrivibili

La disposizione di riferimento è rappresentata dall'articolo 12 della Convenzione, secondo cui "Il trustee che desidera registrare beni mobili o immobili o i titoli relativi a tali beni, sarà abilitato a richiedere l'iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò sia vietato dalla legge dello Stato nella quale la registrazione deve aver luogo ovvero incompatibile con essa". E' noto che la Convenzione de L'Aja avrebbe, secondo pressoché unanime indirizzo dottrinale²¹⁷, carattere internazionalprivatistico e non sarebbe quindi una convenzione di diritto uniforme sostanziale. In altre parole, non sarebbe diretta a introdurre il trust negli ordinamenti di civil law, bensì a individuare norme di collegamento uniformi ai fini della determinazione della legge regolatrice. Peraltro, il carattere internazionalprivatistico non impedisce

motivo nella storia delle idee e può farsi risalire a GAETANO FILANGIERI che, esaminando le diverse ipotesi storiche di vendita *ad tempus*, ravvisava nella proprietà limitata nel tempo il mezzo più adeguato "per impedire che il numero de' non proprietari crescesse molto e che le sostanze di molti si riunissero nelle mani di pochi". Cfr.: GROSSI P., *Un'Altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977, p.37; FILANGIERI G., *La scienza della legislazione*, in *Scritti*, cur. VENTURI F., Torino, 1976.

²¹⁵ GAMBARO A., "Segregazione ed unità del patrimonio", in *Trust e Attività fiduciarie*, 2000, pag. 155-158.

²¹⁶ A conforto di queste asserzioni, l'autore da ultimo citato utilizza anche riferimenti storici: "Qualcuno, da qualche parte ha scambiato il *Code Civil*, ossia l'archetipo dei codici civili moderni, con un testo costituzionale. In particolare ha sostenuto che la parte relativa alla proprietà ha valore costituzionale. (...) A mio parere tutto ciò è completamente erroneo. In primo luogo un codice non è una costituzione. (...) In secondo luogo l'ipotesi semplice contemplante un solo soggetto ed un solo bene ha tutta un'altra valenza. Essa è infatti solo una figura astratta utile ad organizzare sistematicamente tutte le figure più concrete: la proprietà familiare e quella dei gruppi organizzati, le varie forme di comunione e la proprietà frammentata dall'esistenza di diritti concorrenti".

²¹⁷ . S. M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione de L'Aja del 1985*, cit., pag. 145 ss.;

M. LUPOI, *Legittimità dei trusts interni*, in I. BENEVENTI (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 35.

che la Convenzione introduca, eccezionalmente, alcune norme di carattere sostanziale nei singoli ordinamenti: la norma di cui all'articolo 12 della Convenzione costituisce, appunto, una di queste eccezioni e va dunque considerata quale norma immediatamente applicabile nell'ambito degli ordinamenti dei singoli paesi che abbiano ratificato la Convenzione, a prescindere da conflitti tra norme dei diversi ordinamenti. Quindi detta disposizione convenzionale inerente alla pubblicità del trust può essere considerata fonte di diritto interno.

Per quanto attiene al contenuto, la struttura della norma appare esile e di facile comprensione: essa consente al trustee di dare pubblicità ad atti o provvedimenti riguardanti il trust nei pubblici registri, purché ciò non sia vietato o incompatibile con la legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve avere luogo. In tal modo è consentito al trustee di pubblicizzare l'esistenza, sui beni mobili o immobili nella sua titolarità ed oggetto della fattispecie, del vincolo di destinazione che discende dalla costituzione di un trust. Secondo un condivisibile orientamento dottrinale, la pubblicità²¹⁸ del trust deve concernere non già il negozio istitutivo, bensì soltanto il negozio dispositivo e le successive vicende relative a beni del "trust fund", specificamente individuabili in negozi o in provvedimenti giudiziari soggetti ai diversi oneri pubblicitari previsti dall'ordinamento di ciascuno Stato. Ovviamente questa regola trova la propria eccezione per alcuni casi (come il trust testamentario) in cui i due negozi (istitutivo e dispositivo) coincidono documentalmente: in queste circostanze anche il negozio istitutivo riceverà adeguata pubblicità.²¹⁹

La pubblicità del trust è sottoposta a vincoli di natura sistematica, nello specifico ai limiti riscontrabili in rapporto ai divieti o alle incompatibilità nascenti dalla legislazione nazionale. La tematica attinente alla trascrizione del trust è stata al centro di una vera e propria querelle dottrinale. Numerosi ed autorevoli sono stati gli interventi che si sono succeduti a riguardo, spesso contrassegnati da toni accesi e polemici.²²⁰ In ordine alla trascrivibilità del trust, è stata evidenziata la difficoltà di procedere alla trascrizione di atti che non abbiano efficacia traslativa bensì natura

²¹⁸ ARRIGO T. - CAVANNA S. *Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento*, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, a cura di G. ALPA e C. ZATTI, Padova, 1999, pag. 31.

²¹⁹ Sempre per quanto attenga alla norma di cui all'articolo 12 della Convenzione, va evidenziato l'utilizzo di una terminologia piuttosto generica allo scopo di coprire il maggior numero di formalità pubblicitarie ipotizzabili. Il riferimento a nozioni quali "registrazione" o "iscrizione", per quanto attiene all'ordinamento italiano, permette di ricomprendere adempimenti diversi, quali la trascrizione nei registri immobiliari, nel pubblico registro automobilistico, nel registro aeronautico nazionale, o nel registro navale, l'iscrizione nel registro delle imprese, l'iscrizione nel libro soci.

²²⁰ La tematica attinente alla trascrizione del trust è stata al centro di una vera e propria querelle dottrinale. Numerosi ed autorevoli sono stati gli interventi che si sono succeduti a riguardo, spesso contrassegnati da toni accesi e polemici. Ex multis: CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita notarile*, 1998, pag. 1323-1329; C. CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Europa e diritto privato*, 1998, pag. 441 ss.; F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (Osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Rivista del Notariato*, 2001, pag.11; M. LUPOI, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, ivi, 2001, I, pag. 1159; GAMBARO A., *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, II, pag. 257 ss.; GAZZONI F. *In Italia tutto è permesso ,anche quel che è vietato(lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)* in *Rivista del notariato*, 2001, pag. 1247 ss.; GAZZONI F. *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Rivista del Notariato*, 2002, pag. 1107 ss.; GAMBARO A. *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja* in *Rivista di diritto civile*, 2002, II, 919 ss.; BIANCA C.M., *Diritto Civile, Vol. VI, La proprietà*, 1999, pag. 203; MATTEI U., *La proprietà*, in R. SACCO (cur.) *Trattato di diritto civile*, 2001, pag. 254 ss

obbligatoria.²²¹ Detta obiezione non sembra possedere particolare pregio. Già da tempo la dottrina²²² ha constatato che la rigida contrapposizione fra diritti reali e diritti di credito ha ormai perso confini rigidi e predeterminati, rimarcando la necessità di nuove impostazioni e nuove ottiche che svolgano una analisi obiettiva del fenomeno giuridico prescindendo dai rigidi steccati disegnati dalla dicotomia obbligazioni-diritti reali. Su questa scia, è possibile evidenziare l'esistenza di situazioni miste che presentino i caratteri tradizionali della realtà e dei rapporti obbligatori contemporaneamente. Volendo esemplificare possono rammentarsi la trascrivibilità della locazione ultranovennale o del contratto preliminare. E' agevole arguire una tendenza consistente, avvertita e radicata nel nostro ordinamento, che consiste nell'assicurare una forma di pubblicità anche a posizioni giuridiche diverse dai diritti reali tipici, specie allorché si versi in situazioni di compressione delle facoltà proprietarie.²²³ La pubblicità del trust può ritenersi

²²¹ Per completezza è opportuno rammentare posizioni dottrinali peculiari ed, allo stato, isolate. Alcuni sostengono che sia l'articolo 11 che l'articolo 12 della Convenzione, prevedenti rispettivamente, l'opponibilità del diritto del concedente ai creditori del trustee e la trascrivibilità dell'atto costitutivo, attengono tuttavia a materie di esclusiva competenza delle leggi nazionali e non possono quindi valere come diritto interno senza una legge che stabilisca i presupposti di opponibilità degli atti sui beni e i modi della loro pubblicità. Per corroborare la coerenza delle proprie asserzioni, questi autori chiamano a conferma l'articolo 15 della Convenzione, secondo cui la Convenzione non ostacolerà "l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie: (...) d)il trasferimento di proprietà e le garanzie reali; e la protezione dei creditori in casi di insolvenza". Una posizione a sé stante circa la questione della trascrivibilità del trust è attribuibile a chi nega che la trascrizione, ex articolo 2643 n 1 cod.civ. dell'acquisto immobiliare del trustee valga a rendere opponibile ai terzi l'effetto di segregazione patrimoniale alla stregua di una proprietà fiduciaria (trustee causa) e reputa necessaria una *exceptio doli generalis*: "(...) l'*exceptio doli* può essere rivolta nei confronti di chi, avendo acquistato il bene immobile nella consapevolezza della appartenenza esclusivamente formale di esso al dante causa, pretendesse, in forza della trascrizione contro l'ultimo titolare secondo le risultanze dei pubblici registri, di aver acquistato come se tale consapevolezza non gli fosse stata fornita dai registri stessi mediante la risultanza da essi del vincolo di appartenenza sostanziale difforme da quello formale. (...) Nell'ipotesi da noi formulata, infatti, l'*exceptio* non si contrapporrebbe alla risultanza formale della trascrizione, la quale anzi sarebbe caratterizzata dall'avvertenza circa il vincolo di destinazione a sfera giuridica altra da quella formalmente risultante dai registri o, se si vuole, dalla limitazione che affetta l'acquisto di titolarità da parte di colui in favore del quale è operata la trascrizione". Nell'ambito del vasto panorama giuridico esaminato, non mancano tentativi, coraggiosi ma non sempre fortunati, di affrontare il problema secondo punti di vista innovativi. In tal senso davvero peculiare appare la posizione di certa dottrina secondo cui, in assenza di un obbligo del conservatore dei registri immobiliari a ricevere l'annotazione di un trust, "è possibile percorrere "un'altra via" e scartare la natura di un bene pubblico di questo tipo di informazioni, semplicemente ponendo a carico di chi intende costituire un trust il costo di portarne la costituzione a conoscenza dei terzi, tramite un adeguato sforzo a tal fine e qui, gli strumenti privati disponibili non sono difficili da immaginare, includendo essi i normali mass-media o forse oggi, nell'età informatica, anche la rete internet". In tal senso: BIANCA C.M., *Diritto Civile*, VI: La proprietà, 1999, p.203; CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita notarile*, 1998, pag. 1323-1329; MATTEI U., *La proprietà*, in R. SACCO (cur.), *Trattato di diritto civile*, 2001, pag. 254 ss.

²²² PERLINGIERI P., *Profili del diritto civile*, III° Edizione, 1994, pag. 178 ss.

²²³ Sembrano perciò superabili le osservazioni di quanti asseriscono che il trust violi un doppio principio di tipicità (quello dei diritti reali e quello degli atti soggetti a trascrizione): "Il sistema della trascrizione è come una scacchiera su cui possono muoversi solo i pezzi degli scacchi, con le loro tipiche mosse. E' impossibile per un cavallo muoversi, senza limiti, in diagonale come fa l'alfiere, così come non può introdursi un nuovo e diverso pezzo, ad esempio un roccante, cui i giocatori attribuiscono la possibilità di piombare accanto alla regina da qualsivoglia posizione egli si trovi per sventare l'attacco di un pretendente che voglia conquistarla, mangiandola". In tal senso F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (Osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Rivista del Notariato*,

ammissibile argomentando dalla norma di cui all'articolo 2643 c.c. o, al più, dall'articolo 2645 c.c.²²⁴

Altri²²⁵ argomentano dall'articolo 12 della Convenzione per sostenere che “la ratifica della Convenzione da parte dello Stato italiano non può non costituire fonte di diritto materiale innovativo nel riconoscere l'operatività del trust anche nel nostro Paese²²⁶, a meno che non si

2001, pag. 11 e 15.

²²⁴ La norma di cui all'articolo 2645 c.c. ha il seguente tenore: “Deve del pari rendersi pubblico, agli effetti previsti dall'articolo precedente, ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'articolo 2643, salvo che dalla legge risulti che la trascrizione non è richiesta o è richiesta a effetti diversi”. Su questa specifica disposizione esistono orientamenti ermeneutici opposti. Non a caso in dottrina si è discusso di “contenuto dispositivo sibillino”. Secondo la prospettiva di parte della dottrina, nel nostro sistema civilistico vige il principio del consenso traslativo, (di cui all'articolo 1376 cod.civ.) nei confronti del quale l'onere della trascrizione si pone come eccezione alla regola. Un' eccezione di non poco momento dato che sostituisce al criterio della priorità temporale della conclusione dell'atto con data certa quello della priorità della trascrizione, al fine di risolvere i conflitti che possono nascere in sede di circolazione dei diritti immobiliari. Pertanto, assunto che l'onere della trascrizione viene imposto dal legislatore eccezionalmente, se ne dovrà dedurre l'impossibilità sia di ipotizzare un sistema aperto sia di moltiplicare l'onere di trascrizione a nuove tipologie di diritti, pur reali, immobiliari. Su tali basi, si è sostenuto che l'articolo 2643 c.c. individuerebbe non solo gli atti soggetti a trascrizione ma soprattutto gli effetti giuridici prodotti dai medesimi, fissando un principio di tassatività per cui sarebbero trascrivibili solo gli atti che producano quei dati effetti. Di conseguenza l'articolo 2645 c.c. atterrebbe alla possibilità di trascrivere non atti che producano effetti diversi da quelli di cui all'articolo 2643 c.c. bensì atti diversi da quelli enunciati dall'articolo 2645 c.c. ma produttivi degli stessi effetti: dunque non solo i contratti e le sentenze, ma anche gli atti unilaterali e gli atti amministrativi. La ratio di tali affermazioni può essere rinvenuta riflessioni a più ampio spettro. Il criterio di tassatività degli effetti è rapportabile alla natura stessa dell'istituto della trascrizione, un istituto che deve assicurare la tutela dei terzi e la certezza dei traffici: sono proprio queste le motivazioni che giustificano un sistema fondato su schemi eminentemente formali. Il carattere formale dell'istituto è a sua volta connesso tanto alla tipicità normativa espressa dalle disposizioni codicistiche, quanto al fatto che “oggetto della conoscenza sono le forme assunte dalle modificazioni in cui si traduce il contenuto degli atti, ossia appunto gli effetti giuridici”. Secondo un diverso orientamento, la disposizione di cui all'articolo 2645 c.c. è stata considerata quale norma di chiusura di un sistema di trascrizione indiscriminatamente aperto. Su queste basi si è giunti ad affermare che nel raggio d'azione dell'articolo 2645 avrebbe dovuto trovare posto “qualsiasi tipo di atto o provvedimento che abbia riflesso su diritti reali e ne tragga motivo di pubblicità”. Le conseguenze di simile impostazione sono quelle dell'ampliamento della sfera di applicazione dell'articolo 2644 e dell'istituto della trascrizione nel suo complesso. A simili impostazioni teoriche può essere ricondotta la concezione di quanti propugnano la estensione delle fattispecie trascrivibili sul piano della interpretazione o della analogia, argomentando specialmente dal fatto che nella dizione dell'articolo 2645 appaia il riferimento a “beni immobili o a diritti immobiliari”. Anche in questo caso i risultati dell'adesione a simili prospettive teoriche comporterebbe un “ampliamento panoramico” dei limiti della trascrivibilità. In argomento: GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile Commentario diretto da P.Schlesinger*, 1998, p.594; MESSINETTI D., *Trascrizione delle domande giudiziali*, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 1, 1976, p.191; MARIANI, *L'articolo 2645 del codice civile*, in *Rivista del Notariato*, 1947, p.479 ss.; NATOLI U., *Della Trascrizione*, in *Commentario al codice civile*, 1971, p.109 ss.; GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare in Il codice civile Commentario diretto da P. Schlesinger*, 1998, p.597.

²²⁵ PICCOLI P., *Prassi italiana in materia di pubblicità immobiliare*, Relazione al 1° Congresso Nazionale sui Trusts (Roma 19-20 novembre 1999 reperibile sul sito internet www.il-trust-in-Italia.it);

a favore di una lettura “aperta” dell'articolo 2645 cod.civ. vedi anche: MAIORCA C., *Della trascrizione in Commentario al codice civile diretto da D'amelio e Finzi*, libro VI, pag. 180 ss.

²²⁶ L'articolo 12 della Convenzione, quindi, consentendo la trascrizione “a meno che ciò non sia vietato o sia incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la trascrizione deve avere luogo” non impedisce la trascrizione a favore del trustee. Non distanti vanno valutate le posizioni di quanti sostengono che la Convenzione

voglia vanificare del tutto il significato di tale ratifica”.²²⁷

dell’Aja impone ai sistemi non trust “due doveri”: il dovere che nel nostro paese chiama in causa soprattutto i conservatori dei registri immobiliari di consentire la trascrizione della qualifica di trustee accanto la nominativo dell’acquirente; il dovere, che nel nostro paese chiama in causa soprattutto i giudici, di riconoscere che il trust fund è un patrimonio separato da quello del trustee e perciò non aggredibile da parte dei suoi creditori personali.

²²⁷ Le concrete modalità di trascrizione sono controverse. In dottrina, la soluzione maggioritaria è quella che opta per la trascrizione a favore del trustee. Per quanto attiene alle modalità, vanno ricordate la menzione, nel quadro “D” della nota di trascrizione (dedicato agli “altri aspetti che si ritiene utile pubblicare”) sia del fatto che l’acquisto è effettuato “in qualità di trustee” (da indicare anche nel quadro “C” dedicato ai “Soggetti a favore”), sia degli estremi e dei contenuti essenziali dell’atto istitutivo. Viene esclusa la trascrivibilità a favore del trust. L’argomento è stato ipotizzato sulla base della norma cui all’articolo 2659 co.1 come modificata dalla legge n°52 del 1985 ed estesa ai comitati dalla sentenza n°6032 del 1993 della Corte di Cassazione. Tuttavia c’è accordo in dottrina nel negare la configurabilità di una simile ipotesi ricostruttiva in quanto il trust non può configurarsi un soggetto di diritto: “(...)un asserito parallelismo fra trust e associazione non riconosciuta francamente non appare condivisibile, sia perché non può parlarsi di trust fund come di autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, avendo questo un titolare ben individuato, che è il trustee, sia perché quest’ultimo non può certo considerarsi un soggetto che agisce in veste propria, essendo invece un proprietario”. Appare pertanto superata la concezione di coloro che identificano nel trust un autonomo centro di imputazione e, di qui, reputano possibile, argomentando proprio dall’articolo 2659 cod.civ., una trascrizione in favore del trust. Date queste premesse, vengono palesati i motivi per cui va respinta una ipotesi ricostruttiva secondo cui il trustee, quale soggetto investito di poteri di rappresentanza organica dell’ente-trust, riceverebbe solo una menzione nel quadro “D” della nota di trascrizione. Altra utile precisazione riguarda la menzione degli eventuali beneficiari del trust all’interno della nota di trascrizione. In proposito, si sostiene che una simile dicitura deve ritenersi meramente facoltativa: la menzione dei beneficiari è infatti superflua ai fini della opponibilità del vincolo. Tuttavia, militano motivazioni ulteriori a favore della facoltatività di questa operazione: solo evitando un riferimento obbligatorio al *beneficiary* è possibile contemperare le esigenze di pubblicità proprie del nostro ordinamento e quelle di tutela della privacy tipiche degli ordinamenti anglosassoni ed evitare che gli operatori di *common law* siano dissuasi dal costituire trust in Italia.

Non mancano pareri diversi e soluzioni alternative alle questioni suesposte. In particolare, alcuni hanno espresso la necessità che si proceda ad una doppia trascrizione. All’uopo, viene evidenziata la natura di fattispecie complessa della istituzione dei trust immobiliari, una fattispecie che comprende un atto di trasferimento del disponente al trustee ed una, contestuale, creazione di un vincolo di segregazione. Poiché i due elementi sono ontologicamente distinguibili, la differenza deve essere evidenziata anche in sede di rappresentazione dei registri immobiliari. Sarebbe dunque opportuno procedere ad una doppia trascrizione, una dal disponente al trustee, l’altra contro il trustee. La trascrizione del trasferimento in capo al trustee sarà effettuata sulla base dell’articolo 2643 n 1 cod. civ., avrà gli effetti di cui all’articolo 2644 cod. civ. e sarà obbligatoria ai fini dell’opponibilità ai terzi. La trascrizione del vincolo puro sarà invece operata in base all’ articolo 2645 cod. civ. ed avrà la funzione non di risolvere i conflitti inerenti gli atti di disposizione dei beni in trust bensì di opporre ai terzi il vincolo di destinazione. La soluzione appare, allo stato attuale, poco più che una astratta ipotesi, dato che è stata sostanzialmente ignorata dalla prassi giuridica. In argomento cfr.: LUPOI M., *Trust*, 1997, pag. 497ss.; BARTOLI S. “*Il trust*” Milano 2001.580 e ss.; PAOLO PICCOLI, *Prassi italiana in materia di pubblicità immobiliare* reperibile sul sito internet www.il-trust-in-Italia.it; ARRIGO T.- CAVANNA S., *Convenzione dell’Aja sulla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento*, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari* a cura di G. ALPA e C. ZATTI, Padova, 1999, pag. 32; MASI C., *La Convenzione dell’Aja in materia di trust*, in Aa. Vv., 1999, *Materiali e Commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di VETTORI G., pag. 777; DE DONATO A. - DE DONATO V. - D’ERRICO M., “*Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica*”, Roma 1999, pag. 138-140; BUTTA’ S., *Effetti diretti della Convenzione dell’Aja nell’ordinamento italiano*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 551 ss. GALLIZIA G., *Trattamento tributario dell’atto dispositivo in un trust di beni immobili*(p.148 ss.) e *Trascrizione di atti di beni attribuiti al trustee-III* (p.362 ss.), in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2001. La prassi ha lungamente faticato prima di accogliere i suggerimenti dei teorici. Può, ad esempio, ricordarsi un

parere negativo riguardo alla trascrivibilità di un trust, espresso dalla Direzione Compartimentale del Territorio della Lombardia, datato 19 luglio 1994. Il parere esordiva con un postulato discutibile, secondo cui l'ordinamento italiano non conosce l'istituto del trust e quindi per espressa previsione dell'accordo internazionale (art.5 Convenzione dell'Aja) il trust non può essere attuato e riconosciuto in Italia. Con riferimento alla pubblicità immobiliare il parere sosteneva che "le difficoltà attuative sono ancora più rilevanti. E' pur vero che l'art.12 della Convenzione prevede la possibilità di far registrare nei pubblici registri gli immobili trasferiti al trustee e ciò al fine di rilevare in qualche modo l'esistenza del trust, la stessa disposizione però fa salve eventuali incompatibilità della previsione pattizia internazionale con la legislazione dello Stato". Per concludere che "l'elenco degli atti soggetti a trascrizione deve essere inteso tassativo e non indicativo, sicché, ove una legge speciale (art.2672 cod.civ.) non ne preveda espressamente la trascrizione, il trasferimento dei beni nel trust non si ritiene trascrivibile". Il parere tuttavia dava una indicazione interessante in relazione alle modalità della trascrizione, qualora la si ritenesse effettuabile, suggerendo che la tecnica della formalità avrebbe dovuto essere quella seguita a favore dei nascituri, indicando come soggetti a favore i genitori od il genitore del nascituro beneficiario evidenziando però nella nota tale specifica qualità. Dallo stesso parere, dunque, nonostante una chiusura di tipo giuridico, emergeva una apertura dal punto di vista tecnico, passo avanti notevole rispetto alle prime posizioni emerse in sede di discussione su questo argomento, ove si era sostenuto la non trascrivibilità anche per ragioni legate alla modulistica in essere e al programma di redazione della nota su supporto informatico. La tendenza ha subito, con il passare degli anni, una inversione abbastanza netta, dovuta soprattutto all'atteggiamento di apertura del mondo notarile nei confronti dell'istituto: si è così giunti al fondamentale passo della trascrizione di un bene immobile acquistato da un trustee. Può, ad esempio, rammentarsi la tecnica adottata dal Notaio FEDERICO TASSINARI di Bologna, che ha trascritto a Bologna in data 21 maggio 1998 un "atto tra vivi di cessione di diritti reali a titolo gratuito", evidenziando la presenza di parti libere relative ai quadri "A" (atto), "B" (immobile) e "C" (soggetti) nel quadro "D". In quest'ultimo è riportato un ampio estratto dell'atto istitutivo di trust, contestuale al trasferimento del bene ai trustees, con l'evidenza che il bene stesso è separato dal patrimonio personale dei trustees, nonché una sintesi delle norme di funzionamento del trust, con particolare riguardo alla sostituzione dei trustee ed ai poteri degli stessi in merito all'amministrazione ed alla conservazione del patrimonio del trust ed alla sua disposizione. Ulteriore tecnica è da segnalarsi per una trascrizione avvenuta presso la Conservatoria dei Registri immobiliari di Treviso, da parte del Notaio PAOLO VALVO di Conegliano, il 19 gennaio 1999. Nel quadro "A" è stato indicato un "Atto costitutivo di trust" e sono state indicate parti libere nel quadro "D" relative ai quadri "A" (atto) e "B" (immobile). Nel quadro "D" sono state riportate le disposizioni che regolano il godimento del bene, il funzionamento e i poteri del trust, l'indicazione dei protectors, la legge regolatrice. Il Notaio PASQUALE AMATI di Saint Vincent ha trascritto ad Aosta il giorno 11 febbraio 1999 una "compravendita", con l'espedito di inserire nel quadro "C" (soggetti) accanto al cognome dell'acquirente l'espressione "in qualità di trustee". In questo modo è stata superata l'obiezione secondo cui il modulo meccanizzato e le rigidità del software non avrebbero consentito di inserire in nessun modo nel quadro "C" la qualità di trustee dell'acquirente in quanto mancante il relativo campo; anche in questo caso viene evidenziata la presenza di parti libere relative ai quadri "B" (immobile) e "C" (soggetti) nel quadro "D", nel quale si specifica che il trustee ha acquistato esclusivamente nella sua qualità con riferimento ad un trust istituito con atto pubblico e che pertanto l'acquisto oggetto di trascrizione è segregato dal patrimonio personale del trustee. A seguito di tale trascrizione, in data 23 giugno 1999, è stata diramata, da parte della Direzione Compartimentale del Territorio per le Regioni Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta, Servizio Ispettivo, una nota con prot.6901/99 di grande interesse. Dopo aver premesso che il trust è un soggetto di diritto non suscettibile, alla luce del nostro ordinamento positivo, di trascrizioni a favore o contro, ed avere da ciò dedotto che dovrebbe essere rifiutata o quanto meno effettuata con riserva ex art.2674 bis cod.civ. la trascrizione a favore del trust, finisce comunque per concludere nel senso che è invece ammissibile la trascrizione dell'acquisto a favore del soggetto trustee con menzione, nel quadro "D", che detto acquisto avviene per conto del trust. Diversamente, qualora il richiedente inserisca il trust nel quadro "C", andrebbe comunque opposto il rifiuto, almeno "finché una specifica norma italiana non consenta di intestare direttamente i beni al trust come soggetto autonomo di diritto rappresentato ovviamente dal trustee". Nella stessa direzione, si segnala che la delibera n.37 in data 11 maggio 1998 del Comitato di Coordinamento del Servizio Centrale degli Ispettori Tributarî-SECIT del Ministero delle Finanze ha qualificato come indispensabile nell'ordinamento italiano, ai fini dell'opponibilità del trust ai terzi, la sua pubblicizzazione con le modalità richieste dalla natura dei beni che ne sono oggetto. Ulteriore caso significativo va ascritto al notaio Luigi Francesco Rizzo di Genova, che il giorno 12 giugno 1999 ha trascritto a Torino una "vendita a trust". Anche in questo caso è stata segnalata la presenza di parti libere

La giurisprudenza²²⁸ appare prevalentemente orientata nel senso della trascrivibilità del trust.

relative ai quadri "A" (atto), "B" (immobile) e "C" (soggetti) nel quadro "D". In esso è stato specificato che gli acquirenti hanno agito nella qualità di trustees del trust istituito con atto autentificato da Notaio ed è stato richiamato l'art.11 della Convenzione per l'effetto della segregazione dei beni del trust. BARTOLI S. "Il trust" Milano 2001, pag. 580 e ss.; PAOLO PICCOLI, *Prassi italiana in materia di pubblicità immobiliare*, reperibile sul sito internet www.il-trust-in-Italia.it; La nota è reperibile in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 296-297; Sole Ventiquattrore, Guida Normativa del 6 ottobre 1998 N°179.

²²⁸ In giurisprudenza vi sono taluni provvedimenti contrari alla pubblicità del trust : Tribunale di Belluno del 23 settembre 2002, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, 255; Tribunale di Trieste del 7 aprile 2006, in *Notariato*, 2006, 531; Tribunale di Santa Maria Capua Vetere del 14 luglio 1999, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 251. Piuttosto interessante il provvedimento da ultimo citato, relativo ad una ipotesi di iscrizione di trust nel registro delle imprese. Il Tribunale parte dalla interpretazione restrittiva dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja secondo cui, in Italia e nei Paesi che non prevedono il trust, è ammissibile l'istituzione ed il riconoscimento del trust straniero, mentre non sarebbero riconoscibili i trust puramente domestici privi di elementi di estraneità, fatta eccezione per la legge straniera richiamata per la regolamentazione dell'istituto. Infatti, il richiamo di una legge straniera per regolamentare elementi tutti legati all'ordinamento italiano, potrebbe rappresentare un abuso della regola normativa che permette la scelta della legge applicabile, abuso che potrebbe condurre alla deroga di disposizioni normative imperative del diritto italiano quale l'art. 2740 cod. civ. Il Tribunale, poi, si rifà al principio della tassatività delle iscrizioni sancito dall'art. 2188 cod. civ. Per come ampiamente argomentato anche in dottrina e per come ormai pacificamente ammesso anche in giurisprudenza, tale interpretazione che porta a considerare illegittimi i trust interni, non è condivisibile. La pronuncia ha fatto molto scalpore non perché ha seccamente escluso la possibilità di conferire adeguata pubblicità al trust, ma soprattutto perché ha negato la ammissibilità del trust nel nostro ordinamento. Per dimostrare le argomentazioni adoperate dai giudici campani, faremo ampio riferimento a quanto già esposto in tema di "trust interno". Infatti, ritenere che l'art. 13 della Convenzione consenta agli organi giudicanti di non riconoscere un trust interno significa istituire un' inaccettabile discriminazione tra il trust costituito da stranieri, avente ad oggetto beni situati in Italia e regolato da una legge straniera ed il trust costituito da un cittadino italiano, con la conseguente palese violazione dell'art. 3 della Costituzione. Viceversa l'art. 13 della Convenzione va letto in combinato disposto con gli altri articoli della stessa. Si osserva, innanzi tutto, che la Convenzione non pone limiti in ordine alla legge regolatrice del trust. La Convenzione, poi, agli artt.15, 16 e 18, individua delle riserve all'applicazione della stessa, prima fra tutte la violazione dell'ordine pubblico dello Stato nel quale il trust trova applicazione. L'art. 13 si pone, quindi, come norma di chiusura che consente di rifiutare il riconoscimento di quel trust che sia in contrasto con l'ordinamento in cui esplica i suoi effetti. Configurare, poi, il patrimonio del trust come patrimonio separato o di destinazione, non appare in contrasto con norme imperative o di ordine pubblico, esistendo già nel nostro ordinamento molti esempi di segregazione di beni finalizzati ad uno scopo: si pensi al mandato senza rappresentanza di cui all'art. 1707 cod. civ., all'accettazione col beneficio di inventario, di cui all'art. 490 cod. civ., che prevede quale effetto della detta accettazione quello di tenere distinto il patrimonio dell'erede da quello del *de cuius*; le c.d. annualità successive di cui all'art. 699 cod. civ., che consente al testatore di disporre a carico dell'erede l'erogazione di somme in favore di soggetti rientranti in una data categoria; il fondo patrimoniale, di cui all'art. 167 cod. civ., definito quale patrimonio di destinazione in quanto i beni che lo compongono sono destinati al soddisfacimento dei bisogni della famiglia; le c.d. gestioni professionali, in cui la somma affidata al gestore resta segregata rispetto al suo patrimonio anche se tale segregazione è comunque sempre parziale rimanendo il patrimonio sempre di proprietà del disponente e, quindi, aggredibile dai creditori del costituente (così nel mandato, così per i debiti del *de cuius*, così per i debiti contratti in favore della famiglia); le società unipersonali. Si osserva che la segregazione deriva direttamente dalla Convenzione (art. 2), che è norma di diritto internazionale e come tale costituisce diritto speciale che prevale su quello interno (con il solo limite dell'ordine pubblico e della liceità), e derogherebbe al principio sancito dall'art. 2740 cod. civ.; mentre non vi sarebbe alcuna deroga alle norme che attengono al trasferimento del diritto sul bene dal disponente al trustee, che segue regolarmente la legge del paese in cui è situato il bene, così come accade per il regime di pubblicità e di opponibilità del trasferimento. Rimane, di certo, la facoltà per il giudice di considerare nel caso concreto un determinato trust interno riprovevole perché contrario all'ordine pubblico, mentre tale facoltà è preclusa nel caso di trust straniero nel quale vi siano, dunque, elementi di contiguità del trust a ordinamenti nazionali che tale istituto conoscono. Pertanto, non è sufficiente rilevare la presenza di un trust interno o di un trust che

5. Trust e ristrutturazione stragiudiziale. L'istituto a cavallo tra finalità protettive ed intento liquidatorio.

Il trust può bene essere utilizzato all'interno di una ristrutturazione stragiudiziale, ossia al di fuori di una procedura concorsuale tipica. Una prima ipotesi²²⁹, ritenuta dai più meritevole di tutela, attiene all'utilizzo

presenta collegamenti obiettivi con uno Stato che non prevede tale istituto, per non riconoscerne gli effetti, ma sarà necessario constatare la mancanza di qualsiasi legittima giustificazione di ricorso all'impiego del trust e di scelta della legge ad esso applicabile. In questo caso, è giusto lasciare allo Stato e al giudice che ne applica le leggi la facoltà di non riconoscere l'istituto e, quindi, di non applicare la norma straniera. Si consideri, ancora, che non ammettere i trust interni contrasterebbe con la stessa struttura per così dire "aperta" del trust che pur nascendo con elementi di estraneità potrebbe, negli anni, acquisire beni situati nello Stato italiano ed assumere elementi costitutivi, rilevanti ed interni. Si osserva, poi, quanto alla tipicità e tassatività delle iscrizioni, che il Tribunale non ha considerato le disposizioni di cui all'art. 11 della Convenzione, le quali individuano il contenuto minimo del riconoscimento dei trust. Lo scopo dell'art. 11 è, infatti, esattamente quello di inserire una deroga a favore dei trust in tutte le disposizioni che prevedono un *numerus clausus* di fattispecie registrabili, sicché non appare lecito fondare sul principio di tipicità del diritto interno l'esclusione del riconoscimento dei trust. Favorevoli alla pubblicità del trust: Tribunale di Bologna: decreto 18 aprile 2000, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 372 e ss.; Tribunale di Chieti del 10 marzo 2000, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 372 e ss.; Tribunale di Pisa, emesso 22 dicembre 2001, in *Trust e Attività fiduciarie*, 2002, 241 ss.; Tribunale di Verona del 8 gennaio 2003, in *Trust e attività fiduciarie* 2003, p. 409; in argomento Dogliotti R. e Braun A., "Il trust nel diritto delle persone e della famiglia", Milano 2003, pag. 39 ss. Più di recente, **con sentenza (inedita per quanto consta) in data 26 Febbraio 2014 n. 5494/2013**, il Tribunale ordinario di Torino ha sancito che l'apporto di un immobile in Trust deve essere trascritto nei registri immobiliari a favore del Trust e non a favore del Trustee con evidenza del vincolo in Trust senza, comunque, che questo comporti alcuna soggettività al Trust.

²²⁹ È il caso dell'imprenditore in bonis e tuttavia in crisi di liquidità, che teme l'inizio di azioni esecutive da parte di uno o più creditori: al fine di prevenire le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'inizio di una procedura esecutiva individuale sui beni dell'azienda, istituisce in trust alcuni di detti beni al fine di destinarli alla liquidazione di una certa "categoria" di creditori (se già è in grado di individuare i più "pericolosi") o di tutti i creditori dell'impresa, eventualmente prevedendo di trattenere per sé l'eventuale esubero della liquidazione. Si tratta in particolare di un trust con funzioni liquidatorie, avente lo scopo di "rassicurare" i creditori, prospettando loro l'integrale o parziale pagamento dei crediti per mezzo delle attività liquidatorie svolte dal trustee con riferimento ai beni vincolati in trust. Nell'ottica dell'impresa, il vantaggio è quello di "scongiurare" attività esecutive individuali da parte dei creditori oppure richieste di trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli (ipoteche giudiziali, sequestri o pignoramenti), proteggendo al tempo stesso gli altri beni dell'impresa. L'imprenditore avrebbe così la serenità di poter proseguire nell'attività di impresa senza il rischio di dover far fronte ad azioni esecutive individuali sui beni aziendali. In questo contesto, inoltre, non vi è necessità di rispettare la par condicio creditorum, e si potranno pertanto legittimamente impostare delle preferenze e delle graduazioni, tra i creditori beneficiari, nel riparto di quanto realizzato dalla liquidazione. Trattandosi poi di atto negoziale posto in essere al di fuori di qualsiasi procedura, esso non consente l'esonero da revocatorie e da azioni penali in caso di successivo fallimento (come viceversa accadrebbe ai sensi dell'art. 67, comma 3 e dell'art. 217-bis l. fall. se venisse elaborato, ad esempio, nel contesto di un piano attestato, di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di un concordato preventivo), sicché le attribuzioni patrimoniali che i singoli creditori ricevano dalla liquidazione dei beni in trust saranno soggette - qualora il loro debitore successivamente fallisca - alle ordinarie regole di inefficacia nei confronti della massa dei creditori. Un simile trust svolge anche una funzione di garanzia nei confronti dei creditori, con dei vantaggi sia per l'imprenditore che per gli stessi creditori rispetto alle ordinarie garanzie reali. L'imprenditore disponente beneficia di uno spossessamento "pilotato" in capo al trustee - laddove il pegno ad esempio richiede lo spossessamento a vantaggio del creditore pignorante, con i comprensibili problemi laddove esso abbia a oggetto beni aziendali - e, nel caso di trust autodichiarato, mantiene addirittura il controllo dei beni destinati. I creditori possono contare - rispetto alle ordinarie garanzie reali - sul fatto che anche i flussi reddituali medio tempore generati dal cespite vincolato in trust possono essere destinati al loro soddisfacimento, e che la vendita del bene verrà effettuata, in via privata, da parte del trustee con tempi rapidi e modalità efficienti, e senza i costi che discendono da una eventuale esecuzione individuale o, ancor peggio, concorsuale. Dal punto di vista redazionale, per conferire maggior credibilità

dell'istituto quale strumento negoziale scelto dall'imprenditore per la riduzione dell'esposizione debitoria dell'impresa, in vista della continuazione dell'attività²³⁰. La dottrina ha discusso a riguardo di "trust protettivo" Anche la giurisprudenza²³¹ ha avuto modo di affermare la legittimità di un simile costrutto «quando la segregazione di alcuni beni consente alla società in bonis di perseguire con un programma liquidatorio lo scopo di ottimizzare l'interesse dei beneficiari ovvero dei creditori, mettendo al riparo i beni stessi da iniziative individuali pur sempre ammissibili anche in costanza di liquidazione».²³²

Maggiori criticità possono rilevarsi con riferimento al c.d. "trust liquidatorio", ossia al trust finalizzato alla liquidazione dell'intero patrimonio di una società per soddisfare i creditori sociali, non accompagnato da alcuna iniziativa volta a una ripresa dell'attività imprenditoriale o comunque al "salvataggio" dell'impresa. Lo scopo di questa tipologia di trust è quello di porsi quale modalità alternativa della liquidazione volontaria della società: l'intera operazione viene programmata al solo fine di ottenere, attraverso una "accelerata" cancellazione della società disponente dal registro delle imprese, l'estinzione della società stessa, senza passare attraverso la fase della liquidazione, e talvolta con l'ulteriore scopo di "ostacolare" una possibile dichiarazione di fallimento, come noto preclusa ai sensi dell'art. 10 l. fall. decorso un anno dalla cancellazione. La questione va trattata in modo diverso per le società di persone e per le società di capitali. Con riferimento alle società di persone, l'ammissibilità di un trust liquidatorio non sembra potersi negare, atteso che, secondo un diffuso orientamento interpretativo²³³, l'intera disciplina della liquidazione nelle società personali può ritenersi derogabile, potendo persino essere del tutto omessa e, pertanto, potrebbe

all'operazione e persuadere i creditori circa la riuscita dell'operazione, appare preferibile la struttura "traslativa" del trust, con la nomina di un trustee terzo, che - laddove il bene destinato al soddisfacimento dei creditori sia di difficile realizzo (si pensi all'immobile aziendale di ingente valore ma di difficile commerciabilità) - sarebbe opportuno altresì individuare in un soggetto professionalmente dedito a questo tipo di attività. Appare infine quasi "obbligatoria" la nomina di un guardiano, con il compito di controllare la regolarità e l'effettività della programmata attività liquidatoria da parte del trustee, e con l'ulteriore accortezza di riservare detta carica a soggetti "graditi" al ceto creditorio. Questa fattispecie è ancora estranea al tema delle imprese "insolventi", e non viene quindi in rilievo alcun profilo di incompatibilità con la disciplina in tema di liquidazione concorsuale.

²³⁰ Lievemente differente dalla riferita fattispecie è quella del c.d. trust di salvataggio. È questa l'ipotesi di un'impresa che si trovi in uno stato di crisi, rilevante eppure ancora "reversibile", e intenda - per scongiurare una, o "resistere" ad una, istanza di fallimento - liquidare alcuni suoi beni al fine di soddisfare i creditori e, una volta riequilibrata la situazione economica dell'impresa, proseguire nella propria attività. Rispetto all'ipotesi precedentemente esaminata, si differenzia per la maggiore pericolosità dello stato di crisi che attraversa l'impresa, che richiede urgenti manovre per il risanamento, al fine di scongiurare il sopraggiungere di uno stato di insolvenza "rilevante". Il trust è impiegato in questo caso in un'ottica, per così dire, "preventiva" del fallimento: ha la funzione di liquidare alcuni beni e di destinarne il ricavato ai creditori, in modo tale da impedire il sopraggiungere dello stato di insolvenza dell'impresa disponente e comunque - e a prescindere dal primo effetto - da far desistere i creditori stessi dalla proposizione dell'istanza di fallimento.

²³¹ Trib. Milano 22 ottobre 2009, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, 271.

²³² La dottrina non valuta in maniera univoca l'ipotesi al vaglio. Secondo una certa impostazione, la validità del trust, in tali circostanze, va appurata caso per caso, alla luce della ragione pratica del negozio. E' necessario appurare la meritevolezza causale del programma negoziale, alla luce del paradigma di cui all'art. 1322 c.c.. Ove il trust comporti un pregiudizio per la par condicio creditorum, l'operatività dell'accordo verrà bloccata dalla norma di cui all'art. 15 della Convenzione dell'Aja, con conseguente invalidità (o secondo alcuni solo inefficacia) del trust. Ove, al contrario, il programma negoziale non comporti un pregiudizio al pari trattamento dei creditori, se ne potrà inferire la piena validità ed efficacia del negozio. Né assumerebbe rilevanza alcuna lo stato (reversibile o irreversibile) della crisi aziendale per sostenere l'ammissibilità del trust stesso. In tal senso D. GALLETTI, *Trust liquidatorio e (in)derogabilità del diritto concorsuale*, in *Moderni sviluppi dei Trust*, Milano, 2011, 631 e ss.

²³³ In luogo di molte Cass. 20 dicembre 1985 n. 6525, in *Società*, 1986, 600, con nota di B. QUATRARO.

concludersi che, in questo contesto, il trust liquidatorio sarebbe semplicemente uno dei possibili metodi di liquidazione, alternativi alla “ordinaria” procedura di liquidazione. Non vi sarebbe cioè alcun conflitto con una disciplina inderogabile, salvo valutare la preordinazione dell’intera operazione all’elusione della normativa fallimentare. Diversa deve essere la prospettiva per le società di capitali, riguardo alle quali la tassatività del procedimento di liquidazione mina la meritevolezza del riferito costruito negoziale, la cui ammissibilità viene negata in dottrina e giurisprudenza²³⁴.

²³⁴ Paradigmatico è, al riguardo, un caso esaminato recentemente dal Tribunale di Milano: l’assemblea dei soci di una società per azioni delibera il proprio scioglimento e la messa in liquidazione, contestualmente autorizzando l’istituzione di un trust liquidatorio; il liquidatore provvede nella stessa giornata alla istituzione in trust (ove egli stesso assume la veste di trustee) di tutto il patrimonio sociale e a far approvare dall’assemblea un (presunto) bilancio finale che (per effetto del trust) riporta l’azzeramento di tutte le voci attive e passive (in realtà, tale documento - presentato a supporto della domanda di cancellazione della società in questione dal registro delle imprese - non aveva evidentemente il contenuto proprio di un bilancio finale di liquidazione, non recando altra attestazione se non quella relativa all’avvenuto trasferimento dell’intero patrimonio al trustee; in particolare, non si faceva in esso alcun riferimento - né d’altronde avrebbe potuto, essendo la liquidazione, allo stato, solo “programmata” - ad alcuna attività compiuta per il pagamento dei creditori sociali). Infine, a distanza di pochi mesi, e senza dunque che fossero state realizzate le enunciazioni “liquidatorie” contenute nel programma, il liquidatore si è affrettato a chiedere la cancellazione della società del registro delle imprese, al fine appunto di giovare del noto effetto estintivo di cui all’art. 2495 c.c. e dunque di “salvarsi” dal fallimento, una volta che fosse trascorso l’anno di cui all’art. 10 l. fall. La descritta operazione presenta, in ogni caso, un vizio logico di fondo: la cancellazione, mero atto formale, deve seguire - non già precedere - l’effettiva liquidazione del patrimonio sociale. Né tale attività può ritenersi surrogata dal mero conferimento dei beni in trust: anche ammettendo la liceità di tale strumento per l’effettiva liquidazione occorre che l’enunciato programma liquidatorio venga effettivamente posto in essere dal trustee. Pertanto il Giudice del registro di Milano condivisibilmente ha concluso affermando che «deve disporsi la cancellazione della cancellazione di una società di capitali dal registro delle imprese, illegittimamente eseguita sul presupposto di un apparente bilancio finale di liquidazione, costituito dalla constatazione dell’avvenuto trasferimento dell’intero patrimonio della società, ivi compresi tutti i rapporti attivi e passivi, ad un trust [...]». Oltre al rilievo che con il “trust puramente liquidatorio” non può sostituirsi l’attività cui è obbligato il liquidatore, esonerandolo dalle relative incombenze e responsabilità, in giurisprudenza si è affermato anche che un simile trust «non persegua, in realtà, alcuno scopo meritevole di tutela», essendosi ritenuto che «il suo programma negoziale [...] sia del tutto insussistente atteso che tale operazione si è rivelata solo formalmente finalizzata a tutelare i creditori avendo, in realtà, dato luogo ad una liquidazione del tutto atipica del patrimonio sociale in quanto diretta esclusivamente alla segregazione dei beni rispetto alla loro finalità di soddisfacimento dei debiti sociali». Al riguardo, il giudice in questione ha analizzato le clausole contenute nel trust e ne ha evidenziato - riprendendo anche le motivazioni di altri precedenti di merito - i profili di incompatibilità con la disciplina della liquidazione propria delle società di capitali. In particolare, il ragionamento del giudice ha preso le mosse dal rilievo che l’atto istitutivo di trust esaminato conteneva le seguenti finalità: a) destinare il patrimonio conferito al «soddisfacimento primario dei creditori sociali» con ciò intendendosi evitare la «dispersione dei beni»; b) assicurare «la par condicio creditorum, prevenendo la costituzione di diritti di prelazione e/o azioni in executivis di alcuni creditori in danno dirgli altri»; nonché c) agevolare l’eventuale commercializzazione del patrimonio, prevenendo eventuali azioni revocatorie concorsuali». Relativamente al punto a), il giudice ha dunque osservato che «alla medesima finalità fosse, comunque, destinato il patrimonio in forza delle disposizioni interne previste in materia di liquidazione» e che fosse già «precisa responsabilità ex lege del liquidatore evitare la dissipazione del patrimonio». Quanto alla finalità di cui alla lett. b), il giudice ha poi obiettato che «la par condicio creditorum non rientri tra i principi che informano la liquidazione volontaria bensì esclusivamente quella fallimentare» e che la circostanza che fosse stata conferita in trust l’intera azienda non permetteva comunque di proteggere il trust dalle azioni dei creditori (comportando il trasferimento aziendale anche l’acquisizione della responsabilità per i debiti di cui all’art. 2560, comma 2, c.c.). Infine, quasi ironicamente, il giudice rileva che l’ulteriore finalità volta alla «prevenzione da azioni revocatorie concorsuali [...] richiama alla mente diverse fattispecie delittuose difficilmente in sé effettivamente tutelabili». Viene inoltre rilevata anche la mancata nomina di un guardiano, il quale appare «quanto mai opportuno nel caso in esame al fine di monitorare continuamente il perseguimento degli scopi del

6. Trust e procedura fallimentare. L'utilizzo dell'istituto quale strumento alternativo al fallimento. La sorte del trust al sopraggiungere della pronuncia di fallimento.

Il rapporto tra trust e procedura fallimentare presenta molteplici punti di interesse. Problema di non poco momento attiene all'utilizzo del trust quale strumento alternativo al fallimento (c.d. gestione privata dell'insolvenza). La questione appare di notevole delicatezza, specie alla luce dell'art. 15 della Convenzione de L'Aja, secondo cui la medesima Convenzione «non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà». La norma non consente dunque al trust, per il tramite della legge straniera regolatrice prescelta, di travalicare i limiti assegnati dal nostro ordinamento all'autonomia privata. Con specifico riferimento al citato settore di indagine, rileva la lett. e) della citata disposizione, che espressamente include tra le materie cui applicare detta norma «la protezione di creditori in casi di insolubilità».

Parte della dottrina, seguita da una recente pronuncia di merito, ritiene possibile una gestione “privata” della crisi dell'impresa, radicalmente alternativa alle procedure concorsuali.²³⁵ L'assunto si fonda sulla ritenuta natura disponibile della materia dell'insolvenza, e sarebbe comprovato dalle novità introdotte dalla riforma della legge fallimentare.²³⁶ Tuttavia, l'opinione prevalente in dottrina²³⁷ e giurisprudenza²³⁸ ribadisce la natura pubblicistica e inderogabile delle norme che disciplinano l'insolvenza. In altri termini, l'apertura all'autonomia privata andrebbe comunque “confinata” all'interno di procedure sottoposte al controllo

trust», e inoltre - a conferma del carattere fittizio dell'intera operazione - viene contestata l'assenza di ogni forma di pubblicizzazione e di comunicazione della esistenza del trust nei confronti dei creditori sociali (e dunque dei beneficiari del trust). Conclude quindi il giudice affermando che lo specifico trust sottoposto al suo esame non fornisce «alcuna utilità aggiuntiva rispetto alla procedura di liquidazione ordinaria [...] salvo quella di sgravare il liquidatore dai compiti ad esso imposti dalla legge attraverso un'operazione che gli ha consentito di estinguere quasi immediatamente la società con buona pace dei crediti legittimamente vantati dai terzi [...]» e di attribuire al medesimo - in qualità di trustee - un diritto al compenso da prelevarsi in prededuzione direttamente dal fondo in trust. Cfr. Trib. Milano 12 marzo 2012, in *Società* 2012, 625, con nota di V. SALAFIA.

²³⁵ C. CAVALLINI, *Trust e procedure concorsuali*, in Riv. Soc., 2011, 1093 e ss.; G. FANTICINI, *Il trust liquidatorio e il conflitto con il fallimento: confronto sui pro e contro*, in AA. VV., *Moderni sviluppi dei trust*, Milano, 2011, 535 e ss.; Trib. Reggio Emilia 2 maggio 2012, reperibile sul sito internet www.ilcaso.it

²³⁶ Detti autori mettono in evidenza che non può più considerarsi vigente un “presunto” dovere dell'imprenditore di chiedere il proprio fallimento: l'iniziativa del debitore prevista dall'art. 6 l. fall. è una semplice facoltà che egli può avere interesse ad esercitare (ad esempio per beneficiare della liquidazione concorsuale del proprio patrimonio e così sottrarsi alle iniziative esecutive individuali dei suoi creditori), che diviene un obbligo penalmente sanzionato (ai sensi dell'art. 217, n. 4, l. fall.) solo allorché la sua inerzia “prolungata” provochi un aggravamento del dissesto; dall'altro che, pur a fronte di uno stato di insolvenza (che avrebbe dovuto in passato condurre inevitabilmente al suo fallimento) l'impresa ha la possibilità di procedere a ristrutturazioni stragiudiziali. A questi rilievi aggiungono poi, a fortiori, la considerazione che il nostro codice già disciplina un istituto tipico (la cessione dei beni ai creditori) che consente - ritenendola dunque meritevole di tutela - una gestione del debito al di fuori delle procedure concorsuali. In particolare è stato affermato che «la circostanza che un imprenditore insolvente possa gestire la crisi attraverso la *cessio bonorum* prevista dagli articoli 1977 e seguenti c.c., e quindi attraverso un contratto tipico previsto dal nostro ordinamento, il quale altro non è che mera esplicitazione dell'autonomia contrattuale, consente di escludere che la disciplina dell'insolvenza dettata dalla legge fallimentare debba considerarsi inderogabile». Atte queste premesse tali autori giungono alla conclusione che la disciplina dell'insolvenza non è più sottratta all'autonomia privata. Se così è, allora, non si dovrebbe avere difficoltà ad ammettere l'efficacia di uno strumento negoziale - come il trust - in grado di incidere su tale disciplina.

²³⁷ In tal senso D. GALLETTI, *Trust liquidatorio e (in)derogabilità del diritto concorsuale*, in *Moderni sviluppi dei Trust*, Milano, 2011, p. 631 e ss.;

²³⁸ App. Milano 29 ottobre 2009, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, 271.

giudiziario, laddove invece il trust liquidatorio non solo è atto negoziale che si perfeziona senza il consenso dei creditori “beneficiari” e degli “altri” creditori, ma è pure fattispecie che si colloca al di fuori di ogni controllo giudiziario. Pertanto se l’impresa disponente versò in uno stato di insolvenza “rilevante” ai sensi della legge fallimentare, dovrebbe ritenersi preclusa la possibilità di procedere a soluzioni “private” radicalmente alternative alla liquidazione concorsuale, poiché l’alterazione della par condicio sarebbe un effetto precluso al di fuori di un pur minimo controllo giudiziario e/o del consenso dei creditori. La possibilità di impiegare il trust in prossimità o nel contesto delle procedure concorsuali dipende dunque dalla valutazione complessiva dell’intera operazione nel cui ambito si inserisce l’atto di segregazione. L’unica forma legittima è, in quest’ottica, quella di un impiego del trust quale strumento per evitare l’insorgere dell’insolvenza o per supportare un programma di soluzione negoziata della crisi. Le parti sarebbero pertanto legittimate ad istituire un regime negoziale alternativo a quello concorsuale, in modo da tentare di evitare di ricorrere ad esso. Rimane invece preclusa la possibilità di derogare alle norme del diritto concorsuale, modificando l’assetto liquidatorio così immaginato dal Legislatore.

Questione non meno rilevante è quello delle sorti del trust ristrutturativo al sopraggiungere del fallimento, laddove cioè si riveli inadeguato il piano di risanamento progettato per il tramite del trust medesimo.²³⁹ La tematica è stata affrontata in una serie di pronunce emesse in sede cautelare dal tribunale di Milano, con le quali i giudici - affrontando la stessa vicenda in varie fasi processuali - hanno fornito una articolata risposta al quesito, distinguendo diverse ipotesi a seconda dello stato di “decozione” dell’impresa e dell’entità della segregazione. Una prima ipotesi attiene al trust istituito da una impresa “in bonis” avente ad oggetto solo una parte del patrimonio del disponente. I giudici milanesi - premessa la meritevolezza di un trust liquidatorio istituito in un momento in cui l’impresa disponente sia al di fuori dal perimetro dell’insolvenza rilevante - hanno ritenuto che, allorché il trust fund non esaurisca il patrimonio dell’impresa, la segregazione possa sopravvivere alla dichiarazione di fallimento del disponente.²⁴⁰ Diverse sono le conclusioni della medesima giurisprudenza di merito in caso di trust liquidatorio istituito da un’impresa “in bonis” avente ad oggetto l’intero patrimonio del disponente. In tale ipotesi, il trust sarebbe originariamente valido ed efficace, ma destinato a risolversi ex lege alla data del sopravvenuto fallimento del disponente, che opererebbe quale causa sopravvenuta di scioglimento: in sostanza, anche in tale scenario, mancando una disciplina legislativa del “conflitto” tra trust e fallimento, la giurisprudenza ha applicato analogicamente le disposizioni che

²³⁹ Occorre domandarsi se la segregazione patrimoniale prodotta dal trust sopravviva o meno alla dichiarazione di fallimento del disponente. Difatti l’art. 42 l. fall. prevede che «la sentenza che dichiara il fallimento, priva dalla sua data il fallito dell’amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento» e pertanto impone l’integrale “spossessamento” del fallito a vantaggio del nominato curatore fallimentare. Occorre dunque verificare se la segregazione prodotta dal trust possa legittimamente impedire un simile risultato.

²⁴⁰ Ordinanza del Tribunale di Milano del 16 giugno 2009, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2009, 553 e ss., con nota di E. RAGANELLA e M. REGNI. Secondo il tribunale meneghino, Si assisterebbe, in tal caso, a una “concorrente” liquidazione a vantaggio dei creditori sociali, poiché vi provvederebbero sia il curatore fallimentare con riferimento al patrimonio acquisito alla massa fallimentare (e, quindi, con riferimento ai beni non segregati in trust), sia - con riferimento ai beni conferiti in trust e in ottemperanza al programma contenuto nell’atto istitutivo del trust - il trustee. Per giungere a questa conclusione, nella mancanza di una normativa che disciplini il rapporto tra la massa fallimentare e il patrimonio segregato nel trust, la giurisprudenza ha fatto ricorso all’applicazione analogica dei principi codificati dall’art. 46, n. 3), l. fall. con riferimento al fondo patrimoniale¹⁷⁶, essendo anch’esso un patrimonio destinato e separato il quale, anche nella sua configurazione priva di efficacia traslativa, sopravvive al fallimento (salva la possibilità per il curatore di esperire, al ricorrerne dei relativi presupposti, l’azione revocatoria). A fronte di questo ragionamento, i beni conferiti in trust non rientrano dunque nell’attivo fallimentare, ma conservano la natura di patrimonio separato all’interno del patrimonio generale del trustee, rimanendo protetti dalle azioni esecutive dei creditori del disponente (e dunque alle azioni del curatore) e del trustee

disciplinano le situazioni “affini”, rinvenendole nelle ipotesi di scioglimento ex lege previste con riferimento alle fattispecie negoziali “pendenti” e la cui prosecuzione è incompatibile con la dichiarazione di fallimento. Il riferimento è dunque agli artt. 76 (contratto di borsa a termine), 77 (associazione in partecipazione) e 78 l. fall. (mandato). In particolare, applicando la normativa sul mandato, al curatore verrebbe lasciata la scelta di subentrare ovvero di sciogliersi dal rapporto; e, in quest’ultima ipotesi, sorgerebbe quindi l’obbligo per il trustee di ritrasferire il trust fund al disponente dichiarato fallito. Le posizioni del Tribunale di Milano, sul punto, non trovano unanime consenso in dottrina.²⁴¹

Conclusioni difformi possono essere formulate per l’ipotesi, ulteriore, del trust istituito quando l’impresa disponente sia già in stato di evidente insolvenza. Secondo la magistratura milanese²⁴², il trust istituito quando l’impresa disponente è già insolvente, (indipendentemente dal fatto che la segregazione riguardi in tutto o in parte il patrimonio aziendale) è in realtà «diretto 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. Per dette ragioni, esso è illecito ab origine²⁴³: in quanto incompatibile con le clausole di salvaguardia di cui agli artt. 13, 15, lett. e) della

²⁴¹ Parte della dottrina ha criticato questo accostamento della fattispecie in esame alla disciplina propria dei rapporti pendenti, non potendosi considerare “pendente” il trust, quantomeno con riferimento ai beni conferiti al trustee. Infatti, sia l’atto istitutivo che l’atto di conferimento hanno già compiutamente prodotto i loro effetti e i beni immessi in trust sono definitivamente usciti dal patrimonio del disponente. Ciò che rimane autenticamente “pendente” sono solo gli obblighi del trustee nei confronti dei beneficiari, mentre il rapporto tra il disponente e il trustee è già esaurito al momento del conferimento dei beni in trust. Si è inoltre osservato che nel mandato (così come nel fondo patrimoniale) l’attività gestoria riguarda singoli beni, non già l’intero complesso aziendale. Pertanto, «non si capisce come una vicenda successiva, attinente al disponente, possa determinare effetti sulla vita del trust, che più non lo riguarda (se non in maniera lata e indiretta): appare quindi improbabile che il curatore (il quale subentra “in luogo” del disponente) abbia il potere di sciogliersi da un rapporto giuridico che non lo vede più parte. La predetta dottrina, unita nella critica, si divide poi però nel ricostruire le conseguenze del sopraggiunto fallimento del disponente. Secondo alcuno, infatti, pur non potendosi applicare la disciplina fallimentare sui rapporti pendenti, non può comunque consentirsi la sopravvivenza del trust al fallimento, perché ciò legittimerebbe una gestione concorsuale “radicalmente” alternativa a quella fallimentare, effetto non consentito dal nostro ordinamento; la segregazione dell’intero patrimonio aziendale rende non possibile una “collaborazione” con il curatore fallimentare cosicché un simile trust dovrebbe ritenersi quindi radicalmente nullo (per contrasto con la disciplina che governa l’insolvenza e dunque con l’art. 15 della Convenzione de L’Aja) ovvero soggetto a scioglimento (ex nunc) per impossibilità sopravvenuta o in forza dell’istituto della presupposizione. In tal senso D. MURITANO, *Note sul trust istituito da imprese in crisi (in funzione liquidatoria)*, Studio n. 161/2011 del Consiglio Nazionale del Notariato. Altra dottrina ha invece ipotizzato che il sopravvenuto fallimento in questo contesto potrebbe operare quale causa di “nullità sopravvenuta” del trust, la quale opererebbe quindi sul “rapporto” - e, dunque, con effetti ex nunc - e non già sul “negozio” (ab origine valido). Evidentemente, le soluzioni che ritengono invalido il trust in questione presenterebbero invero il vantaggio di poter considerare i beni come mai usciti dal patrimonio del disponente e di permettere al curatore dunque di “impossessarsi” direttamente dei beni, senza dover attendere un ritrasferimento dal trustee al fallito. In tal senso L. PANZANI, *Il trust nell’esperienza giuridica italiana: il punto di vista della giurisprudenza e degli operatori*, reperibile presso la banca dati del CSM sul sito internet www.csm.it. Vi è infine la posizione di altri autori e di una recente giurisprudenza secondo cui sarebbe possibile la prosecuzione del trust liquidatorio anche laddove esso abbia a oggetto l’intero patrimonio del disponente, come procedura alternativa a quella schiettamente fallimentare. In tal senso C. CAVALLINI, *Trust e procedure concorsuali*, in *Riv. Soc.*, 2011, 1093 e ss; Tribunale Reggio Emilia 2 maggio 2012, reperibile sul sito internet www.ilcaso.it.

²⁴² Ordinanza del Tribunale di Milano del 16 giugno 2009, previamente citata.

²⁴³ In detta ottica, se il disponente è già nell’ambito dell’insolvenza rilevante ai sensi dell’art. 5 l. fall. egli - avendo perso i mezzi propri - deve immediatamente ricorrere agli istituti concorsuali, non già a liquidazioni “private”: l’istituzione di un trust in tale contesto nasconderebbe la vera finalità di sottrarre il disponente alla legislazione

7. Trust e concordato preventivo. L'utilizzo dell'istituto quale strumento negoziale alternativo al concordato. Il trust utilizzato per anticipare gli effetti protettivi di cui all'articolo 168 l. fall.. Il trust quale modalità operativa della liquidazione dell'attivo o della prosecuzione dell'attività aziendale in un piano concordatario.

Il rapporto tra trust e concordato presenta diversi notevoli spunti di applicativi.²⁴⁵ Il trust può essere,

concorsuale italiana e comunque si concretizzerebbe in un atto negoziale in frode alla legge ex art. 1344 c.c. volto a sottrarre il patrimonio dell'imprenditore insolvente ai creditori e dunque a realizzare effetti ripugnanti per l'ordinamento.

²⁴⁴ Uno dei punti nodali in ordine ai rapporti tra trust e procedure concorsuali attiene agli strumenti di tutela dei creditori concorsuali. Rilievo centrale assume, in proposito, l'azione revocatoria, ordinaria o fallimentare. Si pone, allora, il problema di stabilire se un trust a servizio di accordi di ristrutturazione dei debiti, ex art. 182 bis l. fall., o utilizzato nell'ambito di un piano attestato, ex art. 67 l. fall., benefici o meno dell'esenzione dalla revocatoria prevista dalla normativa a regime per i citati istituti. La dottrina specialistica opera, a riguardo, taluni distinguo. L'esenzione dall'azione revocatoria sussisterebbe solo laddove il trust fosse previsto *expressis verbis* nell'accordo di ristrutturazione o nel piano attestato, risultando non invocabile per l'ipotesi del negozio di trust anteriore alla conclusione dell'accordo di ristrutturazione o del piano attestato. Rimane tutt'ora incerto, in assenza di alcuna indicazione da parte del Legislatore ed in difetto di esplicite prese di posizione della giurisprudenza, se l'esenzione dalla revocatoria comprenda o meno la revocatoria ordinaria (c.d. *actio pauliana*). In caso di fallimento sarà, invece, possibile agire in revocatoria (sia ordinaria che fallimentare), laddove, ovviamente, ne sussistano i presupposti. A livello processuale, sembra potersi aderire all'orientamento teorico che individua nel trustee il legittimato passivo dell'azione. Più problematico è stabilire se l'atto revocando sia da ascrivere al novero dei negozi a titolo gratuito o al diverso ambito dei negozi a titolo oneroso. L'assenza di un corrispettivo nel trasferimento di diritti settlor/trustee potrebbe deporre nel senso della gratuità del negozio, così come chi suggerisce l'assimilazione causale tra trust (specie se auto dichiarato) e fondo patrimoniale. Ne conseguirebbe l'applicabilità dell'art. 64 l. fall., ossia la possibilità di esperire la revocatoria fallimentare entro il termine (lungo) di due anni. A conclusioni antitetiche portano altre notazioni che pongono l'accento sulla ragione pratica del negozio: la funzione concreta del trust consiste nella diminuzione dei costi della liquidazione del patrimonio. In questo senso, potrebbero scorgersi vantaggi corrispettivi tra negozio dispositivo del trust e risparmio di spesa in ambito liquidatorio, tutto purché sia abbia riguardo per i rapporti solvens/creditori, come è giusto che sia, non per i rapporti trustee/creditori, come pure un'impostazione formalistica potrebbe far pensare. Rimane il fatto che l'esperimento dell'azione revocatoria, anche se vittorioso, non sempre è in grado di sortire effetti utili per la liquidazione fallimentare: la relativa sentenza, fino al giudicato, non sarebbe esecutiva. Al curatore rimarrebbe la possibilità di chiedere esclusivamente il sequestro (conservativo o giudiziale) degli assets, ma un'eventuale resistenza del trustee comporterebbe la necessità di nominare un custode che agisca sotto l'egida del giudice dell'esecuzione o al più del giudice cautelare: con l'assorbente conseguenza di non poter pianificare la liquidazione degli assets, ai sensi dell'art. 104 l. fall., fino al momento dell'accoglimento della domanda di merito. Ben più incisivo è l'esperimento di un'azione dichiarativa di nullità del trust. L'accoglimento di tale domanda consentirebbe, con buona probabilità, di fruire, unitamente al sequestro conservativo o giudiziale, dell'azione restitutoria, di cui all'art. 700 c.p.c. Ne deriverebbe la possibilità di attuare una pianificazione della liquidazione nei termini descritti dalla legge fallimentare (art. 104 l. fall.), con conseguente facoltà, in capo al curatore, di provvedere all'alienazione del complesso aziendale. In tal senso senso D. GALLETTI, *Trust liquidatorio e (in)derogabilità del diritto concorsuale*, in *Moderni sviluppi dei Trust*, Milano, 2011, p. 642.

²⁴⁵ E' opportuno ricordare le novità normative recentemente intervenute in tema di concordato, riconducibili al D.L. n. 83/2012 (c.d. «decreto sviluppo»), ossia il concordato c.d. «in bianco» ed il concordato «con continuità aziendale». A seguito del citato decreto «sviluppo» è stata attribuita al debitore la facoltà di presentare quello che è stato definito come concordato «in bianco», ovvero un ricorso per concordato privo della descrizione delle proposte e delle garanzie offerte

astrattamente, utilizzato come strumento di risanamento alternativo al concordato preventivo. Tuttavia, la possibilità di utilizzare il trust come meccanismo alternativo al concordato preventivo si scontra con le medesime problematiche già affrontate in relazione al tema del trust liquidatorio quale strumento “atipico” di risoluzione di situazioni di crisi o di insolvenza, ragione per cui si rinvia a quanto innanzi evidenziato con riferimento al concordato liquidatorio ed ai rapporti tra detto istituto ed il fallimento.²⁴⁶ Il trust può, peraltro, rivestire carattere di utilità al fine di anticipare gli effetti protettivi sul patrimonio del debitore rispetto alla previsione di legge di cui all’art. 168 l. fall. Con la istituzione del trust si può intervenire nella fase precedente al deposito del ricorso, ovvero nel momento in cui l’imprenditore deve avviare le trattative con i propri creditori i quali, temendo la dichiarazione di fallimento, di solito negano qualsiasi tipo di

ai creditori. In tale ipotesi l’imprenditore si limita, ai sensi dell’art. 161, comma 6, l. fall., a «depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione» prevista dall’art. 161, comma 2, l. fall. «entro un termine fissato dal giudice compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni». Poiché, come visto, l’art. 168 l. fall. fa decorrere il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore dalla data di pubblicazione del ricorso senza distinguere tra ricorso ordinario e ricorso “in bianco”, la presentazione del concordato “in bianco” fornisce al debitore la tutela immediata del proprio patrimonio e gli dà la possibilità di elaborare in tempi più dilatati il piano, la modalità e i tempi della proposta concordataria senza trovare ostacolo in iniziative esecutive promosse dai creditori. Dopo il deposito del ricorso “in bianco” e fino al decreto di ammissione alla procedura il debitore, ai sensi dell’art. 161, comma 7, l. fall. «può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione». Inoltre alla scadenza del termine fissato per il deposito della proposta, del piano e della documentazione obbligatoria, l’imprenditore può anche optare per il deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti anziché di un concordato, con il vantaggio della conservazione degli effetti prodotti dal ricorso fino alla omologazione. Lo stesso decreto ha introdotto il nuovo art. 186-bis l. fall., che contiene alcune norme specificamente dettate per quella particolare variante di concordato in cui il piano prevede «la prosecuzione dell’attività di impresa da parte del debitore» e non la sua liquidazione (c.d. «concordato con continuità aziendale», la cui anima è - per sua stessa definizione - la prosecuzione dell’attività di impresa all’interno di un piano di riequilibrio finanziario sotto la “vigilanza” del ceto creditorio). Il concordato con continuità aziendale può atteggiarsi in vario modo: la prima ipotesi è quella del concordato con continuità “puro”, ove è lo stesso imprenditore a proseguire la sua attività e l’estinzione dei suoi debiti (nella percentuale indicata dalla proposta) avviene attraverso gli utili che l’impresa prevede di realizzare entro il periodo di durata del piano concordatario. Esistono poi - e sono più frequenti nella pratica - le ipotesi in cui l’azienda viene separata dal titolare mediante la sua cessione a terzi ovvero mediante il conferimento della stessa in una o più newco, fermo restando che anche in tal caso gli utili dell’azienda ceduta vengono destinati al soddisfacimento del ceto creditorio secondo le modalità indicate nella proposta concordataria. Il nuovo art. 186-bis l. fall. prevede espressamente entrambe le ipotesi, ovvero sia un piano di concordato in cui si preveda «la prosecuzione dell’attività di impresa da parte del debitore», che un piano avente ad oggetto «la cessione dell’azienda in esercizio ovvero il conferimento dell’azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione». Aggiunge poi il legislatore che «il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all’esercizio dell’impresa», con ciò precisandosi che, anche in tal caso, può comunque continuare a parlarsi di “continuità aziendale”.

²⁴⁶ La fattispecie è quella dell’imprenditore in crisi (o addirittura già insolvente) che, al fine di evitare la dichiarazione di fallimento, destina beni aziendali (eventualmente integrati con beni personali o di terzi) al soddisfacimento dei creditori tramite un trust “di salvataggio”. Trattandosi sostanzialmente di un concordato stragiudiziale non inquadrato né nella fattispecie del concordato preventivo, né in quella degli accordi di ristrutturazione dei debiti o del piano attestato, non vi è in tal caso alcuna esenzione da revocatoria, sicché le attribuzioni patrimoniali che i singoli creditori ricevano dalla liquidazione dei beni in trust saranno soggette alle ordinarie regole di inefficacia nei confronti della massa dei creditori qualora il loro debitore successivamente fallisca, in applicazione del principio della par condicio creditorum. In tal senso A. BUSANI, C. FANARA, G. OTTAVIO MANNELLA, *Trust e crisi d’impresa*, Milano, 2013, 144 e ss.

finanziamento e premono per essere pagati immediatamente minacciando azioni esecutive: in questo contesto l'aver segregato i propri beni in trust può consentire all'imprenditore di avviare e proseguire nella fase di predisposizione del piano concordatario senza subire le pressioni e le istanze (più o meno ragionevoli) del ceto creditorio.²⁴⁷ L'istituto può altresì essere utilizzato quale modalità operativa della liquidazione dell'attivo o della prosecuzione dell'attività aziendale in un piano concordatario. L'ampiezza della formula utilizzata dall'art. 160 l. fall. non sembra lasciare dubbi alla possibilità per il debitore di proporre la costituzione di un trust come modalità pratica di esecuzione del piano concordatario, il quale a seconda del "concreto" contenuto del piano potrà essere con finalità liquidatorie oppure conservative. Se il trust è liquidatorio al trustee viene affidato l'incarico di liquidare i beni vincolati in trust e di pagare i creditori in conformità al piano oppure di assegnare i beni ad estinzione delle loro obbligazioni; se il trust è finalizzato alla continuità aziendale ci si prospetta di utilizzare gli utili generati dall'azienda "affidata" al trustee per provvedere al pagamento dei creditori.²⁴⁸

²⁴⁷ Nello specifico, i casi riscontrati nella pratica avevano il fine di proteggere il patrimonio sociale per il tempo occorrente alla predisposizione del piano di un concordato preventivo e dunque (in attesa della presentazione del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo) con la finalità di anticipare gli effetti di cui all'art. 168 l. fall., il quale prevede che solo «dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore». Dal punto di vista redazionale qualora l'imprenditore/debitore istituisca il trust ancor prima di aver depositato il ricorso (anche "in bianco") al fine di anticipare l'effetto protettivo sul proprio patrimonio (effetto già definito quale "ombrello protettivo"), nel relativo atto di trust non può mancare la previsione della sua cessazione ove il concordato non venga omologato, similmente a quanto già osservato in relazione agli accordi di ristrutturazione dei debiti: tale previsione è funzionale ad evitare che nel caso sopraggiunga uno stato di conclamata insolvenza il trust venga dichiarato nullo o inefficace per contrarietà alle norme "imperative" di protezione dei creditori ovvero perché ritenuto elusivo del principio della responsabilità patrimoniale generale di cui all'art. 2740 c.c. In tal senso A. BUSANI, C. FANARA, G. OTTAVIO MANNELLA, *Trust e crisi d'impresa*, Milano, 2013, 144 e ss.

²⁴⁸ Particolarmente delicata è poi la redazione dell'atto istitutivo nei casi in cui venga trasferita in trust l'azienda (o un ramo di essa) dell'imprenditore in crisi. In tale ipotesi è opportuno fissare le regole di gestione (nell'interesse primario dell'imprenditore) e le modalità di riparto degli utili conseguiti dalla gestione stessa (nell'interesse primario dei creditori). Qualora sia il trustee a dover pagare i creditori concordatari con gli utili generati dalla gestione è necessario prevedere per il trustee l'obbligo di rispettare - ove esistenti - le classi formate ovvero, in assenza di classi, la par condicio e l'ordine delle cause di prelazione. Inoltre, poiché - come sopra accennato - l'art. 167 l. fall. impone ben determinati limiti alla gestione dell'azienda in capo al debitore che presenti domanda di concordato, è auspicabile che nell'atto di trust vengano fissati al trustee i medesimi limiti per la gestione dell'azienda previsti dalla citata norma, prevedendo quindi la necessità di acquisire l'autorizzazione del Tribunale per gli atti ivi indicati e, in genere, per tutti gli atti di straordinaria amministrazione. Seguendo la stessa logica, qualora il trust sia stato costituito facendo coincidere la categoria dei creditori concordatari con quella dei beneficiari è necessario prevedere l'acquisizione del loro consenso in caso di «vendite di aziende e rami di aziende, beni immobili e altri beni iscritti in pubblici registri», nonché in caso di «cessioni di attività e passività dell'azienda e di beni o rapporti giuridici individuali in blocco», applicando così al trustee la medesima regola prevista per il debitore dall'art. 182 l. fall.. Un profilo di particolare delicatezza ai fini della funzionalità del trust "concordatario" è quello della individuazione del trustee: sembra preferibile a riguardo l'opinione di chi ritiene che il trustee debba essere un soggetto terzo, eventualmente nominato dal debitore e poi sostituito dal Tribunale in sede di omologa; al commissario, in quanto organo di vigilanza (che adempie al suo mandato nell'interesse della procedura e non ha il compito di procedere in prima persona al riparto tra i creditori o alla liquidazione dei beni dell'imprenditore o di terzi), potrà essere invece riservato il ruolo di guardiano il cui compito "istituzionale" è, appunto, quello di vigilare sull'operato del trustee nell'interesse dei beneficiari, che nel trust concordatario non possono che coincidere con i creditori dell'imprenditore-debitore. In tal senso G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e il trust*, in *Fallimento*, 2007, 251.

Ulteriore fattispecie rilevante è quella del trust che persegue la finalità di garantire l'apporto esterno di un terzo ad un piano di concordato "misto". Si tratta di quelle ipotesi in cui l'attuazione del concordato preventivo riposa sulla presenza di uno o più soggetti terzi che apportano propri beni a garanzia delle obbligazioni assunte dall'imprenditore: tale figura nella pratica viene individuata con il termine di concordato c.d. "misto", nel quale alla cessione dei beni dell'imprenditore si affianca - per colmare la differenza negativa tra il presumibile valore di realizzo di tali beni e la percentuale offerta ai creditori - l'offerta di beni di terzi²⁴⁹.

²⁴⁹ Analogo effetto si ha allorché intervenga un assuntore degli obblighi concordatari, il quale agisca come garante e destini parte dei propri beni all'adempimento delle obbligazioni concordatarie. La semplice offerta di parte del proprio patrimonio, effettuata dal terzo garante o dall'assuntore nel quadro di una più ampia procedura di concordato preventivo, non attribuisce comunque ai creditori particolari dell'imprenditore concordatario alcun diritto di esclusiva o di preferenza sul patrimonio del terzo o dell'assuntore. Perché dunque la messa a disposizione del patrimonio del terzo sia funzionale allo scopo testé enunciato i beni offerti o costituiti in garanzia dovrebbero in qualche modo essere "protetti" dalle azioni esecutive dei creditori personali del terzo garante/assuntore; questi ultimi infatti, nel lasso di tempo tra il deposito del ricorso di concordato e l'omologazione (e financo dopo quest'ultima) ben potrebbero promuovere azioni esecutive, sequestri, iscrizioni di ipoteche giudiziali e così via. Né tali beni godono dell'effetto del c.d. "ombrello protettivo" (di cui agli artt. 168 e 182-bis l. fall.), poiché è pacifico, stante la lettera della legge, che un simile effetto non possa trovare applicazione che per il patrimonio del solo debitore; egli soltanto e non anche il terzo garante o assuntore beneficino per legge (e nelle declinazioni di cui alle citate norme) del divieto di inizio o prosecuzione di azioni esecutive e cautelari da parte dei creditori. Si palesa dunque da un lato l'esigenza che i beni del terzo "offerti" alla procedura vengano sottratti alle pretese dei suoi creditori personali, dall'altro che i medesimi rimangano vincolati all'attuazione del piano concordatario. Se così è allora il trust (con la sua efficacia segregativa in funzione dell'attuazione della destinazione) può senz'altro costituire la soluzione per realizzare le predette finalità attraverso l'affidamento al trustee, che si obbliga all'esecuzione del programma di cui al piano concordato. In questo quadro generale è legittimo domandarsi come possano tutelarsi i creditori particolari del terzo, i quali si vedono privati di una parte del patrimonio del loro debitore su cui agire esecutivamente. Costoro potranno affidarsi agli ordinari mezzi di impugnazione degli atti che incidono sulla garanzia patrimoniale generica (e dunque all'azione revocatoria ed al sequestro conservativo), con l'ovvia considerazione che tali azioni avranno maggiori chances di successo ove non sia ravvisabile una reale "utilità" per il terzo nel vincolare i propri beni a favore del piano concordatario. Con particolare riferimento alla revocatoria di un trust posto a garanzia delle obbligazioni di un concordato è opportuno ricordare, sulla scorta di una recente dottrina (A. DIMUNDO, *Trust interno istituito da società insolvente in alternativa alla liquidazione fallimentare*, in *Fallimento, Gli Speciali*, 2010, 3) che l'individuazione della natura gratuita od onerosa dell'atto di trasferimento dei beni in trust da parte del disponente deve essere individuata in relazione allo scopo del trust. Poiché nel trust a garanzia degli oneri concordatari la finalità è quella del soddisfacimento dei debiti del soggetto ammesso alla procedura, occorre verificare se, a fronte del trasferimento di beni del garante, vi siano prestazioni corrispondenti in suo favore o se, comunque, sia ravvisabile un'utilità per il garante (come nel caso, appunto, in cui dal fallimento del soggetto garantito possa derivare anche il fallimento del disponente): solo in tale ipotesi, infatti, per l'ammissione dell'azione revocatoria possono applicarsi i più rigidi "paletti" previsti per gli atti compiuti a titolo oneroso anziché per quelli costituenti atto di liberalità. Tale conclusione è peraltro in linea con quanto affermato dalla Corte di Cassazione, la quale ha precisato come la valutazione di gratuità od onerosità vada compiuta con esclusivo riguardo alla "causa concreta" dell'atto oggetto di revocatoria, costituita dalla sintesi degli interessi che tale atto è concretamente diretto a realizzare al di là del modello astratto utilizzato. Pertanto, nell'ipotesi di depauperamento del patrimonio di un terzo a fronte dell'estinzione di obbligazioni di un debitore ammesso al concordato, l'atto di disposizione (cioè nel nostro caso il conferimento in trust) può dirsi gratuito, ai fini dell'azione revocatoria, solo quando dall'operazione il terzo non tragga alcun vantaggio patrimoniale, anche in termini di risparmio di spesa, avendo inteso recare soltanto un vantaggio al debitore concordatario. In tal senso Cass. S. U. 18 marzo 2010 n. 6538 in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 2010, I, 748, con nota di GIULIANO.

8. Trust e Accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall. La compatibilità tra gli istituti in esame. Ipotesi di utilizzo del trust.

Nei rapporti tra trust e accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall., questione centrale è quella della compatibilità tra i due istituti. Uno dei problemi più evidenti è dato dal fatto che l'art. 182 bis l. fall. provvede a dettare una regolamentazione completa della fattispecie, attribuendo una protezione temporalmente limitata al patrimonio anche prima del deposito dell'accordo, sia pur subordinatamente all'emanazione del provvedimento del giudice. Detto effetto protettivo ha, peraltro, una durata temporalmente limitata. Mediante la costituzione di un trust, il debitore consegue effetti più ampi (anche in termini temporali) di quelli che l'ordinamento imputa all'accordo di ristrutturazione, senza ricorrere ad alcun vaglio giudiziario.

Sul punto, taluni²⁵⁰ hanno ipotizzato una lettura estensiva, precisando come il trust, pur difettando di un controllo giurisdizionale, possa costituire uno strumento per aumentare il livello di trasparenza delle ristrutturazioni, così da mitigare il rischio, sempre latente, che i creditori meglio strutturati ed organizzati collidano con il debitore al fine di indirizzare la ristrutturazione verso un risultato sostanzialmente espropriativo delle ragioni dei creditori "estranei" all'organizzazione ed alla direzione del workout. Si è aggiunto che l'utilizzo del trust in tal ambito dà un contributo anche in termini di efficienza della procedura: il trust potrebbe divenire uno strumento efficiente al fine di favorire un coordinamento dell'agire dei creditori, consentendo a coloro che pianificano il superamento dell'insolvenza di perseguire l'obiettivo con maggiore utilità, vanificando le iniziative esecutive e disgregative dei singoli, la "corsa disordinata" all'utilizzo degli strumenti esecutivi. A tal modo di argomentare sono state opposte notazioni di segno contrario²⁵¹, tendenti a riconoscere un "primato" al Legislatore: se il Legislatore ha ritenuto di condizionare l'effetto protettivo a taluni presupposti (emissione di uno specifico provvedimento giurisdizionale) ed a taluni requisiti di efficacia (limitati temporali dell'effetto segregativo), è difficile pensare che il debitore possa aggirare tale meccanismo soltanto scegliendo la diversa legge regolatrice del trust. Probabilmente, ove si riuscisse a dimostrare che il trust fosse teso a soddisfare interessi meritevoli di tutela, non raggiungibili mediante l'accordo di ristrutturazione, potrebbe affermarsi la compatibilità di trust e accordi di ristrutturazione. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, l'utilizzo del trust è teso al fine di estendere l'effetto protettivo al di là dei limiti e dei controlli che la legge detta per la ristrutturazione, ex art. 182 bis e seg. L. fall. In suddette situazioni, l'applicazione dell'art. 15 della Convenzione potrebbe condurre ad una declaratoria di invalidità o, comunque, all'inefficacia del trust e del conseguente effetto segregativo. Ne deriva che, allo stato attuale del dibattito interpretativo, il trust può ritenersi utilizzabile a servizio di un accordo di ristrutturazione solo in determinate ipotesi, ossia a tutela dei beni del debitore ma successivamente alla scadenza dei termini di sessanta giorni ex art. 182 bis l. fall., a presidio delle ragioni dei c.d. creditori successivi, a protezione dei beni di terzi intervenienti.

L'utilizzo del trust, quale strumento negoziale a servizio di un accordo di ristrutturazione²⁵², è ipotizzabile in

²⁵⁰ L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. fall.*, in *Fallimento*, 2007, p. 595.

²⁵¹ : D. GALLETTI, *Trust liquidatorio e (in)derogabilità del diritto concorsuale*, in *Moderni sviluppi dei Trust*, Milano, 2011, p. 628 e ss.

²⁵² In giurisprudenza si segnala il provvedimento pubblicato il 14 maggio 2007 presso il Tribunale di Reggio Emilia - Sezione Esecuzioni Immobiliari, reperibile in *Giur. merito* 2008, 3 707. chiamato a verificare la "tenuta" di un trust costituito dal socio accomandatario di una società - con beni personali del socio - al fine di garantire i creditori della società in accomandita nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti. Nel caso particolare era avvenuto che un creditore particolare del socio accomandatario (il disponente) aveva iscritto pignoramento immobiliare su uno dei beni del socio nonostante il bene fosse stato costituito in un trust "autodichiarato" (in cui cioè vi è coincidenza tra la figura del trustee e quella del disponente). L'imprenditore disponente (nonché appunto trustee) aveva proposto opposizione

svariate ipotesi.²⁵³

Il ricorso al trust può ipotizzarsi al fine di tutelare la posizione dei creditori anteriormente alla conclusione dell'accordo di ristrutturazione. L'accordo di ristrutturazione, come è noto, ha effetto solo per i creditori aderenti; i creditori rimasti estranei all'accordo, al contrario, devono essere pagati integralmente e regolarmente. Nonostante tale previsione, i creditori non aderenti potrebbero comunque ritenere di essere danneggiati dagli accordi che sono stati raggiunti con la maggioranza dei componenti il ceto creditorio²⁵⁴. Inoltre i creditori rimasti estranei potrebbero ritenere inverosimile il piano proposto dall'imprenditore o insufficienti le risorse destinate ai pagamenti a loro favore o ancora ritenere improbabile che l'accordo venga poi omologato. Il trust potrebbe, allora, essere utilizzato per "segregare" risorse patrimoniali in favore dei creditori non aderenti²⁵⁵.

all'esecuzione chiedendo che il Tribunale accertasse l'opponibilità al proprio creditore personale della istituzione del vincolo in trust sul bene, con conseguente impossibilità - in ragione della intervenuta segregazione patrimoniale - di destinare il bene al soddisfacimento del creditore pignoratizio. Il giudice emiliano non entra nel merito della compatibilità tra l'istituto del trust e la procedura (essendo oggetto della sua indagine esclusivamente l'esistenza, o meno, di un diritto del creditore particolare del disponente di aggredire i beni segregati in trust) ma coglie l'occasione per compiere una disamina delle ragioni della ammissibilità del trust "interno" e del trust "autodichiarato" in particolare nel nostro ordinamento ed in tale contesto afferma la piena meritevolezza degli interessi sottesi al programma negoziale che aveva dato origine alla costituzione del trust oggetto di giudizio.

²⁵³ Per un'ampia esemplificazione casistica Cfr.: A. BUSANI, C. FANARA, G. OTTAVIO MANNELLA, *Trust e crisi d'impresa*, Milano, 2013, p. 106 e ss.

²⁵⁴ Detta ipotesi potrebbe concretizzarsi qualora ai creditori aderenti siano stati offerti in garanzia o a titolo di adempimento beni dell'imprenditore o dei soci illimitatamente responsabili ovvero ancora nuova finanza da erogarsi in esecuzione dell'accordo.

²⁵⁵ Il Legislatore è più volte intervenuto, onde evitare che i creditori non aderenti abbiano ad ostacolare la fattibilità degli accordi di ristrutturazione. I creditori rimasti estranei all'accordo potrebbero - nella fase che va dalle trattative fino alla omologazione da parte del Tribunale - aggredire il patrimonio del loro debitore al fine di preconstituire una garanzia o causa di prelazione prevaricando i creditori aderenti. Il legislatore non è però rimasto insensibile al problema e ha ritenuto di dover introdurre una disciplina che si prendesse carico specificamente del problema dei creditori esclusi e delle loro azioni a danno del patrimonio dell'imprenditore. Con la novella di cui al D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, ha quindi modificato l'art. 182-bis l. fall. introducendovi un terzo comma, in forza del quale a far data dalla pubblicazione presso il registro delle imprese del ricorso per omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti si apre un vero e proprio "ombrello protettivo" sul patrimonio del debitore. I creditori dell'imprenditore per titolo e causa anteriore alla pubblicazione dell'accordo infatti «non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione se non concordati» per un periodo fissato dal legislatore in sessanta giorni (c.d. automatic stay) a decorrere dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese. Inoltre «le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese, e le decadenze non si verificano» (art. 168, comma 2, l. fall.). Nell'ottica di una sempre maggiore estensione di tale ombrello protettivo il legislatore ha successivamente introdotto, con la Legge n. 122/2010, ulteriori due commi all'art. 182-bis l. fall., prevedendone la possibile anticipazione su istanza del debitore «anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo». Deve infine evidenziarsi che l'art. 161, comma 6, l. fall. (come modificato dal recente D.L. n. 83/2012, c.d. decreto «sviluppo») prevede che l'imprenditore possa depositare un ricorso contenente la domanda di concordato corredandola esclusivamente dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi (concordato c.d. «in bianco»), senza la descrizione delle proposte e delle garanzie offerte ai creditori. Ai sensi della citata normativa l'imprenditore può successivamente optare per il deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti anziché di un concordato, pur conservando sino all'omologa gli effetti prodotti dall'originario ricorso. Poiché l'art. 168 l. fall. dettato in tema di concordato preventivo fa decorrere il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore dalla data di pubblicazione del ricorso senza distinguere tra ricorso ordinario e ricorso "in bianco", la presentazione del concordato "in bianco" fornisce al debitore la tutela immediata del proprio patrimonio e gli dà la possibilità di elaborare in tempi più dilatati il piano, la modalità e i tempi della proposta senza trovare ostacolo in

Il trust rimane strumento utile anche per tutelare i c.d. “creditori successivi” (ossia per i creditori posteriori (per titolo e causa) alla data di pubblicazione dell’accordo)²⁵⁶ ed i creditori aderenti alla scadenza del termine di sessanta giorni (c.d. automatic stay).²⁵⁷

Ulteriore ambito di applicazione attiene alla fruibilità dell’istituto per “proteggere” utilità patrimoniali apportate da terzi.²⁵⁸

iniziative esecutive promosse dai creditori. È evidente che, a queste condizioni, la scelta del debitore potrebbe ben orientarsi verso il deposito di un ricorso per concordato «in bianco» (in allegato al quale egli dovrà preparare e depositare una documentazione minimale), per poi “trasformare” tale domanda in accordo di ristrutturazione dei debiti e così garantirsi comunque l’effetto dell’automatic stay sin dalla pubblicazione del ricorso presso il registro delle imprese.

²⁵⁶ Il divieto di cui all’art. 182-bis, comma 3, l. fall. di avviare o proseguire azioni cautelari o esecutive sui beni del debitore (nonché di acquisire titoli di prelazione se non concordati) si applica esclusivamente ai creditori anteriori, «per titolo e causa», alla data di pubblicazione dell’accordo. L’imprenditore che stipula un accordo di ristrutturazione dei debiti è un imprenditore che prosegue la sua attività e che pattuisce con il ceto creditorio delle condizioni che gli consentano di superare una crisi temporanea. La prosecuzione dell’attività aziendale implica l’assunzione di nuove obbligazioni ed i “nuovi” creditori, avendo magari appreso dell’esistenza dell’accordo e desumendo da ciò un indice di difficoltà finanziaria del loro debitore, potrebbero realisticamente aggredirne il patrimonio per preconstituirsì un titolo preferenziale su cui agire esecutivamente. Pertanto la segregazione dei beni dell’imprenditore in un trust è certamente utile al fine di tutelare sia i creditori aderenti all’accordo che, soprattutto, quelli non aderenti da eventuali aggressioni del patrimonio del debitore avviate da coloro che hanno acquistato la qualità di creditori successivamente alla data di proposizione dell’accordo.

²⁵⁷ Il trust sembra essere strumento utile anche al fine di disciplinare l’effetto segregativo alla scadenza del termine dei 60 giorni. È stato più volte osservato nella pratica come il lasso di tempo coperto dal legislatore con l’automatic stay (cioè sessanta giorni dalla pubblicazione dell’accordo) raramente sia sufficiente ai fini dell’ottenimento dell’omologazione. Scaduto tale termine, quindi, il patrimonio del debitore torna liberamente aggredibile dai creditori (partecipanti o meno all’accordo) e l’omologazione potrebbe diventare impossibile proprio perché i beni destinati al suo adempimento (oppure offerti in garanzia) potrebbero essere stati vincolati al soddisfacimento di uno o più creditori particolarmente aggressivi. Nella “finestra” temporale che rimane scoperta nel periodo compreso tra il sessantunesimo giorno successivo alla pubblicazione dell’accordo nel registro delle imprese e la data del decreto di omologa si ripresentano quindi le medesime inefficienze, già sopra evidenziate, che si determinavano nell’epoca antecedente l’introduzione dell’automatic stay. L’ammissibilità di simili trust potrebbe tuttavia essere revocata in dubbio alla luce del tenore letterale dell’art. 182-bis l. fall., il quale indica chiaramente che il divieto di azioni esecutive e di acquisto di diritti di prelazione opera «dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni»: se ne potrebbe dedurre quindi, stando alla interpretazione letterale della norma, che il legislatore abbia determinato espressamente la finestra temporale entro la quale può operare l’automatic stay e che tale termine - non essendo nella disponibilità delle parti - non potrebbe essere esteso sulla base di un negozio privato quale il trust. In altre parole da tale previsione legislativa se ne potrebbe ricavare un implicito divieto verso l’estensione (sino alla omologazione dell’accordo, anche se intervenga successivamente al termine di sessanta giorni dalla pubblicazione dell’accordo) dell’effetto protettivo sul patrimonio del debitore ivi previsto. Non sembra peregrino ritenere che l’art. 182-bis l. fall. possa intepretarsi enfaticamente, più che il dato letterale, la sua ratio (vale a dire la protezione del patrimonio sino alla omologazione): aderendo a tale impostazione il termine fissato dalla legge potrebbe quindi essere considerato come un termine minimo, anziché massimo, e ciò consentirebbe di ritenere pienamente ammissibili i trust costituiti per segregare il patrimonio del debitore (in tutto o in parte) sino alla data dell’omologazione dell’accordo.

²⁵⁸ Nell’ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti non è infrequente che vengano vincolati a garanzia beni non dell’imprenditore-debitore bensì di terzi (amministratori, soci illimitatamente responsabili, altri garanti in genere). Tali beni, così come accade per i beni del debitore, possono essere offerti a garanzia delle obbligazioni assunte dall’imprenditore nell’ambito dell’accordo ovvero trasferiti quale contropartita delle concessioni che i creditori accordano a chi propone l’accordo di ristrutturazione. Appare allo stato pacifico che a tali beni di terzi non si applichi il

c.d. “ombrello protettivo” di cui all’art. 182-bis, comma 3, l. fall.; dall’altro appare tuttavia evidente che anche tali beni, specie dopo la pubblicazione nel registro delle imprese dell’accordo o della proposta di pre-accordo, rischiano di essere aggrediti con azioni esecutive o cautelari ad opera dei creditori particolari del terzo, che evidentemente non vedranno di buon occhio la circostanza che il loro debitore si impegni con il proprio patrimonio a favore di un soggetto con cui i creditori del terzo non hanno alcun tipo di rapporto. Una simile eventualità rischia di vanificare il ricorso alla procedura di composizione della crisi di impresa, poiché i beni inizialmente posti a disposizione dei creditori aderenti all’accordo non sarebbero più liberi e disponibili ed in ultima analisi lo stesso Tribunale presumibilmente negherebbe l’omologazione dell’accordo. In tale contesto lo strumento del trust appare assolutamente utile, poiché permette di segregare quei beni dei terzi che siano funzionali alla omologazione dell’accordo proteggendoli da azioni esecutive.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in Riv. trim.dir. proc. pen., 2006, 111 e ss.
- ALLARA M., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico, Corso di diritto civile 1949-1950*, Torino, 1950.
- ALPA G., *I contratti d'impresa, i regolamenti e gli usi normativi*, in Vita not., 2004, 1319 e ss.
- AMBROSINI S., *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2006.
- AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Trattato di diritto commerciale diretto da G. Cottino, Padova, 2008.
- AMBROSINI S., *Appunti "flash" sull'art. 182-quater della Legge Fallimentare*, in Il Caso.it, II, 204/2010.
- ANDREANI G. e TUBELLI A., *Il fisco*, 44, 2006, 15402.
- ANLUCCHI F., *Manuale dell'impresa artigiana*, Padova, 2002.
- APICE U., *Soggetti e rapporti giuridici nelle procedure concorsuali*, Padova, 2002.
- APRILE F. - BELLE' R. - BISOGNO M. - DIDONE A., *Ricavi lordi*, in FERRO M. - DI CARLO A. (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 263-273.
- APRILE F. - CELENTANO P. - CULTRERA M.R., *Tipologie soggettive al vaglio di fallibilità*, in FERRO M. - DI CARLO A. (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 177-183.
- APRILE F., *Società artigiana e fallimento: percorrendo antichi e nuovi sentieri esegetici tra provocazioni legislative e suggestioni giurisprudenziali*, in Giur. Comm., 2004, I, 1019-1034.
- APRILE F., *Agente, Associazioni temporanee di imprese (A.T.I.) e Coniuge del fallito*, in Tratt. Ferro, *Insinuazioni al passivo*, I, 44-59, 234-240 e 480-489.
- ARATO M., *La responsabilità della banca nelle crisi di impresa*, in *Fallimento*, 2007, 252.
- ARDIZZONE A., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: relazione attestativa del professionista e poteri di verifica del tribunale in sede di omologazione*, in *Dir. Fall.*, 2010, II, p. 527 e ss..
- ARRIGO T. - CAVANNA S., *Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento*, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, a cura di ALPA G. e ZATTI C., Padova, 1999.
- BAIRD D.G., *A world without bankruptcy*, in *Law e contemporary problems*, 50, 1987, 173.

BALDASSARRI A., *Contratto di agenzia. Figure affini, particolari e atipiche di agente*, in Cendon P. (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Torino, 2004, XVI, 53-89.

BALDI R., *Il contratto di agenzia*, Milano, 2008.

BARONTINI P., *I rapporti tra accordi di ristrutturazione e dichiarazione di fallimento: sospensione dell'azione esecutiva o pregiudizialità tra procedure concorsuali?*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, II, 199 e ss.

BARTOLI S., *Il trust*, Milano, 2001, 343 e ss.

BAUMBACH/HUECK, *GmbH-Gesetz*, 18, 2006.

BELLE' R.- APRILE F.- BISOGNO M. - ZANICHELLI V., *Attivo patrimoniale*, in FERRO M. - DI CARLO A. (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 245-261.

BELLE' R.- BISOGNO M. - MONTELEONE M. - SENSINI L.- ZANICHELLI V., *Debiti*, in FERRO DI CARLO A. - M (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 275-284.

BENEVENTI I., (cur.), *"I trust in Italia oggi"*, Milano, 1996.

BENEVENTI I, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in *Jus*, 1997, 11.

BENEVENTI I. ., *Trust e Fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 399 ss..

BERNARDI L., *"Il trust nel diritto internazionale privato"*, in *"Studi delle scienze giuridiche"*, Vol. XXXV, Pavia, 1957.

BIANCA C.M., *Diritto Civile, Vol. VI, La proprietà*, 1999.

BLATTI C.- MINUTOLI G., *Il fallimento della holding personale tra nuovo diritto societario e riforma della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, 427-437.

BLATTI C., *Società tra professionisti*, in Tratt. FERRO, *Insinuazioni al passivo*, II, 1996-1978.

BONFANTE G. - COTTINO G., *L'imprenditore*, Tratt. G. COTTINO, I, 2001.

BONFATTI S. - CENSONI P.F., *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della legge fallimentare (manuale di diritto fallimentare)*, Padova, 2008.

BRAUN, *Insolvenzordnung*, 2, 2004.

BROGGINI G., *"Trust e fiducia nel diritto internazionale privato"*, in AA.VV., 1996.

BROGGINI G. *"Trust e fiducia nel diritto internazionale privato"* in *Europa e Diritto Privato*, 1998, 399-423.

BRUNO C., *La crisi dell'impresa sportiva*, in FAUCEGLIA G. - PANZANI L. (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, I, 69-97.

BRUNO L. G., *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi e di controllo nella gestione della crisi d'impresa e nell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2008, 1130 e ss.

BRUNO M., *Gli accordi di salvataggio nella riforma del diritto fallimentare e la responsabilità per concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 258 e ss..

BUSANI A., FANARA C. - OTTAVIO MANNELLA G., *Trust e crisi d'impresa*, Milano, 2013, p. 106 e ss.

BUTTA' S., *Effetti diretti della Convenzione dell'Aja nell'ordinamento italiano*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, 551.

C. CARRARA, *Analisi comparata fra la disciplina italiana e tedesca in tema di finanziamenti dei soci*, reperibile sul sito internet www.staticluiss.it;

CAFARO A.M., *Prime riflessioni sui rischi di illegittimità costituzionale della riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2006, 735-740.

CAGNASSO O. - IRRERA M., *Aspetti generali della riforma*, in AA.VV., *La riforma del fallimento*, Milano, 2007.

CAIFA A., *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008.

CAPO G., *I presupposti del fallimento*, in FAUCEGLIA G. - PANZANI L. (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, I, 5-68;

CAPO G., *I presupposti del fallimento. Fallimento e impresa*, in BUONOCORE V.- BASSIA. (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2010, I, 2-87.

CAPOBIANCO E., *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 295 e ss.

CAPUZZI F., *Come è cambiato il presupposto soggettivo del fallimento*. In *Dir.fall.*, 2008, I, 534-558.

CARATOZZOLO M., *La nozione di "investimenti nell'azienda" e di "ricavi lordi" nell'art.1 della nuova legge fallimentare*, in *Fall.*, 2007, 5-10.

CARAVAGLIOS R., *Fallimento del coniuge e beni destinati all'impresa*, in *Fall.*, 2001, 41-46.

CARBONE S.M., *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione de L'Aja del 1985*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1999, 776 e ss., e in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, 145 ss.

CASTIELLO D'ANTONIO A., *La responsabilità per "concessione abusiva di credito"*, in *Dir. fall.*, 2002, I, 1091.

CASTRONOVO C., *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 441 ss.

CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita notarile*, 1998, 1323-1329.

CAVALLI G. - PANZANI L., *Introduzione*, in AA.VV., *Grandi e piccole insolvenze: dal caso*

Chrysler alla crisi del consumatore, Atti del XVI Convegno Nazionale di Studi Città di Alba, Torino, 2010, 9-23.

CAVALLI G., *I presupposti del fallimento*, in Tratt. AMBROSINI – CAVALLI - JORIO, Padova, 2009, 17-143.

CAVALLINI C., *Trust e procedure concorsuali*, in Riv. Soc., 2011, 1093 e ss..

CENSONI P. F., *I presupposti del fallimento*, in BONFATTI S.- CENSONI P. F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova 2009, 19 – 46.

CETRA A., *Il fallimento della fondazione che esercita attività commerciale*, in Fall., 2009, 1429 – 1433.

CHESHIRE G.C., “*Il concetto del trust secondo la Common Law inglese*”, Torino, 1998.

CHIOZZI A., *I presupposti del fallimento. La qualità di imprenditore commerciale*, in Tratt. PANZANI, Torino, 2000, I, 9-81.

COLESANTI V., *Crisi d’impresa, accordi di ristrutturazione e insolvenza (“prospettica”)*, in *Corr. Giur.*, 2010, 122 e ss..

COLOMBO G.E., *L’esenzione dalle procedure concorsuali per ragioni dimensionali*, in Fall., 2008, 625 -635.

COLTRANO G. - LEUZZI S., *La problematica relativa all’espropriazione dei beni dell’impresa “non fallibile”*, in *Dir. fall.* , 2010, I, 481-507.

CORSINI L., *Trust e diritti dei legittimari e dell’erario in Italia*, in *Rivista del notariato*, 1998, 72.

COSTA C., *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dopo il D. Lgs. 12.9.2007, n. 169*, in *Il nuovo diritto*, Torino, 2008.

D’AMBROSIO C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA e L. PANZANI, Torino, 2009, 1799 e ss..

D’ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in Fall., 2009, 715 - 725;

D’ATTORRE G., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in Fall., 2010, 691 – 699.

DE ANGELIS L., *Presupposti del fallimento*, in AA.VV., *La riforma del fallimento*, Milano, 2007, 14-18.

DE DONATO A., DE DONATO V., D’ERRICO M., “*Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica*”, Roma, 1999.

DE FRANCHIS F., “*Dizionario giuridico inglese italiano*”, Milano, 1984, 1477 ss.

DE MATTEIS S., *Natura artigianale dell’impresa ed onere della prova*, in Fall., 2004, 507-510.

DE MARCHI P.G., *I piani di risanamento ex art.67 legge fallimentare- Tentativo di ricostruzione di*

un istituto a partire dai suoi effetti in caso di fallimento, in *www. Il caso.it*, II, 189/2010,1.

DI CIOMMO F., “*Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*” in *Corriere Giuridico*, 1999, 630 e ss.

DI MAIO A., *Associazione temporanea di imprese e concordato preventivo*, in *Fall.*, 2000, 412-416.

DIMUNDO A., *La dichiarazione di fallimento ed il suo presupposto soggettivo*, in FABIANI M.-PATTI A. (a cura di), *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, 35-54.

DI MAJO A., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.*, in *Corr. Giur.*, 2010, 245 e ss.

DI MARZIO F., *La crisi d’impresa, Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare (a cura di F. Di Marzio)*, 2010, p. 303 e ss.; Id., *Le soluzioni concordate della crisi d’impresa*, reperibile in www.ilcaso.it

DI MARZIO F., *Le soluzioni concordate della crisi d’impresa*, reperibile in www.ilcaso.it

DI PRISCO N. *La proprietà temporanea*, Napoli, 1979.

DIMUNDO A., *Trust interno istituito da società insolvente in alternativa alla liquidazione fallimentare*, in *Fallimento, Gli Speciali*, 2010, 3.

DIMUNDO V., *Note minime in tema di designazione dell’esperto: ragionevolezza del piano di risanamento*, in *Fall.*, 2009, 77 e ss..

DOLZANI M., *Il registro delle imprese*, studio del Consiglio nazionale del notariato, 2008, reperibile sul sito www.notariato.it.

FABIANI M., *La società artigiana, il piccolo imprenditore e un “residuo” di norma non più attuale*, in *Foro it.*, 1992, I, 2064 -2069.

FABIANI M., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l’incerta via italiana alla reorganization*, in *Foro it.*, 2006, 263.

FABIANI M., *L’impresa “fallibile”*, in *Fall.*, 2007, 332-330.

FABIANI M., *Il decreto correttivo alla riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, V, 225-233.

FABIANI M., *Competizione” fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, in *Fallimento*, 2010, 206.

FANTICINI G., *Il trust liquidatorio e il conflitto con il fallimento: confronto sui pro e contro*, in AA. VV., *Moderni sviluppi dei trust*, Milano, 2011, 535 e ss.

FAUCEGLIA G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005*, in *Fallimento*, 2005, 1452.

FAUCEGLIA G., *Sull’estensione dei soggetti esonerati*, in *Fall.*, 2005, 990 – 994.

FAUCEGLIA G., *La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, p. 1103.

FAUCEGLIA G., *I presupposti per la dichiarazione di fallimento*, in APICE U. (a cura di), *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, Torino, 2010, I, 3 – 49.

FAZZARI A., *Le caratteristiche economiche delle imprese fallite: una sintesi del dato nazionale. Profilo di impresa emersa dall'analisi*, in FERRO M. - DI CARLO A. (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 47-51.

FAZZI L., *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione*, in *Dir Fall.*, 2011, II, 352 e ss.

FERIOZZI C., *Presupposti oggettivi e soggettivi del fallimento*, in AA.VV., *La riforma del fallimento*, Milano, 2006, 15 – 21.

FERRARA SR. F., *"I negozi fiduciari"*, in *Scritti Scialoja*, Ferrara, 1905, 56 ss.

FERRI G. jr., *In tema di piccola impresa tra codice civile e legge fallimentare*, *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 735-754.

FERRO LUZZI F., *Prolegomeni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore in stato di crisi: del paradosso del terzo creditore "estraneo ... ma non troppo"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2008, I, 825 e ss.

FERRO M., *Il fallimento delle società. I soggetti*, in Tratt. PANZANI, Torino, IV, 1999, 163 – 244.

FILANGIERI G., *La scienza della legislazione*, in *Scritti*, a cura di VENTURI F., Torino, 1976.

FILOCAMO F.S., *Procacciatore d'affari*, in Tratt. FERRO, *Insinuazioni al passivo*, Padova, 2006, II, 1723 – 1730.

FORTUNATO S., *Commento all'art. 1*, in Comm. JORIO - FABIANI, Bologna, 2006, I, 37-69.

FORTUNATO S., *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2009, 65.

FRANCESCHELLI R., *"Il trust nel diritto inglese"*, Padova, 1935.

FRASCAROLI SANTI E., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009.

GABRIELLI E., *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, reperibile in www.judicium.it ;

GALARDO M., *Gli accordi di ristrutturazione e il risanamento del "Gruppo"*, in *Dir. Fall.* 2010, II, p. 343 e ss.

GALARDO M., *Accordi di ristrutturazione: valutazione del tribunale e inadempimento dell'accordo di ristrutturazione omologato*, in *Dir. Fall.*, 2011, II, 159 e ss.

GALARDO M., *"Interesse di gruppo e accordi di ristrutturazione (il caso "Gabetti")*, in *Dir. Fall.*,

2011, II, p. 40 e ss.

GALGANO F., *“Diritto civile e commerciale”*, Padova, 1999, I.

GALGANO F., *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007.

GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 2008.

GALIOTO M., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano, 2003.

GALLETTI D., *Trust liquidatorio e (in)derogabilità del diritto concorsuale*, in *Moderni sviluppi dei Trust*, Milano, 2011, 631 e ss.

GALLIZIA G., *Trattamento tributario dell'atto dispositivo in un trust di beni immobili*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2001, 148 ss.

GALLIZIA G., *Trascrizione di atti di beni attributivi al trustee*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2001, 362 e ss.

GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1995.

GAMBARO A., *Voce “Trust”* in *Digesto-Discipline privatistiche*, sez. civile, vol XIX, Torino, 1999.

GAMBARO A., *Voce “Trust”* in *Digesto-Discipline privatistiche*, sez. civile, vol XIX, Torino, 1999.

GAMBARO A., *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, 155.

GAMBARO A., *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, II 257 ss.;

GAMBARO A. *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, II, 919 ss.

GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile, Commentario diretto da P. Schlesinger*, 1998.

GAZZONI F. *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, 1247 ss.

GAZZONI F., *Tentativo dell'impossibile (Osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, 11 e ss.

GAZZONI F. *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. Not.*, 2002, 1107.

GENOVIVA P. *Questioni controverse in tema di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009, 1220.

GENTILI G., *Il tribunale di Ancona ha omologato il primo accordo di ristrutturazione dei debiti con transazione fiscale stipulato in Italia*, 2009, reperibile in www.ilcaso.it.

GIUNTA F., *Riflessi penali della nuova disciplina fallimentare*, in *La riforma della legge*

fallimentare, 2006, a cura di NIGRO A. e SANDULLI M., II, 1216.

GIUSTA M., *Le soglie di fallibilità e la dichiarazione di fallimento*, in AA.VV., *Grandi e piccole insolvenze: dal caso Chrysler alla crisi del consumatore*, Atti del XVI Convegno Nazionale di Studi Città di Alba, Torino, 2010, 181-193.

GLIOZZI E., *L'imprenditore commerciale*, Bologna, 1998.

GRASSETTI C., "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico", in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1936, 244 e ss.

GROSSI M.R., *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006.

GROSSI P., *Un'Altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977..

GUERNELLI M., *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Dir. Fall.*, 2008, 1, 256 e ss.

GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2008.

JEANTET L., *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la privatizzazione dell'insolvenza*, in *Giur. Comm.*, 2007, II, 210 e ss.

JORIO A., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Fallimento*, 2005, 1454.

JORIO A., *Introduzione*, in *Comm. JORIO - FABIANI*, Bologna, 2006, 1-34.

JORIO A., *Il presupposto soggettivo per l'accesso alle procedure concorsuali*, in *Comm. JORIO - FABIANI*, Bologna, 2006 .

JORIO A., FABIANI M., *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007.

JORIO A., *L'impresa assoggettata alla legge fallimentare e il presupposto soggettivo*, in *Comm. JORIO - FABIANI*, Bologna, 2010

INNOCENTI F., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007. Una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 926.

INZITARI B. *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in www.ilcaso.it,

LENZI L., "Operatività del trust in Italia" in *Riv. Not*, 1995, 1379-1387.

LIPARI N., *Fiducia statica e trusts*, in *I Trust in Italia oggi* a cura di BENEVENTI I., Milano, 1996, 76 ss.

LO CASCIO G., *Commentario alla legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000.

LO CASCIO G., *Il concordato preventivo e il trust*, in *Fall.*, 2007, 251.

LO CASCIO G., *L'intervento correttivo ed integrativo del decreto legislativo 5/2006*, in *Fall.*, 2007, 865-872.

LO CASCIO G., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007.

LOTTINI R., *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Fall.*, 2010, 1366.

LUPOI M., *The Shapeless Trust*, in *Trusts & Trustees* (1995), 3, e in *Vita notarile*, 1995, I, 51.

LUPOI M., *Trust*, Milano, 1997.

LUPOI M., *Riflessioni comparatistiche sui trust*, in *Europa e Diritto Privato*, 1998, 436 e ss.

LUPOI M., *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. Not.*, 2001, I, 1159 ss.;

LUZZATTO R., *"Legge applicabile e riconoscimento di trust secondo la Convenzione dell'Aja"* in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, 7-16.

MACARIO F., *Credito al consumo e sovra indebitamento del consumatore: aspetti economici e profili giuridici*, (a cura di M. LOBUONO e M. LORIZIO), Torino, 2007.

MACARIO F., *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, 102 e ss.

MAIORCA C., *Della trascrizione*, in *Commentario al codice civile diretto da D'Amelio e Finzi*, libro VI, 180 e ss.

MAITLAND F.W., *"L'Equità"* (trad. It. "Equity. A course of lectures" Cambridge 1969) Milano, 1979.

MANDRIOLI L., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.*, in *Fallimento*, 2010, 613.

MANDRIOLI L., *I presupposti per la dichiarazione di fallimento. Le imprese soggette a fallimento*, in Didone A. (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, I, 43 e ss.

MANIGLIO G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art.182 l. fall. e l'intervento del notaio*, in *Vita not.*, 2011, 625 e ss.

MARCUS COLE G., *Il diritto concorsuale statunitense in un contesto globale*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale, Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione della crisi*, 2013, II, 223.

MARENCO F., *Il correttivo e la nuova transazione fiscale*, tratto dal sito www.ilcaso.it.

MARENCO F., *Le eventuali sopravvenienze negli accordi ex art. 182 bis*, 2008, reperibile in www.ilcaso.it

MARIANI, *L'articolo 2645 del codice civile*, in *Rivista del Notariato*, 1947, 479 ss.

MASI C., *La Convenzione dell'Aja in materia di trust*, in AA. VV., 1999, *Materiali e Commenti sul*

nuovo diritto dei contratti, a cura di VETTORI G.

MATTEI U., *La proprietà*, in R. SACCO (cur.) *,Trattato di diritto civile*, Torino, 2001.

MESSINETTI D., *Trascrizione delle domande giudiziali*, in *Giur. It.*, I, 1, 1976, 191.

MINUTOLI G.- RAGAGLIA E. - SALVATO L., *Società e fallimento*, in FERRO M. - DI CARLO A.(a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 187-206.

MINUTOLI G., *Coltivatore diretto, Consorzio e Cooperative*, in Tratt. FERRO. *Insinuazioni al passivo*, Padova, 2006, I, 395 e ss.

MINUTOLI G., *Impresa familiare*, in Tratt. FERRO. *Insinuazioni al passivo*, Padova, 2006, II, 1168-1176.

MONTICELLI S. – PORCELLI G., *I contratti dell'impresa*, Torino, 2006.

MOSCATI E., *Trust e vicende successorie*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 1075.

MURITANO D., *Note sul trust istituito da imprese in crisi (in funzione liquidatoria)*, *Studio n. 161/2011 del Consiglio Nazionale del Notariato*, reperibile sul sito www.notariato.it.

NARDECCHIA G.B., *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007.

NARDECCHIA G.B., *La relazione del professionista ed il giudizio di omologazione negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2010, 216 e ss.

NARDECCHIA G.B., *Professionisti*, in Tratt. FERRO. *Insinuazioni al passivo*, Padova, 2006, II, 1746-1758.

NATOLI U., *Della Trascrizione*, in *Commentario al codice civile*, vol. VI, Torino, 1971.

NEGRI G. *Associazioni anche commerciali*, in *Sole 24 Ore. Norme e tributi*, 12.6.10, 31.

NEGRI G., *Un fallimento su misura per i mini- imprenditori*, in *Sole 24 Ore*, 20.9.10,6.

PAGNI P., “*Convenzione relativa alla legge sui trust ed al loro riconoscimento*”, AA.VV, a cura di GAMBARO A. - GIARDINA A. - PONZARELLI G., in *Le nuove leggi commentate*, 1993, 1278 ss.

PAJARDI P. e PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, 2008.

PAJARDI P., *Codice del fallimento*, a cura di M. BOCCHIOLA e A. PALUCHOWSKI, Milano, 2009. DEMARCHI P., *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, Milano, 2009.

PALAZZO A., *Successione, trust e fiducia*, in *Vita not.*, 1998, 773 ss.

PALERMO G., *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*. in *Studi in Onore di P. Rescigno*, V, 339-369, Milano, 1998.

PANZANI L., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i limiti di sindacato del giudice*, D. dir., Ipsa.it, 2006, 1 e ss.

PANZANI L., *Le imprese soggette al fallimento*, in BONFATTI S. - PANZANI L., *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, 3 – 46.

PASQUARIELLO F., *Il “diritto” di fallire del piccolo imprenditore*, *Dir. fall.*, 2008, I, 665-698.

PATERNO' RADDUSA P., *L'accertamento delle dimensioni della impresa nella istruttoria prefallimentare*, in DI MARZIO F. (a cura di), *La crisi d'impresa, Questioni controverse nel nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, 75-98.

PATTI A., *Diritto fallimentare. I. Presupposti del fallimento*, Milano, 2002.

PATTI A., *Affitto d'azienda e finanziamento dell'impresa fallita*, in AA.VV., *Dai piani attestati ai concordati giudiziali: finanziamenti e mercato delle crisi, Atti del Convegno di Milano per i 30 anni della rivista “Il Fallimento”*, Allegato Fall., 2009, 76 – 86.

PATTI A., *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009.

PERLINGIERI P., *Profili del diritto civile*, III° Edizione, 1994.

PERUGINI G.M., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: omologazione richiesta da gruppi societari e condizioni di attuabilità (il caso Risanamento). Prime considerazioni*. In *Dir. Fall.*, 2010, II, 205 e ss.

PICCOLI P. - CORSO E. - DOLZANI M., *“La trascrizione degli atti riguardanti il trust”*, in *Riv. Not.*, 1995, 1389-1404.

PICCOLI P., *“I trust. Brevi cenni su natura e struttura”* in *“Studium oeconomiae”*, 2000, 735-738.

PICCOLI P., *Prassi italiana in materia di pubblicità immobiliare*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2000, 296-297.

PICCOLI P., *“L'avamprogetto di convenzione sul trust nei lavori della conferenza di diritto internazionale privato de L'Aja ed i riflessi di interesse notarile”*, in *“Riv. not.”*, 1984, 844 e ss.

PONTI L., SPADETTO F., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, Padova, 2006.

PORCELLI G., *Successioni e trust*, Napoli, 2005.

POSITANO G., *E' ancora ammissibile il riferimento all'art. 2083 cod. civ. per delimitare la categoria degli imprenditori esclusi dal fallimento?*, in *Dir. fall.*, 2009, II, 49 – 65.

POTITO E., *Il sistema delle imposte sui redditi*, Milano, 1989.

POTITO L.- SANDULLI M., *Commento all'art.1*, in NIGRO A.- SANDULLI M. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, I, 1-11.

PRENNA G., *Fallimenti, prededucibili alcuni crediti finanziari*, in *Guida dir.*, 2010, 26, 82.

PRESTI G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Le nuove procedure concorsuali* (a cura di AMBROSINI), Milano, 2007;

PRESTI G., *Procedure concorsuali. Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il diritto, Enc. Giur.*,

XII, Milano, 2007, 52.

PRINCIPE A., *La valutazione dei fondi per rischi e oneri e dei debiti*, in PROVASOLI A. (a cura di), *Management. Amministrazione e bilancio*, Milano, 2004, II, 340 – 359.

PROTO C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, 129 e ss.

PUSTERLA G., *Il D.D.L. sull'insolvenza del debitore civile e del piccolo imprenditore: prime note*, in AA.VV., *Grandi e piccole insolvenze: dal caso Chrysler alla crisi del consumatore*, Atti XVI Convegno Nazionale di Studi Città di Alba, Torino, 2010, 57-60.

QUARTICELLI P., *Omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e controllo giudiziale sull'attuabilità dell'accordo: orientamenti e prime divergenze giurisprudenziali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 753 e ss.

RAGAGLIA E. - MINUTOLI G. - SALVATO L., *Soci fallibili, vicende modificative e gruppi*, in FERRO M. - DI CARLO A. (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 207 – 231.

RESTAINO L., *Ancora qualche considerazione sulla natura dell'attività esercitata dalla holding e sulla rilevanza del factum de non petendo*, in *Giur. Merito*, 2003, 1954.

ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. Iudica - Zatti*, Milano, 2001.

ROPPO V., *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Riv Dir. Priv.*, 2007, 2, 277 e ss.

ROVELLI L., *L'amministrazione delle grandi imprese insolventi*, in *Tratt. PANZANI*, Torino, 2002, VI, 3-43.

ROVELLI L., *Quale competitività per le imprese dopo le "trasformazioni" della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, 105-119.

ROVELLI L., *La tutela dei diritti attraverso le procedure concorsuali e l'art. 24 della costituzione*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare. Scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, Milano, 2006, 1 e ss.

ROVELLI L., *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. fall.*, in *Fall.*, 2007, 595.

ROVELLI L., *Un diritto per l'economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di degiurisdizionalizzazione?*, in AA. VV., *La crisi d'impresa, Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, 15 e ss.

ROVERONI R., *Enti non commerciali*, in *Tratt. FERRO, Insinuazioni al passivo*, III, Padova, 2006, 490-496.

SALMOND J.W., *"Jurisprudence"*, a cura di C.A.W. MANNING, Londra, 1930, 284 ss.

SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, *Dir*

fall., 2010 , I, 603 – 641.

SANTANGELI F., *Commento agli artt. 1-4*, in SANTANGELI F. (a cura di), *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, 3-17.

SANTARELLI U., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964.

SCARAFONI S., *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 438-448.

SCHIANO DI PEPE G., *I presupposti (soggettivi e oggettivi) per la dichiarazione di fallimento*, in SCHIANO DI PEPE G. (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, 1-20.

SCHIANO DI PEPE G., *Vecchio e nuovo sulla fallibilità. Variazioni sul tema dopo il D. Lgs. 12 settembre 2007, n.169*, *Dir. Fall.*, 2009, I, 654-668.

SCHIAVONI G., *Gli imprenditori marginali e i non imprenditori commerciali per categorie economiche*, in *Quaderni del CSM*, 1996, 83, I, 115-149.

SCHIAVONI G., *Profili dell'insolvenza delle società sportive (anche alla luce del cosiddetto Lodo Petrucci)*, in *Dir. Fall.*, 2004, I, 295-309.

SCHLESINGER P., *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p.319.

SCHWARTZ A., *A contract theory approach to business bankruptcy*, in *Yale law journal*, 107, 1998, 1807.

SCIUTO M., *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 337 e ss.

SICCHIERO G., *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione*, in *Contr. Impr.*, 2011, 9 e ss.

SIGNORELLI F., *L'efficacia probatoria delle scritture contabili dell'imprenditore ed il principio dell'inscindibilità*, in *Fall.*, 2007, 810 e ss.

SILVESTRINI A., *I presupposti soggettivi del fallimento a seguito della legge di riforma*, in *Fall.*, 2007, 230 e ss.

SPENCE G., *The equitable jurisdiction of Court of Chancery*, Londra, 1846.

STANGHELLINI L., *Creditori "forti" e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2006, 377 – 387.

STANGHELLINI L., *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, Bologna, 2007;

TABB C. J., *The law of bankruptcy*, The foundatione press –Westbury, New York, 1997.

TAMPONI I.- D'AMORA R.- PLENTEDA D., *Imprese in liquidazione e durata dell'esercizio*, in FERRO M. - DI CARLO A. (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 233-243.

TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006.

TEDESCHI G.U., *L'accertamento dei presupposti per l'esclusione dal fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2009, II, 193-207.

TEODOLDI A., *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 647.

TERRANOVA G., *Le procedure concorsuali. Problemi di una riforma*, Milano, 2004.

THEVENOZ L., *Trusts en Suisse. Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie*, Schulthess, Zurigo, 2001.

TOSI L., *La transazione fiscale*, in *Rass. tribut.*, 2006, 1086.

TRENTINI C., *Imprenditore non fallibile, procedimento prefallimentare e questioni processuali*, in *Fall.*, 2009, 600 – 608.

TRENTINI C., *Il fallimento di ente ecclesiastico che esercita attività d'impresa*, in *Fall.*, 2010, 982 – 986.

TRENTINI C., *Impresa familiare e fallimento dei partecipanti. Osservazioni a Cass. n. 1458/10*, in *Fall.*, 2010, 1147 e ss.

UNDERHILL A. - HAYTON D.J., *“Law relating to trust and trustees”*, a cura di HAYTON D.J., Londra, 1995.

VACCHIANO M., *I poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2007, 1321 e ss.

VASSALLI F., *I riflessi penalistici delle composizioni concordate della crisi*, in *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007, 151 e ss..

VENTORUZZO M., *Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo*, in CAVALLINI C. (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, I, 3 – 48.

VERNA G., *L'accertamento delle soglie di fallibilità*, in *Fall.*, 2009, 1253-1259.

VETTORI G., *Il contratto nella crisi dell'impresa*, in *Obbl. contr.*, 2009, 486 e ss.

VICARI D., *“L'oggetto sociale delle trust companies”*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2001, p 319 e ss.

VIETTI M. – MAROTTA F – F. DI MARZIO (a cura di), *Riforma fallimentare*, Torino, 2008.

VIVALDI R., *Piccola società artigiana e piccola società commerciale: la giurisprudenza pragmatica rimodella un diritto irragionevole*, in *Fall.*, 2003, 763- 767.

ZANAZZI M. “*Omologazione di trust company italiana*”, in *Trust e attività fiduciarie*, 2000, 625 e ss.

ZANELLI V., *I requisiti di fallibilità tra giurisprudenza e riforma fallimentare*, in *Fall.*, 2008, 873 – 881.

ZANICHELLI V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lg. 12.9.2007, n. 169*, Milano, 2008.

ZANICHELLI V., *Transazione fiscale e pagamento percentuale dei creditori privilegiati*, in *Fall.*, 2007, 580 e ss.

ZOCCA L., *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e relazioni del professionista*, Milano, 2006.

ZORZI A., *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 1236 e ss.

Giurisprudenza

- Cass. 15 maggio 1984 n. 2936, in *Fall.*, 1985, 709.
- Corte cost. 22 dicembre 1989 n. 570, in *Foro it.*, 1990, I, 1132.
- Cass. 27 giugno 1990 n. 6559, in *Dir.fall.*, 1991, II, 21.
- Corte cost. 23 luglio 1991 n. 368, in *Foro. it.*, 1992, I, 2064.
- Cass. 28 febbraio 1992 n. 2501, in *Not. G. lav.*, 1992, 593.
- Trib. Torino 6 ottobre 1992, in *Fall.*, 1993, 543.
- Corte cost. 25 novembre 1993 n. 419, in *Foro it.*, 1994, I, 693.
- Corte cost. 30 giugno 1994 n. 266, in *Giur. Comm.*, 1995, II, 463.
- Corte cost. 30 dicembre 1994 n. 490, in *Dir.fall.*, 1995, II, 211.
- Trib. Firenze 10 maggio 1995, in *Riv. dir.sport.*, 1995, 796.
- Trib. Roma 5 luglio 1995, in *Dir. fall.*, 1996, II, 776.
- Cass. 26 luglio 1996 n. 6770, in *Fall.*, 1997, 162.
- Cass. 12 febbraio 1997 n. 1304, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 231.
- Trib. Milano 16 luglio 1998, in *Fall.*, 1999, 445-449.
- Trib. Bologna 6 maggio 1999, in *Giur.comm.*, 2001, II, 135.
- Cass. 17 giugno 1999 n. 6002, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1415.
- Cass. 24 marzo 2000 n. 3520, in *Fall.*, 2001, 283.
- Cass. 6 aprile 2000 n. 4327, in *Foro it.*, 2001, I, 607.
- Cass. 20 giugno 2000 n. 8374, in *F. tosc.*, 2001, 269.
- Cass. 11 agosto 2000 n. 10734, in *Rass. dir. Farm.*, 2001, 621.
- Cass. 25 novembre 2000 n. 15222, in *Italggiure Web Civile*, rv. 542168.
- Trib. Cassino 21 gennaio 2001, in *Giur. comm.*, 2002, I, 225.
- Cass. 17 maggio 2001 n.6757, in *Giur. comm.*, 2003, II, 137.
- Cass. 12 dicembre 2001 n. 15661, in *Guida dir.*, 2002, 7, 36.

Cass. 9 agosto 2002 n.12113, in *Giust. civ.*, 2002 , I, 3077.

Cass. 21 dicembre 2002 n. 18235, in *Fall.*, 2003, 760.

Cass. 6 giugno 2003 n. 9102, in *Fall.*, 2003, 1227.

Cass. 10 luglio 2003 n. 10860, in *Italggiure Web Civile*, rv. 564956.

Cass. 29 agosto 2003 n. 12702, in *Fall.*, 2004, 314.

Cass.15 aprile 2004 n. 7223, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, f.4.

Trib. Modena 26 marzo 2005, in *Fall.*, 2005, 830.

Cass. 15 giugno 2005 n. 12847, in *Fall.*, 2006, 215.

Trib. Genova 26 settembre 2005, in *Fall.*, 2006, 424.

Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, 207.

Trib. Sulmona 1 dicembre 2005, in *Fall.*, 2006, 354.

Trib. Milano, 12 dicembre 2005, in *Dir. Prat. Fall.*, n. 1/2006, 59.

Trib. Milano, 21 dicembre 2005, in *Fall.*, 2005, 670.

Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, 669;

Cass. 24 febbraio 2006 n.4171, in *Italggiure Web Civile*, rv. 587209.

Cass. 28 marzo 2006 n. 7030, in *Corr. Giur.*, 2006, 643.

App. Torino 26 aprile 2006, in *Fall.*, 2006, 851.

Trib. Enna, 27 settembre 2006, in *Fall.*, 2007, 195.

Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Fall.*, 2007, 187.

Cass. S.U. 29 novembre 2006 n. 25275, in *Giust. Civ.*, 2007, 888.

Trib. Roma 12 dicembre 2006, in *Sole 24 Ore*, 31 dicembre 2006, 20.

Cass. 16 dicembre 2005 n. 27729, in *Impresa.*, 2006, 696.

Trib. Monza 30 dicembre 2006, inedita per quanto consta.

Trib. Milano 11 gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 136.

Trib. Piacenza 22 gennaio 2007, in *Fall.*, 2007, 591.

Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Fall.*, 2007, 702.

Trib. Firenze 31 gennaio 2007, in *Fall.*, 2007, 591.

Trib. Mantova 1 febbraio 2007, in *Fall.*, 2007, 591.

App. Torino 19 marzo 2007, in *Fall.*, 2007, 807.

App. Torino 16 maggio 2007, in *Fall.*, 2007, 843.

Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Fall.*, 2008, 701.

App Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, 297.

Cass. 18 settembre 2007 n.19347, in *Foro it.*, 2008, 2953.

Trib. Udine, 21 settembre 2007, reperibile in *www.unijuris.it* .

App. Torino 26 ottobre 2007, in *Fall.*, 2007, 1484.

Corte cost. 30 novembre 2007 n. 411, in *Fall.*, 2008, 152.

Cass. 1 febbraio 2008 n. 2455, in *Fall.*, 2008, 463.

Trib. Salerno 7 aprile 2008, in *Foro it.*,2008, I, 2271.

Trib. Lamezia Terme, 23 giugno 2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, 224.

Trib. Milano 17 luglio 2008, in *Fall.*, 2009, 169.

App. Napoli 29 ottobre 2008, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms. 137.

Trib. Ancona 12 novembre 2008, reperibile in *www.ilcaso.it*.

Trib. S. Maria Capua Vetere 9 gennaio 2009, in *Fall.*, 2009, 713.

Cass. 24 febbraio 2009 n. 4422, in *Italgiure Web Civile*, rv. 606724.

Trib. Patti 6 marzo 2009, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms.318.

Trib. Rimini, 20 marzo 2009, reperibile in *www.ilcaso.it*.

Trib. Alba 25 marzo 2009, in *Fall.*, 2009, 1427.

Trib. Palermo 27 marzo 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, 502.

App. Napoli 5 giugno 2009, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms. 326.

Trib. Milano, 17 giugno 2009, in *Dir. fall.*, 2011, II, 40.

Corte cost. 1 luglio 2009 n. 198, in *Fall.*, 2010, 1141.

App. Napoli 15 luglio 2009 in *Fall.*, 2006, 690.

Trib. Milano 18 luglio 2009, in *Dir. fall.*, 2011, II, 158.

Trib. S. Maria Capua Vetere 22 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, 690.

Cass. 29 luglio 2009 n. 17553, in *Fall.*, 2010, 621.

Trib. Roma 5 novembre 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, 527.

Trib. Milano 10 novembre 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, 205.

App. Torino 11 novembre 2009, in *Fall.*, 2010, 376.

Trib. Paola 3 dicembre 2009, in *Fall.*, 2010, 979.

App. Bari 25 gennaio 2010, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms. 243.

Trib. Palermo 11 febbraio 2010, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms.154.

App. Torino 15 febbraio 2010, in *Fall.*, 2010, 689.

Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Dir. fall.*, 2010, II, 552.

Trib. Napoli 21 aprile 2010., in *Fall.*, 2010, 1418.

Cass. 28 maggio 2010 n. 13086, in *Fall.*, 2010, 772.

Trib. Messina 29 aprile 2010, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms.274.

Trib. Cagliari 3 maggio 2010, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms. 234.

Trib. Roma, 20 maggio 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II, 352.

Trib. Reggio Calabria 10 giugno 2010, in *www.osservatorio-ici.org*, Ms.313.

Cass. 16 giugno 2010 n. 14580, in *Fall.*, 2010, 1146.

Trib. Terni 24 giugno 2010, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms. 305.

Trib. Catania 20 luglio 2010, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms.321.

Cass. 30 luglio 2010, n. 17927 (ord.), inedita per quanto consta.

App. Torino 29 settembre 2010, *www.osservatorio-oci.org*, Ms. 352.

Cass. 29 ottobre 2010 n. 22146, in *Italggiure Web Civile*, rv. 614635.

Cass. 29 ottobre 2010 n. 22150, in *Fall.*, 2010, 1376.

Trib. Padova 6 novembre 2010, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms. 425.

Trib. Imperia 25 novembre 2010, inedita per quanto consta.

Cass. 5 gennaio 2011 n. 105, in *Sole 24 ore*, 6.1.11, 22.

Trib. Prato 4 febbraio 2011, in *Dir. fall.*, 2011, II, p. 340.

Tribunale Bologna 9 gennaio 2014, in *www.filodiritto.com*.

Tribunale Trieste 22 gennaio 2014, in *www.filodiritto.com*