

*Al mio piccolo Paolo
sempre accanto a me...ad aspettarmi
con amorevole pazienza*

INDICE

Introduzione	5
--------------	---

CAPITOLO I

Trust e negozi di destinazione nell'ordinamento italiano

2

1. Il <i>trust</i> nel diritto inglese	8
2. <i>Trust</i> e fiducia	17
3. Il <i>trust</i> previsto dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985	21
4. La natura della Convenzione dell'Aja e l'impatto con l'ordinamento italiano	25
5. <i>Trust</i> - patrimoni destinati-patrimoni separati	33
6. Origine dei patrimoni destinati e patrimoni separati	36
7. Dal <i>numerus clausus</i> dei patrimoni separati ai negozi di destinazione atipici prima dell'art. 2645 ter cc	42
8. Compatibilità del <i>trust</i> con il principio della responsabilità patrimoniale	53
9. Separazione come regola di opponibilità- L'art. 2645 ter cc e la trascrizione del vincolo	61
10. Il rapporto tra il <i>trust</i> e la fattispecie di cui all'art. 2645 ter cc	69
11. Il requisito della meritevolezza degli interessi ex art. 2645 ter cc	76

CAPITOLO II

Il trust nella prospettiva dell'impresa

1. Lo strumento di tutela per i creditori lesi dall'istituzione del <i>trust</i> : condizioni e limiti all'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria e fallimentare	83
2. Il <i>trust</i> istituito dall'imprenditore individuale e collettivo: differenze con le altre destinazioni patrimoniali tipiche; opponibilità del <i>trust</i> al fallimento dell'imprenditore disponente	95

3. Una particolare tipologia di *trust* istituito dall'imprenditore: il *trust* liquidatorio; differenze con le altre fattispecie di patrimoni destinati alla liquidazione per il soddisfacimento dei creditori 105
4. Il *trust* istituito per procedere alla liquidazione finale dell'impresa: ammissibilità e conseguenze ai fini del computo del termine annuale per la dichiarazione di fallimento della impresa cancellata 113

CAPITOLO III

Il *trust* nella prospettiva delle soluzioni negoziali della crisi di impresa

1. *Trust* e soluzioni negoziali della crisi di impresa 136
 - 1.1 Ambito operativo del *trust* nel concordato preventivo: inammissibilità del *trust* per anticiparne gli effetti protettivi; operatività dell'istituto a garanzia del concordato con conferimento di beni di terzi; inammissibilità del *trust* liquidatorio per l'attuazione di un piano concordatario che preveda esclusivamente la cessione dei beni ex art. 182 l.f.; compatibilità del *trust* liquidatorio con un piano concordatario misto, che contempra una parziale liquidazione accanto alla continuità aziendale ex art 186 bis l.f.; il conferimento in *trust* dei beni aziendali come modalità attuativa della continuità d'impresa, in alternativa al conferimento in società 142
 - 1.2 Condizioni e limiti all'applicabilità del *trust* nell'ambito degli accordi di ristrutturazione 156
 - 1.3 Il *trust* come garanzia ed incentivo alla nuova finanza 162
 - 1.4 Inammissibilità del *trust* nell'ambito degli accordi di salvataggio stragiudiziali e del piano di risanamento di cui all'art. 67 lett.d) l.f. 166
2. Il *trust* come strumento per il superamento del sovra-indebitamento del debitore non fallibile 170

CAPITOLO IV

Il *trust* nella prospettiva fallimentare

1. Il <i>trust</i> liquidatorio post- fallimentare nella prassi degli operatori	174
2. La liquidazione dei crediti facenti parte dell'attivo ex art. 106 l.f.	178
3. Incompatibilità con la disciplina concorsuale della liquidazione post fallimentare di crediti della massa attiva mediante il loro conferimento in <i>trust</i>	185
4. Immeritevolezza degli interessi nel <i>trust</i> post-fallimentare	192
5. Il <i>trust</i> liquidatorio endo-procedimentale; utilizzazioni nell'ambito del programma di liquidazione; utilizzazione del <i>trust</i> come passaggio intermedio per il conferimento dei beni in una newco e nelle operazioni di cartolarizzazione dei crediti concorsuali	195
Conclusioni	200
Bibliografia	213
Giurisprudenza	244

INTRODUZIONE

Il lavoro trae origine dall'interesse sorto a seguito della conquista di nuovi spazi operativi da parte dell'autonomia privata, alla luce di una stagione normativa improntata alla competitività, alla semplificazione e liberalizzazione, che, tra i vari settori dell'ordinamento coinvolti, ha sensibilmente toccato quello riguardante la gestione dell'insolvenza.

L'incentivo alla competitività ed alla concorrenza, nonché il confronto tra gli strumenti giuridici dei vari ordinamenti, hanno posto l'esigenza di trovare nuove tecniche di garanzia di soddisfacimento del credito, nuovi strumenti di specializzazione della responsabilità patrimoniale, di più facile e rapida realizzazione rispetto alle tradizionali e macchinose cause di prelazione.

Una di queste è stata riscontrata nel trust, data la sua notevole flessibilità strutturale e l'attitudine al perseguimento di una pluralità di scopi ed interessi. Esso, imprimendo un vincolo destinatorio ad un compendio di beni, che per l'effetto vanno a costituire un patrimonio separato, è sembrato agli operatori lo strumento ideale per la migliore gestione dei rapporti con i creditori, per la tutela del credito sia per prevenire la fase patologica del rapporto obbligatorio che per risolverla.

Il ricorso al *trust* si affiancherebbe ad altre fattispecie di patrimoni separati di fonte legislativa, che si sono così moltiplicate negli ultimi anni da mettere in dubbio la cogenza del principio di universalità del patrimonio e della *par condicio creditorum*.

La tendenza riscontrata è quella per cui da un sistema basato sulla generalità della responsabilità patrimoniale si è passati ad uno che valorizza la specializzazione della responsabilità, in virtù della quale il debitore limita il rischio al valore dei beni conferiti nel patrimonio separato ed i creditori sono certi di non subire il concorso di altri creditori estranei allo scopo della destinazione.

La prima questione che si pone è quella in ordine alla compatibilità del *trust* con il nostro ordinamento, atteso che esso è una fattispecie atipica che affonda le sue radici normative in un diverso sistema giuridico, quale quello di *common law*.

Il recepimento dell'istituto è stato avvertito in modo problematico dagli ordinamenti di *civil law*, improntati sulla tipicità delle eccezioni alla garanzia patrimoniale e dei diritti reali e di garanzia.

L'istituto in questione non risulta essere nemmeno il precipitato della elaborazione dottrinale, come è stato per il negozio fiduciario, del quale tuttavia in parte partecipa, in quanto il trustee, oltre ad acquistare la titolarità dei beni destinati ad uno scopo, è investito di un fascio di obbligazioni di tipo fiduciario, strumentali al perseguimento delle finalità enucleate dal disponente.

Ove, pertanto, nonostante il vuoto normativo, sia comunque consentito nel nostro ordinamento l'ingresso alla fattispecie di cui al trust, se ne dovranno individuare gli spazi operativi in quei settori dell'ordinamento che disciplinano la disfunzione della garanzia patrimoniale ed in particolare le procedure concorsuali.

La stratificazione normativa dell'ultimo decennio in ordine alla disciplina della crisi d'impresa ha privilegiato le soluzioni concordate tra ceto creditorio e debitore, rispetto alla via fallimentare. Nel riscrivere le procedure concorsuali, il Legislatore ha attenuato gli interventi pubblicistici, valorizzando e potenziando la posizione degli organi non giurisdizionali nelle fasi di amministrazione, gestione e liquidazione del patrimonio.

Onde favorire la competitività del sistema economico del Paese, nell'ottica del confronto con altri ordinamenti, il legislatore ha investito sulle iniziative e sugli auspici contributi dei soggetti privati interessati alla soluzione della crisi ed ha imboccato così un via opposta a quella, di ispirazione esclusivamente pubblicistica, rivelatasi, nel tempo, insufficiente ed inadeguata, perché fortemente penalizzante della impresa.

Che in tale terreno i trusts, già in parte sperimentati nel vigore della precedente disciplina concorsuale, possano trovare ampi spazi operativi appare di intuitiva evidenza, attesa la duttilità dell'istituto e la sua modernità. Occorre tuttavia delimitarne lo spazio operativo, e testarne comunque la compatibilità con una normativa che, sebbene valorizzando il ricorso a strumenti privatistici, persegue sempre interessi pubblicistici che non possono essere disattesi.

CAPITOLO I

Trust e negozi di destinazione nell'ordinamento italiano

CAPITOLO I

1. IL *TRUST* NEL DIRITTO INGLESE

Per comprendere le problematiche di ordine dottrinale sviluppatesi in Italia sul *trust* bisogna accennare ai caratteri propri del modello inglese, che costituisce l'archetipo dell'istituto.

Non si può non soffermarsi sulla circostanza che in tanto esso nei paesi d'oltremarica ha avuto un secolare sviluppo in quanto in primo luogo esso è stato il frutto di un ordinamento che si differenzia notevolmente, nelle linee generali, dai sistemi di diritto civile, caratterizzato dall'intersecarsi un duplice sistema di regole che fanno capo da un lato al *Common Law* e dall'altro all'*Equity*, dove le prime sono corrette, mitigate integrate dalle seconde. E ciò non solo con riferimento al diritto delle obbligazioni e dei contratti, ma anche soprattutto con riferimento alle situazioni di appartenenza.

Tale partizione del diritto in principio rilevava solo sul piano processuale, ma una volta venuta meno la duplice giurisdizione, essa ha oggi natura sostanziale. Le massime giurisprudenziali delle Corti dell'*Equity* offrivano una serie di rimedi che il *Common Law* non prevedeva. Il *trust* rappresenta il più importante esempio di istituto creato da quelle corti come correttivo agli strumenti di tutela previsti dalla *law of property*.

In secondo luogo, bisogna poi tener presente che l'elaborazione concettuale e sistematica delle situazioni reali nel sistema giuridico d'oltremarica non consente la scontata equiparazione con la proprietà assoluta e i diritti reali della tradizione continentale. La fattispecie de quo, inizialmente non prevista dal *Common Law*, non entrò come sarebbe accaduto nei sistemi continentali nell'alveo dei contratti, ma nell'ambito della *law of property*¹.

¹ Lo sviluppo della *law of property* si è notevolmente distaccato dalla esperienza continentale sin dal suo sorgere durante il periodo feudale. La nozione *property* nel diritto inglese è molto più ampia della corrispondente voce degli ordinamenti di *Civil Law*, atteso che essa ricomprende l'intera voce patrimonio ed una serie di istituti che nella tradizione romanista non si sono sviluppati nell'ambito dei diritti reali ma sono stati appannaggio del diritto delle obbligazioni e del contratto, cfr. U. Mattei, *Il modello di Common Law*, in A. Proclida Mirabelli di Lauro (a cura di), *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2010, p. 166; R. David- C. Jaufret Spinosi, *I grandi sistemi giuridici comparati*, Padova, 1994, p. 307.

Sotto il primo profilo nell'esperienza giuridica inglese a partire dal XVI sec. il *trust* ha rappresentato l'istituto remediale² connotato da una natura proprietaria creato dai tribunali dell'*Equity* per sopperire alla mancanza nel sistema di *Common Law* di strumenti adeguati per reagire alla violazione di obblighi fiduciari da parte del soggetto titolare di beni da gestire e amministrare in favore di terzi o per il perseguimento di uno scopo.

In particolare con il vocabolo *trust* si evoca una fattispecie in cui un soggetto esercita un diritto nell'interesse altrui o per uno scopo determinato³: *“quando ad una persona competono diritti che devono essere esercitati nell'interesse altrui, o in vista di uno scopo particolare, costui è titolare di tali diritti in trust per l'interessato, o per lo scopo designato, e prende il nome di trustee”*⁴.

Da ciò si producono i seguenti effetti: i diritti acquistati o conservati dal *trustee* sono sottratti alle pretese dei suoi creditori personali, restano separati dal suo patrimonio originario, in modo tale che essi non entreranno a far parte del regime patrimoniale della famiglia, né nella sua successione ereditaria né, in a caso di assoggettamento a fallimento, nella massa attiva fallimentare.

In secondo luogo, il *trust* nel quale confluiscono i beni e i diritti di cui è titolare il *trustee*, non costituisce un soggetto giuridico autonomo o una persona giuridica⁵. L'istituzione di un *trust* genera una relazione giuridica solo tra il *trustee*, titolare dei beni su cui insiste il *trust*, e i beneficiari, che si compone di un fascio di poteri ed obblighi in capo al *trustee* necessari per ottemperare alle disposizioni contenute nell'atto istitutivo.

E' proprio la complessa posizione del *trustee* che lo rende figura centrale di tutta la vicenda e che rispecchia l'intersecarsi dei due ordinamenti giuridici: il *trustee* è il titolare dei beni secondo la *law in property* e a lui spettano tutti i poteri e diritti sui

²Cfr, U. Mattei , op., ul., cit., p.166

³ M. Graziadei, voce: *Trust nel diritto anglo - americano*, in *N.Dig.Disc.Priv.- sez. d. comm.*, XVI, p. 257; Id, *Diritti nell'interesse altrui- Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese* , Trento, 1996,p. 437;

⁴La definizione è di F.W. Maitland, *Equity: A course of lectures*, Cambridge, 1936, p.43, trad. parz. a cura di A.R. Borzelli , *L'equità* , Milano, 1979:” *I should define a trust in some such way as the following- When a person has rights wick he is bound to exercise upon behalf of anther or for the accomplishment of a particular purpose he is saId to have those rights in trusts for that other or for that purpose and he is calles a trustee. It is a vague definition , but the best that I can make*”; M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui- Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, cit.,p. 437;

⁵ D.J. Hayton, *The law of trusts*, London, 1993, p.63; D.J. Hayton- O.R. Marschall, *Cases and Commentary on the Law of Trusts*, London, 1991, p.5. Ai fini fiscali tuttavia il *trust* viene considerato un soggetto giuridico distinto dal *trustee* e passibile di imposizione fiscale

beni secondo la *Common Law*, ma allo stesso tempo è gravato di una serie di obblighi enucleati e specificati dall'*equity* per tutelare i beneficiari del *trust* e per garantire il perseguimento dello scopo dedotto nell'atto istitutivo.⁶ Gli strumenti per tutelare i beneficiari o per assicurare il soddisfacimento delle finalità di cui all'atto istitutivo sono pertanto frutto della elaborazione giurisprudenziale dell'*equity*, in quanto non previsti dalla legge⁷.

Relativamente alla fonte, il *trust* può sorgere sia nel caso in cui il *trustee* sia già titolare dei beni vincolati in *trust* oppure no, per volontà negoziale, *inter vivos* o *mortis causa*, o per fonte giurisprudenza o legale.

Le figure del disponente e del *trustee* possono coincidere allorché il primo decida di esercitare i diritti sui beni facenti parte del suo patrimonio nell'interesse

⁶ M. Graziedei, voce: *Trusts nel diritto anglo-americano*, cit., p. 258; M. Lupoi, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Eur. E dir. Priv.*, 1998, p. 427

⁷ M. Lupoi, voce: *Trusts: I*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1995, p. 4, il quale evidenzia il carattere remediale del sistema dell'*Equity*, specificando come il continuo riferimento alle regole della "coscienza" abbia enucleato una serie di precetti e fattispecie rimediali e sostanziali e di come "nel tempo, le pronunce dei giudici di *Equity* abbiano seguito la tendenza all'uniformazione e dunque alla creazione di regole dotate di rigidità" cfr. M. Lupoi, voce: *Trusts: I*, cit., p. 4

Quando nell'Inghilterra medievale iniziarono a manifestarsi le prime fattispecie di *trusts*, l'oggetto che confluiva in esso era l'*estate*, una posizione giuridica soggettiva (che rappresentava nel sistema feudale la concessione beneficiaria della terra dal sovrano al feudatario), trasferita dal (disponente) titolare del bene al destinatario-*trustee* con l'intesa fiduciaria che essa ritornasse all'originario disponente o fosse attribuita nell'interesse di soggetti terzi. Era oggetto di *estates* tutto ciò che era oggetto di *real property*. Non essendosi tuttavia sviluppata, a differenza di ciò che accadde per la *property*, una esperienza giuridica in tema di contratti e obblighi contrattuali, l'accordo fiduciario che accompagnava l'attribuzione dell'*estate* rimaneva al di fuori della *legal property* e quindi al di fuori del piano giuridico. Le posizioni dei beneficiari della attribuzione fiduciaria, nel caso di violazione da parte del *trustee* dei propri impegni, non trovarono dunque riconoscimento e tutela nel *Common Law* ma nel sistema dell'*equity*, il quale costituendo un ordinamento processuale non formulare, riuscì a tutelare effettivamente gli interessi coinvolti ed a dare rilevanza giuridica all'obbligazione fiduciaria gravante sul *trustee*. "Un obbligazione la quale, seguendo l'impostazione delle Corti Ecclesiastiche del periodo precedente, appartiene al foro interno e quindi al novero delle obbligazioni di coscienza; queste ultime però attingono il piano della giuridicità grazie al meccanismo tipico dell'*equity*, la quale mantiene l'apertura propria dei giudizi del foro interno, ma li converte in valutazioni giuridiche e giuridicamente sanzionabili" cfr. M. Lupoi, *op. cit.*, p. 5. L'*estate* oggetto di *trust* trovava riconoscimento nel *Common Law* come *legal estate*, identificandosi nella titolarità del diritto sul bene in capo al *trustee* e tutelabile con le azioni di cui alla *law of property*, ma venne riconosciuto anche dai tribunali dell'*equity* come *equitable interest* gravante in capo ai terzi beneficiari e tutelabile solo sul piano dell'*equity*; Id, *Riflessioni comparatistiche*, cit., p. 427; Id, *Appunti sulla real property e sul trust in diritto inglese*, Milano, 1971, p.143; A. Gambaro, *La proprietà nel Common Law anglo-americano*, in A. Candian- A. Gambaro, -B. Pozzo, *Property-Proprietà - Eigentum*, Padova, 1992, p. 33; G- Criscuoli, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Milano, 1994, p. 157; M. Graziadei- B. Rudden, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, in *Quadrimestre*, 1992, p.31; A. Gambaro, voce: *Trust*, in *Dig. Disc. Priv. sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p.452: "Le peculiarità del trust si rinvencono nel modo in cui sono tutelate le aspettative del fiduciante o del fiduciario, ad esso si ricollega il fatto che i rimedi a tutela di costoro sono stati approntati dall'*equity* con la scioltezza delle categorie giuridiche dominanti, ma anche con la propensione dell'efficacia che ben si addicono ad una giurisdizione di equità"

altrui o per uno scopo particolare, vincolandoli in *trust* e autodichiarandosi *trustee*. Quando, invece, chi vuole istituire un *trust* non vuole assumere il compito di *trustee*, trasferisce ad altro soggetto i beni oggetto del rapporto. In tal caso il *trust* trova comunque la sua fonte nella volontà negoziale attraverso un unico atto che contempla sia il trasferimento dei beni che il vincolo in *trust* sugli stessi, od anche per il tramite di due atti separati e posti in essere in momenti diversi.

La volontà istitutiva rifugge da ogni formalismo⁸; se manifestata in modo espresso dà luogo agli *express trusts*; ove invece sia manifestata per *facta concludentia* darà luogo alla categoria degli *implied trusts*.⁹

Trusts di fonte normativa, giurisprudenziale o legale, si rinvencono nel caso dei *resulting trusts* e *constructive trusts*. Ricorre la prima categoria nell'ipotesi in cui l'atto istitutivo del *trust* convenzionale risulti invalido o inefficace, o il caso in cui l'attribuzione funzionalizzata non esaurisca appieno gli interessi dei beneficiari. Nel primo caso, i beni non risulterebbero vincolati alla realizzazione di uno scopo o dell'interesse di terzi, ed il *trustee* pertanto, ha l'obbligo restituirli al disponente, ma nelle more di tale ritrasferimento egli è considerato *trustee* nei confronti del *settlor* il quale acquista la veste di beneficiario. Nella seconda fattispecie il disponente acquisisce la posizione beneficiaria all'esaurimento degli interessi spettanti ai beneficiari.¹⁰

Ricorre il *constructive trust*¹¹ nelle fattispecie in cui il *trustee* abbia agito infedelmente rispetto all'atto costitutivo, disponendo dei beni in difformità dello scopo o dell'interesse dei beneficiari. La posizione di *trustee* si trasferisce in capo al terzo che abbia concorso all'illecito compiuto dal *trustee*, acquistando diritti sui beni in *trust*. La giurisprudenza dell'*equity* ricorreva alla qualificazione del *trust* come *constructive* per impedire comportamenti formalmente ossequiosi del precetto legale ma

⁸ La forma scritta è richiesta *ad substantiam* solo per i *trusts* testamentari, altrimenti essa è richiesta solo *ad probationem* e solo quando si tratti di *trusts* aventi per oggetto "land or any interest therein", cfr. Law of property Act 1925, sct 53.1.b.

⁹ Cfr. M. Graziadei, voce *Trust nel diritto anglo-americano.*, cit., p. 259, il quale evidenzia la mancanza di opinioni unanimi sulla ricostruzione di tale categoria, nella quale alcuni vi farebbero rientrare anche i *resulting* e i *constructive trusts*.

¹⁰ M. Lupoi, *Introduzione ai trusts: Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, diritto italiano*, Milano, 1994, p. 29; E. H. T. Snell, *Equity*, London, 1990, p. 175; A. Underhill & D.J. Hayton, *Law Relating to Trusts and Trustee*, London, 1987, p. 254;

¹¹ La categoria è dai confini incerti, enucleata per reagire a comportamenti fraudolenti e nell'esperienza statunitense costituiva lo strumento per reagire all'ingiustificato arricchimento, cfr. M. Graziadei, *op.ul.cit.* p. 258;

sostanzialmente fraudolenti, come nei casi in cui il *settlor* invocasse l'invalidità del *trust*, da lui stesso istituito, per vizio di forma. In questo caso infatti i giudici, pur confermando che il *trust* volontario sarebbe sorto invalido per l'inosservanza della forma prescritta, in ogni caso non avrebbe potuto dar rilievo all'impegno assunto in coscienza dal disponente e pertanto, se non espressamente istituito, il *trust* sarebbe stato *constructive*, producendo comunque gli stessi effetti del primo¹².

Il *trustee* ha l'obbligo di ottemperare alle istruzioni dell'atto istitutivo del *trust* ed alla legge. Egli, una volta investito di tale situazione giuridica, non riceve istruzioni né dal *settlor* né dai beneficiari, ma deve attenersi solo ed esclusivamente agli obblighi discendenti dall'atto istitutivo e dai precetti legali o giurisprudenziali.¹³ Difatti il contenuto e lo scopo della propria attività sono enucleati nell'atto istitutivo, il quale costituisce, insieme alla legge, l'unico parametro per valutare se l'attività gestoria del *trustee* sia stata conforme allo scopo o svolta a vantaggio di terzi beneficiari. L'atto istitutivo costituisce dunque il limite positivo ed il limite negativo dei poteri del destinatario dei beni in *trust*.

Dal complesso fascio di obblighi e poteri che derivano dalla qualità di *trustee*, emergono, sotto il primo profilo, l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto istitutivo e dalla legge, il dovere di custodire i beni, la rendicontazione della gestione ai beneficiari. Tutta l'attività del *trustee* deve essere informata alla regola della diligenza richiesta dal tipo di attività ed all'obbligo di astenersi dall'agire in conflitto di interessi. Sotto un secondo profilo, il *trustee* deve amministrare e gestire i beni in modo tale da preservarne e realizzarne il valore nell'interesse dei beneficiari. Pertanto è contemplato tra i poteri del *trustee* anche quello di alienare e compiere atti dispositivi sui beni necessari e finalizzati o al mantenimento del valore originario o alla produzione di altra ricchezza. Egli può impiegare i beni in investimenti o operazioni più redditizie, per destinarne frutti, rendite o reddito prodotto ai beneficiari, a meno, che, ma costituisce ipotesi rara ed eccezionale, non

¹² Cfr. M. Graziadei, *op.ul. cit.*, p.259: "Soprattutto in questo contesto la nozione moderna di *trust* reca ancora traccia di una delle proprie matrici storiche, vale a dire il rifiuto del formalismo e la protezione dell'affidamento generato dall'impegno informale". Strumento per reprimere le frodi e i comportamenti di mala fede, il *constructive trust* mostra la funzione originaria del *trust*, rappresentando: "Il cuore del *trust*", M.Lupoi, *Trusts*, I, cit., p.29;

¹³ Nel caso in cui la gestione dei beni avvenisse alle dipendenze del *settlor* o dei beneficiari i tratti propri dell'agency si sarebbero affiancati a quelli del *trust*, cf. M. Graziadei, *Agency e Trust*, in *AAVV, I Trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano, 1996, p. 455; Id, voce: *Agency*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. d. civ.*, 1999, p. 30

si tratti di un *bare trust* in cui i poteri di azione del *trustee* sono limitatissimi, consistendo nella semplice conservazione dei beni originari ed individuati, da ritrasferire su richiesta dei beneficiari.¹⁴

Il *trustee* risponde personalmente delle obbligazioni assunte, con diritto di rivalsa sui beni oggetto di *trust* ed in caso di inadempimento egli è responsabile sia nei confronti dei beneficiari che di quei terzi che abbiano acquistato vantaggi o diritti a seguito di un'attività del *trustee* in violazione delle disposizioni contenute nell'atto istitutivo.

Sotto il profilo soggettivo, il *trustee* può essere una persona fisica od anche una persona giuridica; possono essere istituiti più *trustee* per il medesimo *trust*, ed il disponente può riservarsi il potere di revocarlo e sostituirlo con altro soggetto. Il *trustee*, i beni in *trust* ed i beneficiari o lo scopo devono essere determinati o determinabili.

I *trusts* di scopo sono vietati nel diritto inglese a meno che esso non sia *charitable*, ossia che perseguano scopi altamente altruistici, di beneficenza, solidaristici o favorevoli alla comunità. Il requisito tipologico è il carattere altruistico e disinteressato dello scopo, nonché la mancanza di beneficiari in senso tecnico. Nonostante, infatti, ci siano inevitabilmente soggetti che percepiranno dei vantaggi dall'attività caritatevole, questi non hanno il potere di agire nei confronti del *trustee* inadempiente ai propri obblighi. Diversamente, nei *private trusts*, ovvero i *trusts* con beneficiari, questi ultimi hanno tutte le azioni per costringere il *trustee* al rispetto degli impegni assunti e per far valere le sue responsabilità, nonché gli strumenti per essere tutelati anche nei confronti dei terzi che abbiano concorso all'inadempimento del fiduciario o abbiano in mala fede acquistato diritti da questi.

In ordine alla natura della posizione giuridica dei beneficiari si possono riconoscere, nella riflessione della dottrina, due orientamenti interpretativi. Il primo focalizza l'attenzione sull'assetto proprietario determinato dal *trust* e in

¹⁴ Ipotesi residualissima in quanto limitazione alla circolazione della ricchezza e fattispecie foriera di contrasti con la normativa fiscale. Osserva infatti M. Graziadei, voce: *Trust*, cit., p. 263: "E' infatti vero che il diritto inglese rende tuttora omaggio alla propria storia, rimanendo fedele ad una terminologia vetusta in materia di *property*. Tuttavia, i vincoli che in passato frapponavano ostacoli di ogni genere alla circolazione dei beni sono stati rimossi da tempo. Norme imperative forse ancor più radicali di quelle che salvaguardano l'alienabilità dei beni nell'area di *Civil Law* garantiscono oggi il medesimo esito oltre la manica. Per questa ragione il *trust* non costituisce intralcio alla circolazione"

particolare sul cosiddetto sdoppiamento del dominio: il *trust* sarebbe un rapporto fiduciario in cui la posizione del beneficiario è affidata allo sdoppiamento del diritto di proprietà originario in due nuovi diritti di proprietà, contemporanei, investiti su soggetti diversi ma sul medesimo oggetto¹⁵.

Si discorre in tal senso dalla considerazione che, avendo il medesimo *estate* tutela sia in *Common Law* che in *equity*, potessero coesistere due situazioni giuridiche soggettive contrapposte sul medesimo bene, una formale in capo al *trustee*, titolare di una *legal ownership* ed una sostanziale connotata dal carattere della realtà in capo al beneficiario, titolare della cd. *equitable ownership* tutelabile *erga omnes*.

Tale impostazione è invero criticata da chi sottolinea come essa si fondi su di un fraintendimento circa la natura del diritto del beneficiario, la cui posizione sarebbe più propriamente qualificabile come diritto personale¹⁶; quest'ultimo non sarebbe in verità titolare di un *diritto in rem*, ma di una posizione rilevante sul solo piano dell'*equity* sussumibile tra i diritti di credito.

Tra le varie soluzioni giurisprudenziali che risultavano più soddisfacenti ed efficaci del semplice rimedio risarcitorio contemplato dal *Common Law*,¹⁷ la possibilità che il beneficiario del *trust* ottenesse una tutela contro il *trustee* e contro i terzi che avessero acquistato a titolo gratuito o oneroso pur conoscendo, o presumendo che conoscessero¹⁸, l'esistenza del *trust* attraverso il meccanismo del *tracing*¹⁹, ha

¹⁵ R. Franceschelli, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, p.23; G.Ponzanelli, *Le annotazioni del comparatista*, in A. Gambaro- A. Giardina- G. Ponzanelli, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, NLCC, 1993, p.1224; W. Fratcher, *Trusts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol.VI, chapter 11, 1973, p. 3; J.E. Penner, *the Law of Trusts*, Oxford University Press, 2006, p. 14; C. De Wulf, *Trust and corresponding Institutions in the Civil Law*, Bruxelles, 1965 p. 26;

¹⁶ M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 1997, p. 46 ss; A. Undherill, *The law relating to private trust and trustees*, London, 1926, p.3; G.W Keeton, *The law of trusts*, London, 1954, p.1.

¹⁷ Gli espedienti processuali furono i più vari. Dal semplice ordine di eseguire l'impegno assunto con l'istituzione del *trust*, sulla base della richiesta alla Corte da parte del beneficiario, ad altri rimedi che rendevano inefficaci gli acquisti da parte dei terzi, cfr. U. Mattei, *Il modello di Common Law*, cit. p.167. Ove il *trustee* - fiduciario avesse violato il *pactum fiduciae* distraendo i beni a favore di soggetti diversi dai beneficiari, in capo al terzo si sarebbero trasferite le stesse obbligazioni fiduciarie gravanti sull'attributario infedele. In virtù della pronuncia della Corte il terzo diveniva *trustee* dei beni, e su di lui con la titolarità del *trust fund* si trasferiva anche l'obbligo di destinarli allo scopo o ai beneficiari indicati dal primo disponente-fiduciante. In questo modo il vincolo di destinazione permaneva dal primo fino all'ultimo attributario, garantendo il soddisfacimento dell'interesse del disponente originario, in modo tale da prevalere sempre su chiunque di volta in volta fosse stato il proprietario del bene conferito in *trust* e da considerare il terzo titolare di un *constructive trust* nei confronti del beneficiario.

¹⁸ Nei sistemi di *Common Law* l'ignoranza negligente è parificata alla conoscenza effettiva della violazione dei doveri del *trustee*, cfr. A. Gambaro, *Il Trust in Italia*, in A. Gambaro- A. Giardina- G.

indotto a ritenere che questi fosse titolare di un diritto reale²⁰ sul *trust fund*. Una sorta di *ius sequelae* sui beni costituenti la *trust property*.

Ma diversamente opinando, si è evidenziato che l'opponibilità della posizione giuridica, *l'equitable interest*, rispetto all'acquisto del terzo del *legal estate*, non può conferire il carattere di realtà e assolutezza al diritto del beneficiario, trattandosi solo della composizione di un conflitto di interessi tra più soggetti, avendo, tra l'altro, tale posizione giuridica rilievo solo sul piano processuale dell'*equity*.

I beneficiari vantano infatti non un diritto sui beni conferiti in *trust*, ma sul loro valore. Essi, pertanto vantano un diritto di credito nei confronti del *trustee*, che non concorrerà con quello dei suoi creditori personali in virtù dell'effetto separativo, ad ottenere tutte le utilità e la ricchezza prodotte dal *trust fund* a seguito della attività gestoria che il *trustee* deve compiere in conformità all'atto istitutivo. Tale diritto può costituire oggetto di disposizione e alienazione da parte dei beneficiari e può essere anche aggredito dai propri creditori. Di talchè in caso di gestione infedele del *trustee* e distrazione dei beni ad una finalità diversa da quella indicata nell'atto, il rimedio di cui al *tracing*, consente di far ottenere al beneficiario il trasferimento del diritto sul corrispettivo dell'alienazione, di recuperare cioè il valore dei beni in *trust*. L'azione di *tracing* avrebbe pertanto carattere personale²¹, consentendo lo *ius sequelae* non dei beni individuati ed originari del *trust*, ma del loro valore, a prescindere del bene in cui sia stato di volta in volta tradotto.

L'azione sarebbe stata esperibile sia nei confronti del *trustee*, il quale rimane tale ma in relazione al corrispettivo del trasferimento, che verso il terzo, con l'effetto di spostare sul terzo acquirente tutti gli impegni e gli obblighi fiduciari in capo all'originario destinatario, divenendo pertanto egli stesso un *constructive trustee* del bene acquistato in violazione delle norme sul *trust*.

Ponzanelli, *Convenzione relativa alla legge sui trusts*, cit. p.1221, nt 37: “La regola che esenta l'acquirente di buona fede dal rispettare l'*equitable interest* del beneficiary è nota come *Bona fide purchaser rule*. ...è acquirente di buona fede colui che abbia acquistato i beni del *trust for value* e senza avere “notice” dell'esistenza di un *equità interest*. Tale “notice”, tuttavia, può essere sia *actual* che *constructive*”

¹⁹ M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 446; P. Birks, *Laundering and Tracing*, Oxford, 1995, p. 73; L. Smith, *The Law of tracing*, Oxford, 1997, p. 20; A. Underhill- D. J. Hayton, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londra, 2003, p. 880; S. Bartoli, *Il trust*, Milano, 2001, p. 238.

²⁰ D.W.M. Waters, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, in *Accademie de droit international Recueil des court*, vol.252, 1995, p.197

²¹ Cfr M. Lupoi, voce: *Trusts*, I, cit., p.4

La diversità di vedute, tra giuristi inglesi, ha suggerito ai redattori della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 di evitare una particolare definizione dell'istituto che si voleva regolare, preferendo piuttosto una descrizione delle relazioni giuridiche seguite dal costituente del *trust*.

Quale che sia la ricostruzione più corretta, non può sorprendere che il recepimento dell'istituto sia stata vissuta negli ordinamenti di *Civil Law*, in modo problematico. Ciò con riferimento anche al sistema della tutela del credito, imperniato sul principio di unità del patrimonio, al principio della *par condicio creditorum* e ad un sistema tipico e nominato di diritti e garanzie reali

2. TRUSTE FIDUCIA

Invitabile è l'accostamento di tale istituto, proprio per la connotazione fiduciaria del concetto di proprietà nell'interesse altrui, al negozio fiduciario²², fattispecie frutto della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in virtù della quale un soggetto, fiduciante, trasferisce un diritto su di un bene ad un fiduciario, il quale assume allo stesso tempo l'obbligo di esercitarlo nell'interesse del fiduciante stesso o di terzi o di ritrasferirlo in futuro ad un terzo o al fiduciante stesso. Ma le differenze tra i due istituti sono profonde e rispecchiano le diversità dei sistemi giuridici da cui derivano²³.

La diversità attiene sia al profilo fisiologico - strutturale che a quello patologico - remediale.

Dal primo punto di vista bisogna sottolineare che nel *trust* di *Common Law* una volta avvenuta l'intestazione, mediante dichiarazione unilaterale, al *trustee* dei beni, nessun rapporto intercorre più tra il *trustee* e il *settlor*, in quanto questi non è un suo creditore e non ha alcuna azione contro di lui nel caso di inadempimento delle prescrizioni dell'atto istitutivo. Gli unici destinatari delle attività gestorie del *trustee* sono i beneficiari o lo scopo di cui all'atto istitutivo, ma in ogni caso egli non riceve disposizioni né da questi né tanto meno dal *settlor*, il quale esaurisce la sua attività nella predisposizione dell'atto istitutivo e nell'intestazione dei beni²⁴.

Nel negozio fiduciario, a prescindere del tipo di ricostruzione offerto in dottrina, il dato caratterizzante è che, il fiduciante, in virtù di un accordo, ovvero del *pactum*

²² R. Franceschelli, *Il trust nel diritto inglese*, cit., p. 138, il quale sottolinea il carattere fiduciario alla base del *trust*; A. Busato, *La figura del trust negli ordinamenti di Common Law*, in *Riv. Dir. civ.*, 1992, p.324; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1995, p. 632;

²³ C. Grassetto, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv., dir. Comm.*, 1936, I, p.551; Id, *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in AAVV, *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Milano, 1991, p. 1; G. Messina, *Negozi fiduciari*, Milano, 1910, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p.190;

²⁴ Nella fattispecie in cui manchi il momento attributivo a terzi ed il disponente si dichiara *trustee*, impegnandosi da un certo momento in poi a limitare i suoi diritti su un compendio di beni ed ad esercitarli nell'interesse di terzi la dottrina ha accostato tale figura alla fiducia statica, in cui manca del tutto un atto traslativo ma c'è solo l'assunzione di un obbligo da parte del già titolare a comportarsi come un fiduciario, cfr N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p.146- 171; N. Lipari, *Fiducia statica e Trust*, in *Rass., dir., civ.*, 1996, p.483, il quale inoltre fonda la distinzione tra i due istituti sulla base della considerazione del *trust* quale rapporto e non quale negozio. La qualificazione consente di spiegare il sistema di tutela del beneficiario, al di là della *querelle* sullo sdoppiamento del diritto di proprietà, nonché la previsione dello stesso apparato remediale sia nel caso anche nel caso di *trust* di fonte legale o giurisprudenziale e nel caso in cui il disponente sia al tempo stesso *trustee* e difetti un trasferimento di proprietà.

fiduciae è creditore di una serie di obbligazioni nei confronti del fiduciario, in ordine all'utilizzazione del bene secondo tempi e modalità convenute pattiziamente. Pertanto, la dottrina distingue le due vicende qualificando il rapporto tra disponente e *trustee* in termini di affidamento unilaterale²⁵ ad un soggetto, sottolineando il distacco che a seguito, appunto, dell'affidamento dei beni al *trustee* si verifica tra questi e il costituente, il quale non ha né poteri di direzione o ingerenza, né azioni per orientare l'attività dell'attributario.

I modi di costituzione dei *trusts* inoltre sono diversi, non limitati alla volontà negoziale, ben potendo la legge o una sentenza prevedere la costituzione di un *trust*, *resulting* o *constructive*, al ricorrere di determinate condizioni.

Ciò non è ipotizzabile per il negozio fiduciario, che è solo ed esclusivamente frutto dell'autonomia negoziale: la fiducia legale²⁶ sarebbe la negazione stessa del concetto di fiducia, con la quale le parti vogliono affidare ad un piano meta-formale la realizzazione di uno scopo ulteriore²⁷.

Altra differenza attiene agli effetti: il vincolo fiduciario non è accompagnato dall'effetto separativo dei beni intestati al fiduciario rispetto al suo restante patrimonio, ma essi si confondono con gli altri, andando a far parte del suo patrimonio personale ed andando ad incrementare la garanzia patrimoniale per i suoi personali creditori ex art. 2740 cc.²⁸ Il *pactum fiduciae* è inopponibile ai creditori del fiduciario, che potranno agire in via esecutiva e cautelare anche sui

²⁵ M. Lupoi, voce: *Trust*, I, cit., p. 5

²⁶ G. Messina, *Negozi fiduciari*, cit., p.190; C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, p. 346; Id, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, cit., p. 552.

²⁷ N.Lipari, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 68:" ... In tanto ha senso escludere che le ipotesi storiche di c.d. fiducia legale rientrano nel nostro tema in quanto si affermi che il fenomeno pratico che si designa come negozio fiduciario perderebbe il suo peculiare rilievo laddove la limitazione funzionale dei poteri del titolare a vantaggio del beneficiario avvenga per il concreto operare di uno strumento formale legalmente disciplinato". Considera il *trust* quale esempio di fiducia legale U. Carnevali, voce: *Negozio giuridico: III) Negozio fiduciario*, in *Enc. Gur.*, XX, Roma, 1990, p. 2, il quale constatando che è insito nel negozio fiduciario il pericolo di un abuso di potere da parte del fiduciario che non si attenga agli obblighi discendenti dal *pactum fiduciae* osserva che " se l'ordinamento giuridico apprestasse degli strumenti tali da eliminare la potestà di abuso del fiduciario, così come avviene nel *trust* anglosassone, si avrebbe una fiducia legale che è la precisa negazione del negozio fiduciario"

²⁸ M. Lupoi, voce: *Trust I*, cit., p. 5: "Parlare di affidamento (e del suo preciso omologo francese "confidence") invece che di fiducia non è allora una scelta meramente verbale, perché pone in risalto l'unilateralità del negozio istitutivo del *trust* (perfettamente parificabile, in termini più continentali che inglesi, all'investitura), la perdita di ogni controllo da parte del disponente.....la durezza, il rapporto diretto fra il *trustee* e i modi di realizzazione dell'obiettivo al raggiungimento del quale il *trust* è preordinato, la natura non necessariamente volontaria del *trust*."; Id, *Introduzione ai trusts*, cit., p.75; Id, *Istituzioni del diritto dei trusts e degli affidamenti fiduciari*, Milano, 2010, p. 121;

beni trasferiti col vincolo fiduciario, così come tali beni entreranno in successione in caso di morte dell'attributario e faranno parte del suo eventuale regime patrimoniale della comunione legale. Allo stesso modo il fiduciante, nel caso di fallimento del fiduciario non potrà vantare alcun diritto alla separazione dei beni alienati per lo scopo fiduciario dal restante patrimonio del fallito, atteso che il bene è divenuto di proprietà di questi e non potrà che entrare a far parte dell'attivo fallimentare. L'unico strumento per il fiduciante o il beneficiario è l'insinuazione al passivo, tra l'altro in qualità di creditori chirografari²⁹.

Se con il *trust* il negozio in questione ha in comune il carattere strumentale e temporaneo della proprietà nell'interesse altrui, nonché l'imputazione al fiduciario di tutta una serie di obblighi gestori congruenti allo scopo da perseguire, tuttavia esso difetta di quella efficacia verso l'esterno e verso i terzi che si realizza con la separazione patrimoniale, di talchè il vincolo di destinazione derivante dal *pactum fiduciae*, non essendo opponibile ai terzi, non ha rilevanza reale ma solo efficacia obbligatoria interna tra i paciscenti.

Di conseguenza, tutto il variegato strumentario di azioni recuperatorie che ha disposizione il beneficiario di un *trust* non è previsto per il beneficiario di un negozio fiduciario o per il fiduciante stesso. Pertanto in caso di inadempimento dell'obbligo di ritrasferimento, il fiduciante o il terzo potrebbero tutt'al più ricorrere al rimedio previsto dall'art. 2932 cc, e ottenere una sentenza costitutiva in luogo dell'adempimento spontaneo del fiduciario. Ma ciò ovviamente solo nel caso in cui il fiduciario non abbia già alienato a terzi il bene, giacchè in tal caso, non essendo opponibile il *pactum fiduciae*, il terzo acquirente, anche se in mala fede fa

²⁹ L. Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 90; Id, *Effetti del fallimento sulle situazioni apparenti e fiduciarie*, in *Dir. Fall.*, 1972, I, p. 340. Diversamente, una pionieristica dottrina rifugge da questa soluzione, proponendo un esito diverso che si fonda sull'applicazione analogica dell'art. 1707 cc in tema di acquisti del mandatario e sul richiamo al mandato previsto dall'art. 79 l.fall., accordando al fiduciante un diritto di separazione dei beni in caso di fallimento del fiduciario, sempre che questi ultimi esistano in natura nel patrimonio del fallito e, nel caso di beni mobili, il negozio fiduciario risulti da data certa, ovvero, nel caso di beni immobili, la domanda di ritrasferimento sia stata trascritta prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento, P.G. Jaeger, *La separazione del patrimonio del fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, p. 324; in particolare in tema di società fiduciarie, disciplinate dalla legge 23 novembre 1939 n. 1966, si è osservato come la assenza di ogni riferimento alla fiducia o al trust avesse comportato problemi in ordine alla qualificazione del rapporto tra i terzi e la società fiduciaria, che aveva il compito di amministrare beni per conto terzi, laddove negli ordinamenti d'oltremontana il fenomeno delle società fiduciarie si risolveva e si realizzava mediante il *trust*, N. Nisio, *L'attività di "amministrazione" delle società fiduciarie (evoluzioni e prospettive)*, in *BBTC*, 2003, p. 42; Id, *Società fiduciarie- SIM*, Bari, 2012

salvo il suo acquisto, potendo il fiduciante o il beneficiario ricorrere all'azione risarcitoria³⁰ a titolo contrattuale nei confronti del fiduciario e a titolo extracontrattuale nei confronti del terzo per induzione all'inadempimento del *pactum*³¹.

³⁰ P. Piccoli, *I Trusts e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze*, in *Vita Not.*, 1998, p. 785

³¹ Tale ricostruzione attiene al tipo di fiducia romanistica, diversificandosi nel caso della fiducia di tipo germanistico, nella quale si cerca di rafforzare la posizione del fiduciante, conferendo al *pactum fiduciae* quegli effetti reali che mancano nella fiducia romanistica. Una prima ricostruzione dottrinale del negozio fiduciario di tipo germanico prevede la apposizione ed operatività di un condizione risolutiva, collegata al verificarsi di eventi quali la morte o il comportamento abusivo del fiduciario, l'impossibilità del perseguimento dello scopo, per effetto della quale la titolarità del diritto ritornerebbe automaticamente al fiduciante o si trasferirebbe in capo al beneficiario indicato nel *pactum*, cfr L. Cariota - Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 90.

Altra ricostruzione della fiducia germanistica prevede che la titolarità del diritto permanga in capo al fiduciante, il quale attribuisce al fiduciario solo la legittimazione ad esercitare in nome proprio ma nell'interesse altrui il diritto in questione, che pertanto non fuoriesce da patrimonio del fiduciante. Tale fattispecie è stata utilizzata per l'intestazione fiduciaria di azioni sociali, che, in quanto assimilabili ai titoli di credito permettono quella dissociazione tra titolarità del diritto, che è incorporato nel titolo e che rimane in capo al fiduciante, e legittimazione all'esercizio del diritto medesimo, attribuita al fiduciario, cfr U. Carnevali, voce: *III) Negozio fiduciario*, cit. p. 2; Id, *Intestazione fiduciaria*, in *Diz. Dir. priv.*, a cura di N. Irti, 1, *Diritto civile*, Milano, 1980, p. 453; P.G. Jaeger, *Sull'intestazione fiduciaria di quote a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 1979, p. 181, il quale, ammette la intestazione fiduciaria anche delle quote o partecipazioni a società a responsabilità limitata, con l'esclusiva attribuzione della sola legittimazione all'esercizio dei diritti sociali, rimanendo la quota nella titolarità del socio. In ordine al generale problema della intestazione fiduciaria di beni da parte società fiduciarie cfr N. Nisio, *Attività di "amministrazione" delle società fiduciarie: evoluzione e prospettive*, in *BBTC*, 2003, p.42; Id, *Società fiduciarie-Sim*, Bari, 2012.

3. II *TRUST* PREVISTO DALLA CONVENZIONE DELL'AJA DEL 1° LUGLIO 1985

L'istituto del *trust* è approdato in particolar modo all'attenzione dei nostri giuristi in virtù della legge 16 ottobre 1989 n. 364, che ha ratificato e resa esecutiva in Italia la Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985³² sulla legge applicabile ai *trusts* e al loro riconoscimento.

Obiettivo della convenzione è quello di riconoscere il *trust* in quegli Stati, tra cui appunto l'Italia, che non contemplano tale istituto.

La Convenzione non ha recepito una precisa tipologia di *trust*³³, come potrebbe essere quella inglese, ma ha descritto il *trust* nei suoi caratteri essenziali, determinando una fattispecie aperta che potesse essere conosciuta non solo dagli ordinamenti di *Common Law*, ma anche quelli di *Civil Law*, un *trust* cd. amorfo³⁴. In particolare la Convenzione limita il proprio ambito applicativo ai *trusts* convenzionali, con esclusione dei *constructive* e *resulting trusts*.

Essa è stata concepita con la finalità di risolvere i conflitti tra le leggi dei vari ordinamenti che conoscono il *trust*, individuando il diritto applicabile. Riconoscimento del *trust*, in definitiva, significa attribuzione di effetti ai *trusts* regolati da leggi straniere, in particolare dalla legge richiamata dalle parti all'atto dell'istituzione del *trust*.³⁵

³² Ratificata con la l. 16 ottobre 1989, n. 364, recante «*Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja l'1 luglio 1985*», ed entrata in vigore l'1 gennaio 1992. L'Italia è stato il primo tra i Paesi di *Civil Law*, a ratificare la Convenzione.

³³ L'art. 2 della Convenzione detta i caratteri salienti della fattispecie: *Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente –con atto tra vivi o mortis causa- qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato.*

Il *trust* è caratterizzato dai seguenti elementi:

- a. I beni in *trust* costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee;
- b. I beni in *trust* sono intestati al trustee o ad un altro soggetto per conto del trustee;
- c. Il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del *trust* e secondo le norme imposte dalla legge al trustee.

Il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà o che il trustee abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un *trust*.

³⁴ M. Lupoi, voce: *Trusts*, II, in *Enc. Giur.*, cit., p. 10, il quale conclude che: "i *trusts* che formano oggetto della convenzione sono non quelli che appartengono al modello tradizionale di diritto inglese, ma tutti gli istituti nei quali siano riscontrabili i dati del *trust* amorfo"

³⁵ Art. 6 Conv.: *Il trust è regolato dalla legge scelta dal disponente. La scelta deve essere espressa oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che istituisce il trust o ne fornisce la prova, interpretate se necessario alla luce delle circostanze del caso.*

Ne è stata, tuttavia, riscontrata una natura ibrida: non solo di norma di conflitto uniforme, ma anche di norma di diritto materiale uniforme, atteso che essa regola il riconoscimento del *trust* prestando attenzione alle esigenze degli Stati che non hanno ancora adottato una disciplina interna sulla materia, dettando i tratti essenziali dell'istituto³⁶.

Il programma perseguito dal *trust* si attua concretamente mediante il trasferimento da parte del *settlor* con atto *inter vivos* o *mortis causa*, di uno o più beni in favore di un altro soggetto, *trustee*, nominato dal disponente stesso, che ha il compito di gestirli ed amministrarli secondo le regole dell'atto istitutivo del *trust* medesimo.

Il patrimonio del *trustee* e quello del *trust*, però, restano assolutamente separati e non si confondono. I beni conferiti in *trust* costituiscono una massa distinta, in virtù del c.d. effetto di segregazione e non possono pertanto essere attaccati né dai creditori personali del disponente né da quelli del *trustee*, anche se essi risultano formalmente intestati a suo nome, né entreranno a far parte del suo regime matrimoniale e del suo asse ereditario³⁷.

Qualora la legge scelta in applicazione al precedente comma non preveda l'istituto del trust o la categoria del trust in questione, tale scelta è senza effetto e verrà applicata la legge di cui all'art.7.

³⁶ C. Castronovo, *Il Trust e "sostiene Lupoi"*, in *Eur. Dir. pr.*, 1998, p.441, il quale rileva come, "il dibattito sul trust ha visto una sorta di incontro scontro fra comparatisti e civilisti, mettendo a confronto due sensibilità e due propensioni diverse"; nello stesso senso A. Falzea, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *AAVV, Destinazione dei beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, a cura di Bernardino Libonati e Paolo Ferro-Luzzi, Milano, 2003, p. 23, il quale sottolinea che la ratifica della Convenzione "ha provocato una situazione profondamente disarmonica nel nostro diritto positivo, il quale formalmente non riconosce e non disciplina come proprio un istituto di cui, altrettanto formalmente ammette l'applicazione attraverso il riconoscimento di un atto stipulato in uno Stato estero".

³⁷ Art.11 Conv.: *Un trust istituito in conformità alla legge determinata in base al capitolo precedente sarà riconosciuto come trust.*

Tale riconoscimento implica, quanto meno, che i beni in trust rimangano distinti dal patrimonio personale del trustee, che il trustee abbia la capacità di agire ed essere convenuto in giudizio, di comparire, in qualità di trustee, davanti a notai o altre persone che rappresentino un'autorità pubblica.

Nella misura in cui la legge applicabile lo richieda o lo preveda, tale riconoscimento implica in particolare:

- a. *che i creditori personali del trustee non possano rivalersi sui beni in trust;*
- b. *che i beni in trust siano segregati rispetto al patrimonio del trustee in caso di insolvenza di quest'ultimo o di suo fallimento;*
- c. *che i beni in trust non rientrino nel regime matrimoniale o nella successione del trustee;*
- d. *che la rivendicazione dei beni in trust sia permessa nella misura in cui il trustee, violando le obbligazioni risultanti dal trust, abbia confuso i beni in trust con i propri o ne abbia disposto. Tuttavia, i diritti ed obblighi di un terzo possessore dei beni sono disciplinati dalla legge applicabile in base alle norme di conflitto del foro.*

La Convenzione non impedirebbe che il disponente possa nominare se stesso come *trustee*³⁸. In ipotesi di coincidenza della persona del *settlor* e di quella del *trustee*, il *trust* si definisce “*auto dichiarato*”. In questo caso l'effetto di segregazione si realizza all'interno del patrimonio del disponente senza che vi sia il trasferimento della titolarità dei beni.

L'inevitabile è che ha avuto l'entrata in vigore della legge di ratifica ed esecuzione ha imposto inevitabilmente alla dottrina e la giurisprudenza lo studio di un'istituto fino a quel momento considerato estraneo alla nostra tradizione giuridica e pertanto un modello inimitabile ed alieno³⁹.

Come evidenziato da autorevole dottrina, nel corso dei lavori è stato precisato che l'oggetto della Convenzione era sostanzialmente quello di permettere ai *trusts* costituiti in un paese di *Common Law* di operare in un paese di *Civil Law*, che non conosca l'istituto⁴⁰. Di conseguenza il contenuto della Convenzione non rispecchia pienamente lo schema tipico delle Convenzioni dell' Aja, atteso che il nucleo fondamentale non è costituito solo da norme di conflitto uniforme, ma dal riconoscimento da parte dei paesi firmatari degli effetti, che la convenzione esplicita ed elenca, di un istituto non contemplato dal proprio sistema giuridico.

Le particolari caratteristiche della convenzione hanno dunque dato vita ad un vivace dibattito sulla possibilità che la stessa abbia dettato non solo le regole per la disciplina di *trusts* caratterizzati da elementi di estraneità, ma che abbia anche dettato la disciplina per la costituzione di *trusts* interni⁴¹, innovando l'ordinamento

³⁸ M. Lupoi, *Trust*, Milano, 2001, p. 160; S. Bartoli, *Il trust auto dichiarato nella convenzione de l'Aja sui trusts*, in AA.VV. , *I trusts interni e le loro clausole*, a cura di E. Q. Bassi – F. Tassinari, Milano, 2007, p. 71.

³⁹ A. Gambaro, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di Civil Law*, in RDC, 1984, pag. 93; R. Franceschelli, *Il trust nel diritto inglese*, cit.p.25.

⁴⁰ A. Gambaro, *Il Trusts in Italia*, in A. Gambaro- A. Giardina- G. Ponzanelli, *Convenzione relativa alla legge sui trusts*, NLCC, 1993, p.1214, il quale evidenzia le ragioni economiche e competitive che hanno ispirato la stesura della Convenzione e che hanno spinto l'Italia ad essere il primo paese a ratificarla.

⁴¹ L'espressione è di M. Lupoi, *Trusts*, 2001, pag. 546, per indicare un *trust* in cui “*tutti gli elementi soggettivi e obbiettivi sono legati ad un ordinamento che non qualifica lo specifico rapporto come trust (nel senso accolto dalla Convenzione), mentre esso è regolato da una legge straniera che gli attribuisce tale qualificazione*”, legge scelta dal disponente ai sensi dell'art. 6 della Convenzione dell'Aja, da tener distinto dal *trust* di diritto interno che ricorre quando il *trust* è sottoposto alla legge italiana.

giuridico per il tramite della legge di ratifica ed esecuzione e così introducendo una nuova fattispecie negoziale a disposizione dei cittadini italiani ⁴².

Stante la mancanza nel nostro ordinamento di una legge che disciplini il *trust* ci si è chiesti se oltre i *trusts* internazionali, che ricadono sicuramente nell'ambito applicativo della convenzione, sia possibile farvi rientrare anche un *trust* interno o domestico, ma regolato dalla legge straniera ex art. 6 della Convenzione.

Il *trust* interno è quella fattispecie priva di elementi di transnazionalità, in quanto tutti i suoi aspetti fondamentali, soggettivi ed oggettivi, sono strettamente legati all'ordinamento giuridico italiano.

In particolare la questione che è sorta, non ancora del tutto sopita, è se, riconoscendo la convenzione un diritto di scelta del costituente in ordine alla legge regolatrice dei *trusts*, tale scelta possa essere effettuata con totale discrezione, perfino nell'ipotesi in cui manchi qualsiasi collegamento tra il concreto contenuto del *trust* istituendo e il paese la cui legge nazionale viene prescelta.

Ciò significa che la Convenzione sarebbe applicabile anche a quelle fattispecie in cui disponente, *trustee* e beneficiari del *trust* sono cittadini italiani e i beni sono tutti situati sul territorio italiano. L'unico elemento di estraneità presente nel *trust* interno sarebbe rappresentato dalla legge regolatrice del *trust* che deve necessariamente essere straniera, in mancanza di una disciplina italiana.

Il *trust*, infatti, risulta un particolare strumento di autonomia privata, il quale è risultato particolarmente adatto a favorire la circolazione della ricchezza e a risolvere una serie di problemi molto sentiti nella moderna economia mobiliare⁴³, ponendosi come efficiente strumento di gestione professionale e funzionalizzata di un patrimonio.

⁴² L'Italia è stato il secondo paese a ratificare la Convenzione dopo il Regno Unito, pur non avendo una disciplina interna sulla materia. In seguito la Convenzione è stata ratificata da Australia, Canada, Malta, Olanda.

⁴³ G. Lener, *La circolazione del modello del trust nel diritto continentale del mercato mobiliare*, in *Riv. Soc.*, 1989, p.1050 ove si sottolinea che i sistemi di *Civil Law* sono privi di soluzioni appaganti per la gestione dei patrimoni mobiliari; cfr anche A. Gambaro., *Il trust in Italia*, cit., p.1219, il quale osserva che la tendenza della legislazione finanziaria in materia di pubblico risparmio ricorre proprio a tecniche di separazione patrimoniale che ricalcano il modello del *trust*, anziché istituti della propria tradizione; N. Nisio, *Attività di "amministrazione" delle società fiduciarie: evoluzione e prospettive*, cit., p. 84

4. LA NATURA DELLA CONVENZIONE DELL'AJA E L'IMPATTO CON L'ORDINAMENTO ITALIANO

Prima della ratifica della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985 da parte dell'Italia con la legge 364/84, entrata in vigore il 1° gennaio 1992, l'istituto era considerato pressochè alieno e contrastante con i principi fondamentali del nostro ordinamento⁴⁴.

Si è ampiamente discusso, invero, sulla natura esclusivamente di diritto internazionale privato della convenzione ovvero anche di diritto materiale uniforme⁴⁵. L'approccio all'una o all'altra opzione comporterebbe la piena cittadinanza o meno nel nostro ordinamento di siffatto istituto, tradizionalmente ritenuto estraneo e sconosciuto alla nostra tradizione giuridica⁴⁶.

Il dibattito⁴⁷ è stato alimentato dalla particolare caratteristica della Convenzione che pur essendo nata nel seno di un'organizzazione internazionale quale la Conferenza Permanente dell'Aja, fornisce una dettagliata descrizione dell'istituto del *trust*, non limitandosi ad una semplice definizione dell'istituto giuridico, ma soffermandosi

⁴⁴ L'attenzione della letteratura giuridica fino alla redazione della convenzione è stata limitata alla ricostruzione storico-dogmatica dell'istituto, evidenziando le differenze intercorrenti tra la fisionomia delle situazioni di appartenenza in *Civil Law* ed in *Common Law*, cfr. M. Lupoi, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano 1971, pag.702 o all'esame comparatistico di alcuni aspetti peculiari dei *trusts* da contrapporre alla fiducia italiana, v. C. Grassetti, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, cit, pag. 548; B. Libonati, *Holding ed investment trust*, Milano 1969, p. 551; A. Nigro, voce "Investment trust", in *Enc.del.dir.*, XXII, 1972, p. 691

⁴⁵ M. Lupoi, *Introduzione ai trust-Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, cit.,p. 29; Id, *Legittimità dei trusts interni*, in AA.VV. *I Trusts in Italia oggi*, a cura di Ilaria Benevenuti, Milano 1996, pag.30, per il quale la discrezionalità del costituente non soffrirebbe di limite alcuno; Id, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, in VN, 1992, p. 978; S. Mazzamuto, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja*, in VN, 1998, pag.754; N. Lipari, *Fiducia statica e trust*, cit., p. 490

Contra: G. Broggin, *Il Trust nel diritto internazionale privato italiano*, in AA.VV., *Il trust in Italia oggi*, a cura di I.Benvenuti, cit. pag.11; Id, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, pag. 410; P. Rescigno, *Notazioni a chiusura di un seminario sul trust*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, pag. 453; F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in RN, 2001, pag.11; Id, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e altre bagattelle)*, in RN, 2001, pag. 1247; C. Castronovo, *Trust e diritto civile italiano*, in VN, 1998, pag. 279; L. Ragazzini, *Trust interno ed ordinamento giuridico italiano*, in RN, 1999, pag. 279; P. Schlesinger, *Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano(conclusioni)*, in AA.VV., *Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Quaderni del Notariato, Milano, 2002, p.179; V. Mariconda, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore, ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, in *Corr., Giur.*, 2004, p.76;

⁴⁶ A. Gambaro, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di Civil Law*,cit., pag. 93

⁴⁷ Tale questione non ha invece ricevuto molta attenzione dalla giurisprudenza: le pronunce che hanno dedicato attenzione alla questione esaminata sono: Tribunale Belluno 25 settembre 2002 e Tribunale Bologna 1 ottobre 2003

sulla indicazione degli elementi costitutivi della fattispecie e sugli effetti prodotti dall'istituto una volta riconosciuto⁴⁸.

Grazie alla convenzione il *trust* non sarebbe più un istituto lontano ed alieno⁴⁹, perché tipico di un sistema di *Common Law*.

Ad avvalorare la tesi sull'ingresso nel nostro ordinamento del *trust* è stato osservato che quello descritto nella convenzione è un "trust amorfo", diverso da quello anglosassone. Si tratterebbe di un modello generale entro il quale ricomprendere sia istituti di *Common Law* che di *Civil Law*⁵⁰, caratterizzato da diverse modalità applicative.

La peculiarità dell'istituto risiede nella sua estrema duttilità, sia per la pluralità di scopi perseguibili⁵¹ che per i diversi modi di costituzione. Pertanto, il rapporto nascente dal *trust* potrebbe caratterizzare sia una vicenda trilaterale che bilaterale. Con lo schema di cui all'art.2 Conv. Aja, non sarebbe incompatibile l'ipotesi di *trust* autodichiarato, in cui il manca il trasferimento della proprietà dei beni del *trust* fund ad un altro soggetto in quanto il *settlor* assume egli stesso la qualifica di *trustee* di alcuni suoi beni, così come risulterebbe ammissibile sulla base della Convenzione un *trust* di scopo, caratterizzato dalla assenza di beneficiari⁵².

⁴⁸ A. Giardina, *Note introduttive*, in A. Gambaro- A. Giardina-G. Ponzanelli, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *NLCC*, 1993, pag. 1221; "Ne è risultata una convinzione che non segue schemi tipici delle convenzioni dell'Aja perché il suo nucleo centrale non è costituito dalla predisposizione di norme di conflitto uniforme, quanto dal riconoscimento da parte di un paese firmatario degli effetti di un meccanismo giuridico, ancorché esso sia estraneo al suo sistema tradizionale. In breve la convenzione acquista significato solo ove venga ratificata da un paese non trust.", Così A. Gambaro. *Voce: Trust*, cit., p. 464

⁴⁹ Cfr. N. Lipari, *Fiducia statica e trust*, cit., p. 490, secondo il quale "la ratifica della convenzione ha evidentemente rimosso la possibilità di fondare l'inammissibilità del *trust* nel nostro ordinamento o su un principio di irrilevanza delle relative categorie nel diritto italiano ovvero addirittura sul principio di contrarietà a norme di ordine pubblico";

⁵⁰ M. Lupoi, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, p. 966; Id, *Legittimità dei Trusts interni*, in *AA.VV I Trusts in Italia oggi*, Milano, cit., p.31.

⁵¹ R. Franceschelli, il "Trust" nel diritto inglese, cit. p. 24: "Il *trust* di *Common Law* si caratterizza per l'estrema duttilità che lo rende utilizzabile per una pluralità di scopi, in modo tale da trovare terreno fertile in ogni settore della vita giuridico economica; M. Lupoi, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *VN*, 1966, p. 966, il quale evidenzia che la flessibilità dei *trusts* e quindi la loro potenzialità sta nella atipicità delle obbligazioni assunte dal *trustee*, con la conseguenza che sarebbe più corretto parlare al plurale di *trusts* e non del *trust* al singolare per descrivere il fenomeno; Id, *Introduzione allo studio dei Trusts*, cit., p.30; P. Bernardi, *Il trust nel diritto internazionale privato*, Pavia 1957, p.71: " Il *trust* anglosassone può servire a così svariati scopi, che più che un istituto, lo si potrebbe definire uno schema astratto di rapporti; un concetto estremamente elastico e mutevole, paragonabile per certi riguardi a quello di negozio giuridico."

⁵² M. Lupoi, *The shapeless Trust*, in *VN*, 1995, p. 51, secondo cui la Convenzione dell'Aja sul riconoscimento dei *trusts*, più che dettarne una definizione si sarebbe limitata a descrivere il rapporto nascente dal *trust*, in; Id, *Trusts*, cit., p.115; N. Lipari, *Fiducia Statica e trust*, cit., p.483, il

Nel preambolo la Convenzione si propone due scopi: determinare la legge applicabile ai *trusts* e dettare regole uniformi per il loro riconoscimento anche e soprattutto per quei paesi di *Civil Law* che non conoscono il *trust*⁵³.

Il primo argomento utilizzato dai sostenitori della tesi sulla inammissibilità dei *trusts* interni è tratto dall'articolo 6 della convenzione⁵⁴, che stabilisce il principio della libertà di scelta della legge applicabile al *trust*.

Tale scelta, in tanto potrebbe essere fatta, in quanto la fattispecie da disciplinare sia caratterizzata da elementi di internazionalità,⁵⁵ in ordine all'oggetto o ai soggetti, tale da giustificare l'intervento del diritto internazionale privato per la risoluzione di un conflitto tra più ordinamenti.

Pertanto di fronte una fattispecie che non presenti collegamenti territoriali o personali con diversi ordinamenti giuridici non si potrebbe porre la questione di legge applicabile: laddove non c'è un possibile conflitto di leggi non interverrebbe il diritto internazionale privato ma troverebbe senz'altro applicazione la legge del foro.

In presenza di un *trust* i cui elementi importanti si collochino nell'ordinamento italiano, la legge applicabile sarebbe quella italiana perché le parti non avrebbero il potere di richiamare la legge straniera, così come sarebbe comunque la legge italiana ad applicarsi nel caso in cui non ci sia stata scelta da parte del disponente dovendosi applicare, in base all' art 7 della convenzione⁵⁶, la legge del paese con il quale la fattispecie presenti più stretti legami.

quale evidenza come il *trust* rilevi come rapporto anziché come negozio, proprio come accade con la fiducia statica. L'autore sottolinea che il *trust* cui si riferisce la Convenzione dell'Aja sarebbe proprio quello in cui disponente e *trustee* coincidono, ciò in conformità al dettato dell'art. 4 della Conv. Aja
⁵³ “La convenzione de l'Aja sul riconoscimento degli effetti dei *trusts*, benché presenti le particolarità testé sottolineate, rimane una convenzione in tema di conflitti di leggi e non ha affatto inteso trasformarsi in una convenzione diritto uniforme”, così A.Gambaro *op.ul.cit.* p.464

⁵⁴ Art. 6- Il *trust* è regolato dalla legge scelta dal disponente. La scelta deve essere espressa oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che istituisce il *trust* o ne fornisce la prova, interpretate se necessario alla luce delle circostanze del caso.

Qualora la legge scelta in applicazione al precedente comma non preveda l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione, tale scelta è senza effetto e verrà applicata la legge di cui all'art.7.

⁵⁵ G. Brogгинi, *Il Trust nel diritto internazionale privato italiano*, in AAVV, *Il trust in Italia oggi*, cit., p.11; Id, *Il trust nel diritto internazionale privato*, in *Jus*, 1997, p.11; C. Castronovo, *Il Trust e sostiene Lupoi*, in *Eur. e dir. pr.*, 1998, p. 441; G. Oberto, *Atti di destinazione(art. 2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contr. Impr. /Europa* 2007, pag.360.

⁵⁶ Art. 7- Qualora non sia stata scelta alcuna legge, il *trust* sarà regolato dalla legge con la quale ha collegamenti più stretti.

Per determinare la legge con la quale il *trust* ha collegamenti più stretti, si fa riferimento in particolare:

- a. al luogo di amministrazione del *trust* designato dal disponente;

Corollario di ciò è che, non disciplinando il nostro ordinamento l'istituto del *trust*, per effetto dell'art. 5⁵⁷ la convenzione non troverebbe mai applicazione e, pertanto, sarebbe impossibile riconoscere quale *trust* una fattispecie che abbia tutti i suoi elementi principali radicati in un ordinamento che non conosca tale istituto.⁵⁸

A conferma della limitatezza della Convenzione ai soli *trusts* internazionali sarebbe l'art 13,⁵⁹ a norma del quale il disponente non potrebbe istituire un *trust* in situazioni prive di sostanziali collegamenti con uno Stato che non conosca l'istituto. L'orientamento favorevole alla legittimità del *trust* interno, sostanzialmente condiviso dalla Giurisprudenza dominante, trae il proprio fondamento da una diversa ricostruzione ermeneutica delle stesse norme richiamate dall'opinione esposta precedentemente, ritenendo che la legge di ratifica della convenzione avrebbe introdotto nel nostro ordinamento un istituto prima sconosciuto ma ora chiaramente utilizzabile dai cittadini italiani.

In particolare, in virtù della ordine di esecuzione contenuto nella legge di ratifica il nostro ordinamento sarebbe stato innovato e pertanto sarebbero pienamente disciplinati dalla stessa convenzione i *trusts* che non presentino alcun elemento di estraneità se non per la legge scelta dal disponente. La letteratura in questione offre un'interpretazione letterale dell'articolo 6, evidenziando come la tesi precedente attribuisca un contenuto più ampio di quello che emerge dalla dato testuale: l'art 6 non subordinerebbe affatto la scelta della legge alla presenza di un elemento di internazionalità nella fattispecie. La norma avrebbe semplicemente affermato il principio della libertà della scelta applicabile da parte di colui che istituisca un *trust* e non un *trust* in cui almeno uno degli elementi della fattispecie sia di nazionalità diversa rispetto agli altri⁶⁰.

b. alla ubicazione dei beni in *trust*;

c. alla residenza o domicilio del trustee;

d. allo scopo del *trust* e al luogo ove esso deve essere realizzato

⁵⁷ Art.5- La Convenzione non si applica qualora la legge specificata al capitolo II non preveda l'istituto del *trust* o la categoria di *trust* in questione.

⁵⁸G. Brogini, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Eur. E dir. Pr.*, 1998, p.412, per il quale la costruzione di un *trust* retto dal diritto inglese, quando tutti gli elementi sostanziali della fattispecie si riferiscono all'ordinamento italiano potrebbe essere considerata di una costruzione abusiva che non può condurre alla deroga di disposizioni imperative del diritto italiano.

⁵⁹ Art. 13- Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* in cui gli elementi portanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo dell'amministrazione e della residenza abituale del trustee sono più strettamente connessi assalti che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione

⁶⁰ "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

Qualora poi esso sia stato costituito in conformità alla legge scelta, i singoli Stati ratificanti hanno l'obbligo, ai sensi dell'articolo 11, di riconoscere i suoi effetti all'interno dei rispettivi ordinamenti. Si osserva, sul punto, che l'Italia non ha esercitato la riserva di cui all'articolo 21 della convenzione, non essendosi riservava il diritto di applicare le disposizioni sul riconoscimento dei *trusts* regolati solo da alcuni ordinamenti. L'Italia si è impegnata a riconoscere l'istituto in via generale, quale che sia la legge applicabile.

Accanto ai due filoni interpretativi appena esposti, è possibile individuarne un terzo rappresentato da coloro che, pur aderendo alla tesi della natura internazionale privatistica della convenzione, ritengono che sia possibile comunque da parte dei cittadini italiani costituire un negozio atipico ai sensi del 1322cc sui beni siti in Italia, che sia regolato dalla legge italiana soggetto alle norme imperative del nostro ordinamento. Un tale negozio potrebbe comunque produrre gli stessi effetti principali del *trust*, come la creazione di un patrimonio separato autonomo rispetto a quello del disponente.

Tuttavia, è stato osservato che a prescindere dalla natura giuridica della convenzione, in ogni caso ostacoli di natura sistematica e normativa renderebbero l'istituto incompatibile con l'ordinamento italiano⁶¹. Quand'anche fosse possibile la scelta di una legge straniera, in ogni caso i principi fondamentali dell'ordinamento italiano non ne consentirebbero un'illimitata utilizzazione, in mancanza di una legge regolatrice del *trust*. Del resto la stessa Convenzione agli artt. 15⁶² -16⁶³-18⁶⁴,

prescindere dalla c.d. internazionalità del rapporto” così S.M.Carbone, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell’Aja*, in *Trust & AF*, 2000, p. 777.

⁶¹F. Gazzoni, *Il cammello, il Leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *RN*, 2002, p. 1107; P. Schlesinger, *Una novella per il trust*, in *Notariato*, 2001, p. 337; V. Mariconda, *Contrastanti decisioni sul Trust interno: nuovi interventi a favore, ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l’ammissibilità cit.*, p.70;

⁶² Art. 15 Conv.: *La Convenzione non costituisce ostacolo all’applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme del foro sul conflitto di leggi quando con un atto volontario non si possa derogare ad esse, in particolare nelle seguenti materie:*

- a. protezione dei minori e degli incapaci;
- b. effetti personali e patrimoniali del matrimonio;
- c. testamenti e devoluzione ereditaria, in particolare la successione necessaria;
- d. trasferimento della proprietà e le garanzie reali;
- e. protezione dei creditori in caso di insolvenza;
- f. protezione dei terzi in buona fede.

Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di attuare gli scopi del trust in altro modo.

inibisce la produzione di effetti ad un *trust* che se pur riconosciuto in base alla legge straniera applicabile, contrasti con norme imperative in determinate materie, quali diritti reali e tutela del credito, o con l'ordine pubblico dell'ordinamento della *lex fori*.

I principi relativi alla responsabilità patrimoniale del debitore di cui all'art. 2740 cc⁶⁵, al *numerus clausus* dei diritti reali⁶⁶ ed alla tipicità degli atti sottoposti a trascrizione⁶⁷, ai fini della rilevanza reale della fattispecie, non consentirebbero spazi operativi così ampi all'autonomia privata⁶⁸. Proprio la difficoltà di trovare, in

⁶³ Art. 16 Conv.: *La Convenzione non pregiudica l'applicazione di quelle norme della legge del foro la cui applicazione si impone anche alle situazioni internazionali qualunque sia la legge designata dalle norme di conflitto.*

In via eccezionale si può attribuire efficacia alle norme di un altro Stato il quale presenti un collegamento sufficientemente stretto con l'oggetto della controversia⁽¹¹⁾.

Ogni Stato contraente potrà dichiarare, con riserva, di non voler applicare la disposizione del secondo comma del presente articolo.

⁶⁴ Art. 18 Conv.: *Le disposizioni della Convenzione possono essere disattese qualora la loro applicazione sia manifestamente contraria all'ordine pubblico.*

⁶⁵ F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente sul trust e trascrizione)*, in RN, 2001, I, p.12

⁶⁶ F.Gazzoni, *Tentativo*, cit.p.15 per il quale il fondamento della tipicità dei diritti reali deriva da un lato nella necessità di tutela dei terzi, "in presenza di un diritto reale, incombe un dovere di astensione, che può conseguire solo da una disciplina normativa" e dall'altro "nella necessaria tipicità degli atti soggetti a trascrizione, dettata da ovvie esigenze di certezza dei traffici e di organizzazione dei registri": Sul dogma della tipicità dei diritti reali cfr. R. Sacco, voce: *Circolazione giuridica*, in *Enc. Dir.*, vol. VII, Varese, 1960, p.11: "le necessità pratiche di sicurezza nei traffici (che si estrinsecano a loro volta, nell'esigenza di riservare la protezione giuridica alle figure tipizzate in anticipo dall'ordinamento) esigonoche, nel corso della circolazione, i diritti si presentino sempre nella loro veste tipica non impacciati né da divieti d'esercizio, né da divieti di alienazione"; M. Comporti, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 287; ID, *Autonomia privata e diritti sui beni*, in A.A.V.V., *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura A. Belvedere- C. Granelli, Padova, 2001 p.69; C.M. Bianca, *Diritto civile. VI - La proprietà*, 1999, p. 155; in posizione dubitativa M. Costanza, *Numerus Clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di C.Grassetto*, I, Milano, 1980, p. 421

⁶⁷ F.Gazzoni, *Tentativo*, cit., p.17; ID, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Comm. al cod.civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 42; P.Iamiceli, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2001, p. 58, secondo cui: "E' sul versante dell'affidamento dei terzi, che si giustifica, il principio di tipicità, quale premessa rilevante ai fini della costruzione di un sistema di opponibilità fondato sulla certezza delle transazioni economiche. In tal senso l'autonomia privata non può prescindere totalmente da un intervento del legislatore, il quale è chiamato a definire un apparato minimo di misure volte a rendere conoscibile all'esterno il vincolo imposto sul patrimonio".

⁶⁸I sostenitori della diretta applicabilità della Convenzione anche ai *trusts* interni, superano il problema della compatibilità con l'ordinamento evidenziando che, in quanto ormai previsto e disciplinato da una legge dello Stato quale la legge di ratifica ed esecuzione n. 364/84, il *trust* rappresenterebbe una figura tipica, una positivizzata deroga al principio della responsabilità patrimoniale, rientrando nel II co. dell'art. 2740 cc; una nuova forma di proprietà, la cd. proprietà funzione, trascrivibile in forza dell'art. 12 che rappresenterebbe il fondamento legale della trascrivibilità dell'acquisto in *trust*, accanto alle altre fattispecie di cui al codice civile. In tal senso A. Gambaro, *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizione del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, II, p. 921; ID, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Dir. civ.*, 2002, II, p. 261; cfr. M.Lupoi, op.ul.cit., p. 576; ID, *Lettera ad un notaio conoscitore di Trust*, in RN, 2001 p. 1166; G.Galgano, *Trust e*

manca di un meccanismo di opponibilità *erga omnes* della separazione, degli obblighi gestori e dei vincoli in capo al *trustee*, ha reso problematico garantire un'adeguata tutela degli interessi dei beneficiari in caso di violazione degli obblighi imposti dall'atto istitutivo al *trustee*⁶⁹.

Pertanto, stante il contrasto ermeneutico sulla natura della Convenzione⁷⁰, si è assistita al proliferare di una riflessione giuridica che ha tentato di incardinare l'istituto entro schemi familiari alla tradizione italiana. Al fine di saggiare la compatibilità del *trust* con i principi ordinamentali, emerge lo sforzo da parte della dottrina di proporre ricostruzioni capaci di riconsiderare il *trust* secondo chiavi

gruppi di società, www.il-trust-in-italia.it; A. Giardina, *La Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento- note introduttive*, in A. Gambaro- A. Giardina- G. Ponzanelli, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in NLCC, 1993, p. 1212; A. Palazzo, *Istituti alternativi al testamento*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del notariato*, dir. da P. Perlingieri, Napoli, 2003, vol VIII, p. 84, il quale pone in evidenza "la natura di norma *self-executing* dell'art. 12 della Convenzione" ed "il riconosciuto carattere innovativo che la stessa potrebbe rivestire rispetto all'elencazione dell'art. 2643cc" dal momento che "tra le disposizioni speciali che richiedono la trascrivibilità di un istituto oltre i casi previsti dalla norma richiamata, potrebbe certamente annoverarsi anche la legge n. 364 del 1989 di ratifica della Convenzione, che è legge ordinaria e fonte autonoma di diritto e che, dunque, può considerarsi innovativa in tale senso".

Di contrario avviso coloro che hanno osservato che: "Tutte queste innovazioni, che avrebbe inciso in modo tanto profondo nel sistema del diritto privato, si sarebbero verificate non in virtù di una riforma del codice o di una legge speciale di contenuto eversivo, ma per il solo fatto della ratifica della convenzione", così V. Mariconda, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a sfavore, ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, cit., 2004, p. 76; in tal senso anche P. Schlesinger, *Il Trust nell'ordinamento giuridico Italiano- conclusioni*, cit., p. 179; cfr. G. Broggin, *Trust e fiducia*, cit., p. 411, per il quale "il fondamento e lo scopo della convenzione ...non sono l'introduzione dell'istituto del trust nel tessuto sostanziale dei singoli ordinamenti di diritto nazionale, ma la costruzione di una rete di criteri di collegamento e di inquadramento dell'istituto, allo scopo di permettere l'accoglimento, di dargli efficacia- nei limiti stabiliti- anche in sistemi che non lo conoscono... La Convenzione esprime regole di diritto internazionale privato, e non norme sostanziali uniformi. Essa non fa nascere un trust internazionale e non ne detta le regole, come fa la Convenzione di Vienna per "la compravendita internazionale", ma pone i criteri per individuare il diritto applicabile ad un determinato trust nazionale e ne stabilisce i limiti di efficacia (il riconoscimento) negli altri Stati contraenti"; F. Gazzoni, *Tentativo*, cit., p.18." Una cosa è il riconoscimento dell'istituto in chiave internazionale-privatistica, ciò che in effetti si è inteso fare con la ratifica della Convenzione dell'Aja 1°luglio 1985, altra cosa è sostenere che la l. 16 ottobre 1989 n. 364 di ratifica della convenzione sarebbe quella legge interna che permetterebbe di ipotizzare la proprietà del patrimonio separato in capo al trustee"; Id, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in Riv. Not. 2002, p. 1114.

⁶⁹ A. Neri, *Il problema della tutela del beneficiario del trust nel diritto italiano*, in A.A.V.V., a cura di F. Alcaro- R. Tommasini, *Mandato, Fiducia, e trust: esperienze a confronto*, Milano, 2003 p. 55; R. Calvo, *La tutela dei beneficiari nel trust interno*, in Riv. Trim., dir. proc. Civ. 1998, p. 54; C. Castronovo, *Il Trust e sostiene Lupoi*, cit.p. 446;

⁷⁰ G. Ponzanelli,, *Le annotazioni del comparatista*, in *Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, in A. Gambaro- A. Giardina- G. Ponzanelli, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in NLCC, 1993, p.1226, il quale osserva che anche dopo la ratifica della Convenzione dell'Aja, "non esistono ancora basi normative univoche che consentano di procedere alla valida costituzione di un trust interamente tricolore ...una cosa è dire che negli ultimi vent'anni, per le profonde modifiche intervenute nei relativi istituti, sono venuti meno gli ostacoli maggiori ad una valutazione di non contrarietà dell'istituto all'ordine pubblico, altro e ben differente è affermare che l'ordinamento italiano riconosca il trust anche implicitamente"

interpretative che lo rendano suscumbibile le entro le categorie fondanti del negozio giuridico⁷¹.

⁷¹ A.Gambaro, *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja*, cit, 919; Id, *Trust e trascrizione*, in *T&AF*, 2002, p. 346

5. TRUST- PATRIMONI DESTINATI – PATRIMONI SEPARATI

La strada da intraprendere per evitare di richiamare a fondamento dell'istituto la Convenzione dell'Aja e costringere l'interprete allo studio della legge straniera richiamata nell'atto istitutivo o di quella che risulterebbe applicabile, si è prospettata la possibilità per i cittadini italiani di dar luogo a tale fattispecie negoziale in virtù del potere attribuito dell'autonomia privata dall' art 1322 c.c.⁷².

In particolare, si è osservato che il problema dell'ammissibilità del *trust* viene ricondotto al tema generale della ammissibilità dei negozi di destinazione e dei patrimoni separati atipici⁷³.

Dalla lettura dell'art. 2 Convenzione dell'Aja il *trust* può essere ricondotto allo schema del fenomeno della destinazione dei beni allo scopo⁷⁴ e, sotto il profilo effettuale, l'art. 11 farebbe riferimento proprio al concetto di patrimonio separato.

Il dibattito sorto in ordine all'ammissibilità del *trust* interno ha spinto il panorama dottrinale italiano a volgere la sua attenzione⁷⁵ al fenomeno della destinazione e della separazione patrimoniale ed alle reciproche connessioni, alla luce del moltiplicarsi delle ipotesi di separazione patrimoniale operate del legislatore speciale.

All'indomani dell'entrata in vigore del codice civile, la via per la destinazione e la separazione patrimoniale si apriva prevalentemente nella forma associativa diretta alla costituzione di un nuovo soggetto di diritto. Questo quadro generale è andato col tempo mutando verso il moltiplicarsi di ipotesi di patrimoni separati che costituiscono una deroga alla garanzia patrimoniale generica.

Un primo *incipit* è pervenuto dal versante comunitario ed in particolare dalla XII direttiva CEE che impegnava gli Stati membri ad adottare strumenti idonei a limitare la responsabilità personale dell'imprenditore unico.

⁷² G. Palermo, *Contributo allo studio dei trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in RDCo, 2001, p. 396; U. La Porta, *Destinazione dei beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1996, p. 28.

⁷³ Per tutti, G. Palermo, *Contributo allo studio del trust*, cit., p. 397; Id, *Sulla riconducibilità del trust interno alle categorie civilistiche*, in RDCo, 2000, p. 146; M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996 p. 201; R. Quadri, *La destinazione patrimoniale. Profili Normativi e autonomia privata*, Napoli, 1994, p. 299.

⁷⁴ Così M. Lupoi, voce *Trust*, I, cit. p.3, secondo cui: "Il *trust* è propriamente l'imposizione di un vincolo funzionale all'esercizio del diritto che spetta al trustee e di una correlativa e strumentale separazione di tale diritto rispetto al restante patrimonio del trustee."

⁷⁵ Le prime opere sul tema si rinvengono in A. Pino, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950 e G. Donadio, *I patrimoni separati*, in *Annali della facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Bari*, 1943.

Precipitato di tale obbligo per l'ordinamento italiano è stata l'introduzione dapprima del tipo Srl uni personale e poi, in occasione della riforma del diritto societario del 2003, la previsione della S.p.a. con un unico socio e l'introduzione degli art 2447 bis ss cc, che hanno previsto la possibilità per le S.p.a. di creare patrimoni destinati ad uno specifico affare, nel duplice modello commerciale e finanziario.

Accanto a ipotesi codicistiche quali il fondo patrimoniale di cui all'art.167cc e i fondi di previdenza di cui all'art. 2117cc, la legislazione commerciale e finanziaria ha fatto frequente ricorso alla tecnica della separazione patrimoniale: il riferimento è alle ipotesi dei fondi comuni di investimento e dei patrimoni delle Sim di cui al Tuf, ai fondi pensione ex art. 4 d.lgs. 21 aprile 1993 n.124, alla cartolarizzazione dei crediti ex art 3 legge n. 130/1999, al decreto legge sulle società per le infrastrutture del 15 aprile 2002 n. 63 ed ai patrimoni separati in tema di assicurazione previsti dall'art.117 d.lgs. 209/2005. Da ultimo è da segnalare l'art 2645 ter cc, introdotto dal d.l. 30 dicembre 2005 n. 273, che prevede una figura generale di destinazione patrimoniale.

Pertanto, il proliferare di numerosissime ipotesi legislative, già prima dell'introduzione dell'art. 2645 ter cc, ha posto l'interrogativo sulla possibilità di porre in essere fattispecie separatorie al di là di quelle tipicamente previste⁷⁶ e hanno quindi spinto gli interpreti a cercare un possibile soluzione positiva al rapporto tra autonomia privata e separazione patrimoniale, così da giustificare e fondare la compatibilità del *trust* non sulla natura di legge di diritto materiale interno della Convenzione, ma sul potere dell'autonomia privata di costituire patrimoni destinati e patrimoni separati atipici⁷⁷, tra i quali ricomprendere appunto il *trust*.

⁷⁶ Nel panorama dottrinale che nega la possibilità per i privati di porre in essere fattispecie negoziali che abbiano come effetto la separazione patrimoniale si segnalano L. Bigliazzi - Geri, voce: *Patrimonio autonomo e patrimonio separato*, in *En. dir.* vol. XXXII, Milano, 1982, pag. 292; P. Iamiceli, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., p.102; L. Salamone, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, p. 368; A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, in *Riv. , dir. civ.*, 2002, I, p. 545; R. Quadri, *La destinazione patrimoniale* cit., p. 333; F. Galluzzo, *Il trust cd interno e i negozi di destinazione allo scopo*, N.G.C.C., 2005, II, p. 88; M. Bianca, *Vincoli di destinazione*, cit p.215.

⁷⁷ Significativo è il dibattito sull'ammissibilità della fondazione non riconosciuta, in relazioni al quale in dottrina hanno espresso opinione favorevole F. Galgano, *Sullammissibilità di una fondazione non riconosciuta*, in *Riv. Dir. civ.*, 1963, II, p. 172; di contrario avviso P. Rescigno, voce: *Fondazione*, in *Enc., dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 805.

La dottrina si è quindi cimentata a partire dalla metà degli anni novanta in un'opera di analisi e sistemazione della materia ed in particolare nella ricerca di un corretta individuazione delle eventuali differenze e dei reciproci rapporti tra il concetto di patrimonio destinato e patrimonio separato⁷⁸.

Difatti, dal punto di vista terminologico con il termine destinazione si indica sia un concetto vasto e generico che attiene ad una serie di istituti eterogenei non accompagnati da fenomeni separatori (pertinenze, servitù, universalità, mutuo di scopo,, atto di dotazione nei fenomeni associativi, azienda)⁷⁹, sia una nozione in senso stretto di destinazione, da intendere quale tecnica di articolazione del patrimonio per il raggiungimento di una determinata finalità⁸⁰, con una particolare incidenza sulle regole che governano il patrimonio, sotto il profilo della responsabilità e sotto il profilo della circolazione giuridica

⁷⁸ A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, cit., p. 559; M. Bianca, *Vincoli di destinazione* cit., p. VIII

⁷⁹ M. Bianca, voce: *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Enc. Gur.*, vol XV, Roma, 2007, p. 204.

⁸⁰ A. Falzea, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Destinazione dei beni allo scopo*, cit p.23, il quale ricorda che la destinazione, intesa nella sua accezione generica caratterizza tutte le categorie dogmatiche della fenomenologia giuridica: dal soggetto, all'oggetto, all'atto, al fatto. Configura il conferimento in società quale destinazione all'attività P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971, p.315.

Dal punto di vista etimologico precisa P. Spada, *Destinazioni patrimoniali e impresa*, in AAVV, *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, a cura di G. Doria, Torino, 2010, p. 331, richiamandosi alla pandettistica tedesca, che la destinazione rappresenta una delle due varianti della *disposizione* (lemma tradotto nel senso di *porre altrove* e quindi *distacco*), atteggiandosi come vincolo funzionale impresso sul bene e distinguendosi dall'altra variante, la *attribuzione* che fa corrispondere al distacco di un bene da un soggetto l'attacco ad un altro arricchendo la sua sfera giuridica.

6. ORIGINE DEI PATRIMONI DESTINATI E PATRIMONI SEPARATI

Il concetto di patrimonio separato comparve per la prima volta nella dottrina tedesca con la elaborazione della *Zweckvermoegentheorie*⁸¹, con la quale veniva costruita la teoria della persona giuridica come patrimonio destinato ad uno scopo, in quanto non dotata di fisicità e insuscettibile di essere titolare di diritti. Lo scopo era l'elemento, alternativo al soggetto persona fisica, cui imputare e tramite cui individuare un patrimonio. Quest'ultimo rilevava non per la sua attribuibilità ad un soggetto, ma per la sua intrinseca destinazione ad una determinata attività. Lo scopo e non il soggetto era l'elemento unificatore e identificativo di un'appartenenza. Di conseguenza, il patrimonio costituiva l'oggetto del diritto del creditore, sotto il duplice profilo di oggetto del debito e punto di riferimento della responsabilità patrimoniale, per una determinata attività. Caratteristica comune dei patrimoni separati era quella di rafforzare il vincolo destinatorio, costituendo un incentivo alla circolazione della ricchezza ed agli investimenti⁸².

Tale teoria era formulata in reazione alla teoria dell'unità ed intangibilità del patrimonio affermatasi in Francia⁸³, per la quale il patrimonio costituiva la proiezione inscindibile della personalità del soggetto di diritto: ogni individuo non può che essere titolare di uno ed un solo patrimonio ed ogni patrimonio non può che essere imputato ad uno ed un solo soggetto, stante la unicità della personalità dell'individuo. Una tale corrispondenza tra patrimonio e soggetto si traduceva nella regola della inscindibilità del diritto di proprietà, della responsabilità illimitata

⁸¹ A. Brinz, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol., I, 2° ed. modificata, Erlangen, 1873, p.201, e vol. III, p. II, 2° ed. modificata, Erlangen, 1888, p.453; E.I. Bekker, *System des heutigen Pandektenrechts*, vol.I, Weimar, 1886, p. 141; Id, *Zur Lehre vom Rechtssubjekt: Genuß und Verfügung; Zwecksatzung, Zweckvermögen und juristische Person*, in *Jh. Jb.*, 12, 1873, p.1;

⁸² Una precisa ricostruzione storico dogmatica del fenomeno è offerta da M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., spec. Cap. II, p. 116, che evidenzia il contesto economico e culturale che ha influito sulla elaborazione della *Zweckvermoegentheorie*, caratterizzato da un lato dallo sviluppo economico del XIX secolo che richiedeva l'esigenza di isolare sotto il profilo della responsabilità patrimoniale l'attività di impresa dalle vicende dell'imprenditore, dall'altro la contemporanea riflessione sulla teoria dell'obbligazione e dei suoi elementi costitutivi: debito (*schuld*) e responsabilità (*haftung*) che enfatizzava il diritto del creditore a soddisfarsi sul patrimonio del creditore. Pertanto, tale contesto "apri la via ad una progressiva espansione di discipline derogatorie del principio di illimitata responsabilità patrimoniale e necessaria unità del patrimonio"; A. Zoppini, op.ul.cit, p. 559

⁸³ C. Aubry e C. Rau, *Cours de droit civil francais*, d'apres, l'ouvrage de M.C.S. Zachariae, Paris, 1856-1858, vol. III, par. 753; cfr sul tema, M. Nuzzo, *Il principio di indivisibilità del patrimonio*, in AA.VV., *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, a cura di G. Doria, cit, p. 31; A. Gambaro, *Unità e separazione del patrimonio*, in *T&AF*, 2000, p.155;

del debitore a fronte delle obbligazioni assunte e poneva un divieto alla previsione di deroghe al regime della responsabilità patrimoniale generica del soggetto.

Regimi speciali di responsabilità si sarebbero tradotti in trattamenti diseguali, contrastanti con quell'ideologia liberal-individualista che ha costituito l'*humus* culturale in cui si è sviluppata la teoria dell'unità del patrimonio.

Nell'esperienza legislativa italiana proprio quest'ultima impostazione ha trovato terreno fertile, ispirando la codificazione del '42 e la previsione di principi della responsabilità patrimoniale illimitata e della *par condicio creditorum*, di cui rispettivamente agli art. 2740cc e 2741cc.

Tuttavia nell'ambito del panorama dottrinale italiano, non sono mancate le riflessioni sul fenomeno dei patrimoni separati, definiti inizialmente come il complesso dei rapporti giuridici finalizzato al soddisfacimento di determinati debiti. L'essenza del patrimonio separato era individuata nella specifica destinazione del patrimonio allo scopo di liquidazione di determinate obbligazioni.

In particolare, le caratteristiche del patrimonio separato erano sostanzialmente due: la funzione liquidatoria e l'assoluta insensibilità alle vicende del patrimonio originario o generale del titolare.⁸⁴

La successiva riflessione notò come la separazione non poteva trovare la propria ragion d'essere solo nello scopo liquidatorio di determinati debiti, bensì nella attuazione e tutela di una particolare destinazione, in virtù della quale i beni ad essa vincolati venivano resi insensibili ad attacchi esterni o venivano assoggettati ad una disciplina particolare⁸⁵.

Emerge dall'approccio della dottrina sul tema un uso indifferenziato dei termini patrimonio separato e patrimonio destinato, in quanto entrambi i concetti sono

⁸⁴ F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, p. 880: “ *La specialità della condizione giuridica dei patrimoni separati riposa in ciò, che a differenza dei patrimoni di persona, i quali sono destinati agli scopi generali del soggetto, principalmente a procurargli la soddisfazione dei suoi bisogni economici e spirituali, il patrimonio separato è destinato ad uno scopo speciale, il quale per il diritto nostro è sempre uno scopo di liquidazione. Il patrimonio viene amministrato o dal suo proprietario o dall'estraneo, ed è impiegato al pagamento dei debiti, alla liquidazione delle sue passività, dopodiché si trasforma ed è assorbito dal patrimonio di persona*”; così anche G. Donadio, *I patrimoni separati*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Bari*, 1943, p. 47: “ *l'unico criterio sicuro per riconoscere l'esistenza del patrimonio separato e quello della responsabilità per debiti*”

⁸⁵ S. Pugliatti, *Gli Istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943, p.303: “ *la limitazione della garanzia è predisposta per il perseguimento di una funzione ma non può costituire la funzione del patrimonio separato* ” ; A. Pino, *Il patrimonio separato*, cit. p.13

considerati sovrapponibili, profili diversi di uno stesso fenomeno⁸⁶: la separazione patrimoniale integrava e connotava il patrimonio destinato ad uno scopo particolare, costituendone un effetto necessitato.

La limitazione del patrimonio al soddisfacimento solo di alcuni crediti poteva giustificarsi perché il complesso dei beni separato era gravato da un vincolo di scopo⁸⁷, di talchè altra dottrina preferì qualificare i patrimoni separati come patrimoni di destinazione, ovvero fattispecie in cui” *in relazione ad una certa destinazione specifica una pluralità di rapporti attivi e passivi,, facenti capo a più persone o ad una persona, è costituita in unità e tenuta distinta dagli altri rapporti attivi e passivi delle stesse persone o della stessa persona*”⁸⁸. Una definizione nella quale, nell’ambito dei patrimoni di destinazione, rientravano anche i patrimoni autonomi che si affiancavano a quelli separati e si distinguevano da essi solo perché avrebbero riguardato “ *rapporti che fanno capo ad una pluralità di soggetti*” e non ad un unico soggetto come nel caso del patrimonio separato⁸⁹.

La conseguenza in punto di disciplina del fenomeno dei patrimoni separati era che il compendio di beni sui cui gravava lo scopo di realizzare una certa finalità era insensibile rispetto alle vicende giuridiche del patrimonio originario, ovvero sul patrimonio separato si sarebbero potuti soddisfare solo i creditori per le obbligazioni inerenti la destinazione, con esclusione quindi dei creditori personali del titolare estranei allo scopo da realizzare⁹⁰. Inoltre il vincolo di destinazione sui

⁸⁶ A tale confusione terminologica ha contribuito anche il linguaggio del legislatore caratterizzato dal promiscuo impiego dei termini in questione. Emblematica in ordine alla confusione terminologica, risulta la disposizione dei cui all’art., 4 d.lgs. 124/1993,

⁸⁷ S. Pugliatti, *op.ul.cit.* p. 303: “ è ovvio che la separazione ha luogo per il conseguimento di determinate finalità, che il legislatore lascia chiaramente trasparire volta per volta, e che tali finalità, così come sono realizzate nella concreta disciplina legislativa, costituiscono la base la misura e il limite della separazione. E poiché le finalità sono varie, non è esatto ritenere che si abbia separazione dei patrimoni solo in vista dell’attuazione di una limitazione della responsabilità. La distribuzione o disciplina della responsabilità con riferimento ai patrimoni separati costituisce una conseguenza, anch’essa regolata dalla legge, dell’attuale separazione, e non già il fine unico e necessario che la separazione si propone di conseguire”; così anche A. Pino, *op.ul.cit.*,p.20 che riconobbe l’essenza del patrimonio separato nella: “ *situazione di una massa patrimoniale diversa dal rimanente patrimonio del soggetto , per essere destinata ad una particolare funzione: quella di assolvere un’esigenza specifica.*”

⁸⁸ F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p.85

⁸⁹ F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, p. 387, per il quale “ *patrimoni separati e autonomi si assumono sotto la denominazione comune di patrimoni di destinazione* “; cfr. A.Pino, *op.ul.cit.* p. 120: “ *il patrimonio autonomo , per essere un complesso patrimoniale appartenente a più soggetti e destinato ad una funzione particolare si delinea come una somma di diversi patrimoni separati*”, “ *anche senza ricorrere al concetto di persona giuridica*”

⁹⁰ F. Santoro Passarelli, *op.ul. cit.*, p. 85 nel riferire la peculiarità del patrimonio autonomo o separato evidenzia “ *la funzione propria di garanzia e responsabilità in connessione alla sua destinazione* “

beni si traduceva in una limitazione del potere del loro titolare di gestire e distrarre tali beni in difformità agli scopi da perseguire⁹¹.

La caratteristica dei patrimoni separati è stata riconosciuta dunque nel costituire da una lato una deroga al principio della responsabilità patrimoniale ex art 2740 cc ed alla *par condicio creditorum* ex art. 2741cc⁹², dall'altro nel costituire una limitazione alla libera circolazione dei beni facenti parte della massa separata, tal da far prospettare ad alcuni una sorta di divieto di alienazione⁹³, o, comunque, un vincolo di indisponibilità.

La creazione di patrimoni gravati dal vincolo di destinazione viene qualificata dalla dottrina più recente come una tecnica di articolazione e organizzazione del patrimonio in masse separate per determinate finalità, che si affianca alla tradizionale tecnica della soggettivizzazione giuridica, ovvero della costituzione di un autonomo soggetto di diritto che diviene titolare di un patrimonio destinato ad uno scopo⁹⁴.

Sul piano funzionale costituire un patrimonio separato, perché destinato ad una certa finalità, o costituire una persona giuridica dotandola di un patrimonio per un scopo, risulta equivalente, atteso che in entrambe le soluzioni i patrimoni rispondono delle obbligazioni assunte per la realizzazione dello scopo.⁹⁵ In entrambi i casi si creeranno diversi “*ceti creditorum*”⁹⁶, tra cui i creditori della destinazione potranno soddisfarsi su patrimonio destinato che nell'un caso

⁹¹ A. Pino, *op. ul., cit.*, p.22; M. Bianca, *Vincoli*, cit., p. 28.

⁹² L. Bigliazzi- Geri, voce: *Patrimonio autonomo e separato*, cit., p.280; A. Pino, *op.ul.cit.*, p.22; M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit.28, la quale individua i tratti salienti della separazione proprio in una “*limitazione o una frammentazione della responsabilità patrimoniale in deroga al principio della universalità della stessa*”, oltre che “*in diversi regimi di inalienabilità in deroga al principio di libera circolazione dei beni*”.

⁹³ F. Messineo, *op.ul. cit.*, p. 385, secondo cui: “*il patrimonio separato non può essere distratto a fini diversi da quelli che gli sono propri, e quindi non può essere alienato, neppure dal suo titolare per fini alieni*”; R. Quadri, *op. ul., cit.*p. 290; D. Messinetti, *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. Cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. Dir., civ.*, 2002 II, p.101.

⁹⁴ A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio.*, cit., p.546; G. Doria, *Il patrimonio finalizzato*, in *Riv.dir. civ.*, 2007, p. 490.

⁹⁵ P. Spada, *Persona Giuridica e articolazione del patrimoni*, in *Riv. dir.civ.*, 2002, p.842, per il quale: “*nella prospettiva della responsabilità patrimoniale, è sano prendere atto della equivalenza funzionale tra personalità giuridica e articolazione di un patrimonio in compendi separati*”; ugualmente A. Gambaro, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *T.&AF* 2000, p. 156:” *a ben guardare infatti sotto il profilo dell'interesse creditorio la c.d. tecnica della soggettivizzazione e quella della segregazione patrimoniale possono essere equivalenti*”; R.Quadri, *op.ul.cit.*, pag.187; cfr anche A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, in *Riv. Dir. civ.*, 2002, p. 570; P. Iamiceli, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., p. 201; G. Doria, *Vincoli di destinazione e patrimonio del soggetto*, in *AAVV, Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, a cura di G. Doria, cit., p. 2.

⁹⁶ P. Spada, *op. ul.cit.* p. 844.

corrisponderà al patrimonio della persona giuridica nell'altro al patrimonio separato⁹⁷.

La scelta se privilegiare l'uno anziché l'altro modello dipenderà dunque dalle differenze strutturali ed operative delle due tecniche e non ultimo dai relativi costi di creazione e gestione⁹⁸. Difatti, se i costi di costituzione e gestione si abbattano nel caso della costituzione di un *trust*, rendendo più competitivo tale strumento in quanto caratterizzato da una gestione più snella, libera dalla vischiosa dialettica tra gli organi della procedura, l'esito è diverso se maggiore rilevanza vien data al profilo organizzativo, amministrativo e di controllo proprio della persona giuridica, che in virtù di una organizzazione più articolata consente una maggiore stabilità in ordine alla effettiva destinazione.

L'evoluzione normativa in tema di destinazione non ha riguardato solo la morfologia del fenomeno ma anche l'oggetto e la funzione delle stesse, tant'è che è possibile individuare nel fondo patrimoniale e nei patrimoni destinati delle società per azioni i due poli estremi di tale sviluppo, che vede il passaggio da destinazioni statiche, proprie delle fattispecie di vecchia generazione quali appunto il fondo patrimoniale, e, prima ancora, la dote ed il patrimonio familiare, alle destinazioni dinamiche, quali appunto i modelli di cui agli art. 2447 bis e ss.

Difatti, le destinazioni statiche sono caratterizzate dalla conservazione o dalla trasmissione di ricchezza spesso immobiliare, relativa a beni specifici, il cui valore viene preservato e difeso attraverso la regola della inalienabilità. Le destinazioni dinamiche, invero, hanno ad oggetto valori patrimoniali destinati ad accrescersi e a produrre ricchezza attraverso un'attività di gestione da parte del soggetto che ne ha già, o ne ha ricevuto, la titolarità con il vincolo allo scopo. Nei patrimoni destinati delle società per azioni lo scopo non è quello della conservazione del patrimonio ma l'incremento e lo sviluppo di un ramo di un'attività imprenditoriale, evitando il ricorso alla costituzione di un gruppo di società. Nel modello finanziario di cui agli artt. 2447 decies ss cc, l'oggetto della destinazione è il flusso finanziario derivante

⁹⁷ Contiguità funzionale tra i due modelli, che era stata già evidenziata nella Relazione al d.lgs. 2003 n.6, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 112, che ha introdotto i patrimoni dedicati delle S.p.a. ex art 2447 bis ss c.c. come valida alternativa alla costituzione di un gruppo societario; già A. Gambaro, *Il Trust in Italia*, cit., p.1219 evidenziava come il *trust* si ponesse quale alternativa alla destinazione con entificazione.

⁹⁸ A. Zoppini, op.ul.cit. p. 571 il quale ribadisce che trattasi di “*tecniche tra loro in concorrenza quanto alla produzione di effetti funzionalmente equivalenti, atteso che il singolo operatore opterà per la tecnica che ex ante appare meno costosa*”.

da un attività di impresa e considerazioni analoghe possono farsi anche in tema di cartolarizzazione.

Pertanto, una regola assoluta di inalienabilità del bene vincolato è incompatibile con tale tipo di destinazione, proprio perché l'oggetto è il valore economico, e la funzione è quella di incrementarlo attraverso un'attività gestoria che può comprendere anche atti dispositivi del bene, purchè funzionali alla attuazione della destinazione.

7. DAL *NUMERUS CLAUSUS* DEI PATRIMONI SEPARATI AI NEGOZI DI DESTINAZIONE ATIPICI PRIMA DELL'INTRODUZIONE DELL'ART.2645 TER CC

Così come l'articolazione del patrimonio in compendi separati per mezzo della creazione di persone giuridiche è connotata da una rigida tipizzazione, la dottrina tradizionale ha ritenuto che anche la funzionalizzazione di una parte del patrimonio del soggetto con efficacia reale e la sua confluenza in un compendio separato fosse di esclusivo appannaggio del legislatore: solo questi avrebbero potuto dunque prevedere nuove ipotesi di patrimoni separati.

Il rischio di una eccessiva frammentazione del patrimonio e l'impossibilità per i privati di creare situazioni di efficacia reale *erga omnes*⁹⁹, in virtù della tipicità dei diritti reali e dell'art.2740cc, hanno costituito la motivazione per negare la costituzione di negozi destinatori atipici con effetti separatori. Solo il legislatore potrebbe stabilire se e quando uno scopo può divenire un centro di imputazione ed elemento di separazione, giacché solo il legislatore potrebbe compiere quel bilanciamento di interessi in virtù del quale stabilire quando le ragioni dei creditori della destinazione debbano trovare preferenza rispetto ai creditori generali. Tale opinione è stata condensata nella formula *numerus calusus* dei patrimoni separati ed è stata tramandata unanimemente in un'epoca assai recente¹⁰⁰.

Risale circa ad un ventennio fa il primo contributo sul tema della separazione patrimoniale che ha tentato di sovvertire tale assunto¹⁰¹, scardinato il quale, il *trust* sarebbe stato ricompreso nel novero dei negozi di destinazioni atipici con efficacia *erga omnes*¹⁰². Si tratterebbe, dunque, di un negozio attraverso il quale il disponente (*settlor*) trasferisce ad un altro soggetto attributario (*trustee*) la titolarità

⁹⁹ G. Rojas Elgueta, *Il rapporto tra l'art. 2645 tercc e l'art. 2740 cc: un'analisi economica della nuova disciplina*, in BBTC, 2007, p. 189.

¹⁰⁰ F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile*, cit., p.20 per il quale sarebbe impossibile non risolvere il *trust* in un negozio fiduciario, attesa la mancanza di una copertura normativa che attribuisca effetti reali, opponibili *erga omnes* all'atto istitutivo di un *trust*.

¹⁰¹ U. La Porta, *Destinazione dei beni allo scopo e causa negoziale*, cit. p.3; Id, *Il problema della causa del contratto. La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 8;

¹⁰² U. La Porta, *Cause traslative, Autonomia privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust*, in AAVV, *Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Quaderni del Notariato n.7, 2002, p.39, il quale afferma che: "...proprio il negozio di destinazione di beni allo scopo con rilevanza reale, idoneo cioè a dar vita a forme di separazione patrimoniale che conferiscano rilevanza reale al vincolo, possa costituire la risposta italiana alle esigenze economico-patrimoniali che nel trust trovano una risposta giuridica in altri sistemi giuridici"

di una massa di beni affinché questi li gestisca e li impieghi secondo le istruzioni del disponente per un certo scopo o per il soddisfacimento di interessi facenti capo a terzi beneficiari, o al limite al disponente stesso.

Un tale tipo di destinazione prevede dunque un momento attributivo, ma non impedisce la configurazione di una destinazione patrimoniale non attributiva, ovvero priva del passaggio intermedio del trasferimento in capo al terzo della titolarità dei beni. Questi, comunque gravati dal vincolo reale di destinazione, rimarrebbero sempre nella proprietà del disponente ma costituirebbero patrimonio separato ai fini della responsabilità patrimoniale rispetto al resto della massa patrimoniale da cui promanano. Fattispecie nella quale rientrerebbe il *trust*-autodichiarato, in cui *settlor* e *trustee* coincidono¹⁰³.

Solo tale ricostruzione avrebbe consentito¹⁰⁴ di uscire fuori e superare la rilevanza meramente obbligatoria del vincolo fiduciario gravante sul *trustee* nei confronti dei beneficiari: la destinazione imprime un vincolo di natura reale sui beni con l'effetto di separarli dal restante patrimonio cui afferiscono. Il vincolo, infatti, potrà essere opponibile ai terzi, acquirenti o creditori del disponente e del *trustee*, in modo tale che i beneficiari della destinazione possano essere tutelati in caso di violazione dello stesso, ovvero di distrazione di beni dallo scopo, ed i creditori della destinazione siano preferiti ai creditori estranei. Tale risultato potrebbe essere conseguito anche dal privato in virtù del potere negoziale di cui all'art.1322cc, e non solo dal legislatore¹⁰⁵.

Tale dottrina opina nel senso che il legislatore avrebbe regolamentato solo alcune delle molteplici ipotesi di destinazioni patrimoniali teorizzabili, ben potrebbero altre fattispecie atipiche essere meritevoli di tutela, laddove l'interesse tutelato sia analogo rispetto a quello della ipotesi legale. Il negozio di destinazione atipico sarebbe caratterizzato da una autonoma causa destinataria, una causa sufficente a disposizione anche dei privati, che giustificerebbe lo spostamento patrimoniale dal

¹⁰³ N. Lipari, *Fiducia statica e trust*, cit., p. 483.

¹⁰⁴ U. La Porta, *op.ul.cit.*, p.43

¹⁰⁵ U. La porta, *Destinazione*, cit., p.3; Id, *Cause traslative*, cit, p.43; G. Palermo, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*,cit., p. 394; M. Lupoi, *Riflessioni comparatistiche.*, cit., p. 439; P. Masi, *Destinazione dei beni e autonomia privata* , in AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo*, cit, p.235; S. Mazzamuto, *Trust interno e negozio di destinazione*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p.439; Id, *Il trust nell'ordinamento Italiano dopo la Convenzione dell'Aja*, cit., p. 754.

disponente al *trustee* e e determinerebbe la struttura del trasferimento che non potrebbe che essere unilaterale.¹⁰⁶

In aggiunta agli argomenti sopra elencati ulteriore elemento di incompatibilità per rifiutare l'ammissibilità del *trust* veniva, infatti, ravvisato nella mancanza nel nostro ordinamento di uno strumento negoziale per il trasferimento di un diritto funzionalizzato ad uno scopo: in virtù del principio causalistico il *trust* in quanto negozio destinatorio ad effetti reali sarebbe stato privo di causa, astratto e quindi nullo. Ma tale impostazione non teneva in debito conto l'orientamento ormai consolidato secondo cui il giudizio relativo alla causa del negozio deve essere sempre dedotto in concreto, non potendo essere confusa la causa con il tipo¹⁰⁷. Pertanto l'orientamento favorevole alla atipicità delle destinazioni, affermava che la causa destinatoria, non è ricompresa nel binomio scambio- liberalità, tradizionalmente ritenute le uniche idonee a reggere l'effetto traslativo, ma si affianca ad esse¹⁰⁸. L'interesse concretamente perseguito con la destinazione ove meritevole di interessi ai sensi dell'art.1322 cc, sorregge lo spostamento patrimoniale funzionale allo scopo perseguito.

Tuttavia, è stato obiettato che se al privato è data la facoltà di porre in essere negozi atipici, non è per dato il potere di creare situazioni proprietarie differenti rispetto al modello generale al di fuori delle ipotesi tipicamente previsto. Il nostro ordinamento non conosce lo sdoppiamento del diritto di proprietà tra proprietà

¹⁰⁶ U. La Porta, *Destinazione.*, cit., p.93: secondo cui: "*diversamente dai negozi traslati tipici, rispondenti a causa di scambio o quella liberale, nel negozio a causa destinatoria in realtà non si vuole donare e dunque essenzialmente arricchire il destinatario della attribuzione, ma ci si vuole servire della sua collaborazione per l'attuazione dello scopo di destinazione*"; Id, *Destinazione*, cit , p.96 i negozi a causa unitaria cosiddetta destinatoria "sono quelli dei quali il trasferimento si giustifica non in considerazione dello scambio ma proprio e solo in ragione della destinazione del bene trasferito allo scopo indicato dal disponente"; Id, *La causa del negozio di destinazione e neutralità dell'effetto traslativo* , in AAVV, *Destinazione dei beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, cit., p. 59; Id, *Il problema della causa del contratto. La causa ed il trasferimento dei diritti*, Napoli , 2000, pag.1994, p.194.

¹⁰⁷ Tale impostazione presuppone l'accoglimento della concezione della causa quale funzione economico- individuale del contratto, la sintesi degli interessi concreti delle parti, su cui G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p.349; C. M. Bianca , *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 2000, p.452

¹⁰⁸ U. La porta, *Destinazione*, cit., p.79: " il trasferimento di un diritto è causalmente neutro, in quanto effetto di un contratto, e può concorrere all'attuazione di interessi diversi da quelli incarnati nelle operazioni di scambio"; Id, *La causa del negozio*, cit., "l'effetto traslativo ha bisogno di un completamento per essere idoneo a soddisfare un interesse privato. Il completamento è il corrispettivo quando c'è lo scambio , lo spirito di liberalità nel caso della donazione e nel caso in esame la destinazione dei beni allo scopo quando l'interesse del privato è quello di attribuire per una certa finalità"; Id, *Il problema della causa nel contratto*, cit.p.193; cfr in tal senso anche G. Palermo, *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in AAVV, *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, cit., p.249;

formale da individuare in capo al *trustee* e proprietà sostanziale del beneficiario. Non può il privato dare luogo a diritti reali atipici, a modelli proprietari conformati ad interessi non tipizzati. La destinazione attributiva determinerebbe l'acquisizione in capo all'attributario -*trustee* di una proprietà nell'interesse altrui,¹⁰⁹ avente ad oggetto i beni vincolati dalla destinazione, ma configurabile sole per le fattispecie legali. L'interesse altrui, perseguito mediatamente con un'attribuzione funzionalizzata¹¹⁰, è stato sempre reputato irrilevante, rimanendo assorbito in quello tipico: l'interesse in concreto perseguito era irrilevante a fronte della formale investitura della situazione giuridica soggettiva. Di conseguenza la destinazione atipica non avrebbe potuto avere che rilevanza meramente obbligatoria, alla stregua della fiducia romanistica¹¹¹.

Nonostante la dottrina si ormai pervenuta all'idea che il nostro ordinamento non conosca un modello unitario e univoco di proprietà, ma diverse forme di appartenenza, in virtù di differenti interessi sottesi che la fanno deviare dal modello generale¹¹², la previsione di tale scostamento sarebbe consentita solo al legislatore. Solo questi può selezionare l'interesse che giustifichi la previsione di una proprietà conformata. Il destinatario dei beni ne è il titolare, ma non ha il pieno e assoluto

¹⁰⁹ A. Saturno, *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1999, p. 7; M. Graziadei, *La proprietà nell'interesse altrui*, cit., p. 437; G. Minnitti, *La proprietà nell'interesse altrui*, in A.A.VV. *Destinazione dei Beni allo scopo*, cit., p. 275; G. Porcelli, *Successioni e trust*, Napoli, 2005, p.135.

¹¹⁰ U. La Porta, *Cause traslative, autonomia privata e opponibilità nel dibattito in materia di trust*, in AAVV, *Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p.62: " nel negozio di destinazione di beni allo scopo, l'effetto traslativo che pure si produce in conseguenza della disposizione patrimoniale, non può risolversi in un acquisto, definitivo e finale (sotto il profilo economico, un arricchimento) per il destinatario dell'attribuzione patrimoniale, ma si deve sostanziare in una investitura patrimoniale della attributario funzionale rispetto alla causa concreta del negozio di attribuzione"; Id. *Destinazione dei beni allo scopo*, cit., p. 79, per il quale è consentita " l'alterazione dei tratti tipici delle situazioni soggettive di appartenenza, ogni qualvolta l'interesse che la destinazione allo scopo mira a conseguire sia degno di tutela anche a costo delle prerogative proprietarie"; in tal senso A. Falzea, *Introduzione*, cit.,p.25; G. Minnitti, op.ul. cit.p. 284; V. Scalisi, *Ancora in ordine all'ammissibilità del trust interno*, in AAVV, *Mandato, fiducia e trust*, cit., p.188; G. Porcelli, *Successioni e trust*, cit, p. 141, per il quale non può revocarsi in dubbio che: " il trust realizzi, quale peculiare frutto dell'autonomia privata, una legittima forma di appartenenza, che non altera il contenuto minimo della proprietà - con riferimento al particolare statuto della proprietà nell'interesse altrui- ed è idonea a garantire il perseguimento della funzione sociale della stessa, inteso in senso solidaristico".

¹¹¹ F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile..*, cit., p.; G. Rojas Elgueta, *Il rapporto tra l'art. 2645 tercc e l'art. 2740 cc*, cit., p.189

¹¹² Tant'è che si ritiene più corretto parlare non di "proprietà" ma delle " proprietà", così S. Pugliatti, *La Proprietà e le proprietà*, ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 308 che sottolinea come il concetto di proprietà sia entrato in crisi e si scomponga in più schemi, anche in riferimento " al carattere della temporaneità, che si va profilando in ipotesi particolari , al posto di quel carattere di perpetuità, che si riteneva essenziale dell'istituto", pertanto, l'autore osserva che " la parola proprietà non ha oggi, se mai ha avuto, un significato univoco ei che in ogni caso l'uso di essa con le cautele e i chiarimenti necessari anche se si protrarrà ancora nel prossimo futuro non può mai mantenere l'illusione che l'unicità del termine corrisponda alla reale unità di un saldo e compatto istituto".

godimento dei beni né il potere di disporre a suo piacimento come un effettivo proprietario, avendo l'obbligo di gestirli in conformità allo scopo per il quale sono stati destinati. Proprietà conformate possono essere solo di fonte legislativa e non negoziale, in ossequio al principio di tipicità e tassatività dei diritti reali¹¹³.

Di contrario avviso sono coloro che ritengono che se le limitazioni funzionali possano essere anche di fonte negoziale, atteso che una volta che l'ordinamento dà la possibilità ai privati di tutelare interessi atipici, perchè superato positivamente il vaglio di meritevolezza, devono essere concessi tutti gli strumenti per la tutela dell'interesse, anche la creazione di una nuova forma di appartenenza, funzionale e strumentale al raggiungimento dello scopo¹¹⁴.

In particolare ciò che rileva è il programma negoziale nel suo complesso, nel quale la attribuzione fiduciaria è un momento di una più complessa operazione economica a formazione progressiva, un iter procedimentale¹¹⁵ caratterizzato da un'iniziale trasferimento strumentale del diritto ad un soggetto che è vincolato ad un'attività gestoria e dispositiva necessaria per il perseguimento dello scopo programmato, e poi da una successiva attribuzione dei beni vincolati o dei loro frutti ai soggetti che il disponente ha indicato come beneficiari.

¹¹³ M. Comporti, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 287: "l'ordinamento intende riservare a sé medesimo l'azione ordinante delle situazioni reali, attesa l'importanza sotto il profilo sociale ed economico che tali situazioni acquistano nell'utilizzazione dei beni e nell'assetto generale del settore patrimoniale"; il principio di legalità avrebbe ad oggetto sia "il principio di tipicità, relativo alla individuazione degli schemi attraverso i quali viene ordinata l'attività di utilizzazione della res, sia con l'altro principio del *numerus clausus*, comportante una limitazione dell'autonomia del privato nella scelta dei nuovi schemi reali al di fuori di quelli previsti". Né per l'autore tali principi devono essere ritenuti limitativi dell'autonomia negoziale in quanto la ratio che li giustifica sta "nell'esigenza di tutelare il soggetto più debole dinanzi al maggior potere del più forte". Di contrario avviso: A. Gambaro, *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, in *AAVV, Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di L. Cabella Pisu- C. Nanni, Padova, 1998, p. 226; Id, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 649, per cui occorre: "spostare a favore dell'autonomia privata un potere di deroga che sino ad ora è stato riservato alla legislazione speciale e da questa tanto abbondantemente sfruttato da vanificarne il significato cardinale."

¹¹⁴ U. La Porta, *Destinazione*, cit.p. 87: *la causa di destinazione risulta sufficiente alla produzione dell'effetto traslativo; ma l'attribuzione determinatasi in conseguenza di un simile negozio non è la stessa che scaturisce dal negozio di scambio o dalla donazione, in quanto non è funzionalmente giustificata dall'intento oggettivo di arricchire per arricchire o di arricchire per essere arricchito. L'attribuzione patrimoniale è, nel nostro caso, assolutamente strumentale allo scopo che il destinatario della stessa dovrà realizzare in conformità alla volontà espressa dall'esponente ed oggettivarsi nel regolamento contrattuale..... Lo scopo destinatorio diventa causa del negozio quando dal concreto regolamento di interessi posto in essere si evince bene che il trasferimento resta funzionale alla realizzazione dello scopo stesso e quindi il diritto acquisito diventa strumentale all'attuazione del fine concordemente indicato."*

¹¹⁵ G. Palermo, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, cit., p.396.

Non sarebbe stata dirimente la circostanza che un siffatto schema è stato tradizionalmente conosciuto nel nostro ordinamento attraverso la tecnica della soggettivizzazione: opinare in tal senso avrebbe significato limitare e menomare l'autonomia privata costringendola a muoversi in direzione di tipi già predisposti dal legislatore. Difatti considerata la pluralità indefinita degli interessi emergenti nel tessuto sociale ed economico risulterebbero insoddisfacenti la predisposizione da parte dell'ordinamento di pochi effetti tipici e la negazione del potere di conformare i diritti soggettivi e le forme di appartenenza strumentali alla tutela dei suddetti interessi.¹¹⁶

Una volta riconosciuta la possibilità di creare uno statuto proprietario funzionale al soddisfacimento di un interesse atipico meritevole di tutela, non può essere negato il ricorso agli strumenti di pubblicità che rendano opponibile il vincolo destinatorio a favore di terzi. Non si può ovvero negare l'efficacia reale del negozio destinatorio, una volta che si reputi rilevante l'interesse a favore del quale l'attributario è investito strumentalmente della proprietà in *trust*¹¹⁷.

¹¹⁶ G. Palermo, *op.ul.cit.*, p.399, in cui l'autore ritiene che limitare in tal modo l'autonomia sarebbe stato inaccettabile in quanto contrastante con l'indicazione degli articoli 2 e 41 della Costituzione, che concorrono a delineare l'autonomia privata come "l'espressione della personalità dell'individuo, libero perseguimento degli interessi che vi fanno capo, così come quest'ultimo li ha concepiti e vuole realizzarli". Di contrario avviso, osservando che gli articoli 2 e 41 della Costituzione si riferiscono solo indirettamente all'autonomia privata L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, bor. e tit. cr.*, 2001,p.21: " l'articolo 2 si riferisce ai diritti inviolabili originari della persona umana, preesistenti all'ordinamento positivo e da questo riconosciuti e incorporati come proprio fondamento etico materiale. A questa categoria sono riconducibili soltanto le manifestazioni concrete dell'autonomia privata che sono all'origine di alcune delle formazioni sociali tutelate dall'articolo 2, nelle quali si svolge la personalità dei singoli.Nel campo dei rapporti patrimoniali la libertà individuale di contrattare fruisce soltanto di una tutela costituzionale indiretta in quanto strumento di esercizio della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà. La garanzia di queste libertà (articoli 41 e 42 costituzione) e l'obbligo che ne deriva al legislatore di riconoscerle e di determinarne i limiti destinati ad armonizzare l'esercizio con l'utilità sociale e col rispetto della sicurezza, della libertà, della dignità umana, si riflettono sull'autonomia negoziale". Sull'impossibilità di fondare nella costituzione il potere negoziale di dar vita a proprietà funzionalizzate M. Comporti, *Autonomia privata e diritti sui beni*, cit, p.297, per il quale il dogma della tipicità dei diritti reali non è infranto dall'articolo 42 Costituzione, che: " nel riconoscere e garantire la proprietà privata, ha un contenuto diverso dalla ipotizzata ammissibilità dell'autonomia privata anche in ordine alla creazione di nuovi tipi di diritti reali, che, anzi, proprio il secondo comma dell'articolo 42, rinviando alla legge la determinazione dei modi di acquisto, di godimento e dei limiti della proprietà, sembra inserire nella materia il principio di legalità ed escludere il ruolo dell'autonomia privata"; ed in tal senso anche R. Quadri, *La destinazione patrimoniale*, cit., p.316.

¹¹⁷ U. La Porta, *Cause traslative*, cit.,p. 60:"la limitazione funzionale del diritto di proprietà in coerenza con la destinazione finale dei beni e individuazione degli opportuni strumenti di pubblicità ed opponibilità ai terzi di tale limitazione, passano, rispettivamente, attraverso il principio di autonomia contrattuale di cui all'articolo 1322 co. 2 cc ed il confronto, condotto anche sul piano dei valori costituzionali, tra le ragioni che governano la tutela del credito e dell'affidamento e quelle che proteggono, nella sostanza, la libera determinazione degli interessi privati e la libera predisposizione degli strumenti all'uopo idonei"

Diversamente opinando i terzi beneficiari, ma anche i creditori il cui titolo è fondato sulla destinazione non sarebbero tutelati e non sarebbero preferiti rispetto ai terzi aventi causa o creditori del disponente o del *trustee*.

La dottrina tradizionale, sulla scorta della tassatività dei diritti reali opinava anche nel senso della tassatività degli atti soggetti a trascrizione, per le esigenze di certezza dei traffici e per la tutela dei terzi nell'ambito delle relazioni commerciali. Quand'anche fosse stato ipotizzabile l'imposizione di un vincolo reale su un compendio di beni, traducendosi in una proprietà funzionale o strumentale in capo al *trustee*, sarebbe sorto il consequenziale problema di garantire la opponibilità *erga omnes* del *trust* e di rinvenire nell'ordinamento interno adeguati meccanismi pubblicitari, idonei a rendere i terzi edotti della vicenda destinataria e soprattutto del conseguente effetto separativo¹¹⁸. Nessuna prescrizione interna contempla la trasferibilità dell'atto istitutivo di un *trust*, pertanto i tentativi della dottrina si sono rivolti verso l'interpretazione analogica o estensiva delle previsioni già vigenti¹¹⁹.

In particolare, sono state invocate le previsioni pubblicitarie riguardanti fattispecie che presentassero delle assonanze con l'istituto del *trust*, onde beneficiare dello stesso sistema pubblicitario. Il riferimento è stato dapprima all'articolo 2647 c.c.¹²⁰ che prevede la trascrivibilità del fondo patrimoniale, in un secondo momento al combinato disposto degli articoli 2645 c.c. e 2643cc. In particolare quest'ultima soluzione ricondurrebbe, attraverso la mediazione dell'art 2645cc, che consente la trascrizione di atti che producono taluno degli effetti analoghi a quelli elencati nell'art. 2643cc, l'acquisto della titolarità del bene in capo al *trustee* all'ipotesi di cui

¹¹⁸ Sull'impossibilità di rinvenire un fondamento normativo alla pubblicità del vincolo F. Gazzoni, *Tentativo*, cit., p.15: "il sistema della trascrizione è come una scacchiera su cui possono muoversi solo i pezzi degli scacchi, con le loro tipiche mosse"; Id, *Il cammello, la cruna dell'ago e la trascrizione del trust*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 961, in cui l'autore nega che il *trust* possa essere trascritto in virtù della riserva di legge contenuta nell'art. 2672cc;

¹¹⁹ Sulla inammissibilità di tali proposte ricostruttive M. Bianca, *La fiducia attributiva*, Torino, 2001, p. 166 che reputa improponibili "interpretazioni estensive o applicazioni analogiche delle norme sulla trascrizione, avendo il principio della tassatività degli atti soggetti a trascrizione il valore di principio cardine del nostro sistema di circolazione e di pubblicità"; V. Mariconda, *Contrastanti decisioni sul trust interno*, cit., p. 74: "ogni commento è a questo punto superfluo se non quello che verrebbe voglia di provocare ulteriori pronunce dello stesso giudice conseguente al rifiuto del conservatore... di trascrivere un patto di prelazione ovvero un divieto convenzionale di alienazione o ancora una qualunque altra obbligazione ... il cui adempimento coinvolge beni immobili appartenenti al soggetto obbligato".

¹²⁰ G. Porcelli, *Successione e trust*, cit, p 151; V. Scalisi, *Ancora sull'ammissibilità*, cit. p. 189; contra F. Gazzoni, *Il cammello, la cruna dell'ago e la trascrizione del trust*, cit, p. 957, in virtù del principio di tassatività e delle differenze tra le due figure tra le quali il carattere attenuato della separazione.

al numero uno dell'articolo 2643cc riguardante proprio i contratti relativi al trasferimento della ccproprietà di beni immobili¹²¹.

Il primo tentativo, ovvero il ricorso all'applicazione analogica dell'art. 2647cc, è stato fortemente confutato sulla scorta dell'eccezionalità e quindi della tassatività del novero degli atti soggetti a trascrizione¹²², le cui norme pertanto non sono suscettibili di interpretazione analogica.

La seconda opzione ermeneutica è stata altresì bocciata sulla riflessione per cui non è riscontrabile identità di effetti tra l'acquisto a titolo di *trustee* e l'acquisto della proprietà ex art 832cc trascrivibile ai sensi dell'art 2643 cc n.1), rimanendo, pertanto, ancora inopponibili il vincolo reale discendente dall'atto istitutivo e la separazione del beni acquistati. Se dai registri immobiliari il *trustee* risulta pieno proprietario perché ha trascritto ai sensi dell'art. 2643 cc n.1), i beni saranno aggredibili dai suoi creditori personali e gli eventuali beneficiari non avranno alcun titolo nell'essere preferiti nel contrasto con terzi aventi causa del *trustee* in caso distrazione dei beni dallo scopo di cui all'atto istitutivo¹²³.

¹²¹ M. Lupoi, *Lettera ad un notaio conoscitore*, cit, p.1164, per il quale non sussisterebbe addirittura alcun problema di compatibilità, giacché: "il diritto di proprietà di questi sui beni immobili, come il suo diritto di usufrutto o di superficie o di locatario ultranovenne, e via dicendo, è identico a quelli previsti dall'articolo 2643 c.c., non analogo", di talché "l'acquisto è trascrivibile senza alcuna difficoltà"; ed ancora ponendo l'accento su ciò che caratterizza e rappresenta l'essenza del *trust*, ovvero sul totale affidamento riposto in chi viene scelto dal disponente come *trustee*, l'autore tende a ridimensionare il problema della trascrivibilità del *trust* e ritiene che: "si stempera e perde rilievo la problematica della trascrizione: essa è tranquillamente ammissibile perché il diritto reale del *trustee* sui beni immobili è un ordinario diritto reale su beni immobili; gli effetti del *trust* sono assicurati per mezzo di meccanismi diversi e ciascuno valuterà secondo le specifiche circostanze"; se opportuno il disponente in ordine alla scelta del *trustee* "ne sceglie due o tre che agiscano sempre congiuntamente; se lo ritiene opportuno, affianca loro un guardiano, con il potere di vietare atti dispositivi: si tratta di meccanismi assicurativi che appaiono più che sufficienti per evitare ogni abuso". In posizione totalmente critica F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile*, cit., p.17: "Per quanto riguarda l'articolo 2643 n. 1.c.c., poi, è evidente che la proprietà del *trustee* nulla a che vedere con quella che acquista un acquirente nella compravendita o un donatario nella donazione o anche il fiduciario, atteso che, com'è ben noto, i limiti derivanti dal *pactum fiduciae* non hanno rilevanza esterna e, risolvendosi in obblighi, legittimano, in caso di inadempimento, il solo risarcimento del danno".

¹²² F. Gazzoni, *Il cammello, la cruna dell'ago e la trascrizione del trust*, cit, p. 957 per il quale: "è categoricamente esclusa ogni analogia, a tutela del principio di certezza nella circolazione dei diritti(art. 2672cc)"; Id, *Il cammello, il leone, il fanciullo*, cit, 118; M. Bianca, *La fiducia attribuitiva*, cit., p.116.

¹²³ P. Schlesinger, *Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano*, AAVV, in *Trust in Italia oggi*, cit., p. 184: se la trascrizione dà solo atto di trasferimento del diritto di proprietà pieno in favore del *trustee*, ma senza essere idoneo a conferire rilevanza al vincolo che dovrebbe costituirsi in capo a quest'ultimo, vincolo che consiste nella separazione del bene dal resto del patrimonio dell'intestatario, la trascrizione risulta sostanzialmente misleading, inidonea a realizzare gli scopi perseguiti; F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso*, cit, p.1253; F. Gazzoni, *Il cammello, il leone, il fanciullo*, cit., p.1113.

In assenza di una norma *ad hoc*, non era ammessa dalla dottrina prevalente il ricorso allo strumento pubblicitario della trascrizione¹²⁴ per rendere opponibile il vincolo reale di destinazione gravante sul *trust*.

Nel tentativo di trovare una soluzione che non frustrasse la l'efficacia reale del vincolo, stante la mancanza di una specifica disposizione legislativa, una prima soluzione suggeriva la doppia trascrizione, una a favore del *trustee* e contro il disponente, la seconda contro il *trustee* a favore dei beneficiari. Pur partendo dal principio di tipicità del degli atti soggetti a trascrizione, la ricostruzione in esame osservava come in tale fattispecie la trascrizione del *trust* abbia la stessa funzione della trascrizione dell'atto di pignoramento, ovvero quella di comporre la concorrenza di diversi interessi su un compendio di beni.

All'atto della istituzione di un *trust* gli interessi coinvolti e che devono essere composti sono: quelli dei creditori del disponente, che vedono diminuita la propria garanzia patrimoniale; quelli dei creditori della destinazione; quelli dei creditori del *trustee*, che non possono soddisfarsi sul patrimonio separato; gli interessi dei beneficiari, che hanno diritto a ricevere e a godere delle utilità prodotte dalla gestione del *trust fund*, e degli eventuali terzi che abbiano acquistato diritti su tali beni. Pertanto il fondamento legale della trascrizione del *trust* potrebbe

¹²⁴ P. Schlesinger , *Una novella per il trust*, cit., p. 337; C. M. Bianca, *Diritto civile VI. La proprietà*, Milano, 1999, cit., p. 203; F. Gazzoni, *Il cammello , il leone , il leone , il fanciullo*, cit., p.115 -1118 in cui l'autore confuta anche i tentativi di chi aveva sottolineato come sia sancita la trascrivibilità non solo di atti ad efficacia reale , ma anche ad efficacia obbligatoria, come nel caso della trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare e del contratto preliminare, cfr in tal senso A. Palazzo, *Istituti alternativi al testamento*, Napoli, 2003, p. 88, evidenziando che è sempre una norma di legge che ha previsto un meccanismo di pubblicità, a conferma della tesi che è solo opera del legislatore la tipizzazione degli atti trascrivibili.

Inoltre l'autore censura anche la prassi di certe conservatorie e di alcuni Tribunali di addivenire alla trascrizione ex art. 2643 n. 1 cc indicando nel quadro D della nota di trascrizione la qualità di *trustee* dell'acquirente insieme ai suoi poteri e e obblighi. E' stato osservato che tale indicazione non può avere l'effetto di pubblicità dichiarativa alla stregua della trascrizione, atteso il suo carattere "ancillare" rispetto ai primi tre quadri della nota. Pertanto, l' indicazione nel quadro D delle limitazioni del potere del *trustee*, dello scopo da perseguire con l'acquisto dei beni, fornisce solo una pubblicità notizia, ma non rende opponibile né il vincolo di destinazione né l'effetto separativo ai terzi, cfr U. La Porta, *Cause traslative*, cit., p. 51, il quale precisa che l'indicazione nel quadro D: " certamente dà notizia dell'esistenza del vincolo, ma non impedisce che l'eventuale atto di disposizione, compiuto dal trustee in violazione del vincolo di destinazione, resti opponibile al disponente ed ai beneficiari con concreto pregiudizio delle loro ragioni, ovvero che l'eventuale azione promossa in danno dei terzi o verso i creditori possa toccare anche i beni oggetto della disposizione destinataria"; F. Gazzoni, *Il cammello, il leone e il fanciullo*, cit, p.118 che precisa " che la nota di trascrizione si identifica con i primi tre quadri, mentre il quadro D, per così dire, al servizio degli altri, nel senso che può contenere precisazioni, ma non dà segnalazione del tutto difforme e tali addirittura da contraddire quanto la nota stessa intende segnalare".

rinvenirsi nel combinato disposto degli artt. 2913 e 2915 cc, in virtù di un'interpretazione non analogica ma estensiva¹²⁵.

Diversamente, superando il dogma della tassatività delle ipotesi legali che prescrivono la trascrizione di determinati atti, la possibilità di trascrivere il negozio di destinazione al fine di rendere opponibile ai terzi l'effetto separativo avrebbe trovato la sua giustificazione nella applicazione, o analogica o estensiva delle norme sulla trascrizione atteso che la pubblicità dichiarativa è uno strumento di carattere generale per risolvere i conflitti che originano dalla circolazione dei beni a prescindere dalla fonte negoziale¹²⁶.

Costituendo la fattispecie destinataria un iter procedimentale, il negozio istitutivo, il primo atto della sequenza, costituisce un idoneo indice di circolazione dei beni. Della sua trascrizione il beneficiario potrebbe avvalersi opponendolo ad eventuali terzi in conflitto, dopo aver reso, ormai, efficace *erga omnes* l'acquisto programmato in suo favore.

Fino al completamento dell'iter procedimentale la posizione del beneficiario sarebbe assimilabile a quella del promissario acquirente¹²⁷ e l'attribuzione strumentale o finalizzato in suo favore sarebbe trascrivibile così come è trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 bis cc il contratto preliminare.

¹²⁵ U. La Porta, *Cause traslative, autonomia privata*, cit. p. 51; contra V. Mariconda, op.ul.cit.p. 74.

¹²⁶ G. Palermo, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in Riv. Dir. Comm., 2001, p. 416 per il quale: "Che le norme, dettate dal nostro codice civile in materia di trascrizione, siano norme "eccezionali, insuscettibili di interpretazione non solo analogica, ma addirittura estensiva, che il sistema della trascrizione" sia come una scacchiera su cui possono muoversi solo i pezzi degli scacchi, con le loro tipiche mosse", e che l'elencazione, contenuta nell'art. 2643 cc e nello stesso art. 2651 cc, debba pertanto intendersi, con buona pace dei Conservatori dei Registri immobiliari, come rigorosamente tassativa, non potendosi trascrivere atti con effetti diversi da quelli nominativamente previsti –ogni similare assunto– non è nel sistema del diritto positivo, costituendo il frutto di una rilevazione del dato normativo meramente testuale e carente di organici sviluppi, al di là del quale ben scarso impulso, sia pure problematico, è stato impresso al tema dalla dottrina, chiamata ad elaborarlo"; Id, *Sulla riconducibilità del trust interno alle categorie civilistiche*, cit, p. 151

¹²⁷ G. Palermo, *Contributo*, cit., p. 150, per il quale il beneficiario è titolare di una posizione "avente specifico carattere di realtà, configurando essa diritto soggettivo in senso proprio all'acquisto del bene o del complesso di beni di cui l'autore del negozio ha disposto" e che sarebbe tutelabile "con lo strumento previsto dall'art. 2932 c.c. sia nei confronti del disponente che intenda esercitare un qualsivoglia *ius poenitendi* non espressamente riservato dal titolo o non più esercitabile, sia nei confronti dell'istituito, il cui comportamento risulti ingiustificatamente omissivo o deviante rispetto al vincolo destinatorio, impresso al bene o al complesso dei beni.". Contra F. Gazzoni, *Il Cammello, il leone*, cit.p. 118, il quale sottolinea che tale tesi fonda la trascrizione del trust mediante il richiamo alla ipotesi tipica della trascrizione del preliminare "da cui si evincerebbe, per verità rivelata, che qualsivoglia negozio configurativo di un vincolo sarebbe trascrivibile, senza peraltro, dover soggiacere ai limiti temporali dalla stessa legge previsti. Aggrapparsi disperatamente alla tipicità (perfino distorcendola) per giustificare l'atipicità è un errore metodologico".

In via generale dunque, la meritevolezza dell'interesse perseguito con il negozio destinatorio, avrebbe giustificato una nuova forma di appartenenza in capo all'attributario - *trustee*, funzionale o strumentale alla realizzazione del programma enucleato nell'atto istitutivo, il quale sarebbe stato allo stesso tempo titolo configurativo e attributivo del particolare statuto del bene, con efficacia *erga omnes* dello stesso una volta trascritto.

Ma se la certezza dei traffici e la sicurezza degli acquisti di diritti di particolare rilievo economico non si riteneva fossero d'ostacolo alla configurabilità di un negozio destinato con l'effetto di creare un patrimonio separato finalizzato ad uno scopo, un altro dogma doveva essere superato: quello della tipicità delle deroghe alla responsabilità patrimoniale generica di cui all'art. 2740 II co.cc

8. COMPATIBILITA' DEL TRUST CON IL PRINCIPIO DELLA RESPONSABILITA' PATRIMONIALE

L'effetto separativo che discende dal vincolo in *trust* dei beni pone l'ulteriore problema del superamento del *numerus clausus* dei patrimoni separati, il quali costituiscono una deroga al principio della responsabilità patrimoniale generale di cui all'art. 2740 ed a quello della *par condicio creditorum* di cui all'art. 2741 cc.

Sul patrimonio separato possono soddisfarsi solo i creditori il cui titolo è sorto in virtù della realizzazione del vincolo di destinazione. Pertanto su di esso non potranno più soddisfarsi i creditori generali del disponente, né i creditori personali del *trustee* attributario, estranei alla destinazione.

Ai sensi dell'art. 2740 II co. solo il legislatore può sacrificare l'interesse dei creditori all'unicità ed integrità del patrimonio. Ove tale risultato fosse perseguito dall'autonomia privata si contrasterebbe con una norma di ordine pubblico, posta a presidio della tutela del credito e delle relazioni commerciali.

Le ragioni del divieto sono da individuare nel ruolo affidato alla responsabilità patrimoniale dal legislatore del '42. Superate le teorie comportamentali e patrimoniali che attribuivano rilievo alla responsabilità patrimoniale all'interno del rapporto obbligatorio¹²⁸, la stessa fu invece ritenuta dai codificatori esterna al rapporto obbligatorio¹²⁹, rilevante sul piano processuale perché consistente nella soggezione del debitore all'esecuzione forzata.

¹²⁸ L. Barbiera *Responsabilità patrimoniale*, in *Il codice civile. Commentario dir.* da P. Schlesinger, Milano, 1991, p.22 secondo il quale "la forza suggestiva della querelle *Schuld- Haftung* è ormai di molto affievolita anche nella stessa dottrina germanica nella quale era sorta, man mano che la stessa ha individuato i presupposti storici sui quali la querelle si fondava (ad esempio la necessità di una specifica concessione da parte del debitore al creditore del potere di aggredire sui beni) e che attualmente sono scomparsi".

¹²⁹ R. Nicolò, *Delle responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja- Branca, Bologna, 1958, p.3: "il criterio sistematico seguito dal nuovo legislatore dimostra che la concezione prevalsa è appunto quella della scissione fra l'obbligo e la responsabilità, ma non nel senso che si tratti di due elementi della medesima entità, bensì nell'altro prevalso nella nostra più moderna dottrina, che la responsabilità del debitore ed il correlativo potere del creditore di agire sui beni del primo per la realizzazione del suo diritto configurano una situazione giuridica autonoma, eppure strumentale rispetto al rapporto obbligatorio. Infatti il codice, dopo aver disegnato la disciplina dell'obbligazione nel libro IV, regola la responsabilità patrimoniale nel libro fra le situazioni giuridiche strumentali che stanno a cavallo tra il diritto sostanziale e di diritto processuale. La responsabilità patrimoniale è in altri termini configurata come un mezzo di tutela del diritto del creditore ossia come uno strumento per la realizzazione coattiva di tale diritto. Perciò non è un elemento intrinseco del rapporto obbligatorio ma un momento estrinseco. Ancora più semplicemente la responsabilità del debitore è considerata dal punto di vista funzionale come una delle sanzioni dell'inadempimento dell'obbligo"; V. Roppo, voce: *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. Dir.* CXXIX, Varese, 1988, p. 1042

Essa è stata intesa, quindi, allo stesso tempo quale mezzo di tutela del creditore, strumento per la realizzazione coattiva del credito e sanzione per l'inadempimento¹³⁰.

Il secondo comma dell'articolo, che riserva alla legge la previsione delle eccezioni al principio, fu dettato proprio per rafforzare quella che avrebbe dovuto essere la regola basilare¹³¹ dell'ordinamento, il principio cardine del sistema previsto per garantire l'attuazione del rapporto obbligatorio¹³², estrinsecazione altresì del principio di unicità ed unità del patrimonio. Quest'ultimo principio affondava le sue radici in una considerazione del patrimonio quale proiezione, sotto il profilo giuridico, della stessa persona umana, per cui ad un unico soggetto, secondo la tradizione civilistica più diffusa nel secolo scorso, non può che corrispondere uno e un solo patrimonio. Tuttavia tale visione è stata decisamente superata, almeno nei suoi presupposti filosofici, in quanto, anche dal punto di vista giuridico, la rilevanza della persona umana nell'ordinamento non può certamente ritenersi esaurita nei suoi aspetti patrimoniali.

L'articolo 2740cc individua l'oggetto della responsabilità patrimoniale e quindi dell'esecuzione, ed è presupposto delle cause legittime di prelazione e delle azioni surrogatoria, revocatoria e del sequestro conservativo, ovvero degli strumenti che i creditori hanno per tutelare le proprie ragioni¹³³.

Negli ultimi anni tuttavia si è assistito ad un proliferare di eccezioni alle regole di cui agli articoli 2740cc e 2741cc. Il moltiplicarsi dei patrimoni separati di fronte

¹³⁰ R. Nicolò, *Delle responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p.1: "con una formulazione più semplice e scientificamente più corretta l'articolo in esame primo comma riafferma il principio della responsabilità patrimoniale del debitore, sostanzialmente contenuto nell'articolo 1948 del codice del 1865. Letteralmente quest'ultima disposizione poteva a prima vista far ritenere che i beni presenti e futuri del debitore non tanto rappresentassero l'oggetto della responsabilità quanto fossero mezzo di adempimento dell'obbligo. Ma la imprecisione della formula non aveva impedito alla dottrina di costruire il concetto di responsabilità del debitore come elemento autonomo rispetto al dovere di prestazione e di configurare la responsabilità come uno stato di soggezione del debitore di fronte all'azione esecutiva del creditore, il cui oggetto potenziale è dato appunto da tutti i beni del debitore".

¹³¹ F. Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in F.Vassalli, *Studi giuridici*, III, Milano, 1960, p. 626

¹³² V. Roppo, voce: *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 1043, secondo il quale "nelle concezioni elaborate dalla migliore dottrina la funzione della responsabilità patrimoniale ed il nesso che la lega all'obbligazione si percepiscono con chiarezza solo connettendola con il fenomeno dell'inadempimento e con le sue conseguenze: stabilendo, in altre parole, un ideale collegamento tra l'articolo 2740 e l'articolo 1218 c.c."; ed ancora l'autore precisa che la ratio della norma "è, con tutta evidenza, la tutela del credito."; R. Nicolò, *Delle responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p.11.

¹³³ R. Nicolò, *Delle responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p.4;

legislativa ha messo in crisi la vigenza è la cogenza del principio di universalità della responsabilità e del principio del concorso dei creditori. La tendenza che si ravvisa è quella per cui si tende a passare da un sistema caratterizzato dalla generalità della responsabilità e della par condicio creditorum ad un sistema caratterizzato dalla specializzazione della responsabilità¹³⁴. Risultato che, da un lato si è ottenuto, in ossequio alla XII direttiva europea con la previsione delle società di capitali unipersonali, dall'altro con la previsione di numerose fattispecie legali di separazione patrimoniale, in virtù delle quali una massa patrimoniale è destinata ad uno scopo particolare e di conseguenza è posta a garanzia soltanto di alcuni creditori, creando diverse classi di creditori¹³⁵.

Da tale tecnica due vantaggi si riscontrano, sia dal lato passivo e dal lato attivo del rapporto obbligatorio: il debitore limita il rischio al valore dei beni destinati ad uno scopo; il creditore vede localizzati i beni sui quali potrà soddisfarsi senza subire il concorso dei creditori personali del debitore¹³⁶. Con particolare riferimento all'attività di impresa poi, la specializzazione della responsabilità, consente di

¹³⁴ F. Di Sabato, *Sui patrimoni destinati*, in AA.VV., *Profili patrimoniali e finanziari della riforma*- Atti del convegno di Cassino 9 ottobre 2003, a cura di C. Montagnani, Milano, 2004, p. 52: "è indubbio che il percorso è ormai segnato verso il superamento della antinomia principio generale tassatività delle eccezioni... Ci si avvia verso l'opposto principio della specialità della responsabilità; A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 75; L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 34; A. Zoppini, *Autonomia*, cit., p. 545; P. Manes, *Trust e art. 2740 cc: un problema finalmente risolto*, in *Cont. impr.*, 2002, p. 580; P. Iamiceli, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit. p.13.

¹³⁵ M. Bianca, *Vincoli*, cit., p.181, per cui "la fattispecie del patrimonio separato individua un complesso di beni che formano un nucleo a sé stante nel patrimonio del debitore che, in forza di uno specifico vincolo di destinazione, è sottratto alla funzione di garanzia svolta dal restante patrimonio generale, essendo riservato al soddisfacimento di dati creditori"; cfr. P. Spada, *Diritto commerciale*, II, Elementi, Padova, 2006, p.7, per il quale con la tecnica della destinazione ad uno scopo "chi destina si propone di vincolare l'appartenenza propria ad uno scopo abdicando ad un'appartenenza libera, rimpiazzandola con un'appartenenza funzionale" Id, *Persona giuridica e articolazione del patrimonio*, cit., p. 847; P. Masi, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, 1985, p.38.

¹³⁶ P. Spada, *Diritto commerciale*, II, cit., p. 11: il quale osserva che in mancanza di uno strumento di articolazione del patrimonio dell'impresa, "l'indifferenza della destinazione imprenditoriale per i creditori è una scelta che penalizza allo stesso tempo l'interesse dell'imprenditore e dei creditori dell'imprenditore: penalizza l'interesse del primo perché questo, sviluppando un'iniziativa professionale, è costretto ad accettare il rischio di perdere tutto; penalizza gli interessi dei suoi creditori (dei creditori per una causale imprenditoriale) perché espone al concorso dei "creditori personali". Ed entrambi i rilievi che precedono convincono che la scelta è di dubbia efficienza in quanto accresce il costo dell'indebitamento, caricandolo degli oneri di un difficile monitoraggio della situazione patrimoniale del debitore e favorendo un ricorso "normale" a tecniche di prelazione (come l'ipoteca), ovviamente costose, almeno da parte dei creditori forti (come possono ritenersi le banche). In breve contrasta la provvista del capitale finanziario delle iniziative imprenditoriali"; Id, *Persona giuridica e articolazione del patrimonio*, cit., p.844; P. Iamiceli, *Unità e separazione*, cit., p. 77 per cui la separazione patrimoniale "risolve un problema di efficienza, perché mediante il riconoscimento di certi diritti a favore di certi soggetti, si può agevolare la produzione di nuova ricchezza con effetti o secondo modalità che non troverebbero spazio se altra fosse la dotazione iniziale"

realizzare diversi effetti di efficienza per il sistema, tra i quali la possibilità per l'imprenditore di diversificare e articolare la propria attività dedicando a ciascun settore un compendio di beni, limitando a questi il rischio di impresa per la particolare attività e allo stesso tempo riducendo i costi di monitoraggio del credito collegato allo scopo¹³⁷.

L'esigenza di trovare soluzioni che assicurino l'effettiva realizzazione dei diritti dei creditori e la non paralisi del processo produttivo immobilizzando i beni del debitore ha costituito la ratio informatrice per molteplici deroghe ai articoli 2740cc e 2741cc¹³⁸ da parte del legislatore degli ultimi anni.¹³⁹

Accanto a fattispecie codicistiche di vecchia generazione quali il fondo patrimoniale e i fondi di previdenza ed assistenza ex art. 2117 cc, si è registrato negli ultimi anni il moltiplicarsi di articolazioni patrimoniali per finalità produttive¹⁴⁰, strumentali a destinazioni dinamiche, in particolare nel settore finanziario e commerciale.

Rompendo poi un *trend* normativo che positivizzava nella legislazione speciale le varie ipotesi di separazione patrimoniale, il legislatore ha invertito la rotta ed ha introdotto, in occasione della riforma societaria, gli artt. 2447 bis ss cc¹⁴¹, istituendo i patrimoni dedicati ad un specifico affare.

¹³⁷ A. Zoppini, *op.ul.cit.* p. 545.

¹³⁸ G. Tucci, *Trusts, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts*, 2003, p. 25, il quale evidenzia la sopravvalutazione nell'esperienza giuridica dei principi enunciati dagli artt. 2740 cc e 2741cc.

¹³⁹ Sottolinea l'inadeguatezza dell'attuale sistema delle garanzie a soddisfare le istanze della moderna economia G. Tucci, *Riforma dei privilegi e finanziamenti dell'impresa*, in AA.VV., *Legislazione economica*, a cura di Vassalli Francesco Visentini, Milano, 1981, p. 191; Id, voce: *Garanzia*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, vol VIII, Torino, 1992, p. 591. La domanda impellente di garanzia che ha moltiplicato le eccezioni agli artt. 2740 e 2741 cc è evidenziata da L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p.10; cfr anche P. Manes, *Trust e art. 2740 cc*, cit., secondo la quale: le ipotesi di limitazione di responsabilità, crescenti nell'ordinamento nazionale ed internazionale, "rispondono ad un'esigenza economica di profitto e di efficienza realizzabile mediante la destinazione di masse patrimoniali alla soddisfazione di determinate serie di creditori, le cui ragioni di credito derivano dall'attuazione dello scopo impresso ai beni"

¹⁴⁰ R. Quadri, *La destinazione patrimoniale*, cit.p. 73, secondo cui il meccanismo del patrimonio separato "permette nel complesso di incentivare determinate forme di investimento dal momento che queste ultime risultano tutelate attraverso l'imposizione di uno specifico vincolo di destinazione su determinati beni: quelli costituenti appunto il patrimonio separato"; nello stesso senso M. Bianca, *Vincoli*, cit., p. 242 secondo la quale "il fondamento del moltiplicarsi delle ipotesi di limitazione della responsabilità risponde ad un principio di natura economica che trova nell'isolamento di masse patrimoniali destinate a determinati scopi e costituenti, solo in relazione alle obbligazioni sorte per la realizzazione di questi scopi, garanzia dei relativi creditori, lo strumento di realizzazione del profitto e dell'efficienza"; P. Iamiceli, *Unità e separazione*, cit., p. 77

¹⁴¹ Sul rapporto tra società uni personali a responsabilità limitata e patrimoni destinati cfr. P.Spada, *Diritto Commerciale II*, p. 193: "l'una e l'altra modalità assicurano potenzialmente l'autonomia patrimoniale perfetta...: eppure nell'un caso si profilano società persone giuridiche, nell'altro la persona giuridica è una sola,

Da ultimo con l'art. 39 -novies d.l.30 dicembre 2005 n. 273 viene introdotto l'art. 2645 ter cc che riconosce all'autonomia privata in via generale il potere di dare vita a patrimoni separati ad efficacia reale per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela.

In tale contesto normativo, il rapporto regola - eccezione, riscontrabile rispettivamente nel primo e secondo comma dell'articolo 2740cc risulterebbe invertito, così come risulterebbe superato l'antico dogma dell'unità del patrimonio che trovava una sua manifestazione nell'articolo 2740cc. A tale regola subentrerebbe l'opposto principio della frazionabilità del patrimonio in più compendi, per cui un unico soggetto può essere titolare di una pluralità di patrimoni distinti, ognuno caratterizzato per la sua particolare destinazione economica.

Il proliferare di patrimoni separati ha indotto parte della dottrina ad ipotizzare l'introduzione di nuove fattispecie anche ad opera dell'autonomia privata, stante la perdita della natura di principio di ordine pubblico riconosciuto alla responsabilità patrimoniale generica.

Alla luce degli interventi normativi, la regola odierna sarebbe quella della specializzazione della responsabilità patrimoniale, con il conseguente tramonto del principio di unità ed indivisibilità del patrimonio¹⁴² e l'affermarsi del principio di separabilità del patrimonio in base alla precipua destinazione economico- giuridica di ogni compendio.

L'art. 2740 avrebbe perso la connotazione di principio cardine del sistema voluto dal legislatore del '42, atteso che la tutela del credito si realizzerebbe attraverso diversi strumenti di articolazione del patrimonio e attraverso le azioni revocatorie nel caso di utilizzo fraudolento degli stessi¹⁴³. Nessun ostacolo sussisterebbe alla

ma il suo patrimonio è articolato. Nell'un caso come nell'altro, i creditori sono corrispondentemente, distribuiti in sé e non concorrenti".

¹⁴² M Bianca, *Vincoli*, cit., p.152.

¹⁴³ A. Gambaro, *Segregazione e unità del patrimonio*, cit., p. 155; P. Manes, *Trust e art. 2740c.c.*, cit., p. 583; G. Rojas Elgueta, *Il rapporto tra l'art. 2645 ter e l'art. 2740cc: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *BBTC*, 2007, p. 182, per il quale "la relazione tra il fenomeno della separazione patrimoniale e la classe dei creditori trova un agevole composizione attraverso l'istituto dell'azione revocatoria senza dovere imboccare la sanzione della nullità. Infatti il giudizio sull'ammissibilità della separazione patrimoniale è stato pensato come giudizio sul tipo rimesso l'esclusiva valutazione del legislatore, giudizio quindi collocato a monte della tutela del credito. Quest'ultima invece si articola a valle e si concreta in una serie di strumenti predisposti contro gli atti fraudolenti del debitore a prescindere da ogni valutazione sulla meritevolezza dell'atto di disposizione".

costituzione di patrimoni separati alla luce della svalutazione della regola della responsabilità illimitata da parte dei privati.¹⁴⁴

Di talchè il *trust*, quale negozio di destinazione atipico non contrasterebbe con il divieto *de quo*, qualora l'interesse perseguito risulti meritevole di tutela e nel bilanciamento con l'interesse dei creditori prevalga su questo. La separazione patrimoniale sarebbe un effetto consequenziale ulteriore della destinazione, ma necessario per la rilevanza reale della fattispecie¹⁴⁵. L'art. 2740 II co. cc vieterebbe dunque solo gli atti che hanno come unica giustificazione causale la limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore. Ove lo scopo in concreto del disponente non sia questo, ma risulti volto al soddisfacimento di un interesse meritevole e lecito, la separazione è un effetto necessario per evitare che la destinazione sfoci in un rapporto ad efficacia meramente obbligatoria riconducibile alla fiducia romanistica o all'area del mandato¹⁴⁶.

L'ordinamento non potrebbe altrimenti ostacolare, condizionare e limitare la produzione dell'effetto separativo atteso che esso è comunque espressione dell'autonomia privata al pari degli altri effetti perseguibili con il negozio giuridico¹⁴⁷.

¹⁴⁴ A. Gambaro., voce: *Trust*, cit., p. 467: per il quale non sussisterebbe più un divieto per l'autonomia privata di istituire patrimoni separati: “sicuramente non pare che siano invocabili norme come l'articolo 2740 c.c. per sostenere l'esistenza di un principio generale in base al quale si fa divieto all'autonomia privata di conseguire la creazione di patrimoni separati. In primo luogo perché la portata effettiva della norma citata dipende dal contesto normativo e non prevale su di esso; in secondo luogo perché dopo l'introduzione nel sistema delle Sim ed eurosim, dei fondi pensione, della società unipersonale, invocare la lettura tradizionale dell'articolo 2740 c.c. come fonte di un principio di ordine pubblico appare persino un poco ridicolo. Tra l'atto di autonomia privata che serve a dar vita a una società unipersonale e l'atto di autonomia privata che serve a trasferire irrevocabilmente un insieme di beni ad un trustee, l'articolo 2740 non serve ad istituire alcuna sensata differenza”; cfr in tal senso A. Palazzo, *Istituti alternativi al testamento*, cit., p. 84: “sembrerebbe che le ragioni dei creditori ricevano effettiva protezione più dal sistema revocatorio che non dal divieto di costituire patrimoni separati in virtù della sola autonomia privata”.

¹⁴⁵ U. La Porta, *Destinazione*, cit., p. 7: “E' al fatto destinatorio ed alla natura degli interessi che si perseguono con la determinazione del vincolo reale sui beni che si deve guardare per giudicare della liceità e della meritevolezza di tutela di ogni fattispecie. La eventuale compressione della garanzia patrimoniale dei creditori dovrà costituire solo uno degli elementi di valutazione ai fini della formulazione del giudizio di meritevolezza, da elaborare essenzialmente con riferimento alla natura dello scopo che si intende conseguire”.

¹⁴⁶ U. La porta, *Causa del negozio di destinazione*, cit., p. 267; Id, *Cause traslative*, cit. p. 47: “La limitazione di responsabilità, che si determina in testa all' attributario dei beni destinati allo scopo, quale mera conseguenza della destinazione (necessaria, affinché la stessa assuma rilevanza “reale”, ma non certo coessenziale alla individuazione del profilo causale del negozio), costituisce il costo giuridico economico del fenomeno destinatorio, del quale tener conto, in concreto, all'atto della formulazione del giudizio di meritevolezza: ma non di più!”

¹⁴⁷ In tale senso esplicitamente G. Palermo, *Contributo allo studio del trust*, cit., p. 398; critica nei confronti di tale impostazione quella parte della dottrina che evidenzia come tale impostazione abbia comportato una preferenza per l'elemento della destinazione ed una svalutazione della

Gli strumenti a tutela dei creditori che vedono diminuita o pregiudicata la loro garanzia generica e di conseguenza la possibilità di vedere soddisfatto in via coattiva il loro credito sono quelli contemplati dagli artt 2900 ss cc e non il ricorso alla nullità per violazione di un norma imperativa¹⁴⁸.

La tutela del credito non passerebbe più per le maglie dell'art 2740 II co. cc e gli strumenti di cui agli artt 2900 cc ss sarebbero, tra l'altro, esperibili solo dai creditori del disponente -*settlor* e non anche dai creditori personali del *trustee*, coloro il cui titolo non è correlato alla destinazione. Solo i primi sarebbero eventualmente lesi dall'atto dispositivo, non i secondi, i quali non vedrebbero alcuna modificazione quantitativa nel patrimonio generale del proprio debitore, atteso che l'attribuzione in capo al *trustee* è meramente funzionale o strumentale ad uno scopo ulteriore, e non certo finalizzata ad arricchire la propria sfera patrimoniale¹⁴⁹.

Altra impostazione dottrinale per superare il problema della compatibilità con l'art. 2740 cc ha inteso una lettura della separazione patrimoniale nel senso di qualificarla come non come una limitazione della responsabilità, ma come limitazione del patrimonio, cosicché il patrimonio separato non porrebbe un problema di aggiramento del divieto di cui all'art. 2740 II co cc, in quanto la destinazione, alla stregua di ciò che accade rispetto alla alienazione di un bene, della

separazione, qualificandolo come mero effetto negoziale, in particolare. M. Bianca, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. Dir. civ.*, 2007, p. 200;

¹⁴⁸ G. Palermo, *Sulla riconducibilità*, cit. p. 143: "la sanzione della nullità può colpire il negozio, nel quale sia causalmente dedotta una limitazione della responsabilità del debitore in deroga a quanto stabilito in modo tassativo, dall'articolo 2740 secondo comma cc; non già atti dispositivi che, volti al perseguimento di interessi ragionevoli ed in quanto tali meritevoli, precludano ai creditori del disponente la possibilità di un immediato soddisfacimento dei beni che ne costituiscono oggetto A fronte di tali atti ben si pone l'azione revocatoria, prevista dagli articoli 2901 ss, cc nonché dall'articolo 67 l.f., quale idoneo è sufficiente strumento di salvaguardia e tutela dei creditori stessi"; Id., *Ammissibilità e disciplina*, cit., p. 250; U. La Porta, *Cause traslative*, cit., p. 44.

¹⁴⁹ G. Palermo, *Ammissibilità e disciplina.*, cit., p. 252., secondo il quale "di limitazione di responsabilità può correttamente parlarsi solo con riguardo ai beni, che del patrimonio del debitore fanno parte, non già con riguardo a beni, dei quali il soggetto debitore abbia una disponibilità solo a fini strumentali"; in tal senso anche U. La Porta, *Cause traslative*, cit., p. 48; P. Manes, *op. ul. cit.*, p. 578; M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 576, per il quale i beni in *trust* non possono essere considerati beni futuri, perché non entrano nel patrimonio del *trustee*, restandone appunto separati. Di contrario avviso R. Quadri, *Destinazione patrimoniale.*, cit., p. 338, per il quale invero è anche rispetto ai creditori dell'attributario che deve riscontrarsi la violazione dell'art. 2740 cc, atteso che è nella sfera di questi che si realizza un'articolazione del patrimonio in masse separate: "l'attenzione è da focalizzarsi su colui che acquista il bene con il vincolo di destinazione: è infatti in relazione a questi che si viene a realizzare quell'articolazione del patrimonio, la quale rende insensibile la massa destinata alle vicende personali del titolare gestore del patrimonio. Ed è appunto in relazione ai creditori personali di quest'ultimo che risulta da valutarsi la violazione dell'articolo 2740, comma secondo, c.c.: essi devono poter far certo affidamento su tutti i beni rientranti nel patrimonio del proprio debitore, senza il rischio di vedersi opposti dei vincoli di destinazione, se non in quelle ipotesi positivamente valutate a monte, da parte del legislatore.... A voler diversamente opinare, risulterebbe frustrata proprio quella ratio di tutela del credito che è posta alla base dell'articolo 2740 comma secondo c.c."

quale tra l'altro costituirebbe un *minus*, inciderebbe solo sul patrimonio e non sulla responsabilità, di talchè il rimedio offerto dall'ordinamento al creditore che vede diminuito il patrimonio del debitore per effetto della separazione patrimoniale sarebbe l'azione revocatoria¹⁵⁰ e non la sanzione della nullità.

Tale ultima tesi, tuttavia, resta confutata dalla considerazione, già formulata *supra*, che in effetti la caratteristica del patrimonio separato sta proprio nel costituire una garanzia speciale riservata solo ad una particolare categoria di creditori, qualificati dal collegamento col vincolo di destinazione. Ipotesi di specializzazione della responsabilità, se pure nella realtà odierna tendono a costituire la regola e non più l'eccezione nell'ambito della tutela del credito, possono essere previsti solo dalla legge. Il proliferare di ipotesi normative starebbe proprio a confermare l'assunto opposto a quello delle tesi innanzi esposte, ovvero che la regola della riserva di legge di cui all'art. 2740 II co. è ancora vigente ed inderogabile dai privati, atteso che è il legislatore che deve operare quella preliminare ponderazione a monte tra l'interesse sotteso alla destinazione e la tutela generale del credito e delle posizioni dei terzi.¹⁵¹

¹⁵⁰ A. Falzea, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in AAVV, *Destinazione dei beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, cit., p.15 per il quale: “ Occorre tenere rigorosamente distinti gli atti che incidono sulla responsabilità, causandone un ampliamento o una limitazione, dagli atti che incidono direttamente sul patrimonio e che perciò solo indirettamente incidono sulla responsabilità. Solo alla prima ipotesi si applica l'articolo 2740 CC, con la conseguenza della nullità per illiceità degli atti che comportano direttamente una limitazione della responsabilità del soggetto. Per gli atti che incidono direttamente sul patrimonio trova invece applicazione soltanto l'azione revocatoria ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni.... Dalla precedente serie argomentativa discende che la conclusione dell'atto di destinazione allo scopo, malgrado debba comportare necessariamente, perché si attui un'ipotesi negoziale vicina al trust, la separazione dei beni oggetto della destinazione dal restante patrimonio del destinatario, non incidendo direttamente sulla responsabilità del soggetto dell'operazione non si pone in contrasto con l'articolo 2740 CC, limitandosi ad esporre l'atto all'azione revocatoria”; in tal senso anche G. Porcelli, *Successione e trust*, cit., p. 137; A. Masi, *Destinazione di beni e autonomia privata*, in AA.VV. *Destinazione dei beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, cit., p. 235; G. Minniti, *La proprietà nell'interesse altrui*, in AA.VV., *Destinazione dei beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative* cit., p. 286.

¹⁵¹ M. Bianca, *Vincoli*, cit., p. 252, la quale acutamente osserva che la specializzazione della responsabilità non significa, infatti, soppressione della stessa ma solo una variante qualitativa che rappresenta un punto di equilibrio tra tutela del credito e interesse della collettività alla rilevanza di destinazioni qualificate del patrimonio 181; R. Quadri, *Destinazione patrimoniale*, cit., p. 329; A. Zoppini, *Autonomia*, cit., p.569, l'autore osserva che "per quanto concerne la separazione dei patrimoni, l'articolo 4, comma quarto, b, della legge 3 ottobre 2001 / 366 non conforta l'opinione di quanti argomentano che l'effetto della destinazione inattuabile per la sola forza dell'autonomia privata. L'autonomia patrimoniale, anche nel caso dei patrimoni separati delle società per azioni, è un effetto essenzialmente extra negoziale sottratto alla competenza dispositiva dei privati e dalla norma integralmente disciplinato. Al fine della destinazione patrimoniale e dell'opponibilità i terzi è pertanto insufficiente l'organizzazione e gestione separata di taluni rapporti giuridici; ciò che invece rileva, oltre che per i terzi anche per il disponente, è il prodursi dell'antecedente che la norma tassativamente esige quale condizione della separazione del patrimonio (articolo 2740, comma secondo, CC). Parimenti, è al contenuto della norma che dovrà guardarsi per verificare il grado e gli effetti della separazione che il legislatore ha voluto disciplinare". M. Bianca, op., ul., cit., p.243: la quale osserva che "la negazione del principio di responsabilità patrimoniale quale principio di ordine pubblico non

9. SEPARAZIONE COME REGOLA DI OPPONIBILITA' - L'ART. 2645 TER CC E LA TRASCRIZIONE DEL VINCOLO

Per risolvere il problema della compatibilità del *trust* con i principi fondamentali del nostro ordinamento bisogna però soffermarsi ed indagare meglio il rapporto tra il concetto di destinazione e quello di separazione, evidenziando, ove ci siano, le dovute differenze.

Si è illustrato infatti nelle pagine precedenti come i primi approcci dottrinali sullo studio del fenomeno utilizzavano indistintamente ed in maniera indifferenziata il concetto di patrimonio destinato e di patrimonio separato, così come anche il legislatore ha utilizzato un lessico poco preciso e fuorviante¹⁵².

Con le due locuzioni terminologiche veniva indicato il compendio di beni funzionalizzato ad uno scopo o all'interesse di terzi. Pertanto ogni patrimonio destinato era perciò stesso sempre considerato separato al fine di garantire la realizzazione dello scopo o dell'interesse terzo.

Ma se si esaminano le varie fattispecie normative, la separazione si rivela quale tecnica normativa, strumento che, incidendo sul principio di indivisibilità del patrimonio, consente e garantisce la effettiva realizzazione del vincolo di destinazione impresso ad una massa patrimoniale.

Di conseguenza ogni volta che è prevista una fattispecie di patrimonio separato ad essa corrisponde inevitabilmente un patrimonio destinato, mentre, non può dirsi l'inverso, in quanto non ad ogni patrimonio destinato corrisponde una separazione patrimoniale¹⁵³: è il caso del negozio fiduciario o del mandato, al di là del particolare meccanismo di cui all'art.1707cc. La giustificazione della separazione

implica tuttavia necessariamente la negazione dell'inderogabilità ad opera di privati di quel principio, stante l'autonomia dei due piani. Infatti se deve ammettersi l'evoluzione del sistema verso forme di specializzazione della responsabilità, deve altresì riconoscersi che tali forme sono state introdotte nel nostro sistema attraverso leggi speciali. L'introduzione attraverso atti normativi conserva il valore del principio espresso dal secondo comma dell'articolo 2740 del codice civile, secondo cui le limitazioni di responsabilità sono ammesse solo nei casi stabiliti dalla legge".

¹⁵²Cfr. D. Messinetti, *op. cit.*, p. 102, che in proposito parla di "precarietà terminologica", evidenziando peraltro che " non esiste una figura prevalente o assorbente di patrimonio separato, mentre esistono tante figure di patrimonio separato contraddistinte dalla specificità dei fini per cui sono costituiti"; in tal senso anche M. Bianca, *Vincoli*, cit., p. 2, che evidenzia la necessità di verificare la portata di tali formule ed " il significato della loro utilizzazione nell'attuale contesto normativo"; L. Salamone, *Gestione e Separazione*, cit., p. 278

¹⁵³ R. Quadri, *Destinazione*, cit., p. 274; M. Bianca, *Vincoli*, cit., p. IX;

patrimoniale sta nella destinazione di quel patrimonio ad un determinato scopo scopo¹⁵⁴, la separazione fine a sé stessa sarebbe priva del suo elemento funzionale.

Se per le fattispecie destinatorie tipiche il problema della correlazione tra l'atto di destinazione e l'effetto separativo non si pone, essendo stata fatta a monte dal legislatore la scelta di accompagnare l'effetto separativo a destinazioni qualificate, il problema resta nel caso di negozi di destinazione atipici rispetto ai quali appunto si discute se sia possibile creare anche un effetto separativo.

In particolare il meccanismo della separazione preserva la finalizzazione del patrimonio da eventuali incursioni o pretese di terzi, diversi dai beneficiari o dai creditori delle obbligazioni sorte per la realizzazione del vincolo. Esso, come già evidenziato nelle pagine precedenti, si caratterizza per la deviazione dalle regole in tema di responsabilità patrimoniale e di circolazione dei beni. Consente cioè al vincolo di destinazione impresso su un compendio di beni di avere una efficacia esterna che coinvolge anche soggetti terzi, diversi dal disponente e dall'attributario - *trustee*. Si consente cioè di rendere conoscibili e quindi opponibili ai terzi, il complesso fascio di poteri e obblighi che gravano sul *trustee* e lo scopo o l'interesse altrui cui sono vincolati i beni separati.

La separazione opera su di un piano normativo diverso rispetto a quello in cui opera la destinazione, alla quale attribuisce efficacia reale. In particolare la destinazione opera sul piano dell'atto, di appannaggio dei privati, mentre la separazione attiene alla opponibilità a terzi del vincolo di destinazione, di competenza del legislatore¹⁵⁵. La separazione rende rilevante esternamente il vincolo

¹⁵⁴ R. Quadri, op. cit., p. 299 il quale osserva che “ *isolata dal momento destinatorio appare inconcepibile l'utilizzazione dello strumento del patrimonio separato risultando del tutto assente quell'interesse che giustifica la fruizione del suddetto modello*; diversamente A. Falzea, *Introduzione e considerazioni conclusive*, cit., p. 9, secondo cui oltre a negozi di destinazione che non danno luogo a patrimoni separati, ben “ *può sussistere la separazione di beni del patrimonio del destinante senza che i beni separati vengano fatti oggetto di autonoma destinazione di utilizzazione - il che avviene nella costituzione di garanzie reali*”

¹⁵⁵ M. Bianca, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. Dir.civ.*, 2007, II, p. 217; sulla nozione di opponibilità quale scissione tra il piano dell'atto e il piano del rapporto cfr F. Santoro Passarelli, voce: *Diritti assoluti e Relativi*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964: “ *in realtà l'opponibilità è caratteristica del tutto estrinseca al rapporto. Essa attiene, più propriamente al fatto da cui il rapporto origina e del quale vale a designare, appunto, la rilevanza rispetto ai terzi. Si intende che le circostanze attinenti al fatto giuridico, in quanto fonte del rapporto, si riflettono sulla sorte dello stesso; ma non sulla sua struttura. Così è per la opponibilità, che, come si è detto, attiene al fatto. Pertanto anche l'inopponibilità non comporta una modificazione strutturale del diritto che da assoluto degraderebbe a relativo, quanto piuttosto, ne limita la rilevanza rispetto a certi soggetti, come riflesso dell'inopponibilità fatto costitutivo*”; Id, *Dottrine Generali del diritto*, cit., p. 238.

di destinazione e lo rende opponibile¹⁵⁶, cioè prevalente sul titolo vantato dai creditori estranei alla destinazione e sul titolo del terzo acquirente dall'attributario che abbia gestito o disposto del bene in difformità dello scopo di cui all'atto istitutivo. La separazione è dunque tecnica di risoluzione di conflitti tra più titoli sullo stesso bene, regola di opponibilità, e tale effetto è nella disponibilità esclusiva del legislatore¹⁵⁷, l'unico che può di volta in volta stabilire il criterio, dopo aver ponderato i vari interessi in gioco, in base al quale debba prevalere un titolo rispetto ad altri incompatibili.

Se dunque sono distinti i due livelli di operatività, per cui l'atto di destinazione è rimesso all'autonomia negoziale mentre la connessa separazione patrimoniale è stabilita dal legislatore, il patrimonio destinato non può essere automaticamente anche separato, atteso che i privati possono dar luogo, in virtù dell'autonomia negoziale di cui all'art. 1322 cc, a patrimoni destinati atipici ma non a patrimoni separati atipici, non essendo questo un effetto nella disponibilità dei privati. In mancanza della previsione positiva di una regola di opponibilità del vincolo di destinazione, questo non potrà avere effetti reali ma solo obbligatori, una rilevanza meramente interna tra disponente e attributario.

Il fenomeno della separazione si basa sul principio di opponibilità ai terzi dell'atto istitutivo del vincolo, sulla risoluzione di un conflitto tra titoli, attraverso la previsione di una norma che fondi l'opponibilità dell'atto di destinazione e che ne giustifichi il rilievo reale¹⁵⁸. Di qui si individuerrebbe la nuova funzione della norma

¹⁵⁶G. Vettori, voce: *Opponibilità*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma 1999, p. 4, il quale precisa che l'opponibilità riguarda il titolo e non il diritto, che a prescindere dalla sua opponibilità o meno rimane sempre lo stesso nel suo contenuto e p.1: “ *Il concetto di opponibilità riassume il complesso delle regole destinate a risolvere i conflitti determinati dalla circolazione dei beni... Se la rilevanza è la risposta dell'ordinamento alla semplice presenza del fatto che può essere presupposto di altre conseguenze o di un giudizio di responsabilità, l'opponibilità esprime la necessità di soluzione di conflitti tra più titoli attraverso una valutazione di prevalenza di alcuni su altri incompatibili*; Id, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano 1998, p.141; M. Bianca, *Vincoli*, cit., p.209;

¹⁵⁷ F. Gazzoni, *La trascrizione Immobiliare I*, cit., 8: “*L'opponibilità esprime la prevalenza, la quale trae fondamento dalla diversa forza di ciascun titolo. Tale forza, a sua volta, dipenderà dalla corrispondenza ad un certo schema normativo*”, per l'autore la funzione della trascrizione è proprio quella di risolvere un conflitto tra titoli, avendo la funzione di pubblicità dichiarativa; G. Vettori, voce: *Opponibilità*, cit., p. 4 “*Opponibilità... Giudizio di prevalenza che trae fondamento non dalla sola presenza ma dalla diversa forza di ciascun titolo e che dipenderà dalla corrispondenza ad un certo schema normativo. La sostanza di tale nozione sta nello svolgersi attraverso due piani diversi: il fatto negoziale e il criterio formale che attribuisce ad esso un peculiare grado di rilevanza che consentirà di distinguere tra atti opponibili e atti non opponibili*”.

¹⁵⁸ L. Salamone, *Gestione e Separazione patrimoniale*, cit., p.369: “*La lettura sistematica del principio di tassatività dell'articolo 2740 secondo comma c.c. - in combinazione cioè con tutte le regole cardine della responsabilità patrimoniale, espresse negli articoli 2914, 2915, 1707 c.c. - induce a pensare che il principio stesso sia complementare piuttosto che antitetico, all'autonomia privata. Non che i privati siano liberi di*

di cui all'art. 2740 II co. cc: al privato non è consentito introdurre nuove regimi di opponibilità, limitativi della garanzia generica al di là di quelli espressamente previsti¹⁵⁹.

La diversa ratio, quindi, giustificerebbe ancora la natura di norma imperativa dell'art. 2740 cc. Ai privati sarebbe consentita la costituzione di rapporti giuridici atipici ad effetti obbligatori, come una destinazione patrimoniale atipica cui l'ordinamento non riconnette anche un effetto separatorio, ma non la creazione di situazioni giuridiche opponibili ai terzi atipiche come patrimoni separati in fattispecie non positivizzate¹⁶⁰.

L'art. 2740 cc avrebbe quindi la funzione di comporre il conflitto tra l'autonomia privata, che negli ultimi anni ha conquistato spazi sempre più ampi, e la tutela del credito: tra la libertà di destinare e l'esigenza dei creditori di tutelarsi attraverso la previsione normativa di un regime di opponibilità degli atti e di adeguati strumenti di pubblicità degli stessi¹⁶¹.

Ed in tema di *trust* era proprio questo il problema, sottolineato da attente dottrina¹⁶², la mancanza, ovvero, di una norma interna che rendesse reale il vincolo e costituisse il fondamento della separazione patrimoniale, un meccanismo pubblicitario che rendesse opponibile tutto il complesso di posizioni attive e passive che gravano in capo al *trustee*. La previsione normativa della trascrizione del vincolo di destinazione avrebbe avuto proprio la funzione di risolvere un problema di

limitare la responsabilità: ma a certe condizioni (ovviamente di legge) l'autoregolamento di privati interessi può rendersi opponibile ai terzi creditori, l'articolo 2914, essendo la norma cardine della opponibilità della disposizione traslativa e non; gli articoli 2915 e 1707 costituendo invece la norma cardine della opponibilità della funzione"; cfr. anche F. Alcaro, Mandato e fiducia, in AAVV, Mandato, fiducia e trust: esperienze a confronto, cit., p. II, il quale rinviene nell'art. 1707 il fondamento dell'opponibilità dell'attività gestoria, dettando tale norma lo "statuto dell'agire nell'interesse altrui"

¹⁵⁹ L. Salamone, *op.ul.cit.*, p. 394: " il valore di ordine pubblico dell'articolo 2740 c.c. sembra concretarsi in ciò, che all'interprete non è assolutamente consentito inventarsi un regime di opponibilità ai creditori di un atto dispositivo in assenza totale di riferimento del diritto scritto (italiano)"

¹⁶⁰ G. R. Elgueta, *op.ul.cit.*, p.189

¹⁶¹ M. Bianca, *Atto negoziale di destinazione*, cit. p.220 per la quale in particolare: "Superata da tempo la concezione che ravvisava in capo al creditore un diritto soggettivo sul patrimonio del debitore, oggi il sistema testimonia la nuova e diversa esigenza dei creditori di conoscere la reale situazione del debitore. L'avanzamento rispetto al passato è significativo. Prima, la concezione della responsabilità patrimoniale quale dogma della indivisibilità del patrimonio vietava in radice convenzioni che potessero intaccare tale dogma, anche se rese note a terzi. Oggi al contrario, caduto il divieto ideologico, si è enfatizzato il profilo della tutela dell'affidamento del ceto creditorio. In generale il sistema attuale sembra caratterizzarsi per un ampliamento delle sfere prima sottratte alla competenza dei privati, ma a condizione che siano apprestati adeguati strumenti pubblicitari per i terzi"

¹⁶² P. Schlesinger, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 184; Id, *Una novella per il trust*, cit., p. 337.

conflitto tra creditori non destinati che iniziano l'esecuzione e creditori della destinazione, alla stregua della funzione svolta dalle norme in tema di trascrizione dell'atto di pignoramento e della cessione dei beni ai creditori.

Con l'introduzione dell'art 2645 ter cc, che ha segnato il passaggio dalle destinazioni tipiche e quelle atipiche in via generale, non può non chiedersi se tale norma non possa costituire quel fondamento legale per la trascrizione di trusts interni che abbiano ad oggetto beni immobili o mobili registrati.

Se la separazione è regola di opponibilità allora la trascrizione del vincolo ex art. 2645 ter cc svolgerebbe la funzione propria della pubblicità dichiarativa, quella di risolvere un conflitto tra creditori estranei allo scopo destinatorio e creditori della destinazione. La norma si porrebbe nel solco della regola di cui all'art.2740cc, equilibrando l'emersione di nuovi interessi e situazioni, non predeterminati a monte dal legislatore, e la loro opponibilità *erga omnes* a mezzo del giudizio di meritevolezza. Non tutte le destinazioni atipiche potranno avere efficacia reale atteso che in mancanza della loro trascrizione avranno una efficacia meramente obbligatoria¹⁶³.

L'art. 2645 ter cc ha infatti introdotto una figura generale di destinazione del patrimonio la quale viene individuata e circoscritta attraverso il parametro della meritevolezza degli interessi.¹⁶⁴

Tale meritevolezza ed il controllo predisposto attraverso il rinvio alla stessa attengono non tanto all'atto di autonomia destinataria ma alla rilevanza esterna di tale atto, rilevanza che deve fondarsi su un equilibrio di valori. In tal senso il principio di meritevolezza rappresenta il punto di incontro tra libertà dell'atto di destinazione e il controllo sull'opponibilità dello stesso, l'equilibrio tra autonomia e tutela del credito, attraverso la regola di separazione patrimoniale.

Risulta quindi inevitabile procedere ad un raffronto tra i due istituti proprio per arrivare alla possibilità di trascrivere ai sensi del 2645 ter cc l'atto istitutivo¹⁶⁵.

¹⁶³ G. Petrelli, La trascrizione degli atti di destinazione, in Riv. Dir. civ. II, 2006 p. 164: "L'atto di destinazione è... Validò, e produce effetti obbligatori, anche se concluso in forma di scrittura privata; esso potrà tuttavia essere trascritto e quindi creare un vincolo reale opponibile ai terzi unicamente ove rivesta la forma dell'atto pubblico"; R. Quadri, L'articolo 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione, in Contr. Impr. 2006, p. 1732;

¹⁶⁴ M. Nuzzo, Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela, in AA.VV. La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p.68, il quale definisce il giudizio di meritevolezza come "giudizio relazionale" nel senso che "il giudizio di meritevolezza costituisce il risultato di una valutazione comparativa tra l'interesse sacrificato, quello dei creditori generali, e l'interesse realizzato con l'atto di destinazione".

Difatti, ammettendo la trascrizione dell'atto istitutivo del *trust* per il tramite della nuova norma, e, quindi, il suo rilievo verso i terzi in termini di opponibilità si offre una soluzione anche in tema di tutela dei terzi beneficiari a fronte di quegli atti dispositivi dei beni del *trustee* compiuti in violazione del vincolo di destinazione: tali atti saranno inopponibili ai beneficiari ed ai creditori della destinazione, quindi inefficaci.

La tutela del beneficiario dunque è affidata alla regola della opponibilità per il tramite dello strumento pubblicitario della trascrizione. L'opponibilità del fatto costitutivo del titolo non dipende dalla natura del diritto sottostante, se assoluto o relativo, ma rileva sotto il profilo della tutela come efficacia prevalente del titolo in un conflitto con altri titoli¹⁶⁶.

Prima della introduzione dell'art 2645 ter cc, in assenza nel nostro ordinamento di un variegato strumentario di tutela dei beneficiari analogo a quello previsto nell'esperienza di *Common Law*, si poneva il problema dell'attuazione dello scopo alla base dell'istituzione del *trust* e degli strumenti a tutela del beneficiario nel caso di gestione infedele da parte del *trustee*, manifestatasi come inerzia o ritardo nella attuazione della destinazione, ovvero nella alienazione del bene o dei frutti in violazione del vincolo di scopo. La fattispecie del *trust* impone, infatti, al trustee un'attività di amministrazione e gestione del bene in *trust* che non esclude il compimento di atti dispositivi, qualora funzionali allo scopo o alla valorizzazione economica del bene.

Gli strumenti di tutela erano generalmente individuati nell'azione di annullamento ex art. 1394 cc, per conflitto di interessi del *trustee*¹⁶⁷, o nella domanda di

¹⁶⁵ C. M. Bianca, *Conclusioni*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*. L'art. 2645 ter del codice civile, cit., p. 196: "Per raggiungere il traguardo della opponibilità il trust deve sottostare a quelli che sono i requisiti minimi dettati ormai in maniera sicura dalla nostra legge. Ci vorrà intanto l'atto pubblico, ci vorrà anche la meritevolezza dell'interesse, condizionando la validità dell'atto di destinazione" che si ritiene" debba essere presente in tutti i casi in cui si voglia realizzare l'obiettivo di creare un vincolo che sia opponibile nei confronti dei terzi. Rimane infine da vedere se l'opponibilità del vincolo possa estendersi ai vari contenuti del trust".

¹⁶⁶ F. Alcaro, *Opponibilità dei rapporti obbligatori*, relazione all'VIII Convegno Nazionale del Sisdic, sul tema "Pubblicità degli atti e delle attività", tenutosi a Napoli il 03-04-05 aprile 2013, il quale precisa che l'opponibilità "esprime un criterio di selezione strategico in una prova di resistenza di interessi e titoli"

¹⁶⁷ M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 611: "Esiste un'alterità tra il trustee e lo scopo del trust, che al primo è stato imposto di realizzare; da questa alterità discende la configurabilità del conflitto di interessi, se non anche di un difetto di legittimazione negoziale, e dunque l'applicazione dell'art. 1394 cc, certo analogica, ma anche corrispondente alle circostanze ritenute rilevanti sia in diritto inglese sia in molte leggi civilistiche sui trusts (conoscenza e conoscibilità). In questo modo la tutela del trust si estende agli ulteriori atti di disposizione compiuti dal terzo, qualora, gli acquirenti non siano a titolo oneroso ovvero siano in buona

risarcimento del danno in forma specifica ex art. 2058 cc, o ancora nell'esperimento dell'azione revocatoria.

Con l'introduzione della norma sull'atto di destinazione atipico, la trascrizione rende opponibile ai terzi l'obbligo di gestione in capo al *trustee* e quindi anche quello eventualmente di ritrasferimento ai beneficiari. L'alienazione del bene in *trust* in violazione degli obblighi incombenti sul *trustee*, ovvero per fini estranei a quelli sottesi alla destinazione, dovrà essere considerata inefficace nei confronti dei beneficiari¹⁶⁸. Ma ciò vale a prescindere dalla costituzione in capo ai beneficiari di una situazione giuridica soggettiva a carattere reale, dovendosi distinguere sul punto tra opponibilità e realtà: la prima attiene ai profili circolatori risolvendo i conflitti tra più titoli riguardanti lo stesso diritto, assoluto o relativo, la seconda connota il diritto sul piano sostanziale.

La distinzione tra relatività ed assolutezza non rileva ai fini della opponibilità, perché la distinzione tra i due concetti non è netta e completa, sussistendo situazioni complesse, come le obbligazioni *propter rem* e le vicende destinatorie, ed una serie di rapporti obbligatori¹⁶⁹ per i quali il legislatore ha previsto un regime di

fede(art.1445cc).L'azione di annullamento appare come la prima opportunità e soddisfacente risposta agli ordinamenti civilistici" ; Tale soluzione tuttavia prestava il fianco alle critiche di chi evidenziava che essa si basava su di un presupposto tutto da dimostrare e cioè l'equivalenza tra trustee e rappresentante , cfr A. Neri, La tutela del beneficiario, cit. p. 55; F. Gazzoni, Tentativo, cit., p. 24

¹⁶⁸Cfr A. Gambaro, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in T & AF, 2007 p. 172, il quale osserva che essendo la proprietà dell'attributario -gestore una proprietà conformata, un *minus* rispetto alla proprietà di cui all'art.832 cc., questi non potrebbe mai trasferire con un atto di disposizione un diritto di proprietà pieno ad un terzo: " *La caratteristica comune alle forme di proprietà beneficiata , è che la volontà del titolare risulta inidonea ad alterare o ad annullare il vincolo, il quale rappresenta null'altro che il modo di essere di quel diritto di proprietà. E' intrinseco alla nozione di atto di disposizione della proprietà l'effetto per cui il diritto di disporre fuoriesca dalla sfera di potere del disponente e pertanto una volta che esso sia stato validamente esercitato tramite un atto idoneo secondo l'ordinamento giuridico qualsiasi atto contrario è privo di effetto*" ed ancora l'autore precisa che "è impensabile , alla luce del principio di cui all'art.1372 cc, che il fiduciario possa sciogliersi delle obbligazioni assunte mutando l'assetto della proprietà dei beni che gli vengono affidati".

¹⁶⁹ Il riferimento è agli artt.1380 cc in tema di diritti personali di godimento, 1599 I co cc, in tema di locazioni infranovennali non trascritte, 980 cc, 1260 cc, in tema di opponibilità del patto di non cedibilità, 2914 e 2915 cc, alla trascrizione degli oneri condominiali, del provvedimento di assegnazione della casa familiare, all' art. 2643 n.2 bis cc, all'art. 2645 bis, i vincoli appunto di cui all'art. 2645 ter cc e quater, cfr F. Alcaro, *Opponibilità dei rapporti obbligatori*, cit., per il quale le ultime disposizioni esprimono "la tendenza marcata verso la configurazione di vincoli destinatori non riconducibili al binomio reale - obbligatorio, ma espressivi in chiave di autonomia configurativa di una conformazione propria avente rilevanza esterna", affermando che la regola di cui all'art 1707cc, costituisce il fondamento per l'opponibilità di ogni attività gestoria, l'autore afferma che "la destinazione potrebbe essere implicante una opponibilità correlata ad una conformazione dei poteri più che riferita ad un obbligo o patto aggiunto. Valorizzare poteri e titoli riferiti od orientati da una finalità meritevole. Una opponibilità desunta non da patti accessori ma da una conformazione obiettivamente desumibile da un'attività di gestione o disposizione di beni".

opponibilità. Pertanto, l'opponibilità non è il riflesso della realtà, ed il concetto di realtà del vincolo di destinazione afferisce alla sua opponibilità e prevalenza su un titolo o interesse configgente, non quindi nella attribuzione ai beneficiari di un diritto reale assoluto: opererà quindi il meccanismo di risoluzione dei conflitti tra più aventi causa previsto dall'art 2644 cc. Una volta che il vincolo dei beni in *trust* sia reso pubblico in virtù della trascrizione dell'atto, l'eventuale acquirente che abbia trascritto dopo il proprio acquisto soccomberrà nel conflitto contro i beneficiari o i creditori della destinazione, non potendosi opporre all'attuazione del *trust*, né all'azione dei beneficiari per la restituzione del bene alienato, né all'azione esecutiva o cautelare dei creditori sui beni destinati per debiti contratti per l'attuazione dello scopo¹⁷⁰. Tra i terzi cui è opponibile il vincolo rientrano senz'altro i creditori e gli aventi causa del disponente¹⁷¹, atteso che anche in tal caso, una volta trascritto il vincolo destinatorio, inefficace sarà nei confronti dei beneficiari la trascrizione successiva del trasferimento dello stesso bene ad un terzo da parte del disponente. Allo stesso modo i creditori anteriori dello stesso non potranno rivalersi sul patrimonio separato, ove non abbiano trascritto tempestivamente il pignoramento, potendo tutelare il loro diritto solo attraverso l'azione revocatoria, ove ne ricorrano i presupposti.

¹⁷⁰ A. Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell' art. 2645 ter*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2006, p. 46; A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, Trust e responsabilità del debitore*, cit., p. 264; S. Mazzamuto, *Il trust*, in C. Castronovo- S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, II, p. 633; L. Salamone, *Destinazione e pubblicità immobiliare*, in AA.VV.(a cura di) M. Bianca, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., p. 157.

¹⁷¹ G. Petrelli, *La trascrizione*, cit., p. 196; G. Vettori, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 779, per il quale: "l'indicazione generica dei terzi fa sì che in tale categoria possano essere ricompresi sia i creditori che i terzi acquirenti di qualsiasi diritto incompatibile con lo scopo di destinazione."; G. De Nova, *Esegesi dell'art. 2645 ter cc*, in AAVV, *Atti notarili di destinazione di beni: Art. 2645 ter cc*. Atti del convegno di Milano del 19 giugno 2006, consultabile in www.scuoladelnotariatodellalombardia.org; A. De Donato, *Elementi dell'atto di destinazione*, in AAVV, *Atti notarili di destinazione di beni: Art. 2645 ter cc.*, cit.. Osserva in maniera difforme F. Gazzoni, *Osservazioni*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, cit., p. 278, come non possa operare il meccanismo di cui all'art. 2644 cc per rendere opponibile il vincolo agli aventi causa del conferente di cui all'art. 2645 ter cc, i quali acquisterebbero il bene libero dal vincolo, non potendo qualificarsi il beneficiario un avente causa dal conferente, di talchè un conflitto ai sensi dell'art. 2644cc non sarebbe ipotizzabile. Di contrario avviso rispetto a tale opinione M. Bianca, *Il nuovo art. 2645 ter. Notazioni a margine di un provvedimento del Giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 190: "Quanto all'inapplicabilità dell'art. 2644 cc, se si accogliesse tale impostazione, dovrebbe dedursi che in base all'art. 2645 ter non sia mai possibile trascrivere un atto istitutivo di trust, il quale di regola determina un effetto attributivo, con gli effetti che attraverso il trust interno si vogliono conseguire"; così pure L. Salamone, *Destinazione e pubblicità immobiliare*, in AA.VV. *La trascrizione*, cit., a cura di M. Bianca, p. 157.

10. IL RAPPORTO TRA IL *TRUSTE* LA FATTISPECIE DI CUI ALL' ART. 2645 TER CC

Inevitabile risulta il raffronto tra la disciplina di cui all'articolo 2645 ter cc ed il *trust* ed individuare il rapporto tra le due fattispecie al fine di giustificare la trascrivibilità dell'istituto sulla base di tale copertura normativa. L'interrogativo che la dottrina si è posta è se sia ormai possibile per i cittadini italiani la costituzione di un *trust* interno sulla base della norma in questione.

L'art. 2645 ter cc, che, a dispetto della collocazione tipologica, ha carattere sostanziale, dettando una, se pur minima e scarna, disciplina, ha introdotto la categoria generale dell'atto di destinazione atipico, sia sotto profilo strutturale che funzionale. La norma offre la possibilità ai privati di scegliere lo schema più idoneo alla realizzazione dei propri interessi, potendo altresì vincolare e separare una massa patrimoniale per finalità non previamente tipizzate dal legislatore, ma ponderate e selezionate attraverso il parametro della meritevolezza¹⁷².

¹⁷² Ritengono che la norma abbia carattere generale e abbia introdotto una nuova categoria giuridica M. Bianca, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, cit., p. 33; Id, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, cit., p. 209; Id, *Il nuovo art. 2645 ter cc. Notazioni a margine di un provvedimento del Giudice Tavolare di Trieste*, cit., p. 187; Id, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in R.N., 2006, p.1175; Id. *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in RN, 2009, p. 557; Id, *La categoria dell'atto negoziale di destinazione; vecchie e nuove prospettive*, in AA.VV., *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, Milano 2007, p. 177; M. Bianca- M. D'Errico- A. de Donato- C. Priore, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter cc*, Milano, 2006, p. 6; A. Falzea, *Riflessioni preliminari*, in AA.VV., *La Trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M.Bianca, cit. p 5; R. Quadri, *L'art. 2645 ter cc e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr.e impr.* 2006, p. 1732; G. Palermo, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, cit., p. 75; M. D'Errico, *la trascrizione del vincolo dei destinazione nell' art. 2645 ter cc. Prime Riflessioni*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, cit., p. 121; F. Patti, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter cc*, in *Vita not.*, 2006, p. 980; Di contrario avviso coloro che pongono l'attenzione sulla collocazione sistematica della norma e ne deducono l'intenzione del legislatore di introdurre una nuova specifica ipotesi di opponibilità nel senso di ennesima eccezione alla regola dei cui all'art. 2740 cc.. La norma, ponendo tale impostazione l'accento sulla trascrizione del vincolo e sull'effetto separativo, non sarebbe una norma sulla fattispecie, ma una norma sulla pubblicità, sugli effetti della trascrizione del vincolo di destinazione che può essere apposto ad ogni altro negozio, in tal senso cfr. G. Fanticini, *L'articolo 2645 ter del codice civile: "trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche"*, in AA. VV., *La protezione dei patrimoni*, a cura di M. Montefameglio, Maggioli Editore, 2006, p.327; P. Manes, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in, *Contr. Impr.*, 2006, p. 626; R. Lenzi, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter cc*, in *Contr.impr.*, 2007, p. 238; U. la Porta, *L'atto di destinazione dei beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter cc*, in RN, 2007, p. 1070.

Il dibattito sul rapporto tra le il negozio di destinazione ed il trust non ha trovato risposta unanime tra gli interpreti, tra i quali, alcuni ravvisano una identità tra le due fattispecie, delineando i negozi di destinazione come trusts di diritto italiano¹⁷³, senza, dunque alcun ostacolo alla possibilità di trascriverli.

Altri autori hanno optato per la soluzione negativa, enfatizzando le differenze tra i negozi di destinazione ex art. 2645 ter cc ed il trust¹⁷⁴, in particolare per la struttura, l'oggetto e l'apparato remediale predisposto dagli ordinamenti di Common Law che lo prevedono, di talchè l'art. 2645 ter cc non potrebbe assolutamente reputarsi legge interna sui trusts ai sensi dell'art. 8 della Convenzione.

Altri hanno evidenziato non una perfetta identità, ma un minimo comune denominatore tra le due figure. Difatti, dal punto di vista strutturale nel trust ci sono tutti gli elementi presenti nell'art. 2645 ter cc e qualcosa in più¹⁷⁵: il trust è caratterizzato da una destinazione di tipo dinamico, perché fondato su un rapporto fiduciario, che implica un'attività gestoria del trustee; mentre nell'atto di destinazione il conferente che imprime il vincolo ha azione contro chi impedisce

In una posizione ancora diversa alcuni autori, che, pur riconoscendo il carattere sostanziale della norma, negano che essa fondi una categoria generale di negozio destinatorio atipico, essendosi limitata il legislatore alla introduzione di una specifica fattispecie, che si affianca alle altre già tipizzate dal legislatore e che come quelle si pongono nell'alveo dell'art. 2740 II co. cc, cfr., G. Oberto, *Atti di destinazione (art 2645 ter cc) e trust: analogie e differenze*, in *Contr.impr./Europa*, 2007, p. 360; A. Morace Minelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità*, cit., p. 159; F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in *Giust. Civ.*, 2006, I, p. 166; Id, *Osservazioni*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, cit., p. 209; G. Rojas Elgueta, op.ul.cit. p.182

¹⁷³ G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p.205; G. Vettori, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'articolo 2645 ter*, cit., p. 779; Id, *atto di destinazione e trascrizione*. L'art. 2645 ter, in AA.VV., *La trascrizione*, a cura di M. Bianca, cit., p.182; D- Muritano, *Il. c.d. trust interno prima e dopo l'articolo 2645 ter c.c.*, in AA. VV., *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, cit. p. 23, il quale in particolare sottolinea come tale soluzione sia necessitata qualora si accogliesse l'orientamento restrittivo sulla portata della convenzione dell'Aja.

¹⁷⁴ G. Oberto, *Atti di destinazione (art 2645 ter cc) e trust: analogie e differenze*, cit p. 366; M.D'Errico, *La trascrizione del vincolo di destinazione nell'art. 2645 ter cc.: prime riflessioni*, in AA.VV., *La trascrizione*, a cura di M. Bianca, cit., p.121, per il quale " le caratteristiche strutturali, effettuali e irrimediabili del trust, diverse da quelle del negozio di destinazione, ne impediscono la riconducibilità nella categoria generale dell'articolo 2645 ter c.c., e conseguentemente impediscono di ottenere la trascrizione utilizzando questo percorso normativo. Trattandosi di vicende incompatibili, - da una parte la destinazione negoziale tipizzata di cui all'articolo 2645 ter c.c., dall'altra il trust disciplinato dalla convenzione dell'Aja- non si potrebbe argomentare dall'una per stabilire quale sia la disciplina dell'altra, men che meno in punto di trascrizione, là dove il principio di tipicità (articolo 2672 c.c.) osta ad applicazioni analogiche o interpretazioni estensive, perché, come ammonisce la Corte Costituzionale con sentenza 111 del 1995, in materia di pubblicità la certezza è, ovviamente, lo scopo stesso del sistema".

¹⁷⁵ M. Lupoi, " *Gli atti di destinazione*" nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di trust, in T&AF, 2006, p. 173, per il quale l'articolo 2645 ter " sarebbe un frammento di trust nel senso che tutto ciò che è nell'atto di destinazione è anche nei trusts, ma i trusts si presenterebbero con una completezza di regolamentazione e una collocazione nell'area della fiducia che l'atto di destinazione non offrirebbe"; A. Gambaro, *Appunti sulla proprietà degli interessi altrui*, cit., p.171; F. Patti, *Gli atti di destinazione*, cit., p. 991;

l'attuazione dello scopo, nel *trust* il *settlor* non può agire contro il *trustee* per l'inottemperanza ai propri obblighi, spettando tale potere ai beneficiari o ad un soggetto terzo, il protector se previsto. Inoltre il *trust*, oltre i beni immobili e mobili registrati ha ad oggetto ogni tipologia di beni. Sotto il profilo degli effetti la separazione di cui al *trust* è bidirezionale, potendo i creditori del *trust* rivalersi solo sul *trust fund*, essendo perfettamente incomunicabile ed impermeabile il patrimonio separato rispetto quello cui afferisce o da cui proviene.

Nella fattispecie di cui all'art. 2645 ter cc la separazione opera unilateralmente, solo nei confronti dei creditori del disponente, in quanto non sorgono due patrimoni tra loro incomunicabili dal punto di vista della garanzia: i creditori della destinazione possano aggredire anche il patrimonio personale del conferente non vincolato.

Tali differenze dal punto di vista strutturale non consentirebbero di affermare che l'art. 2645 ter cc sia la norma interna in tema di *trust*, che resta un istituto non disciplinato dal nostro ordinamento¹⁷⁶.

Ma dal punto funzionale il *trust* presenta un'omogeneità con la fattispecie di cui 2645 ter cc¹⁷⁷ e comunque a tutte la fattispecie tipiche di patrimoni destinati: il vincolo di scopo. Pertanto esso rientra, unitamente alle già tipizzate fattispecie destinatorie, tra gli strumenti di articolazione del patrimonio, se pur differenziandosi per struttura e apparato remediale.

¹⁷⁶ M. Bianca, *Il nuovo art. 2645 ter cc*, cit., p. 188; Id, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, cit., p. 226: " *La nuova disciplina è disciplina dell'atto negoziale di destinazione e solo una lettura banale può interpretare l'art. 2645 ter quale nuova legge sul trust. Mancano di tale modello, non solo le coordinate strutturali che lo caratterizzano, ma altresì l'apparato remediale*"; A. Gentili, *Destinazioni patrimoniali*, cit., p. 46, il quale ugualmente afferma: " *La nuova norma introducesolo un frammento di trust e lascia per tutto il resto sopravvivere il vuoto normativo che ha finora impedito il ricorso al trust*"; F. Patti, *Gli atti di destinazione*, cit., p. 998.

¹⁷⁷ M. Bianca, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, cit., p. 557, per la quale: " *la diversità con i primi citati modelli normativi... (fondo patrimoniale, patrimoni societari, fondi assistenza di previdenza, atto negoziale di destinazione articolo 2645 ter) è che in questi ultimi la figura del soggetto gestore e intestatario dei beni destinati può anche mancare, in quanto la centralità della disciplina si esaurisce nella regola di destinazione e negli effetti che essa produce nella sfera patrimoniale. Al contrario nel trust, come nel negozio fiduciario come nel contratto di mandato la realizzazione della destinazione è assoggettata all'adempimento di specifici obblighi contrattuali di buona gestione che integrano gli effetti di articolazione del patrimonio. Tali distinzioni che attengono principalmente al profilo strutturale non sono tali da eliminare l'omogeneità funzionale di tutte queste figure, omogeneità funzionale che si sostanzia nella destinazione patrimoniale. Deve tuttavia essere sottolineato che tale omogeneità funzionale, se determina significativi corollari relativamente all'applicazione di alcune discipline, certamente non azzera la distinzione tra i vari istituti, distinzione che si coglie sotto altri profili in particolare sotto il profilo strutturale e remediale*".

Tuttavia proprio la ratio comune, quella di articolare il patrimonio in masse separate per il soddisfacimento di interessi meritevoli di tutela, giustificherebbe l'applicazione della disciplina in tema di trascrivibilità e quindi di opponibilità dell'art.2645 ter cc anche al *trust*, solo a condizione che vengano rispettati quanto meno i contenuti minimi della fattispecie, quali la forma pubblica e la meritevolezza dello scopo.

Se il legislatore, ha quindi tracciato i parametri generali della destinazione patrimoniale ed ha introdotto una categoria generale atipica prima sconosciuta, a pieno titolo vi rientra il *trust*, che pur avendo in comune la funzione destinataria, presenta un *quid pluris* rispetto all'art. 2645ter cc, essendo caratterizzato da quel fascio di obbligazioni e poteri in capo all'attributario, propri dell'attività gestoria nell'interesse altrui.

Difatti, se nel dettato normativo di cui all'art. 2645 ter cc, nessun riferimento c'è ad un'attività amministrativa conformata allo scopo, rimanendo la destinazione statica, in virtù dell'esclusivo riferimento alla sussistenza del vincolo reale, tuttavia il riferimento al “*conferente*”, al potere di azione dello stesso ed al diritto dei creditori della destinazione di soddisfarsi anche sui frutti non osterebbero alla possibilità di un atto negoziale di destinazione attributiva e dinamica. In tanto il destinante potrebbe agire in quanto il bene sia stato funzionalmente attribuito ad un terzo e in capo a questi gravino obblighi di buona gestione e amministrazione che possano tradursi anche in un atto dispositivo che renda effettiva la destinazione¹⁷⁸.

Pertanto, essendo l'atto negoziale di destinazione una categoria generale, non essendo incompatibile con la norma un profilo di affidamento gestorio, riscontrandosi una omogeneità funzionale dei due istituti, ove un atto istitutivo di un *trust* rispetti la forma richiesta dalla norma nonché il requisito della meritevolezza degli interessi, potrebbe essere trascritto e godere del regime di opponibilità previsto.

A ciò si aggiunga che, in via generale in materia di pubblicità legale, la letteratura più recente rivisita il concetto di eccezionalità delle ipotesi di trascrizione alla luce

¹⁷⁸ Ritengono che la destinazione di cui all'art. 2645 ter cc sia sempre caratterizzata da una attività attuativa e gestoria L. Salamone, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645 ter cc*, in AAVV, *La trascrizione*, a cura di M. Bianca, cit. p.142; ; M.D'Errico, *La trascrizione del vincolo di destinazione nell'art. 2645 ter cc.: prime riflessioni*, in AA.VV., , *La trascrizione*, a cura di M. Bianca, cit., p.121.

delle plurime ed ulteriori funzioni che il legislatore assegna al regime pubblicitario della trascrizione¹⁷⁹. Alla luce del proliferare delle fattispecie, anche di natura obbligatoria, da trascrivere, nonché del formante giurisprudenziale sviluppatosi¹⁸⁰, che, facendo leva sull'esigenza di adeguamento ai principi e valori costituzionali, ha affermato possibilità di interpretazione estensiva, la dottrina più recente ritiene superato il principio della tipicità e tassatività degli atti da trascrivere, attesa la pluralità e varietà di interessi perseguiti¹⁸¹.

La tendenza dell'ordinamento va nella direzione del superamento dello orientamento restrittivo, che considera il regime della trascrizione una deroga al principio consensualistico per risolvere i conflitti derivanti dalla circolazione dei beni ed il cui obiettivo è quello della sicurezza nelle relazioni intersoggettive e stabilità dei rapporti giuridici: corollario di tale impostazione è stata la tradizionale ammissibilità di una interpretazione delle norme solo ed esclusivamente letterale¹⁸².

L'impostazione più progressiva nega, invece, il carattere eccezionale delle ipotesi di trascrizione: la pubblicità legale è una branca del diritto per la quale le regole

¹⁷⁹ G. Petrelli, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in, *Rass. Dir. civ.*, 2009, p. 691; G. Marasà e C. Ibba, *Il registro delle imprese*, Torino, 1997, p. 112 ss.; C. Ibba, *Il "sistema" della pubblicità di impresa, oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 587; G. Gabrielli, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv.dir.civ.*, 1988, I, p. 434;

¹⁸⁰ Il riferimento è alla sent. Corte Cost., 21 ottobre 2005, n. 394, sulla possibilità della trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa di abitazione della famiglia di fatto, e a Cass., Sez. un., 12 giugno 2006, n. 13523, sulla trascrizione della domanda giudiziale diretta a far valere i limiti legali della proprietà: fattispecie, queste, nelle quali la giurisprudenza - riprendendo una strada già percorsa riguardo ad altri tipi di pubblicità legale, - opera una interpretazione estensiva delle norme sulla trascrizione. Vi è poi un diffuso orientamento giurisprudenziale che ammette la trascrizione nel registro delle imprese delle domande giudiziali sulle controversie in tema di trasferimento di quote di partecipazione, pur in assenza di previsioni di legge, in tal senso C. Ibba, *Cessioni di quote di s.r.l. e domande giudiziali: pubblicità d'impresa vs. pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 395;

¹⁸¹ Cfr G. Petrelli, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, cit., p. 742: "Oggi l'estensione enormemente più ampia del raggio di azione dell'istituto, il generalizzato utilizzo della pubblicità legale allo scopo di dirimere i conflitti propri della circolazione giuridica, la valenza pubblicistica di essa, il diffuso accoglimento dei principi di affidamento ed apparenza, induce a distinguere nettamente i rapporti tra le parti da un lato, e le vicende circolatorie riguardanti i terzi dall'altro: evidenziando come su quest'ultimo versante l'impiego della pubblicità legale ai fini della soluzione dei conflitti - per non parlare degli altri utilizzi dell'istituto-costituisce ormai la regola e non più l'eccezione. L'interpretazione sistematica può, allora, condurre all'applicazione del criterio della priorità della trascrizione anche laddove manchi un'espressa disposizione legislativa in tal senso, ogni qualvolta ciò risulti funzionale al miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico. Alla luce di quanto detto non può non essere riesaminata criticamente l'affermazione della tassatività delle fattispecie trascrivibili, almeno nell'apparente rigidità con cui la stessa è formulata"; l'autore ricorda che anche la dottrina più rigorosa in materia, ha comunque ammesso la trascrivibilità in via analogica della cessione del contratto preliminare, il riferimento è a F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 742 ss.;

¹⁸² F. Gazzoni, *La trascrizione*, I, cit., p. 42; G. Mariconda, *Rapporto tra pubblicità legali: concorso e conflitto tra risultanze dei registri pubblici*, Relazione tenuta al VIII Convegno Nazionale Sisdic, avente ad oggetto *Pubblicità degli atti e delle attività*, tenutosi a Napoli, il 03-05 aprile 2013.

interpretative non possono essere diverse da quelle degli altri settori. Pertanto, sulla scorta del filone normativo e giurisprudenziale sviluppatosi, potrebbe sicuramente ipotizzarsi una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme in tema di pubblicità, nonché l'interpretazione estensiva ed in via analogica delle stesse¹⁸³

Alla pubblicità legale di un *trust* ai sensi dell'art. 2645 ter cc non osterebbe la limitazione dell'oggetto solo ai beni immobili e ai beni mobili registrati previsti dalla norma, a fronte della possibilità di conferire in *trust* ogni tipologia di bene.

Difatti, già in relazione al negozio di cui al 2645 ter cc la dottrina ritiene che la norma debba essere interpretata estensivamente potendo la fattispecie essere estesa alla destinazione di ogni bene, onde evitare di frustrarne la portata applicativa¹⁸⁴.

Ciò vale di certo per le quote di partecipazione ad una Srl, che possono essere assimilate ai beni mobili registrati in virtù del regime pubblicitario cui sono sottoposte e soprattutto in virtù dell'art 2470cc, che prescrive l'iscrizione nel registro delle imprese degli atti di cessione delle quote per risolvere il conflitto derivante dalla circolazione delle stesse ed individuare tra più acquirenti chi prevale nei confronti della società¹⁸⁵.

Ma più in generale, ritornando su quanto già esposto in tema di opponibilità, prescindendo questa dalla situazione giuridica sottostante e riferendosi agli atti ed anche alla attività sulla scorta dell' art. 1707cc, il quale costituirebbe il fondamento dell'opponibilità di ogni attività gestoria nell'interesse altrui, si è sostenuto che, al di là di ogni formalità pubblicitaria, l'opponibilità può desumersi dall'interesse meritevole posto alla base del vincolo di destinazione, riferibile a qualsiasi tipo di bene, anche ai crediti, ed alle strumentali e conformate attività ad essi riferiti.

¹⁸³ G. Petrelli, *Pubblicità legale, Costituzione repubblicana e Cedu*, Relazione tenuta al VIII Convegno Nazionale Sisdic, avente ad oggetto *Pubblicità degli atti e delle attività*, tenutosi a Napoli, il 03-05 aprile 2013; A. Chianale, *Tassatività/tipicità delle trascrizioni e tendenza espansiva del sistema pubblicitario*, Relazione tenuta al VIII Convegno Nazionale Sisdic, avente ad oggetto *Pubblicità degli atti e delle attività*, tenutosi a Napoli, il 03-05 aprile 2013, il quale sottolinea la tendenza espansiva della trascrizione, da intendere come statuto del bene, che possa informare i terzi di tutto ciò che afferisce allo stesso.

¹⁸⁴ A. Falzea, *Riflessioni preliminari*, in AAVV., *La Trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M.Bianca, cit. p 5; A Palazzo, *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi*, in AAVV., *Atti negoziali di destinazione e trust*, a cura di G. Vettori, Padova, 2008, p. 287;

¹⁸⁵ G. Gabrielli, *Funzioni della pubblicità ed interessi tutelati*, Relazione tenuta al VIII Convegno Nazionale Sisdic, avente ad oggetto *Pubblicità degli atti e delle attività*, tenutosi a Napoli, il 03-05 aprile 2013 il quale, proprio in relazione a tale norma, ritiene che non abbia ragion d'essere una differente disciplina tra iscrizione nel registro delle imprese e trascrizione nei registri immobiliari; Id, *La pubblicità legale nel sistema del codice civile*, in *Riv., dir., civ.*, 1992, I, p.447, in cui l'autore già auspicava l'introduzione di una disciplina unitaria; C. Ibba, *Il sistema della pubblicità di impresa oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 603.

L'opponibilità discenderebbe da una conformazione obiettivamente desumibile da un'attività di gestione o disposizione di beni¹⁸⁶.

Un ruolo fondamentale riveste quindi il requisito della meritevolezza degli interessi che deve connotare necessariamente la costituzione del *trust* onde fruire del regime pubblicitario e di opponibilità previsto per l'atto negoziale di destinazione atipico¹⁸⁷.

Esso è requisito tipologico della fattispecie e costituisce il parametro attraverso cui si ponderano e valutano gli interessi coinvolti nella fattispecie, in assenza di una tipizzazione a monte da parte del legislatore dello scopo sotteso alla destinazione.

Non può pertanto non indagarsi su cosa debba intendersi per meritevolezza di interessi, essendo il punto di equilibrio tra autonomia negoziale e responsabilità patrimoniale.

¹⁸⁶ F. Alcaro, *Opponibilità dei rapporti obbligatori*, cit., il quale sostiene: "Si potrebbe arditamente arrivare a sostenere che al di là delle formalità pubblicitarie per attuare l'opponibilità meritano di essere valorizzate le connotazioni obiettive ed effettive dell'attività, implicante la ragione ed il carattere dell'opponibilità"; l'autore critica la scelta legislativa di prevedere una destinazione statica nell'art. 2645 ter, trascurando il profilo della gestione "quasi che esso sia irrilevante per il fenomeno e non già costituente il momento essenziale attraverso cui si sprigiona la giuridicità di quel vincolo"

¹⁸⁷ Cfr. C. M. Bianca, *Conclusioni*, cit., secondo cui il *trust* "che pure rientra nella categoria generale dei negozi di destinazione, dovrà dunque misurarsi con la nuova normativa dovendo rispettare parametri fissati dalla norma generale."

11. IL REQUISITO DELLA MERITEVOLEZZA DEGLI INTERESSI EX ART. 2645 TER CC

Il dibattito sviluppatosi sul significato da ascrivere al sintagma “meritevolezza dell’interesse” previsto nel testo della norma, risente inevitabilmente delle premesse ideologiche alla base del dibattito sorto in tema di autonomia privata¹⁸⁸ e sulla possibilità di dare autonoma rilevanza al giudizio di meritevolezza rispetto a quello di liceità.

Accogliendo la proposta ancora oggi predominante¹⁸⁹, che fa coincidere i criteri dei giudizi di meritevolezza e di liceità, alcuni autori anche in riferimento all’art. 2645 ter cc fanno coincidere i due concetti¹⁹⁰. Pertanto i privati sono legittimati a

¹⁸⁸ Il dibattito sulla natura dell'autonomia privata si fonda su due concezioni contrapposte: la prima risale al lavoro di E. Betti, il quale esprimeva l'esigenza che il privato potesse perseguire con il negozio giuridico finalità lecite ed anche socialmente utili, cfr. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura F. Vassalli, Torino, 1950, p. 48, il quale affermava, che, “ *se privati nei rapporti tra loro sono padroni di perseguire, mercé l'autonomia, gli scopi meglio rispondenti ai loro interessi, l'ordine giuridico resta però arbitro di valutare tali scopi secondo i loro tipi alla stregua della rilevanza sociale così come esso la intende, conforme alla socialità della sua funzione ordinatrice. È ovvio, infatti, che il diritto non può prestare il suo appoggio all'autonomia privata per il conseguimento di qualunque scopo essa si proponga*”.

La seconda concezione si sviluppa, in contrapposizione, a questa, sulla constatazione che fosse praticamente impossibile rintracciare casi o esempi in cui fosse possibile distinguere il giudizio di liceità dal giudizio di meritevolezza. Si osservava che tutte le ipotesi suggerite come idonei luoghi di emersione della necessità di distinguere i due giudizi rilevavano come situazioni ripugnanti per l'ordinamento in base ai classici criteri di liceità, cfr. G. Gorla, *Il contratto*, I, Milano, 1955, p. 218. Pertanto tale diversa opzione dottrinale affermava la possibilità di qualsiasi interesse purché non illecito dovesse considerarsi meritevole di tutela, cfr. G. Gorla, *op. ul. cit.*, p. 199; G.B. Ferri, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. Dir. comm.*, 1971, II, p. 81, il quale osserva che “ *affidare il riscontro della rispondenza ai fini economico sociali del sistema dell'interesse contrattuale, perseguito dalle parti a parametri quali, appunto, quelli della utilità o rilevanza sociale, lungi dal costituire una infelice scelta di criteri oggettivi ed insieme dinamici, rappresenta l'utilizzazione di criteri generici e imprecisi, attraverso cui il raffronto rischia di porsi tra l'interesse contrattuale e il personale convincimento del giudice su quelli che debbano considerarsi “ fini economico sociali immanenti al sistema”*”; V. Roppo, voce: *Contratto*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez., civile, vol IV, Torino, 1989, p.118, per cui: “ *poiché l'insieme degli interessi che il contratto mira a realizzare costituisce la ragione giustificativa del contratto, e cioè la sua causa, quella formula significa che i contratti atipici devono avere una causa e che la loro causa dev'essere lecita*”

¹⁸⁹ G. Gorla, *op. ul. cit.*, p.199; G.B. Ferri, *op. ul. cit.*, p.81; V. Roppo, *op. ul. cit.*, p.118.

¹⁹⁰ G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 179, il quale ritiene che l'articolo 2645 ter cc non richieda “ *una particolare “pregnanza” dell'interesse del disponente, cioè la verifica da parte dell'interprete di una sua “graduazione” pozione rispetto all'interesse dei creditori o alla libera circolazione dei beni; in altri termini il sacrificio di questi ultimi interessi è stato legittimato una volta per tutte dalla legislatore con l'introduzione dell'articolo 2645 ter cc agli effetti del quale è sufficiente individuare - per legittimare la nascita di un vincolo reale di destinazione - un interesse sufficientemente serio da prevalere sull'interesse economico generale, che può essere sia di natura patrimoniale che di natura morale... e può eventualmente anche appartenere ad un terzo. La pretesa di istituire “gerarchie di interessi” rimettendone la valutazione all'autonomia privata, finirebbe con il pregiudicare la reale portata percettiva della norma, rendendo la difficilissima applicazione*”; G. Vettori, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-ter*, in AA.VV., *La trascrizione*, a cura di M. Bianca, cit., p. 176 il quale riferisce che nella proposta della Commissione giustizia si ricorse a tale espressione per indicare la liceità dell’interesse; F. Patti, *Gli atti di*

costituire patrimoni separati sulla base dei più disparati interessi, anche meramente egoistici, patrimoniali, purchè leciti, e quindi non contrari a norme imperative, ordine pubblico e buon costume. Aderendo a tale impostazione la riserva di legge di cui all'articolo 2740 II co. cc viene sostanzialmente vanificata, essendo la regola della specializzazione della responsabilità rimessa completamente all'autonomia dei privati, senza un previo filtro da parte del legislatore.

È stato però osservato in maniera critica¹⁹¹ che, aderendo a tale impostazione, si sacrificerebbe la posizione dei creditori a fronte di negozi di destinazione atipici costituiti anche per il perseguimento di interessi futili e mutevoli, prestando così la norma il fianco anche a dubbi di costituzionalità per violazione del principio di ragionevolezza¹⁹². Difatti, dal raffronto sistematico dell'art 2645 ter cc con le altre ipotesi tipiche di destinazione patrimoniale, emerge che per la prima, fattispecie atipica, sarebbe sufficiente la mera liceità a fondare la separazione patrimoniale, mentre nelle altre il legislatore adotta molte più cautele per equilibrare il sacrificio degli opposti interessi, ricorrendo o ad una tipizzazione oggettiva dell'interesse (ad es. nel caso del fondo patrimoniale, fondi di assistenza e previdenza) o a una tipizzazione soggettiva riguardante il destinante (es. patrimoni societari)¹⁹³.

destinazione e trust nel nuovo art. 2645ter cc., cit., p.986; G. Oppo, Riflessioni preliminari, in AA.VV., La trascrizione, a cura di M. Bianca, cit., p. 11; G. Fanticini, L'articolo 2645 ter del codice civile: "Trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche", cit., p. 327; P. Manes, La norma sulla trascrizione degli atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti, cit., p. 626; A. Gentili, Destinazioni patrimoniali, trust e tutela del disponente, in AAVV, a cura di G. Doria, Le nuove forme di organizzazione del patrimonio, Torino, 2010, p.330

¹⁹¹ G. Rojas Elgueta, *Il rapporto tra l'art. 2645 ter cc, e l'art. 2740 cc: un'analisi economica della nuova fattispecie*, cit., p. 187; A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit, p. 184; F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter cc*, cit. p.168; P. Spada, *Conclusioni*, in AA.VV., *La trascrizione*, a cura di M. Bianca, cit., p. 203 il quale così chiosa: "io credo che quello in discussione sia, è, un istituto - se la parola non è troppo togata rispetto ad un'operazione legislativa tanto sciatta- che una letteratura intellettualmente severa ed eticamente rigorosa del materiale normativo dovrebbe limitare all'autonomia privata della solidarietà e di interdire all'autonomia privata dell'opportunità, a quella mercantile per prima e dinanzi le altre. Le imprese, del resto, hanno a disposizione delle tecniche tipiche, nell'ottica delle quali la tecnica (che si vorrebbe) omnibus in esame sarebbe sovradimensionata"; Id, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, in AAVV, *Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 tercc*, Atti del convegno di Milano del 19 giugno 2006; A. Di Majo, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, in in AA.VV., *La trascrizione*, a cura di M. Bianca cit., p. 111;

¹⁹² F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter cc*, cit., p.168, secondo il quale: "La stravaganza, la futilità, la vanità avrebbero corso, prevalendo sull'interesse dei creditori e sullo stesso disposto dell'articolo 2740 cc, mentre le limitazioni di responsabilità devono discendere da un previo controllo legale, come, ad esempio, per il caso degli interessi familiari del fondo patrimoniale. Se così è così dev'essere. In esito ad una peraltro discutibile interpretazione del rinvio all'articolo 1322, comma 2, c.c., l'incostituzionalità dell'articolo 2645 ter c.c. per violazione dell'articolo 3 Cost. ed irragionevolezza sarebbe ben sostenibile";

¹⁹³ G. Rojas Elgueta, *Il rapporto tra l'art. 2645 tercc e l'art. 2740 cc*, cit., p. 189: "Proprio nella rapporto idiosincratico con le figure tipiche di separazione patrimoniale e quindi con il comma II dell'articolo 2740 c.c.

Pertanto non può non assegnarsi al giudizio di meritevolezza previsto dall'art. 2645 ter cc un significato diverso rispetto alla mera liceità. Una soluzione diversa che considerasse meritevole qualsiasi atto non lecito porterebbe a svuotare completamente il contenuto del principio della tutela del credito.

Non potendo nella fattispecie de quo accogliersi la tesi per cui il sintagma della meritevolezza coincida con il requisito della liceità, per il ruolo che la novella ha nel sistema, avendo introdotto novità in tema di circolazione dei beni e responsabilità patrimoniale, risulta, invero, anche inconferente la impostazione che distingue i piani su cui operano la meritevolezza ed il giudizio di liceità¹⁹⁴. Il primo attinente al giudizio sul tipo, ovvero all'idoneità del regolamento di interessi ad essere rilevante per l'ordinamento ed il secondo concernente il profilo causale. Intendere così la meritevolezza come giudizio sull'idoneità del negozio ad avere rilevanza giuridica è inutile, posto che il controllo sul tipo è stato già fatto a monte dal legislatore con la positivizzazione della fattispecie.

La dottrina più severa nei confronti della norma ha, quindi, offerto un diverso canone ermeneutico, individuando e qualificando gli interessi meritevoli di tutela in quegli scopi non lucrativi, di pubblica utilità, rilevanti sul piano morale o socialmente utili. Solo così si bilancerebbe il rapporto costi- benefici delle varie posizioni sostanziali coinvolte¹⁹⁵. Corollario di tale opzione è la sussunzione della

si matura la convinzione che l'interpretazione della clausola di meritevolezza, di cui all'articolo 2645 ter c.c., quale mera liceità dell'interesse perseguito, conduca ad un risultato passibile di sindacato di irragionevolezza, ai sensi dell'art. 3 Cost.. Infatti, si perverrebbe all'assurda conseguenza di dover ritenere costretti da intensi vincoli di legge i soggetti contemplati dall'ipotesi tipiche (ad esempio i coniugi del fondo patrimoniale, le società per azioni dei patrimoni destinati) e sciolti dai medesimi vincoli, ma in grado ugualmente di realizzare l'effetto separativo, i soggetti diversi da quelli disciplinati (ad esempio i conviventi di fatto che vogliono soddisfare i bisogni dei figli, le società a responsabilità limitata che vogliono costruire un patrimonio destinato ma senza il limite del 10%). Sovvertendo tale argomento si potrebbe sostenere, allora, che anche ai soggetti già fruitori di un modello di separazione patrimoniale tipico sia accessibile nuovo strumento generale ma, parimenti, si tenderebbe all'assurdo di ritenere desuete tutte le forme di separazione patrimoniale già previste nel nostro ordinamento".

¹⁹⁴ R. Sacco- G. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, p.337; F. Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv., dir., civ.*, 1978, I, p. 62, il quale afferma: "Il giudizio circa la meritevolezza dell'interesse appare qualitativamente diverso rispetto a quello di liceità. Mentre quest'ultimo ha la funzione di salvaguardare l'ordinamento giuridico dalla presenza di accordi impegnativi i cui contenuti siano in contrasto con i propri canoni regolamentari, al fine di eliminare un'evidente contraddizione, l'altro giudizio (quello di meritevolezza) ha diversa portata non incentrandosi nella difesa di principi fondamentali dell'ordinamento, ma piuttosto nella valutazione delle idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi".

¹⁹⁵G. Rojas Elgueta, *Il rapporto tra l'art. 2645 ter cc e l'art. 2740 cc.: un'analisi economica della nuova fattispecie*, cit., p. 188, il quale osserva: "Al fine di bilanciare i costi sociali prodotti dall'art. 2645 ter cc si dovrebbe ritenere necessario che l'interesse realizzato dal disponente non sia semplicemente meta individuale ma sia di carattere superindividualistico, cioè tale da proiettare le sue esternalità positive sulla collettività dei

fattispecie nell'ambito della logica dell'art. 2740 Ilco. cc, della tipizzazione delle forme separative, rappresentando la norma un'ulteriore ipotesi tipica di patrimonio separato per la realizzazione di scopi già predeterminati a monte dal legislatore.

Tuttavia, non sembra incompatibile con la norma, intendere la meritevolezza come il parametro di giudizio per rendere opponibile il vincolo, lo strumento per la selezione degli scopi e l'individuazione in concreto ed a valle di quello qualitativamente prevalente cui riconnettere l'effetto separativo.

Più in generale, infatti, è stato osservato nelle più moderne impostazioni che il concetto di meritevolezza costituisce lo strumento per ampliare le maglie di azione della autonomia privata ogni qual volta in un determinato contesto storico gli interessi perseguiti sono ritenuti conformi all'assetto ordinamentale. Solo se i valori perseguiti di privati sono condivisi dall'ordinamento allora la loro meritevolezza accorda spazi all'autonomia negoziale¹⁹⁶. Essa quindi non può consistere in un giudizio sulla illiceità del contratto o sulla sua utilità sociale ma costituisce il predicato dell'autonomia negoziale, tracciando i confini entro i quali può operare¹⁹⁷.

Un indice di quale possa essere l'interesse meritevole, secondo quella parte della dottrina che ritiene che la norma abbia carattere generale ed abbia introdotto un nuovo schema di negozio atipico, sia dal punto di vista strutturale che funzionale, è offerto proprio dal testo della norma che offre la indicazione di alcune finalità particolari, cosicché esse individuano, in maniera esemplificativa e non esaustiva alcune tipologie di interessi che giustificerebbero la destinazione di un compendio

consociati"; A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit, p. 184; F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter cc*, cit. p.170.

¹⁹⁶ M. Bianca, *Alcune riflessioni su concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. Dir. civ.*, 2011, 789-808: "Appare significativo evidenziare come il concetto di meritevolezza non si presenta più quale strumento di controllo dell'autonomia privata, ma quale strumento che consente al contrario, all'autonomia privata di spaziare oltre i confini ad essa assegnatole....Ritorna quella originaria concezione della meritevolezza quale predicato dell'autonomia negoziale che consente ai privati di ampliare i propri spazi di azione".

¹⁹⁷ M. Bianca, *op.ul.cit.*, p. 814: "Essa, al contrario, è il grimaldello che consente l'accesso dei privati al sistema dei valori.....Appare tuttavia evidente che il piano in cui opera la meritevolezza è più ampio di quello del singolo rapporto contrattuale e della giustificazione dello stesso. La nozione di meritevolezza non si limita alla valutazione della giustificazione della singola operazione contrattuale investendo una valutazione più complessa dell'atto di autonomia negoziale. La causa e il giudizio di liceità sono circoscritti ai rapporti contrattuali e quindi agli atti di autonomia a contenuto patrimoniale, mentre la meritevolezza esprime la funzione di qualsiasi atto di autonomia anche a contenuto non patrimoniale."

di beni per il loro soddisfacimento ed il conseguente regime di opponibilità nei confronti dei terzi¹⁹⁸.

Pertanto il parametro di riferimento sarebbe dato dagli interessi già selezionati dal legislatore nelle fattispecie tipiche, nel senso che ogni qual volta i privati ricorrono al negozio di destinazione per perseguire interessi analoghi o appartenenti alla stessa classe di quelli già presi a riferimento dall'ordinamento si soddisferebbe il requisito di cui all'art. 2645 ter cc e si giustificerebbe il sacrificio dell'interesse del ceto creditorio¹⁹⁹.

Il programma negoziale del disponente, essendo i negozi di destinazione idonei a produrre effetti pregiudizievoli nei confronti dei creditori di chi destina e di quelli estranei alla destinazione, deve perseguire un interesse che, anche se circoscritto alle sole sfere individuali dei soggetti coinvolti nella vicenda, deve essere particolarmente apprezzabile.

Il requisito della meritevolezza, inteso come interesse particolarmente apprezzabile con cui bilanciare i pregiudizi subiti dai terzi, non potrebbe che svolgere il ruolo di elemento strutturale della fattispecie, alla stregua di ciò che accade in altre fattispecie in cui la validità delle stesse è subordinata ad un requisito aggiuntivo a

¹⁹⁸ A. Falzea, *Riflessioni preliminari*, in AAVV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, cit. p.11; M. Bianca, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca cit. p. 32; R. Quadri, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, cit., p. 1729; M. Nuzzo, *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, in *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, in Quaderni della Fondazione del Notariato, 2010, p. 31; Id, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in AA.VV., *La trascrizione*, a cura di M. Bianca, cit., p.68

¹⁹⁹ M. Nuzzo, *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, cit.p. 32: secondo il quale “ Anche al di fuori delle fattispecie previste dalle singole norme sui patrimoni separati, si deve a mio avviso ritenere che ogni volta che l'interesse perseguito dall'atto di destinazione appartenga alla stessa classe degli interessi rispetto ai quali è consentita dalla legge la costituzione di un vincolo di destinazione, si rientri nell'ambito degli interessi meritevoli di tutela che nell'art. 2645 ter cc giustificano la limitazione della responsabilità patrimoniale”; G. Baralis, *Prime riflessioni in tema di art.2645 ter cc*, in AA.VV., *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Quaderni della Fondazione del Notariato, 2007, p.145, per cui: “ E' lo stesso art. 2645 ter che, al proprio interno, sembra indicare non una libertà incontrollata di interessi da tutelare, ma una gerarchia. Si rifletta: in primo luogo la meritevolezza viene rapportata a persone disabili, poi a pubbliche amministrazioni, quindi a altri enti o persone fisiche; ora sarebbe soluzione del tutto retorica ritenere casuale o privo di significato tale ordine: sarebbe infatti bastato indicare cumulativamente enti o persone fisiche. Sembra doversi ricavare il ragionevole convincimento che le prime due categorie di soggetti sono quelle “elettive” nella selezione e cernita degli interessi meritevoli di tutela, mentre per le categorie “generiche” degli enti o persone fisiche la cernita dovrà essere più rigorosa”

quelli di cui all'art. 1325cc , ad esempio l'art. 1379cc e ²⁰⁰, in cui il *quid pluris* è l'interesse che abbia una particolare dignità e pregnanza.

Ad esito, dunque, dell'indagine condotta la neointrodotta destinazione patrimoniale, costituendo essa una fattispecie generale atipica, potrà essere attuata proprio mediante il ricorso al *trust*, il quale potrà essere utilizzato, una volta rispettati i requisiti di sostanza e di forma richiesti dalla norma, in primis la meritevolezza dell'interesse, proprio per disciplinare quei i rapporti gestori che l'art. 2645 ter cc. non contempla.

²⁰⁰ A. Fusaro, *Patto di non alienare*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Torino, 1995, p. 310; F. Bocchini, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977, p.63.

CAPITOLO II

Il *trust* nella prospettiva dell'impresa

CAPITOLO II

1. LO STRUMENTO DI TUTELA PER I CREDITORI LESI DALL'ISTITUZIONE DEL *TRUST*: CONDIZIONI E LIMITI ALL'ESPERIMENTO DELL'AZIONE REVOCATORIA ORDINARIA E FALLIMENTARE

Una volta affermata la ammissibilità del *trust* interno alle condizioni indicate nelle pagine precedenti, la tutela del credito passa attraverso l'esperimento dell'azione revocatoria: un *trust* valido ed efficace può comunque mettere in pericolo le ragioni dei creditori generali del disponente, che vedono diminuire la sfera patrimoniale sulla quale potrebbero soddisfarsi a seguito di un eventuale inadempimento²⁰¹.

Difatti, se il *trust* è meritevole e trascrivibile ai sensi dell'art 2645 ter cc, i creditori del *settlor* che non abbiano pignorato o che non abbiano trascritto il pignoramento anteriormente alla trascrizione del *trust* avente ad oggetto lo stesso bene, saranno soccombenti ai sensi dell'art 2915 cc, richiamato dall'art. 2645 ter cc. Pertanto i creditori, nell'eventualità in cui sia stata pregiudicata la garanzia patrimoniale ed in presenza di tutti i presupposti per la sua esperibilità, avranno come unico strumento per la tutela delle proprie ragioni l'azione revocatoria²⁰², sia ordinaria che fallimentare²⁰³.

²⁰¹ I creditori potenzialmente lesi e che possono agire in revocatoria sono solo quelli del disponente per le attribuzioni fatte al *trustee*, non i creditori del *trustee* per gli atti dispositivi sui beni oggetto del fondo in *trust*, atteso che l'acquisto degli stessi non ha mai incrementato il patrimonio personale del fiduciario e quindi non hanno mai costituito oggetto di garanzia patrimoniale, cfr nota 149 capitolo I.

²⁰² Le due azioni, avrebbero la stessa natura e le stesse funzioni, pur divergendo in punto di disciplina, in virtù dei contesti nei quali operano, cfr G. Tucci, *Trusts, concorso dei creditori e azione revocatoria* in *T & AF*, 2003, p. 25 per il quale in entrambe le azioni deve essere provato il pregiudizio effettivo che non può limitarsi, nel caso di fallimento del debitore, alla mera lesione della *par condicio creditorum*. L'impugnativa del negozio o dell'atto non potrebbe prescindere dall'accertare la natura pregiudizievole dello stesso; ragionando diversamente l'anticipazione degli effetti del fallimento ad un momento precedente la dichiarazione dello stesso, realizzerebbe non più la funzione originaria della tutela privatistica del credito, ma quella sociale di redistribuzione delle perdite tra la più ampia cerchia possibile di creditori; cfr sul punto M. Fabiani, *Revocatoria fallimentare: attualità dell'istituto e degli aspetti processuali*, in *Il Fallimento*, 1996, pag. 108, il quale analizza l'istituto della revocatoria quale strumento di realizzazione dell'attivo fallimentare, considerando la natura costitutiva della sentenza che definisce il giudizio, con tutte le implicazioni in ordine al momento in cui retroagiscano gli effetti della stessa.

Sulla natura antindennitaria dell'azione revocatoria fallimentare V. M. Montanari, *Profili della revocatoria fallimentare dei pagamenti*, Milano, 1984, pag. 64; M. Libertini, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare*, Milano, 1974, pag. 73, ma v. anche Id., *Sulla funzione della revocatoria*

L'azione revocatoria, infatti, non riguarda il riconoscimento degli effetti del *trust*, ma le limitazioni che si possono opporre alla operatività degli stessi ²⁰⁴, quando si ritenga che il *trust*, unitariamente considerato, costituisca atto lesivo della garanzia patrimoniale del credito, o nel caso delle procedure concorsuali, dell'intero ceto creditorio²⁰⁵. In tale ipotesi, i creditori del disponente o il curatore fallimentare possono ottenere una sentenza costitutiva con la quale viene pronunciata l'inefficacia relativa dell'atto con il quale i beni sono trasferiti al *trustee* o sono

fallimentare: una replica e una autocritica, in *Giur. comm.*, 1977, I, pag. 84; F. D'Alessandro, *La revoca dei pagamenti nel fallimento*, Milano, 1972, pag. 153; A. Maffei Alberti, *Il danno nella revocatoria*, Milano, 1970, pag. 121; Id., *La "funzione" della revocatoria*, in *Giur. comm.*, 1976, I, pag. 362.

Per la necessità di ravvisare, invero, un pregiudizio G. Ragusa Maggiore, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in G. Ragusa Maggiore - C. Costa, *Il fallimento. Le procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 1997, pag. 199; P. Pajardi - M. Bocchiola, *La revocatoria fallimentare*, Milano, 1998, pag. 32

Tuttavia osserva A. Nigro, *Degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori (art. 64-71). Introduzione*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di M. Sandulli - A. Nigro, Torino, 2006, I, p. 363 che "a seguito della riforma la ambiguità sulla funzione della azione revocatoria resta: anche se talune delle nuove esenzioni come le ipotesi di cui alle lett. A) e B) dell'art 67 co. 3 fanno propendere per una funzione indennitaria, che consideri l'effettivo pregiudizio, quale diminuzione quantitativa e qualitativa del patrimonio su cui soddisfarsi, l'esame della disciplina complessiva sembra legittimare anche la tesi sulla funzione anti indennitaria della revocatoria fallimentare, quella cioè di ripartire su tutto il ceto creditorio le perdite dovute dall'insolvenza, e per la quale non è necessario l'effettivo pregiudizio"; sulle due diverse funzioni dell'azione revocatoria fallimentare cfr G. Terranova, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, I, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Calgano - Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1993, p. 118.

²⁰³ A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit. p. 270; F. Gazzoni, *Osservazioni*, cit., p. 183.

²⁰⁴ G. Tucci, *Trusts, concorso dei creditori e azione revocatoria* cit, p. 25

²⁰⁵ Anche coloro che ammettono l'ingresso del *trust* per il tramite della legge di ratifica n. 364/1989 della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, sulla scorta della riserva di cui all'art. 15 lett. E) della Conv. limitano l'operatività del *trust* qualora esso si risolva in uno strumento pregiudizievoli delle ragioni dei creditori richiamando le norme di applicazione necessaria della *lex fori*, ed in particolare quelle sulla azione revocatoria. Infatti l'art 15 della Convenzione individua le materie nelle quali non è consentito derogare ad un *trust* volontario, così recitando: "La Convenzione non costituisce ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme del foro sul conflitto di leggi quando con un atto volontario non si possa derogare ad esse, in particolare nelle seguenti materie:

- g. protezione dei minori e degli incapaci;
- h. effetti personali e patrimoniali del matrimonio;
- i. testamenti e devoluzione ereditaria, in particolare la successione necessaria;
- j. trasferimento della proprietà e le garanzie reali;
- k. protezione dei creditori in caso di insolvenza;
- l. protezione dei terzi in buona fede.

Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del *trust*, il giudice cercherà di attuare gli scopi del *trust* in altro modo.

M. A. Lupoi, *Aggiungi un posto a tavola: azione revocatoria in ambito di trust e litisconsorzio necessario*, in T&AF, 2013, p. 12; I. Valas, *Le trust disputes: le azioni relative ai termini del trust ed alla sua validità*, in AAVV, *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, a cura di M.G. Monegat-G. Lepore- I. Valas, II. Torino, 2008, p. 465

sottoposti al suo controllo e la conseguente reintegrazione nel patrimonio del loro debitore o nella massa fallimentare.

Gli effetti della sentenza costitutiva determinano, dunque, il mutamento della situazione giuridica del destinatario dell'atto impugnato, prescindendo dalla sua collaborazione, ed il potere del creditore o della curatela di aggredire l'oggetto dell'atto revocato solo per effetto e come necessaria conseguenza della sentenza che pronuncia la revoca

Ai fini dell'applicazione degli artt. 2901 cod. civ. e 64 o 67 l. f., in primo luogo vanno identificate le condizioni dell'azione.

Un primo problema riguarda l'individuazione dell'atto pregiudizievole da impugnare, se l'atto istitutivo o l'atto di attribuzione del bene al *trustee*. Preliminare alla soluzione da offrire è la ricostruzione della struttura della fattispecie in questione, onde stabilire che rapporto ci sia tra i due atti e quale debba essere l'oggetto di revocatoria.

La vicenda consta infatti di due momenti negoziali che possono essere anche distinti sia sotto il profilo temporale che documentale.

Con l'atto istitutivo, il *settlor* pone in essere un negozio preparatorio, organizzativo, nel quale enuclea lo scopo da perseguire o individua i beneficiari il cui interesse dovrà essere soddisfatto, nomina il *trustee* e indica il fascio di poteri, le limitazioni e gli obblighi gravanti su di lui. Con l'atto di attribuzione, contestuale o successivo al primo, il *trustee* acquista la titolarità del patrimonio da gestire e amministrare secondo le disposizioni contenute nell'atto istitutivo.

Parte della dottrina opina nel senso che si è in presenza di due negozi distinti, ciascuno con la propria causa, ma funzionalmente collegati²⁰⁶. Il primo sarebbe un

²⁰⁶ M Lupoi, *Trusts*, cit., p. 589; G. Porcelli, *Successioni e trusts*, cit. p.83, per il quale "la fattispecie costitutiva del trust, anche laddove consacrata in un unico documento è suscettibile di essere scomposta in due diversi negozi, distinti se pur funzionalmente collegati: quello istitutivo, che detta le regole alle quali il trustee dovrà uniformarsi nella gestione del trust fund (cosidetto trust instrument) e quello dispositivo che dà luogo al trasferimento in favore del trustee (cosidetto vesting deed). Il primo integra immancabilmente sia nel caso di trust testamentario che in quello costituito inter vivos un negozio giuridico unilaterale e, in questa seconda ipotesi si qualifica ulteriormente, fatta eccezione per il trust "statico" (in cui vi è coincidenza tra disponente e trustee), come negozio recettizio, suscettibile altresì di atteggiarsi come un negozio a titolo gratuito, liberale o oneroso"; A. Gambaro, *Trust*, cit., p. 459: "l'atto istitutivo del trust è un atto unilaterale del costituente.... Il documento è unico ma esso contiene due negozi: l'atto di trasferimento e l'atto istitutivo del trust";

In base alla convenzione l'atto istitutivo è regolato dalla legge straniera applicabile, mentre l'atto con il quale si attribuiscono i beni al trustee è regolato dalla *lex fori*, cfr art. 4 Convenzione: "La convenzione non si applica a questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici, in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al trustee"

negozio unilaterale recettizio rifiutabile dal trustee²⁰⁷, il secondo, l'atto di dotazione sarebbe ugualmente un negozio unilaterale ma a rilievo bilaterale sussumibile nell'aleveo della fattispecie di cui all'art. 1333 cc, che, a dispetto della rubrica dell'articolo, contemplerebbe un negozio unilaterale recettizio pienamente efficace ed irrevocabile non appena giunge a conoscenza del destinatario, ma rifiutabile²⁰⁸ da questi.

²⁰⁷ Alcuni parlano di investitura rifiutabile, altri di una vera e propria accettazione del trustee. Riguardo la prima impostazione cfr M. Lupoi, *I Trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da R. Sacco, Torino, 2004, p. 240, il quale precisa, sulla considerazione che il trasferimento nel diritto inglese è radicato sull'atto unilaterale, la *conveyance*, che "il trustee non accetta potendo semplicemente rifiutare (*disclaimer*). L'affidamento al trustee è e rimane essenzialmente un atto unilaterale del disponente, con la conseguenza che qualsiasi intesa, accordo o contratto non entra nel meccanismo causale"; così A. Palazzo, *Istituti alternativi al testamento*, cit., p. 80; A. De Donato- V. De Donato- V. D'Errico, *Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999, p. 145-149; osserva che il trasferimento del diritto nell'esperienza giuridica inglese non è un effetto automatico del *contract*, ma esige un apposito atto tra le parti F. Fimmanò, *L'insensibilità delle destinazioni patrimoniali al fallimento*, consultabile su www.ilcaso.it. doc.n.205/2010.

Riguardo la seconda opzione G. De Nova, *Trust, negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *T&AF*, 2000, p. 166, osserva: "è difficile vedere nel negozio istitutivo un mero atto di investitura che attribuisce poteri al trustee, sicché la sua sottoscrizione abbia solo il significato di presa d'atto e di ricezione di un atto unilaterale recettizio del disponente. Il sorgere di obbligazioni (e di diritto eventuale al compenso) in capo al trustee fa pensare ad un contratto. La circostanza che le obbligazioni del trust non vedano come creditore il disponente non è di ostacolo a che si possa parlare di contratto: non sarà contratto a prestazioni corrispettive ma può sempre essere contratto".

²⁰⁸ Si osserva che i principi di relatività degli effetti giuridici e di intangibilità della sfera giuridica altrui valgono inderogabilmente solo per la produzione di effetti pregiudizievoli, mentre non sarebbero di ostacolo alla possibilità per il privato di incrementare, anche unilateralmente, la sfera patrimoniale del terzo, senza che egli partecipi alla formazione della fattispecie, ma consentendogli di rifiutare il vantaggio economico o l'attribuzione patrimoniale, cfr. A. Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2000, p. 431; G. Benedetti, *Dal Contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 191. Pertanto la fattispecie di cui all'art. 1333 cc costituirebbe l'archetipo del negozio unilaterale gratuito atipico, produttivo sia di effetti obbligatori che di effetti reali, difatti F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, p. 845, afferma che in virtù dell'art. 1333 cc: "può ritenersi tipizzato, fianco della donazione, il negozio (rifiutabile) gratuito, il quale, come appunto la donazione, produce effetti sia reali che obbligatori, trattandosi di uno schema aperto, giustificato causalmente dall'interesse patrimoniale del promittente o del tradens, in termini di motivo oggettivato".

Non ritengono che si possa ricorrere alla schema di cui all'art. 1333 cc e che la fattispecie attraverso cui si realizza l'attribuzione dal *settlor* al trustee sia un contratto cfr G. Contaldi, *Il Trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001, p. 250; F. Di Ciommo, *Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno*, in *T & AF*, 2003, p.182; Id, *Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 632; A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., p. 310, il quale richiama la fattispecie contrattuale sulla considerazione che l'atto di dotazione non si esaurisce in un incremento della situazione patrimoniale del trustee, trattandosi da un lato di un trasferimento strumentale, dall'altro dell'assunzione di una serie di obblighi e oneri che implicano una ponderazione ed una eventuale negoziazione da parte del trustee sui contenuti dell'incarico, il che non è compatibile con la secca alternativa tra accettare o rifiutare *sic et simpliciter*.

Diversamente è stato affermato che i due atti hanno una causa unitaria²⁰⁹: la vicenda negoziale è unica e consta di due momenti inscindibili, il secondo dei quali, l'atto di disposizione patrimoniale, non può che essere complementare all'atto istitutivo, un elemento essenziale²¹⁰ per il perfezionamento di tutta la fattispecie. Più in dettaglio è stato osservato che il *trust* configurerebbe un negozio unitario a struttura complessa, atteso che le parti, pur ricorrendo a due diversi negozi unilaterali, intendono regolare un assetto di interessi unitario ed inscindibile, di talchè la funzione economica è unica²¹¹ ed unico è il negozio. Esso si perfeziona e vincola il *trustee* solo con l'atto della disposizione: da solo considerato l'atto istitutivo è un atto programmatico che non può esplicare alcun effetto.

Al riguardo si ritiene che oggetto di revocatoria non può essere l'atto istitutivo del *trust*, che per sua natura è un negozio preparatorio²¹² e, stante la configurazione del *trust* quale negozio unitario a struttura complessa, l'atto istitutivo è un elemento della fattispecie ed isolatamente considerato non produce effetti, attesa la sua natura programmatica e preparatoria²¹³.

²⁰⁹ Per U. La Porta, *Destinazione dei beni allo scopo*, cit., p. 88, la causa destinataria è idonea da sola a reggere la giustificazione causale dello spostamento patrimoniale.

²¹⁰ A. De Donato - V. De Donato - A. Priore, *Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999, p. 146: "il negozio istitutivo comprende necessariamente un atto di disposizione patrimoniale ai fini della configurabilità stessa di un trust (art. 2, I comma, e lett. A) e b) II comma della Convenzione)"; F. Di Ciommo, *Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno*, in T & AF, 2003, p. 186: ".il trust oggetto della Convenzione dell'Aja non ammette una rigida separazione, sotto il profilo della struttura causale dell'operazione negoziale, tra atto istitutivo e atto attributivo, in quanto - come si evince dalla lettura dell'art. 2, I comma della Convenzione - esso non è un atto, bensì una situazione che si viene a creare in presenza di determinate condizioni; più tecnicamente dovrebbe dirsi che esso è un rapporto giuridico, che può essere realizzato anche attraverso atti formalmente separati, ma inscindibilmente uniti sotto il profilo della struttura causale"; in generale sulla causa destinataria come autonoma e unitaria giustificazione dello spostamento patrimoniale U. La Porta, *Destinazione*, cit., p. 87

²¹¹ A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., p. 294, il quale: "In altri termini, l'atto di dotazione dei beni al trustee, seppur contenuto in un documento separato, costituisce parte integrante del negozio di trust, che nel suo assetto complessivo si presenta come un negozio unitario mediante il quale il settlor individua lo scopo del trust, ne predispone le regole e l'organizzazione, fornisce al trustee i mezzi necessari per realizzare la destinazioneL'unitarietà di causa caratterizza la fattispecie descritta dal primo comma dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja. Il solo atto istitutivo, senza il conferimento al trustee dei beni sui quali il vincolo segregativo è destinato ad operare e che dovranno essere gestiti nell'interesse del beneficiario, rimane un atto meramente preparatorio, di per sé inidoneo al raggiungimento dello scopo del trust, a realizzare l'interesse perseguito dalle partiLa riconduzione del trust alla categoria del negozio complesso comporta che, ove uno dei due atti (istitutivo e dispositivo) che lo compongono non venga ad esistere il trust non si perfeziona....Il trust ove il trasferimento dei beni non sia contestuale alla sua costituzione, rappresenta, dunque, una fattispecie a formazione progressiva"

²¹² G. De Nova, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, cit., p. 162: un "atto di organizzazione assolutamente neutro, ovvero [...] di pianificazione dell'attività economica".

²¹³ Tali considerazioni sono altresì alla base dell'orientamento della suprema Corte che ha escluso la revocabilità del contratto preliminare in quanto esso non produce effetti traslativi e conseguentemente non è configurabile come atto di disposizione del patrimonio assoggettabile

L'azione revocatoria colpisce, invero, i negozi dispositivi con cui si trasferiscono i beni o i diritti dal disponente al *trustee*. Solo questi ultimi danno inizio alla segregazione patrimoniale e all'attività gestoria del *trustee* secondo le istruzioni del disponente²¹⁴.

Tali conclusioni sono le stesse che la dottrina ha formulato in tema di patrimoni destinati, relativamente ai quali, allo stesso modo che nel *trust*, l'atto istitutivo, che sarebbe la delibera della società che istituisce la cellula, è un atto di pianificazione dell'attività economica, che non ha effetti dispositivi e pertanto è atto neutro non revocabile. Sarà invece revocabile l'atto di destinazione con il quale i beni sono attribuiti al compendio particolare rimanendo separati dal restante patrimonio societario²¹⁵.

Le considerazioni svolte valgono anche nel caso di *trust* auto dichiarato²¹⁶, caratterizzato dall'assenza di un momento attributivo a terzi e dalla coincidenza nella persona del *settlor* del ruolo di *trustee*. Esso costituisce in ogni caso un vulnus della garanzia dei creditori generali e della *par condico creditorum* in caso di fallimento. La revocatoria avrà ad oggetto l'atto con il quale si produce la separazione patrimoniale, ovvero l'atto che impone il vincolo destinatorio, essendo la destinazione una variante della disposizione, alla stregua di come sono revocabili altre fattispecie destinatorie quali il fondo patrimoniale, i patrimoni destinati ad

all'azione revocatoria, Cass. Civ. del 18 ottobre 1991 n. 11025; Cass. Civ. 16 aprile 2008 n. 9970; Cass. Civ. n. 2005/2008

²¹⁴ A. Morace Pinelli, *op.ul.cit.*, p. 313; in tal senso anche G. Tucci, *Concorso dei creditori, trust e azione revocatoria*, cit., p. 33, il quale precisa: " nel caso del trust, la complessità della vicenda ...richiede sempre un momento organizzativo estraneo di per sé alla revocatoria, ed un momento dispositivo, che formalmente costituisce l'oggetto del rimedio in questione... oggetto della revocatoria non può essere l'atto istitutivo del trust che di per se stesso non ha effetti dispositivi, ma il conseguente atto di disposizione con cui i beni sono trasferiti al fiduciario o posti sotto il controllo dello stesso "; in giurisprudenza da ultimo Trib. Monza 3 gennaio 2013, in cui viene rigettata l'azione revocatoria proposta contro l'atto istitutivo di *trust* ritenendo questo atto un atto neutro che come tale non incide sulla garanzia dei creditori del disponente. Precisa il tribunale che la posizione dei creditori può essere lesa dal negozio con cui vengono trasferiti i beni dal disponente al *trustee*, realizzando questo quella diminuzione qualitativa e quantitativa del patrimonio richiesta per la configurazione dell'*eventus damni*; in senso contrario F. Di Ciommo: *Struttura causale del negozio di trust*, cit., p. 185, il quale qualifica la onerosità o la gratuità solo con riferimento all'atto istitutivo

²¹⁵ F. Fimmanò, *Commento all'art. 67 bis*, in AAVV, *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Jorio, I, Bologna 2007, p. 1039; G. Terranova, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova, 2006, p.301, per il quale la delibera con la quale si istituisce il patrimonio destinato non può essere un'attribuzione gratuita "per il semplicissimo motivo che l'atto di destinazione è preordinato alla gestione di un affare, dal quale la società si prefigge di trarre un utile".

²¹⁶ Tribunale di Firenze 16 maggio 2013 respinge la domanda di nullità di un *trust* interno autodichiarato, da ritenere in via di principio legittimo, ma accoglie la domanda revocatoria dell'atto segregativo di beni immobili, posto in essere dal disponente su propri beni quando egli era indebitato verso gli attori in giudizio.

uno specifico affare²¹⁷, gli atti di destinazione ex art. 2645 ter cc²¹⁸, i quali non presuppongono un trasferimento dei beni a soggetti terzi.

Per distinguere la natura del *trust* a seconda della gratuità o onerosità dell'atto oggetto di revoca²¹⁹ bisogna necessariamente valutare l'intero negozio complesso e non il singolo atto revocato. Difatti, la causa è unica e, nonostante la pluralità degli strumenti utilizzati, atto istitutivo e atto di dotazione, le parti realizzano un assetto di interessi unitario ed inscindibile.

Dovrà pertanto farsi riferimento al rapporto tra disponente e beneficiari, coloro che riceveranno i vantaggi economici della operazione negoziale, che vantano una situazione giuridica attiva nei confronti del *trust* e che subiranno gli effetti negativi del vittorioso esperimento dell'azione. Ciò ha inoltre due corollari: è con riferimento a questi che deve essere valutata la consapevolezza del pregiudizio o della dolosa preordinazione ex art. 2901cc o il presupposto soggettivo richiesto dall'art. 67 l.fall., e, sotto il profilo processuale, il beneficiario dovrà essere chiamato in giudizio insieme al *trustee* ed al disponente, sussistendo un' ipotesi di litisconsorzio necessario²²⁰.

Nel *trust* a titolo oneroso è, inoltre, necessario considerare, ai fini della revocabilità o meno degli atti dispositivi, l'intero assetto di interessi, quale risultante dal collegamento tra il momento organizzativo e attuativo e dai rapporti tra disponente e beneficiario.

L'art. 67 l. f. distingue, infatti, due ipotesi: per le fattispecie contemplate nel I comma, si presume che il terzo conosca lo stato di insolvenza, mentre in quelle del

²¹⁷ F. Fimmanò, *L'insensibilità delle destinazioni patrimoniali al fallimento*, cit. p. 17 il quale osserva, “ *L'atto di pianificazione consiste nella individuazione dell'affare e nella delimitazione del suo ambito (Zuwendung), mentre è la coeva e/o successiva destinazione attributiva (Zwecksatzung) di beni e rapporti funzionalizzata all'esecuzione del programma (in cui rintrano tutti gli atti interpatrimoniali della società in direzione della cellula a dover essere valutata ai fini dell'esperimento di azioni revocatorieuna cosa è la delibera-programma ed altra cosa sono gli atti (coevi o meno) di destinazione cioè di funzionalizzazione di beni e rapporti all'affare e la conseguente opponibilità del vincolo*”.

²¹⁸ A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit. p. 271.

²¹⁹ A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit. p. 292; Id, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale ed azione revocatoria*, in *Contr. E impr.*, 2009, p. 448; G. Tucci, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, cit., p. 25.

²²⁰ M. Lupoi, *Profili processuali del trust*, in *T&AF*, 2009, p. 162; G. Tucci, *op.ul.cit.*, p. 35; G. Schiano di Pepe, *Trust di protezione patrimoniale e fallimento*, in *T & AF*, 2004, p. 220; Trib. Reggio Emilia ordinanza del 26 aprile 2012. Est. G. Fanticini, per cui *trustee* e beneficiari sono da considerarsi litisconsorti necessari; M. A. Lupoi, *Aggiungi un posto a tavola: azione revocatoria in ambito di trust e litisconsorzio necessario*, cit. p. 29.

Il comma, opera il normale regime dell'onere della prova, che rimane, quindi, a carico del curatore.

Nell'ambito della categoria rientrerebbero i *trusts* solutori costituiti per l'adempimento di un obbligazione²²¹, fattispecie nelle quali bisogna necessariamente far riferimento ai rapporti sottostanti tra disponente e beneficiari del *trust*²²² al fine di valutare il carattere lesivo ed abusivo.

L'adempimento in sé considerato, infatti, risulta un atto dovuto pertanto è un atto neutro, del quale non si può predicare né la gratuità né la onerosità ed²²³ in relazione al quale l'art. 2901 III co. cc esclude la revocabilità del pagamento del debito scaduto²²⁴, laddove l'art. 671.f. esonera i pagamenti dei debiti scaduti solo al ricorrere di determinate condizioni. Pertanto, oggetto di revocatoria potrebbe

²²¹ M. Lupoi, *I Trust nel diritto civile*, in Trattato di diritto civile, p. 234, secondo il quale, "l'istituzione di un trust può costituire l'adempimento di un obbligazione e quindi riferirsi ad un contratto fra il disponente e un terzo, che ponga a carico del disponente l'affidamento di certi beni ad un terzo quale trustee"; in giurisprudenza Trib. Alessandria, 24 novembre 2009: " Benchè dal punto di vista del disponente l'atto di trasferimento dei beni in trust abbia carattere gratuito, al fine di determinare la natura gratuita od onerosa di tale atto, occorre fare riferimento al rapporto tra disponente e destinatari, con la conseguenza che avrà natura liberale l'atto con il quale il disponente assoggetta determinati beni al trust con finalità liberali nei confronti dei beneficiari, mentre avrà natura onerosa l'atto con il quale i beni siano destinati all'adempimento di una obbligazione. Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto che avesse natura solutoria l'atto istitutivo di un trust finalizzato al superamento della crisi dell'impresa mediante la predisposizione di un piano ai sensi dell'art. 67, lett d) l. f., ma sul punto più ampiamente *infra*."

²²² G. Tucci, *op.ul.cit.*, p.37

²²³ R. Nicolò', *Della tutela dei diritti. Surrogatoria-Revocatoria*, in Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca, VI, Bologna- Roma, 1962, pag. 234; M. Giorgianni, voce: *Surrogatoria (Pagamento con)*, in *Nov. Dig. It. , sez. dir. civile* , XII, Torino, 1965; B. Quatraro- A. Fumagalli, *Revocatoria ordinaria e fallimentare e gli altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, I, Milano, 2002, pag. 145. In giurisprudenza, cfr. Cass., 21 luglio 2006, n. 16756, secondo la quale "l'adempimento di un debito scaduto non è, ai sensi dell'art. 2901, 3° comma, c.c., soggetto a revocazione e tale esenzione trova la sua ragione giustificatrice nella natura di atto dovuto della prestazione del debitore, una volta che si siano verificati gli effetti della mora di cui all'art. 1209c.c."; Cass., 25 novembre 2002, n. 16570; Cass., 5 agosto 1996, n. 7119. In particolare, Cass., 3 ottobre 1991, n. 11025 precisa che «il terzo comma dell'art. 2901 c.c. ... deve applicarsi a tutti gli atti compiuti in adempimento di un'obbligazione (atti dovuti), e, quindi, anche nei contratti conclusi in esecuzione di un preliminare o di un negozio fiduciario, perché manca in tale ipotesi quel fondamento di arbitrarietà della decisione dell'agente che costituisce l'elemento determinante del carattere dispositivo dell'atto soggetto a revocatoria»U. Natoli -L. Bigliazzi- Geri, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Milano, 1974, pag. 184, secondo i quali l'esenzione dei pagamenti dalla revocatoria si giustifica per il "carattere necessitato dell'atto", in modo che "l'accipiens non ha ricevuto che ciò a cui aveva diritto".

²²⁴ R. Niccolò, *Surrogatoria-revocatoria*, cit., p. 234; U. Natoli, voce: *Azione Revocatoria*, in *Enc. Dir.*, IV, Varese, 1959, p. 888; dubita del carattere della doverosità dell'adempimento P. Schlesinger, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv., dir., proc.*, 1995, p. 322: " il tentativo di spiegazione della norma con il carattere "dovuto " del pagamento non appare convincente, anche perché nella revocatoria fallimentare sono colpiti pure i debiti scaduti"

essere, ricorrendone i presupposti, proprio ed anche la fonte negoziale dell'obbligo unitamente al *trust* costituito per il suo adempimento²²⁵

Le considerazioni appena esposte non possono però ritenersi applicabili nelle ipotesi in cui la fonte dell'obbligo che si adempie attraverso il *trust* sia la legge. Non sarebbe possibile in tal caso revocare la fonte dell'obbligo e non lo sarà nemmeno il *trust* solutorio, se non per quella parte di beni che il creditore provi essere di gran lunga in eccesso e superiore rispetto all'entità del debito²²⁶.

Allo stesso modo nel caso di *trust* di garanzia²²⁷, usato in alternativa alle forme tradizionali di garanzia per superare il rigido formalismo che caratterizza il pegno e l'ipoteca²²⁸, bisogna ben valutare la fattispecie concreta²²⁹ e il titolo per cui la

²²⁵ A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., p. 316: "Può essere revocato il negozio che costituisce la fonte dell'obbligazione adempiuta, quando risulti fraudolento, e, insieme con esso, lo stesso atto di adempimento"; R. Nicolò, *Surrogatoria-revocatoria*, cit., p. 234; in tal senso, C. M. Bianca, *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 452; U. Natoli, *Azione revocatoria*, cit., pag. 895, per cui "lo stesso adempimento di debito scaduto potrebbe ... essere colpito con l'azione revocatoria, quando con questa si fosse preliminarmente colpito il negozio costitutivo del debito"

²²⁶ A. Morace Pinelli, *op. cit.*, p.317, G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 212;

²²⁷ In tale fattispecie il compito affidato al *trustee* è quello di garantire una obbligazione del disponente o preordinare lo stesso *trust* all'adempimento di una obbligazione, cfr. Trib. Bologna, 2 marzo 2010, relativo ad un *trust* a vantaggio di una procedura fallimentare; Trib. Prato 12 luglio 2006, in cui il Tribunale di Prato accoglieva l'azione revocatoria proposta da un Fallimento e per l'effetto condannava un istituto di credito alla restituzione di una ingente somma, oltre interessi e spese. Quest'ultimo, intendendo impugnare la pronuncia e contestandone in ogni caso la forza esecutiva, si è offerto di costituire in *trust* l'importo oggetto di revocatoria. Il Curatore aderisce alla richiesta e formula istanza al Tribunale affinché autorizzi la costituzione del *trust*. Il Tribunale di Prato autorizza il Curatore ad accettare la proposta; Trib. Alessandria, 24 novembre 2009; Trib. Milano sez Legnano, 8 gennaio 2009. In tema, M. Lupoi, *Trust e riflessi sul sistema delle garanzie*, in *il Fallimento*, 2002, p. 939, il quale enuclea una serie di esempi e ne enuncia i rispettivi vantaggi rispetto alla costituzione di una garanzia reale tipica; L. Salvatore, *L'utilizzazione del trust a servizio dell'impresa*, in *RN*, 2006, p.146, il quale osserva che la poliedricità del *trust* e il ruolo centrale che ricopre il *trustee* con gli obblighi fiduciari su di lui gravanti, rappresentano gli strumenti più adeguati a comporre la duplice esigenza di garantire il soddisfacimento del credito e alla stesso tempo di evitare di aggravare la posizione debitoria, senza incorrere nelle lungaggini delle dispendiose, lunghe e insoddisfacenti procedure espropriative, nel caso di pegno ed ipoteca.

²²⁸ G. Santo, *Trust e pegno rotativo*, in *T&AF*, 2000, p.322; Id, *Trust di strumenti finanziari in funzione di garanzia*, *ivi*, 2002, p. 128; E. Andreoli, *Il Trust nella prassi bancaria e finanziaria*, Padova, 1998, p. 232;; S. Maccarone, *Trust e garanzie bancarie*, in *ABI, Il trust nella operatività delle banche italiane*, Roma, 1998, p. 66; F. Maimeri, *Trust e Pegno rotativo*, relazione tenuta al Congresso Nazionale dell'associazione "Il Trust in Italia", tenutosi a Milano il 17-19 marzo 2002: "Il punto è che, con il possibile riconoscimento del trust a scopo di garanzia finisce per accrescersi il ruolo dell'autonomia privata in ambiti il cui governo, nel nostro sistema, è tradizionalmente riservato al legislatore: il riferimento va non solo alla prospettiva di un'erosione ulteriore del principio della *par condicio creditorum*, ma anche all'ampliamento delle ipotesi nelle quali la tutela del credito è attuata mediante la costituzione di garanzie di natura reale diverse dalle cause di prelezioni tipiche"; M. Bussani, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 189;

²²⁹ L' esame dei rispettivi interessi è fondamentale per stabilire la gratuità o l'onerosità del *trust* di garanzia, non potendo essere tale natura qualificata in astratto e a priori. Difatti, secondo alcuni orientamenti forniti dalla Suprema Corte, "la presunzione di onerosità della garanzia per debito altrui, se contestuale al credito garantito, prevista per la revocatoria ordinaria non è applicabile alla revocatoria

garanzia è stata prestata²³⁰, data la complessità della fattispecie negoziale del *trust* ed essendo particolarmente composito il fascio di interessi che con il *trust* di garanzia il disponente vuole perseguire.

Di talchè bisognerà valutare in concreto se un *trust* istituito con funzione di garanzia sia realmente annoverabile tra le garanzie atipiche²³¹. In via generale, infatti, a prescindere dallo scopo, ogni *trust* svolge necessariamente una funzione di garanzia in virtù dell'effetto separativo che produce nella sfera giuridica del *trustee*, determinando quella specializzazione della responsabilità patrimoniale che viene sempre più invocata dalla moderna realtà economica.

In caso di atti a titolo gratuito, alla luce sempre del rapporto tra disponente e beneficiari, l'atto è revocabile in via ordinaria ove sia riscontrata la *scientia damni* da parte del *settlor*, ed in via fallimentare l'atto sarà inefficace se posto in essere nel biennio antecedente la dichiarazione di fallimento ex art. 64 l.f. In tale ipotesi, risultano, pertanto, del tutto irrilevanti sia la condizione soggettiva delle parti che lo stato di insolvenza al momento di compimento dell'atto.

Nell'ipotesi in cui il *trust* sia istituito per fare fronte alla necessità della propria famiglia, si ritiene che non possano trovare applicazione le conclusioni cui dottrina e giurisprudenza sono giunte in tema di fondo patrimoniale regolato dall'art. 167 cod. civ.²³².

È noto che la Corte di Cassazione, a proposito del fondo patrimoniale, ne ha escluso l'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare, considerando che da parte

fallimentare, dovendo in tal caso il Giudice valutare in concreto se la garanzia sia prestata a titolo gratuito o a titolo oneroso, Cass. Civ. 28 maggio 1998, n. 1320. Le conseguenze di tale esame sono diverse a seconda della norma applicabile alla fattispecie (art. 64 ovvero art. 67 l. f.); F. Fimmano, *L'insensibilità delle destinazioni patrimoniali al fallimento*, cit.p. 22;

²³⁰ Osserva G. Tucci, op., ul., cit.p.39 che: "Con riferimento a tali figure di *trust* (di garanzia), che risultano naturalmente eterogenee tra loro per struttura e per contenuto, deve subito precisarsi che una meccanica trasposizione alle stesse della disciplina prevista per le cause di prelazione in sede di revocatoria ordinaria e fallimentare e della relativa interpretazione che di essa si è data, risulterebbe fuorviante"

²³¹ Osserva G. Tucci, op., ul., cit., p. 33 "Nella dialettica processuale tra curatela fallimentare e creditore garantito si tende spesso a configurare, soprattutto... con riferimento alle c.d. garanzie atipiche, come la cessione di crediti a scopo di garanzia e il mandato irrevocabile all'incasso, la concessione di garanzia come atto estintivo di debito pecuniario scaduto ed esigibile non effettuato con denaro o con altri mezzi normali di pagamento, previsto nel comma 2° dell'art. 67 l. fall. ed assoggettato ad una disciplina più rigorosa rispetto al n. 4 del comma 1°, per ciò che riguarda l'arco temporale del periodo sospetto, ed allo stesso comma 1° anche per ciò che riguarda la prova della conoscenza dello stato di insolvenza".

²³² G. Tucci, *Concorso dei creditori, trust e azione revocatoria*, cit., p. 37 il quale ammonisce che "... nell'ambito del giudizio revocatorio sarà sempre necessario ragionare in termini di *trust* e non in termini di istituti di diritto interno, che sono assimilabili al *trust*, in quanto, in maniera più o meno omogenea a quest'ultimo, realizzano l'effetto di segregazione di beni oggetto dell'atto di disposizione "; M. L. Cenni, *Trust e fondo patrimoniale*, in *T&AF*, 2001, p. 523.

dei genitori l'obbligo morale e giuridico di provvedere al sostentamento dei figli non deve essere necessariamente soddisfatto mediante la destinazione di beni in fondo e quindi non potrebbe ravvisarsi nell'atto un vero e proprio "adempimento" di un obbligo morale²³³.

Gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sono pacifici nel considerare l'attribuzione dei beni al fondo come atto a titolo gratuito, escludendo che esso possa considerarsi realizzato in virtù di un obbligo morale nei confronti dei propri familiari e che possa rientrare nella deroga di cui alla II parte dell'art. 64 l.f. Pertanto, l'atto di costituzione del fondo patrimoniale ex art. 167 cod. civ., compiuto dal fallito nel biennio anteriore al fallimento, in quanto a titolo gratuito, è inefficace ed è soggetto ad azione revocatoria da parte del curatore del fallimento, ex art. 64 l. f. e art. 66 l.f.²³⁴ se compiuti prima del biennio, atteso che esso impedirebbe che i beni compresi in tale patrimonio siano inclusi nella massa attiva.²³⁵

²³³ Cass. 18 settembre 1997, n. 9292.

²³⁴ Cass. 20 giugno 2010 n. 8379; Cass. 18 settembre 1997 n. 9292; Cass. 2 dicembre 1996 n. 10725; Cass. 28 novembre 1990 n. 11449, per le quali il fondo patrimoniale sarebbe irrevocabile e quindi opponibile al fallimento ex art. 46 l.f. solo se posto in essere in un periodo non sospetto sia in riferimento all'arco temporale di cui all'art 64 che all'art, 66 l.f. Esso altresì non rientrerebbe nell'eccezione prevista dall'art. 64 l.f. atteso che , secondo il ragionamento della corte, i coniugi non sono obbligati ad attendere all'obbligo di contribuzione ai bisogni della famiglia mediante tale strumento.

²³⁵ Cass. Civ. sez. III , sent. 22-03-2013 n. 7250; Trib. Milano, 12 giugno 2006, n. 5218; Cass., 23 marzo 2005, n. 6267; Cass., 8 settembre 2004, n. 18065, Mass. Giur. it., 2004, 880; F. Di Ciommo, *Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario*, in Foro it., 1999, I, p. 1470; L. Calvosa, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano, 2003, p. 75; G. Oppo, *Regimi patrimoniali della famiglia e fallimento del coniuge imprenditore*, in Commentario al diritto italiano della famiglia dir. da G.Cian- A. Trabucchi- G.Oppo, VI, 1 Padova, 1993, p. 34; C. M. Bianca, *Diritto civile. II. La famiglia- le successioni*, , Milano, 2001, p.138;

Tuttavia parte della dottrina non condivide tale tradizionale impostazione sulla gratuità ed inefficacia dell'atto istitutivo del Fondo che sarebbe scongiurata solo se l'attribuzione del bene in fondo sia avvenuta oltre l'intervallo temporale previsto dagli art. 64-66 l.f. cfr A. Morace Pinelli, *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, Milano, 2003, p, 306, il quale osserva che con il Fondo patrimoniale i coniugi assolvono proprio l'obbligo morale di contribuire ai bisogni della famiglia e la natura di tale atto non può che essere solutoria , quindi, né onerosa né gratuita. Esso è lo strumento elettivo per il mantenimento della famiglia. In secondo luogo se si accogliesse l'impostazione maggioritaria il fondo istituito dall'uno o dall'altro coniuge sarebbe sempre revocabile, perché se non compiuto nel biennio antecedente la dichiarazione di fallimento, scatterebbe poi il periodo di cui all. 69 l.f. che sottopone a revocatori gli atti gratuiti compiuti dai coniugi più di due anni prima la dichiarazione di fallimento ma durante l'esercizio dell'impresa. Difatti è inevitabile rinvenire nel fondo una struttura bilaterale, anche in assenza di trasferimento all'atro coniuge dell'atto istitutivo trattandosi di una convenzione matrimoniale. Pertanto la fattispecie in questione deve rientrare nell'eccezione di cui all'art. 64 l.f. per cui è revocabile solo se non proporzionata al patrimonio netto del fallito: "Ove invece, tale proporzione non sussista, non essendo l'attribuzione conforme al livello di vita della comunità anteriore al manifestarsi della crisi , e vi sia la

Tuttavia, le due fattispecie, *trust* e fondo, se pur preordinate al perseguimento delle medesime finalità, non sarebbero equiparabili. In primo luogo i beneficiari del fondo patrimoniale non sono titolari di posizioni giuridiche protette a differenza dei beneficiari di un *trust*²³⁶. Inoltre ai sensi dell'art 168 cc, i genitori rimangono proprietari dei beni e continuano a godere di tali beni, non gravando su di loro tutte le obbligazioni fiduciarie proprie del *trustee*; l'oggetto del fondo patrimoniale è limitato a determinati beni; l'operatività del fondo è subordinata alla sussistenza di una famiglia legittima ed alla vigenza del matrimonio, ai sensi dell'art. 171 cc, mentre il *trust* può operare anche in una famiglia di fatto e sopravvivere allo scioglimento del matrimonio; inoltre il meccanismo della separazione è imperfetto come emerge dall'art. 171 cc, a differenza di ciò che accade nel *trust*.

Non potrebbero quindi estendersi le conclusioni enucleate per il fondo patrimoniale al *trust*, il quale, se istituito per i bisogni della famiglia su di un compendio di beni proporzionato al patrimonio del disponente, in considerazione delle particolari finalità etiche o sociali che vengono perseguite, considerate prevalenti rispetto all'interesse di natura meramente patrimoniale dei creditori, il *trust* familiare rientrerebbe nella esenzione da revocatoria di cui all'art. 64 l.f.²³⁷

conoscenza della stato di insolvenza da parte del coniuge in bonis, l'atto dovrà essere considerato fraudolento e sarà, quindi, revocabile nella sua interezza, ai sensi dell'art. 69 l.f."

Ribadisce invero la gratuità del fondo patrimoniale e la inefficacia, senza eccezioni, nei confronti dei creditori concorsuali, evidenziando che con tale strumento "il rischio dell'attività di impresa da quest'ultimo esercitata finirebbe con il ricadere solo sui creditori" F. Fimmanò, *L'insensibilità delle destinazioni patrimoniali*, cit., p. 15 il quale opina: "La costituzione del fondo, non rappresenta infatti adempimento di un'obbligazione naturale, posto che non sussiste alcun obbligo normativo in tal senso, dovendo la convenzione familiare costituire effetto della manifestazione di volontà dei coniugi, ma atto a titolo gratuito mancando, nella fattispecie, una qualche controprestazione a favore dei costituenti. Tale inquadramento dell'atto costitutivo del fondo rende anche più agevole la proposizione dell'azione revocatoria ordinaria, in quanto il creditore non dovrà dimostrare che l'altro coniuge fosse consapevole del pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni creditorie"

²³⁶ M. Lupoi, *Le posizioni soggettive protette*, in T&AF, 2000, p. 159;

²³⁷ Sul punto cfr anche A. Morace Pinelli, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione*, cit., pp. 466, secondo il quale l'ultima parte dell'art. 64 l.f. risulta applicabile, in via analogica, anche nell'ipotesi della revocatoria ordinaria, poiché sono identiche le ragioni della scelta normativa, in entrambe le azioni. In generale L. Gatt, *La liberalità*, I, Torino 2002, p. 355; M. Sandulli, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, 1976, pp. 247- 249; L. Abete, *L'inefficacia degli atti a titolo gratuito*, Dir e giur., 1997, p. 3829.

2. IL *TRUST* ISTITUITO DALL'IMPRENDITORE INDIVIDUALE E COLLETTIVO: DIFFERENZE CON LE ALTRE DESTINAZIONI PATRIMONIALI TIPICHE; OPPONIBILITÀ DEL *TRUST* AL FALLIMENTO DELL'IMPRENDITORE DISPONENTE

L'effetto dell'istituzione di un *trust* è quello di tenere separato il compendio dei beni vincolato allo scopo dal restante patrimonio del soggetto *trustee*, in modo tale da rimanere insensibile alle vicende che riguardano il patrimonio personale e originario di questi. Ciò è strumentale alla effettiva realizzazione dell'interesse enucleato nell'atto istitutivo, atteso che il *settlor* avrà la certezza che i beni sono non solo affidati ad un soggetto di suo gradimento ma potranno essere impiegati solo per la finalità e con le modalità da lui indicate. Inoltre, egli limita il rischio dell'operazione al valore di esse, senza esporre tutto il suo patrimonio alle pretese creditorie nascenti dalla destinazione, soprattutto nel caso di *trust* auto dichiarato.

Sotto altro profilo i creditori di debiti contratti per attuare la destinazione avranno la contezza e la sicurezza che solo loro potranno soddisfarsi sui beni in *trust*, senza subire il concorso di altri creditori.

Il *trust fund*, dunque, non contribuirà a far parte della garanzia patrimoniale generica del *trustee*²³⁸ e di conseguenza su di esso non potranno soddisfarsi né in via cautelare, né in via esecutiva, i suoi creditori personali, ovvero quelli estranei alla destinazione. Secondo lo stesso principio, i beni in *trust* non formeranno oggetto del regime patrimoniale legale della famiglia del *trustee*, né cadranno in successione ereditaria, né saranno appresi alla massa attiva in caso di fallimento²³⁹.

Tale ultima conclusione vale anche nel caso di fallimento del disponente: il vincolo dei beni in *trust* è opponibile al fallimento successivo del *settlor* in virtù della sua rilevanza di limite alla responsabilità patrimoniale.

L'effetto separativo fa sì che i beni sono usciti dal patrimonio generale del *settlor* oggetto della garanzia patrimoniale generale ex art. 2740cc e ciò anche nel caso di

²³⁸ Ed è per tal motivo che i creditori personali del *trustee* non potranno mai esercitare un'azione revocatoria avente ad oggetto atti del *trustee* dispositivi dei beni che compongono il *trust*, atteso che essi non possono essere lesi da tali negozi.

²³⁹ L'effetto separativo è quello che, come si è visto nel capitolo precedente, costituisce una deroga al regime della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 cc ed un regime particolare di circolazione del bene.

trust auto dichiarato. Il fallimento del disponente rappresenta l'attuazione della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 cc, sostituendo alla esecuzione individuale una esecuzione concorsuale a favore degli stessi creditori che avrebbero potuto soddisfarsi sul patrimonio personale del proprio debitore poi fallito. Pertanto i beni che già prima della dichiarazione costituivano un patrimonio separato continuano a rimanere tali, essendo esclusi dall'attivo fallimentare che è finalizzato al soddisfacimento dei creditori generali del disponente e ha ad oggetto quei beni che costituivano la garanzia comune.

Avviene quindi quello che la legge fallimentare prescrive per il fondo patrimoniale e i patrimoni destinati ad uno specifico affare delle società per azioni: tali destinazioni patrimoniali sono insensibili al fallimento del soggetto che le ha poste in essere. Gli artt. 46 e 155 l.f., sanciscono, rispettivamente per il fondo patrimoniale e per i patrimoni destinati, che i relativi compendi patrimoniali non siano compresi nell'attivo fallimentare, in quanto beni destinati al soddisfacimento di particolari finalità e quindi patrimoni separati già quando il soggetto titolare era *in bonis*²⁴⁰.

Per quanto riguarda il fondo patrimoniale, l'imprenditore sottrae alcuni beni del proprio patrimonio generale, che costituisce la garanzia per i creditori dell'attività, per destinarlo non all'esercizio dell'impresa individuale ma alle esigenze della famiglia²⁴¹.

²⁴⁰ Cass. Sez. I, 22 gennaio 2010 n. 1112: "La disposizione contenuta nella l. fall., art. 46 n. 3, dettata nella vigenza del patrimonio familiare deve trovare applicazione anche con riferimento al nuovo istituto del fondo patrimoniale, ad esso succeduto (Cass., sez. I, 22 gennaio 2010 n. 1112). In tal senso depongono anche le seguenti considerazioni. Innanzitutto la giurisprudenza di legittimità, pur non avendo affrontato la questione dall'angolazione sopra indicata, ha escluso che i beni facenti parte del fondo patrimoniale, in quanto costituenti un patrimonio separato, siano compresi nel fallimento. Inoltre la modifica apportata alla l. fall., art. 46 n. 3, dal d.lg. n. 5 del 2006, con la quale fra l'altro il richiamo al patrimonio familiare è stato sostituito con quello relativo al fondo patrimoniale, indirettamente comprova che la mancata formalizzazione di un divieto di acquisizione da parte del fallimento di beni facenti parte del fondo patrimoniale fosse imputabile ad un difettoso coordinamento normativo determinato dalla successione di leggi nel tempo, anziché alla volontà del legislatore. Infine la previsione contenuta nella l. fall., art. 155, come modificato dal d.lg. n. 5 del 2006, che esclude l'acquisibilità al fallimento dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, conferma il principio della non confondibilità di beni deputati al soddisfacimento di specifiche esigenze secondo le modalità normativamente indicate, con gli altri beni dell'imprenditore fallito."

²⁴¹ Non costituendo causa di scioglimento del fondo, la procedura non potrebbe acquisire né la quota del coniuge *in bonis*, né la quota propria del fallito "ormai oggetto di una comunione indivisibile", così F. Fimmano, *L'insensibilità delle destinazioni patrimoniali al fallimento*, cit. p.14 il quale opina in tal senso dalla circostanza che l'art. 171 non richiama il fallimento tra le cause di cessazione del fondo come invece espressamente fa l'art. 191cc per le cause di scioglimento della comunione legale; G. De Ferra- L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento per il fallito artt. 42-50*, in Comm. Scialoja- Branca alla legge fallimentare, a cura di F. Bricola- F. Calgano- G. Santini, Bologna, 1986, p. 80. Tale soluzione è stata accolta anche in Giurisprudenza, Cass. Sez. I, 22 gennaio, 2010 n. 1112, che fonda la

Già prima della riforma del 2006²⁴² che ha modificato l'art. 46 l.f., la dottrina²⁴³ e la giurisprudenza²⁴⁴ predicavano la sua esclusione dal fallimento proprio sulla considerazione che il fondo era un'ipotesi legale di limitazione della responsabilità patrimoniale e sulla considerazione che proprio nella situazione di difficoltà economica del fallito rilevava la funzione dell'istituto volta al mantenimento del tenore di vita della famiglia, giustificando la permanenza del vincolo.

Nel caso dei patrimoni destinati, dal combinato disposto dell'art. 2447quinquies cc e 155 l.f. il vincolo di destinazione rende insensibili le masse patrimoniali su cui esso è impresso al fallimento della società gemmante. In proposito, anche per tale fattispecie, la dottrina aveva già prima della novella della legge fallimentare, rilevato che solo dall'impianto fiduciario poteva desumersi che l'insolvenza della società non comportasse il venir meno della separazione patrimoniale²⁴⁵

esclusione dei beni in fondo dalla massa fallimentare sul dato i beni del fondo sono nella proprietà esclusiva non solo del coniuge fallito ma anche del coniuge *in bonis*. Sulla struttura e funzione del Fondo patrimoniale cfr. Studio del Notariato n. 2384/11 *Obbligazioni familiari e fondo patrimoniale: i limiti all'esecuzione*, Approvato dalla Commissione Studi del Consiglio Nazionale del Notariato il 22 giugno 1999.

²⁴² La riforma a mezzo d.lgs. n. 5/2006 ha novellato l'art. 46 adeguandolo alla normativa in tema di regime patrimoniale della famiglia.

²⁴³ A. Morace Pinelli, *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, cit., p. 308; T. Auletta, *Il fondo patrimoniale*, AA.VV., *Il regime patrimoniale della famiglia* a cura di G. Bonolino- G. Cattaneo, Torino, 1997, p. 349; F. Fimmanò, *L'insensibilità delle destinazioni patrimoniali al fallimento*, cit., 14.

Secondo una impostazione dottrinale, invero, il fallimento costituirebbe causa di scioglimento del fondo, atteso che l'art. 171 u.co. rinvia, in caso di assenza di figli, alle cause di scioglimento della comunione legale, tra le quali è compreso il fallimento di uno dei coniugi. Pertanto i beni dovrebbero comunque essere appresi al fallimento cfr. G. Oppo, *Regimi patrimoniale*, cit., 14; Id, *In tema di autonomia del fondo patrimoniale*, in AA.VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1990, p. 327; M. Finocchiaro, *Diritto di Famiglia, Commento sistematico alla legge 19 maggio 1975, n. 151, I*, art. 1-89, Milano, 1984, p. 848.

Secondo un'altra opzione, invero, i beni del fondo dovrebbero essere comunque appresi al fallimento costituendo però una massa separata rispetto alla massa attiva fallimentare, destinata comunque al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, di tal che il vincolo destinatorio permanerebbe anche in sede fallimentare e i creditori della famiglia potrebbero anche insinuarsi al passivo generale, A. Bonsignori, *Aspetti sostanziali del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto civile* diretto da P. Rescigno, IV, Torino, 1983, p. 471; G. Cian - G. Casarotto, voce: *Fondo Patrimoniale della famiglia*, in *Nov. Dig. It. App.*, vol. III, Torino, 1982, p. 825; G. Gabrielli, voce: *Patrimonio Familiare e Fondo patrimoniale* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, p.306; F. Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, in AA.VV., *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1984, p.199; F. Galletta, *I regolamenti patrimoniali tra i coniugi*, Napoli, 1990, p. 147.

²⁴⁴ Cass. 28 novembre 1990 n. 11499: i beni del fondo sono caratterizzati "da una destinazione esclusiva a uno scopo dal quale non possono essere distolti, servendo alle necessità del nucleo familiare"; Cass. 20 giugno 2000 n. 8379 per cui i beni di cui al fondo patrimoniale "rappresentano un patrimonio separato, destinato al soddisfacimento di specifici scopi che prevalgono sulla funzione di garanzia per la generalità dei creditori"

²⁴⁵ A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, cit., p. 545; S. Vincre, *Patrimoni destinati e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2005, p. 126; D.

Se l'effetto separativo accomuna le due fattispecie nella loro opponibilità alla procedura concorsuale, tuttavia regole diverse sono previste per la amministrazione e gestione delle masse a seguito del fallimento.

Per quanto riguarda il fondo patrimoniale, i beni rimangono nella titolarità e amministrazione sia del coniuge in bonis che di quello fallito. Non così accade per il patrimonio destinato ad uno specifico affare, il quale pur non essendo appreso all'attivo fallimentare, viene tuttavia sottratto alla amministrazione e gestione degli amministratori della società titolare, a differenza dunque di quanto accade per il fallito titolare del fondo patrimoniale²⁴⁶.

Ai sensi dell'art. 155 l.f. il curatore si sostituisce agli organi della società per l'amministrazione del patrimonio e la sua gestione, garantendo la permanenza della destinazione all'affare e la separazione dello stesso dal restante patrimonio sociale da liquidare. Gli effetti di spossessamento e indisponibilità previsti dall'art 42. l.f. in via generale per tutti i beni del fallito, si producono anche nei confronti del compendio separato²⁴⁷, di talchè il curatore subentra agli amministratori nella gestione del patrimonio separato allo stesso modo in cui subentra agli amministratori nella gestione del patrimonio sociale, assicurando tuttavia la separazione delle masse e la incomunicabilità tra le stesse al fine di soddisfare le diverse classi di creditori.

Quindi, in tale ipotesi, un soggetto diverso da quello che ne ha la titolarità è designato dalla legge per la amministrazione del patrimonio separato e per realizzazione della destinazione. Difatti dapprima è il curatore a subentrare

Santosuosso, *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, in *Giur. Comm.*, p. 362; F. Terrusi, *I patrimoni delle s.p.a. destinati ad uno specifico affare: analisi della disciplina e verifica degli effetti*, Relazione tenuta al convegno Cesifin su *Riforma del diritto societario e riflessi sulle procedure concorsuali*, tenutosi a Lucca il 04 marzo 2004; F. Fimmanò, *La liquidazione delle cellule destinate alla luce della riforma del diritto fallimentare*, in *Società*, 2006, p.157; G. Giannelli, *I patrimoni destinati (commento agli artt. 2447-bis, ter, quater, quinquies,sexies, septies, octies, novies, decies c.c.)*, in *AA.VV.*, *La riforma delle società di capitali*. Commentario, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1272; G. Fauceglia, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Fallimento*, 2003, p. 809; A. Caiafa, *il patrimonio destinato: profili lavoristici e fallimentari*, in *Dir. fall.* , 2004, I, p. 692.

²⁴⁶ F. Fimmanò, *Commento agli artt. 155-156 l.f.*, in *AAVV, Il nuovo diritto fallimentare* , a cura di A. Jorio, Bologna, 2007, p. 2229; Id, *L'insensibilità delle destinazioni patrimoniali*, cit., p. 10.

²⁴⁷ Secondo un orientamento dottrinale il fallimento della società non comporterebbe, relativamente ai beni compresi nel patrimonio destinato, gli effetti di spossessamento previste dall'articolo 42 l.f. G. Giannelli, *I patrimoni destinati (commento agli artt. 2447-bis- decies c.c.)*, cit., p. 1272; un altro filone interpretativo ha invece affermato che la continuazione a cura degli organi sarebbe in linea di principio perseguibile, atteso che il fallimento non è più ricompreso tra le cause di scioglimento della società per azioni e, dunque, gli organi sociali continuerebbero a sussistere durante la procedura. A. Caiafa, *il patrimonio destinato: profili lavoristici e fallimentari*, cit., p.724.

dopodiché, ove sia possibile la cessione a terzi, sarà il cessionario del patrimonio, designato ai sensi dell'articolo 107 l.f. da parte del curatore,²⁴⁸ a proseguire nell'operazione.

La differenza tra le due ipotesi di destinazione patrimoniale, il fondo e il patrimonio destinato delle spa, in ordine alla individuazione del gestore in caso di fallimento del soggetto che li ha istituiti, riposerebbe sulla differenza qualitativa degli interessi perseguiti e sulla diversità del soggetto fallito.

Nel caso del fondo patrimoniale, l'esclusione dal fallimento dei beni ivi compresi è giustificata dalla particolare rilevanza e pregnanza dell'interesse alla salvaguardia delle esigenze familiari, le quali non possono essere post-poste alla regola della universalità del concorso. Si tratta infatti di finalità che da un lato esulano dall'oggetto dell'attività di impresa e dall'altro hanno anche un rilievo pubblicistico. Inoltre esse possono solo riguardare il fallito che sia imprenditore individuale.

Nel caso delle società per azioni, il legislatore se da un lato non ha previamente individuato l'interesse che giustifica la destinazione, tuttavia "lo specifico affare" che deve essere realizzato, ex art. 2447 bis, lett. A) cc, si riconnette necessariamente all'oggetto dell'attività di impresa. L'obiettivo è la funzionalizzazione dei beni, che rilevano non staticamente per la loro appartenenza all'organismo societario ma dinamicamente per la loro funzione produttiva²⁴⁹. I beni del patrimonio rilevano

²⁴⁸ Ritiene infatti parte della dottrina che la amministrazione dal parte del curatore sia necessariamente temporanea e strumentale al successivo destino del compendio separato. Essa è prevista medio tempore, nell'attesa che il patrimonio destinato venga ceduto a terzi per garantire la funzione produttiva, ovvero in alternativa venga liquidato. Pertanto si è opinato nel senso che la amministrazione da parte del curatore non contempli la continuazione dell'affare, atteso che il secondo comma rivolge al cessionario il compito di assicurare la redditività del patrimonio, cfr. A. Maffei Alberti, *Commento agli art. 2447 bis- 2447 decies*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A.Maffei Alberti, II, Padova, 2005, p. 1695; C. Comporti, *Commento all'art. 155 l.f.*, in AAVV, *La nuova legge fallimentare*, II cit., p. 959, il quale osserva che "In sostanza, l'amministrazione del patrimonio destinato prevista dall'art.in esame non deve essere interpretata o confusa con l'eventuale continuazione dell'esercizio dell'impresa ai sensi dell'art. 104l.f.". E' di tutt'altra opinione F. Fimmanò, *La liquidazione delle cellule destinate*, cit., p. 163, per il quale tra i compiti dell'amministratore ricompresi nella gestione del patrimonio rientrerebbe anche l'esercizio provvisorio dell'affare.

²⁴⁹ In dottrina c'è chi ha svalutato il carattere dinamico della destinazione patrimoniale evidenziando che l'intenzione del legislatore sarebbe stata solo quella di incentivare i finanziamenti con destinazione specifica al singolo affare, sottoponendo a garanzia non tutto il patrimonio sociale ma soltanto determinati beni, staticamente considerati cfr. P. Ferro Luzzi, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. Società*, 2002, p.130. Critica tale soluzione F. Di Sabato, *Sui patrimoni dedicati nella riforma societaria*, in *Società* 2002, p. 665, che osserva come a prescindere dall'apporto di risorse finanziarie da parte di terzi la società decide di utilizzare mezzi propri per la realizzazione dell'affare o di una specifica commessa nel caso soprattutto di "imprese multidivisionali"

per la loro capacità di produrre valore e non per la tipologia o qualità del soggetto titolare; alla relazione bene-soggetto si sostituisce la relazione bene-attività²⁵⁰.

Tale fattispecie è finalizzata a frazionare il rischio di impresa ed a ridurre i costi dell'attività²⁵¹ ed allo stesso tempo ad operare quella specializzazione della responsabilità patrimoniale invocata anche a livello comunitario, che rassicura gli investitori nella realizzazione del credito, destinando diversi compendi di beni a determinate classi di creditori²⁵².

Inoltre viene limitata alla società per azioni la costituzione di patrimoni destinati, ad un soggetto ovvero già dotato di autonomia patrimoniale perfetta, che limita ulteriormente la propria responsabilità.

Nel caso dell'imprenditore, invero, la limitazione di responsabilità viene realizzata da un soggetto che è esposto con tutto il suo patrimonio personale all'aggressione dei creditori, non essendo ipotizzabile la destinazione di un patrimonio all'attività di impresa da parte dell'imprenditore individuale.

Ci si potrebbe chiedere che cosa accadrebbe in caso di *trust* istituito dal disponente fallito in ordine alla amministrazione del *trust fund*, quale soluzione sia possibile adottare.

Occorre previamente distinguere l'ipotesi ordinaria di *trust* attributivo da quella di *trust* auto dichiarato. Ove il *trustee* sia soggetto diverso dal *settlor*, i beni escono definitivamente dal patrimonio del disponente, il quale quindi esce completamente di scena, senza aver alcun rilievo o potere nella realizzazione della destinazione ed i beni sono amministrati in funzione dello scopo da un altro soggetto, il *trustee*.

Nella seconda ipotesi invece si avrebbe una fattispecie destinataria non attributiva del tutto simile al caso del fondo patrimoniale e del patrimonio destinato ad uno specifico affare, in cui il vincolo è imposto dal soggetto titolare originario che

²⁵⁰ F. Fimmanò, *L'insensibilità delle destinazioni patrimoniali al fallimento*, cit., p. 3

²⁵¹ Dalla legge delega e dalla relazione allo schema di legge delega emerge l'intenzione di scoraggiare la costosa costituzione di una nuova società controllata e rendere possibile una più concreta tutela dei creditori connessi alla destinazione, i quali vengono resi edotti delle caratteristiche dell'affare e dei beni sui quali fanno di non subire il concorso di altri; cfr F. di Sabato, *Strumenti di partecipazione a specifici affari con patrimoni separati e obbligazioni sottoscritte dagli investitori finanziari*, in BBTC, II, 2004, p. 15: "alla separatezza di rischio corrisponde la separatezza dei risultati, creando un meccanismo interno alla società che eviti la complessità e maggiori costi di struttura per la costituzione di singole società controllate, ciascuna dedicata ad uno specifico affare".

²⁵² Cfr A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio*, cit., p. 547; P. Ferro Luzzi, *La disciplina dei patrimoni societari*, in Riv. Soc., 2005, p. 126; D. Santosuosso, *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, cit., p. 363;

rimane intestatario e amministratore dei beni ma in qualità di *trustee*. Nell'ipotesi di fallimento del disponente, essendo opponibile in ogni caso il vincolo sui beni al fallimento, bisognerebbe indagare su chi ricadrebbe il compito di amministrare i beni. Se cioè possa applicarsi la regola prevista nel caso del fondo patrimoniale o la regola prevista nel caso del fallimento della società gemmante.

All'uopo, risulta indispensabile, indagare la tipologia di interessi sottesi alla costituzione del *trust* che necessariamente risentono della tipologia del soggetto disponente, se imprenditore individuale o imprenditore collettivo.

Nel caso dell'imprenditore individuale, infatti, essendo l'imprenditore disponente persona fisica, possono ipotizzarsi destinazioni patrimoniali che esulino dall'attività di impresa e che riguardino aspetti della vita personale e familiare.

Nel caso di società, data la veste di persona giuridica, sarebbe difficile ipotizzare l'istituzione di un *trust* non finalizzato o connesso alle finalità d'impresa.

Nel caso dell'imprenditore individuale sarebbe valido ed ammissibile solo un *trust*, anche auto dichiarato, che persegua interessi meritevoli e che non attengano alla attività di impresa. Il *trust* o il fondo patrimoniale²⁵³ si traducono, infatti, in una sottrazione dei beni facenti parte del patrimonio personale dell'imprenditore che risponde dell'attività di impresa. In tanto può essere limitata la responsabilità dell'imprenditore in virtù di un negozio destinatario a patto che vengano non solo rispettate le condizioni e i requisiti della fattispecie enucleati nella precedente pagina, ma anche che lo scopo da perseguire non sia l'esercizio dell'impresa: il nostro ordinamento non prevede che l'imprenditore individuale possa destinare un patrimonio all'attività di impresa svolta, al quale limitare la responsabilità

²⁵³ Il *trust* rappresenta una tecnica di separazione patrimoniale più efficiente rispetto al fondo patrimoniale, in quanto realizza una separazione patrimoniale bilaterale, a differenza del fondo in cui l'effetto separativo è imperfetto e unilaterale. Difatti ai sensi dell'art. 170 cc i creditori della destinazione possono comunque aggredire il patrimonio personale del coniuge e l'esecuzione sui beni del fondo non è riservata solo ai creditori per obbligazioni connesse al mantenimento dei bisogni famiglia, ma anche per quei debiti estranei alla destinazione ove il creditore ignorasse che essi fossero stati contratti per esigenze estranee alla famiglia. Per questa ragione v'è chi ha osservato che non potrebbe parlarsi di una vera e propria separazione in mancanza di una norma che vincoli le due categorie di creditori ad agire rispettivamente sul patrimonio personale dei coniugi o sul fondo F. Santosuosso, *Delle persone e della famiglia*, in *Comm., cod. civ.*, Torino, I, III, 1984, p. 119.

patrimoniale separandolo dal patrimonio personale. Non è consentito all'imprenditore individuale di esercitare l'attività con responsabilità limitata²⁵⁴.

Tale possibilità è consentita dal nostro ordinamento solo ricorrendo al modello della società unipersonale, atteso che per l'imprenditore individuale l'unico strumento per derogare al principio della responsabilità patrimoniale generale di cui all'art. 2740 c.c. è costituito dallo schermo della personalità giuridica.

Il legislatore, ha, infatti, scelto di eseguire la XII direttiva CEE, sull'armonizzazione delle normative sulla responsabilità limitata dell'imprenditore individuale, ricorrendo al modello societario e introducendo la Srl uni-personale, ammettendo la Spa con un solo azionista ed infine, rispondendo alle esigenze dei traffici e del mercato, ha continuato nel solco della specializzazione della responsabilità patrimoniale con l'introduzione dei patrimoni destinati di cui all'art. 2447 bis cc²⁵⁵.

La scelta del legislatore di ricorrere alla fattispecie delle società unipersonali per realizzare la limitazione della responsabilità è giustificata dall'adozione delle cautele e delle garanzie tipiche dello schermo societario: l'integrale versamento dei conferimenti in danaro e l'adempimento di precisi oneri pubblicitari²⁵⁶.

²⁵⁴ F. Fimmanò, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nelle società per azioni*, Milano, 2008, p. 50; A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio*, cit., p. 542; R. Weigmann, *L'impresa individuale a responsabilità limitata*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1999, 201.; A. Grisoli, *Le società con un solo socio*, Padova, 1971; Id., *Unipersonalità, patrimonio separato, impresa individuale a responsabilità limitata e problemi affini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 286.

²⁵⁵ Nell'ambito dell'attività di impresa, osserva F. Fimmanò, *L'insensibilità delle destinazioni patrimoniali al fallimento*, cit., p. 5: "la specializzazione...acquista dignità di tutela là dove inserita entro il limite attraverso il quale l'ordinamento consente l'esercizio dell'attività d'impresa con limitazione della responsabilità. Questo limite è rappresentato dal divieto di esercizio formale dell'attività d'impresa individuale a responsabilità limitata, ossia di un modello distinto rispetto a quelli che prevedono la creazione della persona giuridica"

²⁵⁶ La XII direttiva all'art. 7 lasciava impregiudicata la possibilità degli stati membri di poter ricorrere, in modo alternativo alla costituzione della società uni personale, anche alla figura del patrimonio separato destinato all'impresa, su cui C. Ibba, *La S.r.l. uni personale fra alterità soggettiva e separazione patrimoniale*, in *Studi in Onore di P. Rescigno*, vol IV, 3, *Impresa, società e lavoro*, Milano, 1998, p.249, ma la scelta del legislatore è stata di intervenire su una fattispecie già nota e di emendare alcune norme sulla Srl; sul punto osserva A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio*, cit., p. 547: "il sistema italiano - e così anche gli altri ordinamenti europei, con la significativa eccezione del Portogallo, ove ora i due istituti convivono - si è indirizzato allo strumento societario, dimostrando implicitamente la forza del principio dell'unità del patrimonio e, insieme, la problematica introduzione d'una fattispecie generale del patrimonio separato quale forma d'esercizio dell'impresa. "; in tal senso anche F. Fimmanò, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, cit. p. 49; L. Calvosa, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano, 2003, p. 74, che evidenzia come anche in quegli ordinamenti - come quello portoghese - in cui il fenomeno dell'impresa individuale a responsabilità limitata non societaria è ammesso vigono regole analoghe. Il decreto n. 248 del 25 agosto 1986, nell'introdurre in Portogallo l'impresa individuale a responsabilità limitata, ha fissato disposizioni particolarmente rigorose sulla formazione del capitale dell'impresa, sull'autonomia patrimoniale dei beni destinati all'esercizio della stessa, sull'effettiva separazione del patrimonio personale da quello dell'impresa,

Essendo l'imprenditore personalmente responsabile con tutto il suo patrimonio per l'attività di impresa, non sarebbe possibile ipotizzare il conferimento in *trust* di parte di beni aziendali per la gestione di un ramo d'azienda, né il conferimento in *trust* di beni personali per finalità non meritevoli di tutela, atteso che per i motivi innanzi esposti l'imprenditore realizzerebbe una illecita diminuzione della responsabilità patrimoniale²⁵⁷.

Nel caso delle società, l'istituzione di un *trust* desta talune perplessità, legate alla circostanza che il codice civile, con la riforma del 2003, ha espressamente previsto per le sole spa il ricorso ai patrimoni destinati. Questa scelta legislativa potrebbe interpretarsi quale unica modalità lecita ed ammissibile di separazione patrimoniale da parte di società, con conseguente impossibilità di istituire il *trust*.

Certamente, quella dei patrimoni separati è tra le fattispecie destinatorie tipiche che ha maggiori tratti in comune con il *trust*²⁵⁸, realizzando entrambe una separazione bilaterale delle masse patrimoniali, su ciascuna delle quali si può soddisfare una determinata classe di creditori. All'indomani della legge delega la dottrina opinava nel senso che il legislatore offriva un modello generale per le società di capitali di destinazione patrimoniale per la realizzazione di uno specifico affare²⁵⁹.

sulla pubblicità degli atti della medesima e sulla tenuta di una contabilità idonea a rilevare annualmente, con esattezza e verità, i risultati della gestione. Si tratta di norme dettate, in sostanza, a tutela dell'interesse dei terzi che entrano in contatto con l'impresa: i creditori d'impresa perdono il diritto di poter escutere l'intero patrimonio dell'imprenditore, ma ottengono in cambio il diritto a che i beni investiti nell'impresa siano rigorosamente destinati al pagamento dei debiti d'impresa.

²⁵⁷ Cfr. M. Bianca, *Vincoli*, cit., p. 67: " Il modello delle società unipersonali è l'unico strumento che consente attraverso lo schermo societario di limitare la responsabilità imprenditoriale "

²⁵⁸ C. Rabitti Bedogni, *Patrimoni dedicati*, in RN, 2002, p. 1121, il quale in riferimento all'art 4 co. 4 della legge delega n. 366/2001 per la riforma del diritto societario osservava che " la fattispecie in esame, presenta taluni elementi di similitudine con il trust, soprattutto con riferimento a determinati effetti che si propone di conseguire con l'istituzione di un trust. In tale ottica, lo strumento di cui, con la riforma in corso, verrà a dotarsi il diritto societario, potrebbe forse risultare utile per realizzare alcune funzioni che assorbe il trust in altri ordinamenti ";

²⁵⁹ C. Comporti, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in AA.VV., *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli- V. Santoro, II, Torino, 2003, p.957, che pone in evidenza come l'essenza della fattispecie riposi sulla funzionalizzazione oggettiva delle risorse produttive, avendo il legislatore superato il dogma della inammissibilità di un'impresa come patrimonio separato distinto dal patrimonio civile; L. Salamone, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., p. 16, pone in evidenza che nella previsione della legge delega il legislatore abbia voluto "generalizzare la portata e soprattutto, l'accessibilità all'autonomia privata di questa tecnica di separazione patrimoniale"; nello stesso senso A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio*, cit., p. 547, ponendo l'accento sulla scelta del legislatore di ritornare alla tecnica della codificazione in luogo del ricorso alla legislazione speciale per la introduzione di fattispecie separatorie osserva che "il patrimonio dedicato codifica un regime generale della separazione patrimoniale, seppure agganciato alla fattispecie societaria, atteso che non

Tuttavia, all'indomani del d. lgs. n. 6/03 potrebbe opinarsi nel senso che l'ordinamento imponga necessariamente la forma della società di capitali per la costituzione di patrimoni separati, con conseguente limitazione della responsabilità solo laddove si intenda svolgere attività di impresa di cui all'oggetto sociale²⁶⁰. Soltanto in tale prospettiva avrebbe previsto quale forma di limitazione di responsabilità "endosocietaria" la costituzione di patrimoni destinati che consenta il risparmio dei costi nascenti dalla costituzione di una nuova società.

Pertanto, la società potrebbe istituire un *trust* solo per finalità diverse dalla realizzazione di un'operazione economica rientrante nell'oggetto sociale purchè ovviamente meritevoli di tutela ²⁶¹.

Pertanto, risolta la preliminare questione intorno alla possibilità ed ai limiti per l'imprenditore individuale e collettivo di istituire un *trust*, in caso di fallimento dell'imprenditore persona fisica e di *trust* auto dichiarato questi potrà continuare a gestire i beni in *trust*.

Nel caso delle società il fallimento non è più causa di scioglimento ai sensi del nuovo art. 2484 cc²⁶², pertanto anche in tal caso, attesa la finalità del *trust* non rientrante nell'attività di essa o di un ramo di essa, potrebbe accogliersi la stessa conclusione.

presuppone una operazione economica tipizzata (rilevando, quale elemento della fattispecie, sulla specificità dell'affare programmato) "

²⁶⁰ Il riferimento alla operazione economica è contenuto nella Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 , in *Riv. Soc.* , 2003, p. 112.. Per alcuni , l'affare non può coincidere con una nuova attività, P. Ferro Luzzi, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. Società*, 2002, p.121, per il quale l'affare "non debba essere nuovo, né per qualità né nel senso allora oggettivo , come operatività da iniziare ex novo, ben potendo consistere nello sviluppo di un settore di attività già in essere ". Altri ritengono che alla locuzione "specifico affare", debba essere attribuito un significato più esteso, nel senso che il riferimento dovrebbe essere non alla singola operazione economica , ma all'attività di impresa, cfr. R. Lenzi, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *RN*, 2003, I, p. 543, per il quale il significato sarebbe " riferibile anche ad un ramo dell'attività di impresa svolta dalla società, con gli unici limiti sul piano qualitativo, della ricomprensione nell'ambito di operatività dell'oggetto sociale e dell'esclusione delle attività riservate in base a leggi speciali".

²⁶¹Secondo un tesi dottrinale , D. Muritano, *Note sul trust istituito da imprese in crisi (in funzione liquidatoria)*, cit., p. 5 "Si potrebbe ulteriormente sostenere che, ammessa l'istituzione di un trust da parte di società di capitali e ammesso che l'istituto dei patrimoni destinati non debba essere interpretato quale "filtro" l'atto istitutivo del trust non potrebbe contenere clausole in conflitto con le norme imperative in materia di patrimoni destinati", rispettando così tutti i requisiti procedurali e sostanziale di cui agli artt. 2447 bis cc e seguenti.

²⁶² A. Caiafa , *il patrimonio destinato: profili lavoristici e fallimentari*, cit.,p. 692

3. UNA PARTICOLARE TIPOLOGIA DI TRUST ISTITUITO DALL'IMPREDITORE: IL TRUST LIQUIDATORIO; DIFFERENZE CON LE ALTRE FATTISPECIE DI PATRIMONI DESTINATI ALLA LIQUIDAZIONE PER IL SODDISFACIMENTO DEI CREDITORI

Nell'ambito delle numerose finalità che può perseguire la fattispecie in esame particolare rilievo ha il *trust* liquidatorio, con il quale il disponente attribuisce al *trustee* un patrimonio con lo scopo di liquidarlo e soddisfare i propri creditori con il ricavato della liquidazione.

Tale fattispecie rientrerebbe nella categoria delle destinazioni alla liquidazione²⁶³, nella quale confluirebbero tutte quelle fattispecie accomunate dal vincolo impresso su di un compendio di beni per lo scopo liquidatorio, rendendo inopponibili ai i creditori del debitore, individuati quali beneficiari, gli eventuali atti dispositivi compiuti in violazione dello scopo. Categoria nella quale la dottrina farebbe rientrare anche le altre cessioni liquidative quali la cessione dei beni ai creditori ed il fallimento²⁶⁴.

²⁶³ M. Spinelli. *Il negozio di destinazione alla liquidazione*, in *Riv. Tr. Dir. proc.*, 1960, p.57; Id, *Le cessioni liquidative*, Napoli, 1962, p. 280, il quale ravvisa nella destinazione al soddisfacimento dei creditori l'elemento che caratterizza una categoria di negozi di destinazione contrapposti a quelli di attribuzione; M. Spinelli- L. Barbiera, *I negozi di destinazione alla liquidazione*, Napoli, 1999, p.244; A. De Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, p. 85; G. Iudica, *Cessione dei beni ai creditori*, in *Dig. Disc. Priv. sez.civ.*, vol.II, Torino, 1988, p.279; F.Vassalli, *La cessione dei beni ai creditori*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, XIII, Torino, 1985, pp. 397; C.M. Bianca, *Diritto Civile -IV - L'obbligazione*, Milano, 1993, p 548, il quale fa rientrare nel novero delle cessioni negoziali la *cessio bonorum*, la cessione in pagamento ed il mandato ad incassare; S. Pugliatti, *La "cessio bonorum" e la realizzazione dei diritti di credito*, in *Diritto Civile. Metodo-teoria-pratica. Saggi*, Milano, 1951, p.952, il quale distingue tra liquidazioni volontarie e liquidazioni coattive.

Ci si riporta inoltre a quanto osservato nel I capitolo in ordine ai primi approcci della dottrina italiana sul tema dei patrimoni separati che ravvisava le caratteristiche della figura proprio nella la funzione liquidatoria nei confronti di una categoria di creditori e l'assoluta insensibilità alle vicende del patrimonio originario o generale del titolare. Per una parte della dottrina, G. Bonelli, *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, Vol. VI e vol. VII, 1889, p.1, il patrimonio destinato alla liquidazione era considerato patrimonio - persona giuridica, attesa la sua impostazione di considerare la destinazione come strumento di imputazione dei beni e dunque tecnica di soggettivizzazione giuridica delle masse dotate di autonomia patrimoniale, cfr Id, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, p.593. Tale teoria (cd. soggettivistica) della destinazione e separazione patrimoniale si contrapponeva alla teoria (cd. oggettivistica) di altra parte della dottrina di inizio secolo F. Ferrara Sr, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir.civ.*, 1910, p.785, il quale individuava nella destinazione un regime di articolazione del patrimonio, evidenziando il concetto di funzionalità del bene ad uno scopo.

²⁶⁴ C.M. Bianca, *Diritto Civile -IV. L'obbligazione*, cit., p 548; S. Pugliatti, *La "cessio bonorum" e la realizzazione dei diritti di credito*, in *Diritto Civile. Metodo-teoria-pratica. Saggi*, cit.,p.952.

La *cessio bonorum* di cui all'art 1987cc e la massa fallimentare rappresentano delle ipotesi di destinazioni alla liquidazioni, in quanto come accade nel *trust*, esse hanno ad oggetto un compendio di beni sui quali è impresso un vincolo destinatorio per il soddisfacimento della ragioni dei creditori del debitore o dei creditori del fallito ammessi al concorso²⁶⁵. Anche in queste fattispecie vige un particolare regime di amministrazione e indisponibilità da parte del debitore dei beni, oggetto della cessione o ricompresi nell'attivo fallimentare, che ha spinto parte della dottrina ad annoverare tali fattispecie nella categorie dei patrimoni separati.

Per quanto riguarda il fallimento, lo spossessamento, la perdita del potere gestorio e l'inefficacia nei confronti dei creditori degli atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento discendono dal combinato disposto degli artt. 42 e 44 l.f., che sanciscono gli effetti del fallimento nella sfera patrimoniale del fallito.

Nel caso della cessione dei beni è l'art. 1970 cc che attribuisce l'amministrazione dei beni ai creditori - cessionari, mentre l'art 1980 I co. cc prevede che il debitore non possa compiere atti dispositivi sul compendio ceduto. Anche in tale fattispecie, come nel caso del fallimento, la violazione del divieto da parte del cedente comporta solo l'inopponibilità dell'atto ai creditori, o la risoluzione del contratto: l'atto dispositivo, di per sé valido sarà inefficace per i cessionari, sempre che abbiano adempiuto le dovute formalità pubblicitarie. La cessione, quando abbia ad oggetto beni immobili o mobili registrati deve essere trascritta, ex art 2649 cc I co., in modo da individuare nell'antiorità della trascrizione la regola per la soluzione del conflitto tra eventuali terzi acquirenti e i creditori. Difatti, il II co. dell'art. 2649 cc sancisce che è inopponibile ai creditori qualsiasi atto dispositivo che sia trascritto o iscritto contro il debitore dopo la trascrizione della cessione²⁶⁶.

Nel caso della procedura fallimentare, si è argomentato²⁶⁷ sulla configurazione della massa dell'attivo quale patrimonio separato rispetto a quello generale del debitore,

²⁶⁵ C. Motti, *La struttura dell'attivo*, in AAVV, *Diritto Fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2013, p. 223;

²⁶⁶ F. Gazzoni, *La trascrizione, II*, in AAVV, *Commentario al codice civile*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1993, p. 183

²⁶⁷ Considerano le procedure concorsuali quali ipotesi di patrimoni separati A. De Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, p. 62-165, il quale considera il patrimonio fallimentare separato rispetto alle generalità patrimonio del debitore fallito; Id, *Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallito e rispetto ai creditori*, in *Riv. Dir. pr.*, 1946, II, p. 95; F. Ferrara Jr, *Il fallimento*, Milano, 1959, p.199 ss; F. Ferrara-A.Borgioli, *Il Fallimento*, Milano, 1995, p.317; N. Jaeger, *Il fallimento e le altre forme di tutela giurisdizionale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da

sulla scorta dell'articolo 46 l.f. che esclude dalla massa fallimentare una serie di beni per la particolare destinazione alla cura personale del fallito e della sua famiglia. Ma è stato osservato che di patrimonio separato può parlarsi proprio e solo con riferimento ai beni compresi nell'articolo 46 l.f.. I termini della questione sono invertiti: sono i beni personali, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i beni per il sostentamento del fallito e della sua famiglia che devono essere qualificati come patrimonio separato²⁶⁸. L'insensibilità della massa fallimentare rispetto alle obbligazioni sorte dopo la dichiarazione di fallimento non rappresenta una eccezione alla regola della responsabilità patrimoniale, ma ne rappresenterebbe proprio l'attuazione. L'attivo fallimentare è proprio destinato alla realizzazione del credito è la concretizzazione della garanzia patrimoniale, non la sottrazione a tale regola. Il regime di indisponibilità crea solo un *discrimen* temporale e non qualitativo del credito, creando una graduazione temporale degli interessi dello stesso ceto creditorio²⁶⁹.

Per quanto riguarda la cessione dei beni ai creditori, nonostante la medesima finalità liquidatoria e l'indisponibilità dei beni da parte del cedente, la fattispecie in ogni caso non potrebbe dar luogo ad un ipotesi di patrimonio separato alla stregua del *trust*²⁷⁰.

G. Grosso e F. Santoro Pasarelli, Milano, 1964, p.127; A. Bonsignori, *Del concordato preventivo*, (art. 160-186), in *Comm. Legge fallimentare* Scialoja-Branca, , Roma, 1979, p. 192.

²⁶⁸ M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati* , cit., p. 60, “ la regola dell'inefficacia rispetto ai creditori dei pagamenti eseguiti dal fallito e delle obbligazioni assunte dopo la dichiarazione di fallimento non esprime un'oggettiva sottrazione di tali beni alla responsabilità patrimoniale, ma una regola che incide relativamente ad una categoria di creditori, i quali hanno sempre diritto di soddisfarsi su patrimonio del fallito, seppur in via subordinata rispetto ai creditori anteriori”; L. Bigliuzzi- Geri, voce *Patrimonio autonomo e patrimonio separato*, cit.,p. 292 la quale afferma che può parlarsi di patrimonio separato solo in quelle fattispecie in cui vi è sottrazione di beni alla regola della responsabilità patrimoniale; in tal senso anche A. Morace Pinelli, *Interesse della famiglia e tutela dei creditori* cit., p. 306; F. Fimmanò , *L'insensibilità delle destinazioni patrimoniali*, cit., p. 2.

Parte della dottrina ha invocato anche la figura del patrimonio autonomo per qualificare l'esercizio provvisorio dell'impresa cfr G. Oppo, *In tema di esercizio dell'impresa nel fallimento*, Recensione a G.C. M. Rivolta, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 740, ora in *Diritto dell'impresa, Scritti giuridici*, I, Padova, 1992, p. 495, secondo il quale non si avrebbe più imputazione soggettiva dell'impresa una volta che il titolare della stessa sia fallito e, pertanto , l'impresa non è imputabile a questi ma al patrimonio resosi autonomo. Secondo M. Bianca, *Vincoli*, cit., p. 66, l'uso di tale soluzione per qualificare l'esercizio dell'impresa senza imprenditore, risulterebbe adeguato se “ per autonomia si intende non una graduazione della separazione ma una particolare disciplina che interessa la gestione e l'organizzazione quali strumenti attuativi di una certa destinazione impressa ad una data massa patrimoniale”

²⁶⁹ M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati* , cit., p. 62

²⁷⁰ Ritengono che la cessione dei beni integri una fattispecie di patrimonio separato F. Carresi, *Cessione dei beni ai creditori* , in *Riv.dir. comm.* , 1947, p. I 147; A. Candian, *Sulla Cessione dei beni ai creditori*, in *Dir. fall.*, 1943, I, p.16; G. Donadio, *I patrimoni separati*, cit., p.147; C. Funaioli, *Deposito-*

Ragionando negli stessi termini, con il contratto di cessione dei beni ai creditori, si attua la garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 cc: il debitore vuole soddisfare i suoi creditori ed, offrendo il suo patrimonio, non fa altro che rafforzare il credito, mostrando la volontà di evitare il pericolo di una elisione della garanzia patrimoniale.²⁷¹ Il debitore vuole proprio soddisfare i suoi creditori pertanto non può non evidenziarsi la causa solutoria del contratto in questione²⁷².

Tale considerazione, unitamente a alla disposizione di cui all'art. 1980 II co cc, impediscono di considerare i beni oggetto della cessione quale patrimonio separato.²⁷³ Difatti ai sensi del citato articolo i creditori che non abbiano partecipato alla cessione possono comunque agire in via cautelare o esecutiva su tali beni non verificandosi pertanto quella separazione patrimoniale che invece caratterizza il *trust*. Essi potranno agire per il soddisfacimento del loro credito trascrivendo l'atto di pignoramento sui beni ceduti anche dopo la trascrizione della cessione. La trascrizione della cessione garantisce l'indisponibilità dei beni ceduti, nel senso visto di inopponibilità del titolo, ma non anche l'inespropriabilità di tali beni da parte dei creditori antecedenti e che non hanno aderito al contratto.

Sequestro convenzionale- Cessione di beni ai creditori, Milano, 1961, p. 116; di contrario avviso S. Sotgia, *Cessione di beni ai creditori*, in *Riv. Dir. comm.*, 1946, II, p.207; F. Salvi, *Della cessione dei beni ai creditori (art. 1977- 1986)*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja- Branca, Roma, 1974, p. 303.

²⁷¹ R. Miccio, voce: *Cessione dei beni ai creditori*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 839, per il quale, in riferimento allo scopo del negozio in questione è da evidenziarsi anche una *causa cavendi*: "La garanzia che, ne costituisce lo scopo, ha certamente un'efficacia più attenuata delle garanzie tipiche, sia reali sia personali, ma i limiti particolari di tale efficacia non sono sufficienti ad escludere che detta garanzia caratterizzi l'aspetto funzionale del negozio"; ritiene A. Castana, *La cessione di beni ai creditori nelle diverse fattispecie*, Milano, 1957, p. 186, che "la cessione di cui all'art. 1977cc abbia una funzione tipicamente soddisfattoria, e sia un mezzo di estinzione dell'obbligazione cui si riferisce, essa non potrebbe avere altro scopo che soddisfare il credito"; per E. Betti, *La natura della cessione di beni ai creditori*, cit., p. 304, la funzione della cessione rilevarebbe sul piano processuale e non sostanziale, ovvero i creditori opterebbero d'accordo con il loro debitore per un mezzo di realizzazione del credito diverso dalle ordinari vie giurisdizionali, appunto mediante la cessione dei beni da liquidare. Il negozio sarebbe un mezzo di autotutela privato, con il quale procedere ad una liquidazione volontaria in luogo di una procedura esecutiva.

²⁷² C. M. Bianca, *Diritto Civile. IV. - L'Obbligazione*, cit., p. 449; F. Salvi, *La cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1947, p.5.

²⁷³ Le stesse conclusioni in ordine alla non configurabilità di un ipotesi di separazione patrimoniale valgono anche per un'altra ipotesi di cessione dei beni: quella prevista all'art. 512 cc, la *cessio bonorum* a favore dei creditori del *de cuius*. L'erede infatti non dà luogo ad un regime diverso dei beni caduti in eredità rispetto al patrimonio generale, provocando solo una preferenza a favore dei creditori del *de cuius*, collocati in precedenza rispetto agli altri, cfr L. Bigliazzi -Geri, voce: *Patrimonio autonomo e separato*, cit. 296

Nel *trust* invero, la separazione patrimoniale che si produce è opponibile ai creditori antecedenti, ove questi non abbiano trascritto il pignoramento prima della trascrizione del vincolo destinatorio e a tutti quelli estranei alla destinazione.

Altre differenze tra *trust* cessione dei beni ai creditori, che unitamente a quelle già considerate secondo parte della dottrina hanno decretato la scarsa fortuna del secondo²⁷⁴, attengono alla struttura delle due fattispecie.

Il *trust* è un rapporto che da luogo ad una particolare forma di appartenenza, collocandosi, nell'esperienza giuridica in cui ha trovato i natali, al confine tra l'area del contratto e quella della *real property*. La cessione dei beni ai creditori è invero un contratto tra debitore e creditori, quindi tra soggetti qualificati in quanto la fattispecie richiede necessariamente la veste di debitore in colui che trasferisce i beni a vantaggio dei propri creditori. Il *trust* liquidatorio potrebbe invece avere ad oggetto anche l'apporto di beni di terzi non debitori.

Secondo la maggior parte della dottrina il contratto di cessione rientrerebbe nell'area del mandato, in particolare esso sarebbe un mandato irrevocabile *in rem propriam*²⁷⁵. Di tal che nessun effetto traslativo si produce a favore dei creditori. Nella istituzione del *trust*, invece, si trasferisce la titolarità dei beni dal debitore disponente al *trustee*, affidandogli il compito di liquidare e soddisfare i creditori. Da ciò derivano due corollari: in primo luogo i creditori nella cessione dei beni sono parti contrattuali, mentre nel *trust* non partecipano alla formazione della fattispecie e la loro volontà è ininfluyente ai fini del suo perfezionamento. In secondo luogo l'attività di gestione ed amministrazione dei beni necessaria per effettuare la liquidazione a favore dei creditori è rimessa ad un terzo, il *trustee*, scelto però dal disponente sulla scorta di particolari qualità e sulla base un rapporto fiduciario, laddove nel contratto di cessione sono i creditori che hanno l'obbligo di gestire e liquidare, essi agiscono quali mandatari con tutti gli oneri e le responsabilità derivanti da tale incarico.

La peculiarità del *trust* liquidatorio sta nella circostanza che i creditori originari e personali del *settlor*, i soggetti ovvero che potenzialmente potrebbero subire una diminuzione della garanzia patrimoniale, sono nel contempo coloro che traggono i benefici dall'apposizione del vincolo destinatorio. La particolare posizione rivestita

²⁷⁴ M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2010, p. 313

²⁷⁵ Per tutti C.M. Bianca, op.ul.cit., p.449; R. Miccio, op.ul.cit., p.899; F. Salvi, op.ul., cit. p. 5

non consente comunque di assegnare loro un ruolo ai fini del perfezionamento della fattispecie, che rimane quella di un negozio complesso, in cui non costituisce elemento dell'atto istitutivo la volontà del beneficiario²⁷⁶, salva la possibilità di rifiutarne gli effetti favorevoli, in ossequio al principio di intangibilità della sfera giuridica altrui²⁷⁷.

Nella prassi commerciale si è riscontrato un frequente ricorso alla fattispecie del *trust* liquidatorio da parte dell'imprenditore, sia individuale che collettivo, o anche da parte dei soci o di terzi al fine di liquidare i beni in esso segregati per ridurre l'esposizione debitoria dell'impresa e soddisfare alcuni o tutti debitori.

La destinazione alla liquidazione alla luce delle considerazioni appena esposte risulterebbe pertanto essere meritevole di tutela: risulta essere in comune, sia alla atipica fattispecie del *trust* che a quelle positivizzate appena evidenziate, che l'operazione negoziale mira al soddisfacimento degli interessi dei creditori e non ad una loro frustrazione.

Nel caso di *trust* liquidatorio di una parte dei beni istituito dall'imprenditore, lo scopo perseguito dal *trust* sarebbe diverso dall'esercizio dell'attività oggetto di impresa, sia per l'imprenditore individuale per cui non sarebbe violato il divieto di esercizio dell'impresa in regime di responsabilità limitata, sia per l'imprenditore collettivo. Difatti, nel caso di società di persone valgono le stesse considerazioni svolte per l'imprenditore individuale, mentre per le società di capitali non si tratterebbe di una operazione economica attinenti all'attività scelta, per la quale il legislatore ha già previsto una tipica fattispecie destinataria ex art. 2447 bis cc.

Tuttavia, l'esperienza maturata ha evidenziato il ricorso a tale fattispecie in diversi stadi della vita dell'impresa, in cui non sempre il vaglio sulla ammissibilità o meno di tali fattispecie è stato superato positivamente.

Nel caso di un *trust* liquidatorio, costituito da un imprenditore in bonis, ma in crisi di liquidità, per soddisfare alcuni o addirittura tutti i creditori dell'impresa, per evitare i riflessi pregiudizievoli dell'inizio di azioni esecutive e favorire una più serena continuazione dell'attività, l'operazione negoziale non desta perplessità.

²⁷⁶ Cfr paragrafo 1 del presente capitolo; S. Bartoli, *Il trust*, cit., p.310; D. Muritano, *Note sul trust istituito da imprese in crisi*, cit. p.6.

²⁷⁷ Conformemente a ciò che avviene in nelle ipotesi di cui all'art 1411cc, e art. 649, art. 1333 cc, in cui il rifiuto cd. eliminativo o, nel caso legato l'atto di rinuncia, non incide sulla formazione della fattispecie, ma sulla produzione degli effetti nella sfera giuridica del destinatario; sulla natura del rifiuto del terzo F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit.,p. 845;

Allo stesso modo di quanto è stato osservato in ordine della cessione dei beni ai creditori, una fattispecie del genere persegue anche uno scopo *latu sensu* di garanzia²⁷⁸. Tutti o parte dei creditori sono assicurati sulla scorta dell'attività di un soggetto qualificato e investito di poteri e responsabilità, il *trustee*. Certi del buon agire da parte del *trustee*, essi risparmieranno i costi e i tempi delle ordinarie procedure esecutive, conseguendo risultati più efficienti dalla vendita in via privata dei beni. L'imprenditore d'altro lato potrà programmare e pianificare con più tranquillità la propria attività sul mercato

Anche se è stata affermata la possibilità che il *trust* liquidatorio possa essere anche auto-dichiarato²⁷⁹, si ritiene, ai fini della liceità in concreto della causa negoziale e per fugare i dubbi di fenomeni di interposizione fittizia, che la struttura preferibile del *trust* liquidatorio sia quella della destinazione attributiva, che trasferisca la titolarità e affidi ad un *trustee* terzo la gestione a fini soddisfattori dei creditori²⁸⁰.

Sempre in ordine alla morfologia del *trust* si è opinato nel senso di istituire la fattispecie come *trust* di scopo anziché di beneficiari, stante la diverse peculiarità che attengono alle due tipologie.

Nel *trust* con beneficiari, infatti, quest'ultimi sono creditori del *trustee* e vantano una pretesa specifica sul valore di beni in *trust*, pertanto essi possono non solo agire nei confronti del *trustee*,²⁸¹ ma possono condizionare l'attività svolta con poteri di intervento e con l'esercizio del diritto ad essere informati della gestione.

Nei *trust* di scopo, invero, nonostante, siano comunque individuabili dei soggetti che si avvantaggeranno dell'attività del *trustee*, tuttavia, lo scopo prevale sui diritti che questi diversamente potrebbero vantare, e ciò in via assoluta, tant'è che il diritto di controllo a che si eserciti al meglio la corresponsione è garantito dalla figura del guardiano²⁸².

²⁷⁸ In giurisprudenza sulla funzione di garanzia Trib. Reggio Emilia, 27 maggio 2007

²⁷⁹ Trib. Reggio Emilia 14 marzo 2011; Trib. Mantova 14 aprile 2011; Trib. Milano 16 giugno 2009;

²⁸⁰ In tal senso Trib. Milano 26 gennaio 2013 : *Il trust liquidatorio può essere configurato, sia pur con soluzioni diverse, sia quale trust di scopo per il soddisfacimento dei creditori dell'impresa, sia quale trust per beneficiari nell'interesse dei medesimi creditori; non può, tuttavia, ritenersi conforme alla ratio dell'istituto una struttura in cui coincidano disponente, trustee ed ultimo beneficiario e non sia prevista la figura del guardiano.*

²⁸¹ Essendo titolari di un *vested interest* cfr M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust*, cit.p. 125;

²⁸² I. Valas, *Trust di scopo o trust con beneficiari: una scelta dipendente dalla procedura*, Relazione tenuta al V congresso Nazionale dell'Associazione "Il Trust in Italia", tenutosi a Sestri Levante il 12-14 maggio 2011, consultabile sul sito www.iltrustinitalia.it, p. 3: "Pertanto è escluso qualsiasi potere di distogliere il fondo in trust dallo scopo da parte di coloro che intesi quali beneficiari potrebbero avere il diritto di fare. La prevalenza dello scopo rispetto ai beneficiari comporta una più ampia libertà di movimento discrezionale del

Attesa la validità in astratto del *trust* liquidatorio in quanto meritevole di tutela per le finalità solutorie, ove esso determini una lesione del diritto di alcuni creditori, o perché essi non siano stati ricompresi tra i beneficiari da soddisfare o perché abbiano rifiutato la posizione di vantaggio stessa, essi avranno come strumento di tutela delle proprie ragioni gli ordinari mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale²⁸³.

Allo stesso modo, in caso di successivo fallimento del debitore, data la opponibilità del *trust fund* al fallimento del disponente, i creditori non beneficiari o che hanno rifiutato la posizione di vantaggio attribuita loro dal *trust*, potranno insinuarsi al passivo e ricorrere ai rimedi previsti nel caso di compimento di atti pregiudizievoli delle loro ragioni nel periodo sospetto²⁸⁴.

trustee nel perseguimento dello stesso, che di norma, garantisce una maggior adattabilità alle situazioni del caso come di volta in volta prospettate purché sempre nell'ambito dello scopo"; ritiene che il *trust* in questione non possa che essere che del tipo con beneficiari, avendo i creditori il "diritto di ricevere dal fondo in *trust* solo una somma corrispondente ai crediti ancora vantati nei confronti della società allo scadere del termine fissato per la liquidazione e sono pertanto destinatari di una attribuzione solvendi causa e non certo donandi causa" D. Parisi, *Trust a garanzia dei creditori che aderiscono ad un piano di ristrutturazione*, in *T & AF*, 2008, p. 448.

²⁸³ D. Muritano, *Note sul trust istituito da imprese in crisi (in funzione liquidatoria)*, cit., p. 8, il quale afferma: "Ritengo si possa concludere nel senso che il creditore che rifiuti la posizione beneficiaria, potrà in primo luogo ottenere provvedimenti cautelari aventi ad oggetto i beni in *trust*, in secondo luogo, agire per rimuovere gli effetti del *trust* nei suoi confronti. E ciò potrà fare mediante proposizione dell'azione revocatoria ordinaria. Sembra invece difficile ritenere che il rifiuto determini l'inefficacia automatica dell'intero *trust*, sì che il creditore possa, pur in assenza di una sentenza di accertamento dell'inopponibilità del *trust* nei suoi confronti, aggredire i beni in *trust* come se non fossero mai usciti dal patrimonio del proprio debitore.

²⁸⁴ Ciò rappresenta tra l'altro una ulteriore differenza con la cessione dei beni ai creditori, atteso che, in caso di fallimento del cedente l'art. 78 l.f. comporta lo scioglimento del contratto di cessione. La sopravvivenza del potere gestione dei beni del fallito e del diritto di appropriarsi delle somme riscosse, in qualità di mandatari è infatti in contrasto con la regola che riserva al curatore fallimentare l'amministrazione e la liquidazione del patrimonio del fallito per assicurare il rispetto della par condicio E. Betti, *La natura della cessione di beni ai creditori*, cit. p. 304; C. M. Bianca, op.ul. cit., p. 449.

La validità di tale tipo di *trust* è stata affrontata dalla Giurisprudenza, anche se non come oggetto principale della decisione, ma in *obiter dictum*, cfr. Trib. Milano 16 giugno 2009, Tribunale Milano 17 luglio 2009, Tribunale Milano 22 ottobre 2009, della Corte d'Appello di Milano 29 ottobre 2009, Tribunale di Milano 29 ottobre 2010. Tali pronunce hanno ritenuto che qualora nel *trust fund* vengano conferiti solo alcuni beni del patrimonio dell'impresa con finalità liquidatoria, tale segregazione possa sopravvivere alla dichiarazione di fallimento del disponente. Secondo i giudici milanesi si assisterebbe ad una concorrente liquidazione a vantaggio dei creditori sociali, poiché alla stessa vi provvederebbero sia il curatore fallimentare con riferimento al patrimonio acquisito alla massa attiva, sia il *trustee*, con riferimento ai beni conferiti in *trust*. Tuttavia la pronuncia richiama a fondamento della nuova impostazione la nuova previsione dell'articolo 78 legge fallimentare che ammette in caso di sopravvenuto fallimento del mandante non più l'automatico scioglimento del mandato, sì che il programma negoziale avviato prima della dichiarazione di fallimento può essere conseguito dal mandatario per conto del curatore fallimentare. Il richiamo agli articoli sulla sorte dei contratti pendenti al momento della apertura della procedura fallimentare, tuttavia, non è pertinente, in quanto, come osservato prima, il *trust* non è un contratto, il patrimonio separato è validamente uscito dalla sfera personale del disponente-

4. IL TRUST ISTITUITO PER PROCEDERE ALLA LIQUIDAZIONE FINALE DELL'IMPRESA: AMMISSIBILITÀ E CONSEGUENZE AI FINI DEL COMPUTO DEL TERMINE ANNUALE PER LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO DELLA IMPRESA CANCELLATA

La fattispecie del *trust* liquidatorio che ha trovato principalmente impiego nella prassi è quello istituito nella fase antecedente la dichiarazione di fallimento ed avente ad oggetto l'intero complesso aziendale. Essa ha fatto sorgere un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul rapporto tra *trust* e diritto delle imprese in crisi.

Nonostante la varietà morfologica e la poliedricità degli interessi che è possibile perseguire con la fattispecie *de quo*, da un esame empirico dei casi al vaglio della giurisprudenza si è potuto evidenziare un nucleo comune. In particolare, tali *trusts*: sono posti in essere da imprenditori in stato di crisi più o meno conclamata; la finalità è quella di liquidare tutto il patrimonio sociale a favore dei creditori dell'impresa; il *trust* è strutturato o come *trust* con beneficiari o come *trust* di scopo²⁸⁵; nel caso di *trusts* istituiti da società, i soci vengono individuati come beneficiari residuali e, in alcune ipotesi, la stessa si trova già in stato di liquidazione ed il conferimento in *trust* dei beni avviene da parte dello stesso liquidatore²⁸⁶; in

fallito, alla stregua di un qualsiasi altro atto di disposizione e trattandosi di una destinazione patrimoniale il vincolo è opponibile al fallimento, sulla scorta delle considerazioni effettuate in precedenza. Sulla critica a tale opzione ermeneutica cfr. A. Dimundo, " *Trust interno*", *istituito da società insolvente in alternativa alla liquidazione fallimentare*, in Fall. 2010, Gli speciali, p. 3; C. Cavallini, *Trust e procedure concorsuali*, in Riv. Società, 2011, p.1093; G. Fanticini, *Il trust liquidatorio e il conflitto con il fallimento: confronto sui pro e contro*, Relazione tenuta al V congresso Nazionale dell'associazione il-Trust-in.Italia, tenutosi a Sestri Levante il 12-14 maggio 2011, modulo di diritto fallimentare.

²⁸⁵ Nel caso di *trusts* di scopo è prevista la figura del "guardiano", l'*enforcer*, che ha il compito di controllare l'esatto agire del *trustee*, svolgendo all'uopo anche funzioni consultive, per la migliore realizzazione dello scopo.

²⁸⁶ È il caso valutato da Trib. Milano 16 giugno 2009, Tribunale Milano 17 luglio 2009, Tribunale Milano 22 ottobre 2009 e della Corte d'Appello di Milano 29 ottobre 2009, Trib. Milano 29 ottobre 2010 riguardanti tutti un'unica ed inedita fattispecie, in diverse fasi processuali. Una società in nome collettivo, viene prima posta in liquidazione volontaria poi, con contratto registrato, istituisce un *trust* auto dichiarato, regolato dalla legge di Jersey e procede a segregare l'intero proprio patrimonio, per asseritamente favorirne la liquidazione. *Trustee* è il socio amministratore e liquidatore della società disponente, mentre guardiano è l'altra socia. La società disponente viene dichiarata fallita dal Tribunale di Milano, unitamente ai suoi soci illimitatamente responsabili tra cui, il *trustee* ed il guardiano. Il curatore del fallimento, incaricato di fare l'inventario, non rinviene alcun bene e, previa autorizzazione del G. D., procede alla nomina di un nuovo *trustee*. Accade, poi, che il guardiano del *trust* revochi la nomina di questo nuovo *trustee* in favore di una società a responsabilità limitata, che svolge professionalmente tale attività. Si instaurano, quindi, vari giudizi,

altre ipotesi si è riscontrata la previa delibera di scioglimento e messa in liquidazione della società e poi l'istituzione del *trust*²⁸⁷; l'immediata cancellazione dell'impresa individuale o collettiva dal registro, dopo il trasferimento del compendio di beni al *trustee*.

L'esame di tali fattispecie ha spinto ad indagare se, alla luce della normativa in tema di liquidazione e di crisi dell'impresa, un tale negozio incontri o meno ostacoli alla sua validità e operatività, sia nel caso di impresa individuale che collettiva.

L'interrogativo che è sorto ha riguardato ancora una volta l'estensione dei confini dell'autonomia privata in ordine alla possibilità per l'imprenditore, individuale o collettivo, di procedere alla liquidazione del complesso aziendale secondo modalità diverse da quelle previste dal codice, istituendo un *trust* liquidatorio e se ciò sia consentito anche nel caso in cui l'impresa versi in stato di decozione.

La Giurisprudenza²⁸⁸ ha astrattamente dichiarato lecito il *trust* istituito da una società in liquidazione.

In tali decisioni si è ritenuto di operare una distinzione tra il *trust* istituito nel momento in cui l'impresa disponente è già insolvente e il *trust* istituito quando l'impresa è ancora *in bonis*.

Nel primo caso il *trust* è stato ritenuto radicalmente nullo *ab origine*, in quanto diretto a eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale, in violazione degli artt. 13 e 15 Convenzione dell'Aja. L'imprenditore che si trovi in

tra i quali anche quello volto alla revoca della dichiarazione di fallimento, istanza respinta dalla Corte d'Appello di Milano.

Sulla questione dell'ammissibilità del *trust* liquidatorio anche Trib. Reggio Emilia 14 marzo 2011; Trib. Mantova 18 aprile 2011; Trib. Brindisi 28 marzo 2011

²⁸⁷ Fattispecie esaminata e censurata con la declaratoria di nullità da Trib. Milano, 12 marzo 2012, in cui una Spa delibera il proprio scioglimento e la messa in liquidazione, contestualmente autorizza l'istituzione del *trust* liquidatorio; il liquidatore provvede nella stessa giornata al conferimento di tutto il patrimonio sociale nel *trust* assumendo egli stesso la veste di *trustee*, facendo approvare un presunto bilancio finale che, in virtù della conferimento, riporta l'azzeramento di tutte le voci attive e passive. Dopo pochi mesi, senza che fosse stata effettuata alcuna materiale liquidazione ha chiesto la cancellazione della società dal registro delle imprese ai sensi dell'articolo 2495cc; V. Salafia, *Bilancio finale di liquidazione e cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Società*, 2012, p. 698, il quale evidenzia il carattere fraudolento dell'operazione posta in essere solo per sfruttare l'effetto estintivo di cui all'art. 2495cc ed accelerare il decorso di un anno previsto dall'art. 10 l.f. che decorre proprio dalla cancellazione. Osserva l'autore che il bilancio finale depositato a supporto della domanda di cancellazione della società non aveva nulla del contenuto di un bilancio finale, atteso che nessuna attività di liquidazione era stata effettuata e pertanto nessuna voce relativa al pagamento dei creditori compariva.

²⁸⁸ Trib. Milano - Sez. Dist. Legnano, 8 gennaio 2009; Trib. Milano, 16 giugno 2009; Trib. Milano, 17 luglio 2009, in Trib. Milano 30 luglio 2009; Trib. Milano, 22 ottobre 2009; App. Milano, 29; Trib. Milano, 29 ottobre 2010; Trib. Reggio Emilia, 14 marzo 2011; Trib. Mantova 18 aprile 2011; Trib. Brindisi, 28 marzo 2011.

stato di insolvenza non è più dotato di mezzi propri, pertanto, in difetto del presupposto su cui si fonda il potere di gestire il patrimonio dell'impresa, egli non può ricorrere ad una liquidazione volontaria ma deve necessariamente accedere agli istituti concorsuali, caratterizzati da una disciplina imperativa²⁸⁹.

Non è consentito all'imprenditore di gestire la crisi di impresa senza la partecipazione dei creditori, a differenza di quanto avviene nei previsti istituti degli accordi di ristrutturazione e del concordato preventivo²⁹⁰.

Nel caso di *trust* liquidatorio costituito quando l'impresa è ancora *in bonis*, la Corte milanese precisa che la fattispecie non è affetta da alcun vizio che ne comporti la nullità²⁹¹, ma nel caso di successiva dichiarazione di fallimento dell'imprenditore si verificherebbe inevitabilmente un contrasto tra la liquidazione meramente negoziale dell'intero patrimonio aziendale o sociale con quella concorsuale. Quest'ultima non potrebbe non travolgere gli effetti del *trust* qualora questo riguardi l'intero patrimonio aziendale, diversamente da quanto accade quando il *trust* ha ad oggetto solo parte dei beni dell'impresa²⁹². Se si ammettesse la opponibilità del *trust* verrebbero disattese le norme imperative di cui alla legge fallimentare che dispongono lo spossessamento, la gestione e l'amministrazione dei beni del fallito da parte del curatore, limitandosi questi a poter chiedere solo un rendiconto al *trustee*. Tuttavia, essendo le norme fallimentari norme poste a presidio dei creditori e per garantire la *par condicio* esse sono di applicazione necessaria ex art. 15 Convenzione dell'Aja e pertanto tali finalità non possono

²⁸⁹ Corte App. Milano, 29 ottobre 2009: “*La materia fallimentare, assistita anche da norme di carattere penale, è improntata prioritariamente alla tutela di interessi pubblici, nei quali la protezione degli interessi della massa creditoria è in realtà finalizzata alla tutela dei traffici commerciali e ciò non solo nell'ordinamento italiano*”

²⁹⁰ Trib. Milano 22 ottobre 2009: “*Deve essere dichiarato nullo ai sensi degli artt. 1418 cod. civ. e 15 lett. e) della Convenzione dell'Aja del 16 ottobre 1989, n. 364, il trust liquidatorio nel quale l'impresa disponente, già in stato di insolvenza ex art. 5 legge fall., abbia segregato l'intero patrimonio aziendale, poiché le regole pubblicistiche che presiedono alle procedure concorsuali sono derogabili in via privatistica solo in forza di accordi con i creditori (che rappresentino la maggioranza qualificata dei crediti ex art. 182 bis l.f.), ma non attraverso un atto di disposizione che renda il patrimonio dell'impresa del tutto insensibile alle esigenze dell'esecuzione concorsuale e del suo controllo da parte dei creditori*”.

²⁹¹ Trib. Milano sez. Legnano 8 gennaio 2009.

²⁹² Si evidenzia tuttavia che per tale ultima ipotesi, quella di *trust* liquidatorio solo su parte dei beni, la corte per giustificarne la validità e la opponibilità cade in contraddizione, giacché richiama prima l'art. 46 co. 3, ma non l'art. 155 l.f., poi applica le norme in tema di rapporti pendenti, in particolare l'art. 78 l.f..

essere perseguite con una liquidazione negoziale avulsa dalla disciplina concorsuale.²⁹³

Il successivo fallimento rappresenta una causa sopravvenuta di scioglimento del trust originariamente sorto come valido. La giurisprudenza applica analogicamente la disciplina prevista per la sorte dei rapporti pendenti per i quali la prosecuzione è incompatibile con la procedura concorsuale, gli artt 76- 78 l.f.²⁹⁴.

La dottrina, tuttavia, non ha condiviso il ragionamento della giurisprudenza, arrivando però a differenti soluzioni per salvare la fattispecie e renderla quanto più operativa anche nel caso di crisi dell'impresa.

In primo luogo, non si è giustamente condiviso il richiamo alla applicazione in via analogica delle disposizioni in tema di rapporti contrattuali e di mandato, atteso che il trust è una fattispecie che non rientra nell'area del contratto, andando a qualificare una particolare forma di appartenenza. Inoltre, istituito il trust i beni

²⁹³ Trib. Milano 29 ottobre 2010: *Deve essere dichiarato affetto da nullità totale ai sensi degli artt. 1418 cod. civ. e 15 lett. e) della Convenzione dell'Aja del 16 ottobre 1989, n. 364, il trust liquidatorio nel quale l'impresa disponente, già in stato di insolvenza ex art. 5 legge fall., abbia segregato l'intero patrimonio aziendale, poiché detto art. 15 esclude che la separazione patrimoniale ed il vincolo di destinazione dei beni, propri del trust, possa sopravvivere al fallimento del conferente o del trustee, sicché i beni di costoro, anche se oggetto del trust, devono essere assoggettati alla disciplina, di carattere inderogabile e pubblicistico, del fallimento. Al fine di armonizzarsi con l'art. 15 della Convenzione dell'Aja del 16 ottobre 1989, n. 364, l'atto costitutivo del trust liquidatorio deve pertanto necessariamente contenere clausole che ne limitino l'operatività in caso di insolvenza, ed in particolare che prevedano la restituzione dei beni conferiti in trust al curatore.*

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

Trib. Milano 17 giugno 2009: *Nel caso di trust liquidatorio istituito a tutela della massa dei creditori quando la società disponente non era insolvente, la successiva dichiarazione di fallimento di quest'ultima si configura come causa sopravvenuta di scioglimento dell'atto istitutivo del trust, analogamente a quelle ipotesi negoziali la cui prosecuzione è incompatibile con la dichiarazione di fallimento...Nel caso di trust liquidatorio istituito a tutela dei creditori nel momento in cui l'impresa disponente era già insolvente, il relativo atto istitutivo deve ritenersi radicalmente nullo ab origine in quanto diretto ad eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale in violazione degli artt. 13 e 15 lett. e) della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985.*

²⁹⁴ Trib. Milano 19 giugno 2009: *” in questo caso il fallimento sopravvenuto si configura come causa sopravvenuta di scioglimento dell'atto istitutivo del trust analogamente a quelle ipotesi negoziali in cui la prosecuzione è incompatibile con la dichiarazione di fallimento. Pur non essendovi un'espressa norma di regolazione del conflitto nella legge fallimentare (come anche nella convenzione dell'Aja), possono applicarsi in via analogica con le disposizioni che prevedono lo scioglimento ex lege di fattispecie negoziali stipulate dalla impresa in bonis in cui la cui prosecuzione non è compatibile con la liquidazione fallimentare (articoli 76,77 e soprattutto 78 legge fallimentare.) Al contrario, potrebbe porsi un problema di sopravvivenza degli effetti del trust medio tempore verificatisi, come nel caso in cui il curatore intenda avvalersi dell'effetto sedativo dell'atto istitutivo per far valere titoli di prelazione costituiti sui beni in trust dopo l'istituzione del trust e prima della dichiarazione di fallimento del disponente.”*

sono ormai usciti dal patrimonio del disponente e i rapporti tra questi ed il *trustee* si sono ormai esauriti, dal momento che il fiduciario è obbligato solo nei confronti dello scopo o dei beneficiari. Nessun analogia sussiste con il mandato, tale da richiamare la disciplina di cui all'art. 78 l.f.: in primo luogo perché, come è stato osservato, il mandato può avere ad oggetto solo singoli beni e non l'intero complesso. In secondo luogo, non essendoci più alcun rapporto tra *settlor* e *trustee*, non ci sarebbe alcuna posizione contrattuale nella quale debba subentrare il curatore ai sensi dell'art 78 u.co l.f., che disciplina l'ipotesi del fallimento del mandante, equiparato dalla giurisprudenza all'imprenditore-disponente.

Una parte della dottrina, pur criticando l'impostazione giurisprudenziale innanzi riportata, opina nel senso che non è in ogni caso consentito ai privati derogare la disciplina concorsuale, perché norme di carattere imperativo. Pertanto il conflitto tra la separazione di cui al *trust* con la separazione concorsuale deve essere risolto a favore di quest'ultimo. Un *trust* istituito per la liquidazione totale dei beni dell'impresa a fronte della dichiarazione di fallimento non può che essere affetto da nullità²⁹⁵, a prescindere dal conferimento in *trust* di tutti i beni o solo di alcuni e senza distinguere sulla sussistenza o meno di una situazione di insolvenza.

Aggiunge tale orientamento, infatti, che il discrimine tra *trust* validi e *trust* non validi non può essere costituito dalla insolvenza o meno. Se la circostanza così fosse, si afferma, tutti gli accordi stragiudiziali, per il solo fatto di essere posti quando l'imprenditore non era in bonis dovrebbero, allo stesso modo, essere dichiarate nulli.²⁹⁶

²⁹⁵ D. Muritano, *Note sul trust istituito da imprese in crisi*, cit. p. 11; D. Galletti, *Trust liquidatorio ed (in)derogabilità del diritto concorsuale*, in AA.VV., *Moderni sviluppi dei trust*, Atti del V Congresso Nazionale dell'associazione il Trust in Italia, Quaderini di trust, Milano 2011, p. 554 il quale osserva: "per quanto si possa avere un'opinione liberale circa l'autonomia privata in relazione al nuovo diritto concorsuale, le procedure giudiziarie sono ancora connotate da un connotato "universale" e da una marcata imperatività dell'apparato normativo. Le parti possono istituire un regime negoziale alternativo a quello concorsuale in modo da tentare di evitare di ricorrere ad esso ma non possono invece derogare alle norme del diritto concorsuale pretendendo di modificare l'assetto liquidatorio così come immaginato dal legislatore...." ed in relazione alla inapplicabilità dell'art. 78 l.f. "tale disciplina è dedicata a regolare quei rapporti relativi all'esercizio dell'impresa, che si pensa possano avere, sia pur in astratto, una utilità successiva fallimento. Le pattuizioni che aspirano a trattare l'insolvenza, addirittura disporre dei suoi effetti, e che quindi la presuppongono non possono essere normate dagli articoli 72ss l.f.; ID, *Il trust e le procedure concorsuali: una convivenza subito difficile*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 900.

²⁹⁶ D. Galletti, *Trust liquidatorio ed (in)derogabilità del diritto concorsuale*, cit., p.554 il quale osserva "se davvero l'imprenditore insolvente avesse il dovere di ricorrere alle procedure concorsuali allora tutte le ristrutturazioni stragiudiziali aventi ad oggetto imprese insolventi si muoverebbe uno spazio illecito e partirebbero accordi nulli. Ciò tra l'altro risulterebbe in contrasto con direttive sistematiche introdotte con la riforma del 2005. Il punto a mio avviso non sta nell'esistenza o meno del insolvenza, quanto nella volontà delle

Con particolare riguardo al *trust*, per evitare che esso si ponga come una illecita deroga alla disciplina concorsuale, bisogna indagare sul piano funzionale della fattispecie, ovvero stabilire se lo scopo in concreto perseguito dall'imprenditore sia quello di rimuovere la insolvenza attraverso strumenti alternativi, ovvero di ricorrere ad un escamotage per eludere l'applicabilità della normativa in tema di insolvenza. Il corollario di tale osservazione sarebbe quindi che: un *trust* liquidatorio per essere valido dovrebbe contenere una clausola che subordini la cessazione automatica del *trust* al verificarsi della dichiarazione di fallimento. La assenza di tale condizione risolutiva nel regolamento negoziale comporterebbe la inevitabile nullità del *trust*. Ove tale disposizione colori l'atto istitutivo, la fattispecie sarebbe lecita ed eventualmente sarebbe destinata a ricevere lo stesso trattamento previsto per quei negozi che ugualmente producono l'effetto di sottrarre beni alla massa e pertanto revocabili ex art. 64 e 67l.f.²⁹⁷

partie, che dà indagata se diretta realmente rimuovere l'insolvenza attraverso strumenti alternativi a quelli concorsuali, oppure piuttosto a derogare ed escludere il funzionamento di questi senza al contempo intendere rimuovere l'insolvenza".

²⁹⁷D. Galletti, *Trust liquidatorio ed (in)derogabilità del diritto concorsuale*, cit., p. 555; F. Galluzzo, *Validità di un trust liquidatorio istituito da una società in stato di decozione*, in *Corr. Giur.*, 2010, p. 527; A. Dimundo, *Trust interno istituito da società insolvente in alternativa alla liquidazione fallimentare*, cit. p. 18; P. Basso, *Trust liquidatorio e fallimento del disponente: una possibile forma di collaborazione*, in *AAVV, Moderni sviluppi dei trust*, cit., p. 297, il quale, all'esito della riforma della legge fallimentare, opina nel senso che sarebbe ormai superata la distinzione tra crisi e insolvenza al fine dell'adozione dell'una o dell'altra procedura alternativa al fallimento, pertanto essa non può costituire il discrimine sulla base del quale sancire la nullità del *trust* o meno; P. Piruccio, *La segregazione dell'intero patrimonio aziendale nel trust non consente il normale svolgimento della procedura concorsuale in danno della massa dei creditori*, in *Giur. Mer.* 2010, p. 1593. Offre tale soluzione anche Trib. Mantova, 18 aprile 2011: "Un trust liquidatorio che si ponga come dichiarato scopo quello di tutelare i creditori ricorrendo alla segregazione patrimoniale di tutto il patrimonio aziendale, quando l'impresa si trova già in stato di insolvenza (ed avrebbe pertanto dovuto accedere agli istituti concorsuali), è incompatibile con la clausola di salvaguardia di cui all'articolo 15, lettera e) della convenzione dell'Aja 1 luglio 1985. Un trust attuato in tale situazione costituisce un atto privatistico che mira a sottrarre agli organi della procedura concorsuale 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. Se così non fosse a qualunque imprenditore insolvente che intende evitare il fallimento potrebbe essere consentito lo spossessamento di tutti i propri beni mediante conferimento in trust rendendoli non aggredibili dai creditori. In questo caso, la causa in concreto perseguita dal disponente si pone in contrasto con le norme di cui agli articoli 13 e 15, lettera e) della citata convenzione e comporta la nullità dell'atto istitutivo del trust o comunque la nullità dell'effetto segregativo che ne scaturisce. Lo scopo di protezione dichiarato dal trust costituisce pertanto non un mezzo di tutela del patrimonio nell'interesse dei creditori bensì un abusivo utilizzo del trust finalizzato a sottrarre il disponente alla legislazione concorsuale italiana e comunque un atto negoziale in frode alla legge ex articolo 1344, codice civile in quanto mirante a realizzare effetti (la sottrazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente ai creditori) ripugnanti per l'ordinamento giuridico italiano; Trib. Milano, 29 ottobre 2010.

Osserva acutamente D. Muritano, *Note sul trust istituito da imprese in crisi (in funzione liquidatoria)*, cit., p. 20 che: "la cessazione degli effetti del trust in via generale dovrebbe comportare il trasferimento dei beni dal trustee ai beneficiari finali. Tuttavia, nella particolare fattispecie del trust liquidatorio i beneficiari, creditori dell'impresa hanno solo il diritto di pretendere che il trust attribuisca loro il ricavato della liquidazione dei beni in trust ma non certo i beni stessi, Nel caso di cessazione del trust anticipata per effetto del verificarsi dell'evento

Un'altra impostazione dottrinale si discosta dalla soluzione offerta dall'orientamento precedente per affermare che, anche in assenza di una espressa clausola che preveda la cessazione del *trust* in caso di dichiarazione di fallimento del disponente, il *trust* con funzione liquidatoria di tutti i beni dell'impresa è perfettamente valido, anche se compiuto in una situazione di insolvenza²⁹⁸, in virtù della possibilità per l'imprenditore di gestire privatamente la crisi di impresa.

Si opina in tal senso a seguito della modifica in più riprese della disciplina concorsuale, la quale, incentivando le soluzioni negoziate, come strumenti alternativi al fallimento, avrebbe perso la sua centralità e predominanza acquisendo un ruolo residuale. L'eliminazione del potere officioso del giudice di dichiarare il fallimento, il rafforzamento dei poteri del curatore e del ruolo dei creditori a discapito di quello dell'autorità giudiziaria avrebbero decretato la "privatizzazione" delle procedure. Pertanto la disciplina della crisi di impresa non sarebbe più materia sottratta all'autonomia privata perché non più inderogabile.

Il *trust* liquidatorio su tutto il patrimonio dell'impresa è valido; nel caso di successivo fallimento il curatore avrebbe la possibilità di scegliere se far continuare il *trust* o decretarne la cessazione, esercitando i diritti dei beneficiari nella cui posizione egli subentrerebbe. In particolare, si è ipotizzato²⁹⁹ che l'atto istitutivo del *trust* debba prevedere la trasformazione in caso di apertura del fallimento del *trust*

dedotto in condizione, il ritrasferimento deve avvenire a favore del disponente mentre, nel caso di trust autodichiarato, si avrà la mera cessazione del vincolo di destinazione".

Ritiene invece L. Panzani, *Il trust nell'esperienza giuridica italiana: il punto di vista della giurisprudenza e degli operatori*, in *Giur. Mer.* 2010, p. 2934: " Ci pare peraltro più esatto parlare di nullità sopravvenuta che di rapporto pendente, posto che quest'ultimo presuppone che gli effetti derivanti dal negozio non si siano ancora interamente compiuti per nessuna delle parti, mentre nel caso dell'atto costitutivo del trust l'effetto traslativo dei beni già si è verificato, mentre soltanto le obbligazioni che fanno capo al trustee ed il suo diritto-dovere di amministrare il patrimonio segregato potrebbero venir meno in forza dello scioglimento sopravvenuto del rapporto. La decisione del curatore di sciogliersi dal rapporto non potrebbe cioè far venire meno l'effetto traslativo dei beni, semmai potrebbe determinare un obbligo del trustee di ritrasferire tali beni al curatore, in ragione dell'impossibilità di adempiere agli scopi istitutivi del trust. Questi vincoli non valgono invece nel caso in cui si faccia valere la nullità sopravvenuta. Essa incide, com'è stato ricordato, non sul negozio che è valido ab origine, ma sul rapporto. Il curatore potrà dunque apprendere all'attivo della procedura i beni che non siano stati oggetto di precedenti atti di disposizione, fatta salva l'azione di responsabilità nei confronti del trustee nel caso di mala gestione per quanto concerne gli atti pregressi".

²⁹⁸ G. Fanticini, *Il trust liquidatorio e il conflitto con il fallimento: confronto sui pro e contro*, in AA.VV., *Moderni sviluppi dei trust*, cit., p. 535; E. Raganella- M. Regni, *Il trust liquidatorio nella disciplina concorsuale*, in *T&AF*, 2009, p. 605; Trib. Reggio Emilia, 2 maggio, 2012

²⁹⁹ M. Lupoi, *Due tecniche sull'atto istitutivo di un trust liquidatorio e sui trust nudi*, in *T&AF*, 2011, p. 211.

liquidatorio in un *bare trust*, ovvero in un *trust* nudo³⁰⁰, caratterizzato dal potere dei beneficiari di impartire istruzioni vincolanti al *trustee*, di ottenere la immediata cessazione della separazione patrimoniale e ricevere immediatamente i beni di cui al fondo.

Il curatore, ove il *trust* sia di scopo avrebbe il potere di dettare istruzioni vincolanti al *trustee* su come attuare le finalità liquidatorie.

Nel caso di *trust* con beneficiari, l'atto istitutivo dovrebbe altresì contenere una altra clausola che preveda il passaggio delle posizioni beneficiarie tutte in capo al curatore, che agirebbe in rappresentanza del ceto creditorio. In tale veste egli potrebbe scegliere o di esercitare il diritto dei creditori-beneficiari alla cessazione del *trust* con consegna dei beni alla procedura o decidere di mantener in vita la separazione patrimoniale dettando le istruzioni vincolanti al *trustee*.

Al di là della artificiosità della soluzione, che snaturerebbe anche la fattispecie del *trust*³⁰¹, non si possono non evidenziare *prima facie* delle criticità in tale soluzione rispetto alla normativa concorsuale. In particolare si avrebbe l'esutoramento dei poteri del curatore e di creditori, i quali sono i veri protagonisti della riforma, con particolare riferimento alla redazione del programma di liquidazione. La liquidazione avverrebbe esternamente alla procedura con la impossibilità del verificarsi degli effetti purgativi delle vendite concorsuali; il *trustee* dovrebbe essere considerato un delegato del curatore, ma in virtù di una delega illegittima sia per l'oggetto sia perché priva della autorizzazione dei creditori.

In via generale non può condividersi la tesi della validità di un *trust* liquidatorio con il quale gestire la crisi di impresa, perché la tesi si fonda su di un presupposto che non può non essere confutato: la derogabilità della disciplina concorsuale.

La normativa in tema di gestione dell'insolvenza è e rimane, anche a seguito della riforma, una normativa inderogabile, perché disciplina le disfunzioni della garanzia patrimoniale di un particolare soggetto giuridico: l'imprenditore.

³⁰⁰Cfr. G. Semino, "Strutturazione di un *trust* trasparente", Relazione presentata in occasione del III Congresso Nazionale dell'Associazione "Il *trust* in Italia", consultabile sul sito www.iltrustitalia.it, "un diritto pieno e incondizionato dei beneficiari a ricevere il reddito nella sua originaria e specifica conformazione. Viene quindi a crearsi, nonostante la pienezza dei poteri del *trustee* nell'amministrazione e nella disposizione dei beni, una sorta di "trasparenza" del flusso di reddito che si limita a passare per le mani del *trustee* e fluisce direttamente ai beneficiari".

³⁰¹ M. Atzori, *Riflessioni finali sui trust liquidatori*, in AA.VV., *Moderni sviluppi dei trust*, cit., p. 594

L'insolvenza, infatti, è un concetto aziendalistico che diventa giuridico in base ad una caratterizzazione soggettiva³⁰²: nella logica commerciale si ha riguardo all'imprenditore, nella logica civilistica si ha riguardo al debitore.

Nella insolvenza civile il patrimonio rileva staticamente come oggetto della responsabilità, nella sua consistenza materiale come oggetto della esecuzione.

Nell'insolvenza commerciale il patrimonio è inteso nella sua concezione dinamica: ciò che rileva non è la sua consistenza ma la sua dinamicità, la sua vitalità. Esso è da considerarsi sia oggetto della garanzia patrimoniale che oggetto di gestione. La garanzia patrimoniale per il creditore dell'imprenditore commerciale non è data tanto dal valore attuale del patrimonio ma dalla capacità produttiva dello stesso, o, meglio, dal valore che acquisterà a seguito dell'impiego di tutte le risorse finanziarie e patrimoniali nella attività di gestione.

Il problema della disfunzione della garanzia patrimoniale dell'impresa è dunque avvertito come problema collettivo: rispetto alla attività di impresa tutti i creditori sono costretti a sopportare costi derivanti dal monitoraggio sul rischio di gestione e sulle iniziative degli altri finanziatori. Pertanto la crisi di impresa consiste nella disfunzione non solo del patrimonio ma della stessa organizzazione produttiva.

A differenza di ciò che avviene nell'insolvenza civile, dove si ha riguardo al singolo rapporto obbligatorio, nella crisi di impresa si ha riguardo alla collettività dei creditori ed al patrimonio in senso dinamico. Pertanto la disciplina della crisi di impresa impone regole volte a realizzare la soddisfazione collettiva dei creditori ed allo stesso tempo la conservazione unitaria dei beni aziendali, al fine di mantenerne viva la produttività e finanche di valorizzarla.

La più grave crisi dell'impresa, irreversibile e strutturale, da accertarsi su un giudizio prognostico è rappresentata dall'insolvenza: essa è la crisi della garanzia di tutti i creditori, non si limita alla mera incapienza del patrimonio che può essere caratterizzato anche da un attivo superiore al passivo, ma è una crisi finanziaria che ha raggiunto dimensioni tali che manca la prospettiva di una continuazione dell'attività di impresa.

³⁰² F. Macario, *Insolvenza, crisi di impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. Soc.*, 2008, p. 102; G. Terranova, *Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in *Giur. Comm.*, 1996, p. 82; A. Jorio, *Le crisi di impresa. Il fallimento*, Milano, 2000., p.206; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *AA.VV., Trattato diritto civile*, dir. Cicu- Messineo, XVI, 2, Milano, 1984, p.127.

L'insolvenza civile si risolve invero nell'insufficienza dell'attivo rispetto al passivo, è la disfunzione del singolo rapporto obbligatorio.

Essendo la generalità dei creditori che viene coinvolta l'ordinamento detta dunque le regole per "la gestione della crisi", concetto anch'esso aziendalistico che ben rappresenta l'intenzione non solo liquidatoria delle procedura, ma allo stesso tempo recuperatoria del valore dell'impresa sul mercato³⁰³.

Dati i rilevanti interessi che la disciplina concorsuale intende perseguire, essa non può essere derogata dall'autonomia privata *sic et simpliciter*. Le soluzioni negoziate della crisi di impresa si muovono entro i confini disegnati dal legislatore e soprattutto presuppongono la partecipazione della controparte, ovvero dei creditori, e l'intervento statale al fine di ottenere gli effetti protettivi sul patrimonio. Il controllo del Giudice consente infatti di superare il dissenso, nel senso di giustificare la vincolatività dello strumento anche per i dissenzienti o per coloro che non hanno partecipato all'accordo o al concordato³⁰⁴. Tutti gli strumenti sono previsti nell'ottica e per il fine della reversibilità della crisi, caratterizzata da una tensione finanziaria che può essere superata nel breve periodo.

L'idea di fondo è quella di far partecipare i creditori alle soluzioni della crisi, anche nel piano attestato è impensabile che non ci sia una partecipazione dei creditori,

³⁰³ Fino a 20 anni fa il fallimento era considerato una colpa dell'imprenditore. Oggi anziché atomizzare l'azienda, la tendenza è quella di mantenerla sul mercato attraverso i vari strumenti. Cfr., F. Di Marzio, *Dal ceppo della vergogna alle soluzioni negoziate della crisi di impresa. Nota apologetica del nuovo diritto fallimentare*, consultabile su www.ilcaso.it, doc. n. 284/12, il quale evidenzia come la originaria impostazione della legge fallimentare era tutt'altra, indirizzata a punire l'imprenditore, senza guardare all'impresa come attività, nè a valorizzare i beni del complesso aziendale singolarmente e non come parti di una organizzazione da considerare dinamicamente: "La legge fallimentare, piuttosto che disciplinare la crisi di impresa, regolò dunque l'espropriazione concorsuale dei beni del debitore, nella logica di preminenza delle ragioni della proprietà. L'impresa non fu in alcun modo considerata come realtà diversa ed esterna all'imprenditore, né si prestò qualche attenzione al mercato".

Osserva quindi che a seguito della riforma l'oggetto della legge fallimentare è l'impresa. Assodato che le ragioni dei creditori non trovavano soddisfazione in un sistema che colpiva la persona dell'imprenditore, il legislatore ha chiamato in causa loro stessi a partecipare alla gestione della crisi: "L'imprenditore destinato al fallimento è respinto (non dal ma) sul mercato: affinché, calcolatrice alla mano, possa riorganizzare e distribuire quel che resta del suo patrimonio ai creditori che si decidano al contratto. In sostanza il fallito è sottratto al ceppo della vergogna – e dunque all'isolamento dalla società sul podio infame – non per atto d'amore, ma per cinico calcolo economico"; G.Ferri jr, *Garanzia patrimoniale e disciplina dell'impresa in crisi*, in AAVV, *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, II ed. 2013, p. 56.

³⁰⁴ S. Bonfatti, *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi di impresa. Gli accordi di ristrutturazione*, consultabile sul sito www.ilcaso.it, doc.n.251/11, p 3 il quale analizzando gli effetti prodotti rispettivamente dal piano di risanamento, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo osserva: "Il principio che pare di potersi ricavare da questo assetto della disciplina della crisi è che le eccezioni al diritto comune delle obbligazioni, che possono essere consentite per favorire il superamento di una situazione di crisi da parte di uno degli obbligati, sono tanto maggiori quanto più penetrante è il controllo che l'autorità giudiziaria può esercitare sulla effettiva sussistenza dei presupposti che le giustificano"

per creare valore e per soddisfare il proprio credito. La compartecipazione è una tecnica per salvare ciò che c'è di buono nell'azienda, recuperare la massa attiva e riutilizzarla con una riorganizzazione dell'impresa.

Un *trust* liquidatorio utilizzato in uno stato di crisi o in concorrenza con il fallimento non persegue alcuna delle finalità indicate. In modo particolare i creditori non hanno nessun ruolo, nessun contributo attivo nella gestione della crisi, limitandosi solo a ricevere nella propria sfera patrimoniale la posizione beneficiata o tutt'al più a rifiutarla e ricorrere alle vie giudiziarie per ottenere la tutela delle proprie ragioni.

Valutato il *trust* liquidatorio alla luce di tali considerazioni, ne consegue che, costituendo esso un modello caratterizzato da pura autonomia negoziale, non può determinare la sospensione/preclusione delle azioni esecutive individuali in assenza di una partecipazione volitiva della massa dei creditori. L'effetto protettivo sui beni che caratterizza il *trust* potrà vincolare *tutti* i creditori, solo qualora esso si inserisca, acceda, per favorirne l'esecuzione, a quegli strumenti negoziali che prevedono l'intervento statale a mezzo del giudice³⁰⁵.

Il *trust* pertanto non potrà mai porsi in alternativa o in concorrenza alle procedure concorsuali, ma sarà valido ed ammissibile solo se istituito a supporto di una di esse³⁰⁶.

A conclusioni non diverse deve giungersi con riferimento alla possibilità di istituire un *trust* liquidatorio avente ad oggetto tutti i beni dell'impresa anche quando la

³⁰⁵ D. Muritano, *Note sul trust istituito da imprese in crisi*, cit., nt. 28; questa linea argomentativa sembra trovare, da ultimo, conferma sia in giurisprudenza che nella recente l. 27 gennaio 2012, n. 3, recante "Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento". Dal quadro normativo complessivo emerge che in tanto l'accordo negoziale è valido e vincola tutti i creditori in quanto venga assicurato l'integrale pagamento dei creditori non aderenti, come nel caso dell'accordo di ristrutturazione, o, nel caso di concordato preventivo, l'accordo si forma in sede giurisdizionale ed è quindi frutto di eteronomia, garantendo l'omologa del giudice la vincolatività anche per i dissenzienti. Nel caso del sovra-indebitamento si ritrovano entrambe le condizioni.

³⁰⁶ L. Salvatore, *Atto di destinazione e crisi di impresa: strumento a tutela o contro le procedure concorsuali*, in RN, 2012, p. 1087; C. Cavallini, *Trust e procedure concorsuali*, in Riv. Soc., 2011, p. 1093; in giurisprudenza una possibilità di salvezza viene offerta da Trib. Monza, 15 maggio 2012, secondo cui potrebbe rinvenirsi una qualche utilità del *trust* nella misura in cui esso serva a proteggere il patrimonio da iniziative cautelari ed esecutive dei singoli creditori in vista di trattative di "salvataggio" dell'impresa (concordati, accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e simili (su cui infra); Aggiunge il tribunale che, poiché oggetto di *trust* è l'intera azienda, l'effetto protettivo non si produce, atteso che, ai sensi dell'art. 2560, comma 2, c.c., il cessionario dell'azienda - il *trustee* - risponderà dei debiti risultanti dai libri contabili obbligatori, per cui qualunque creditore potrà agire nei confronti del *trustee*.

stessa non si trovi in stato di decozione, con particolare riferimento al caso del *trust* istituito da società.

Sia la giurisprudenza più recente³⁰⁷ che la dottrina³⁰⁸ sollevano perplessità sul punto, in quanto lo scopo del *trust* si andrebbe interamente a sovrapporre a quello al cui raggiungimento sono obbligati sostanzialmente i liquidatori.

Osserva in particolare la giurisprudenza che siffatto *trust* non fornisce alcun valore aggiunto rispetto all'ordinaria liquidazione, atteso che destinare il patrimonio sociale al soddisfacimento dei creditori è la medesima finalità cui è destinato il patrimonio in forza delle disposizioni interne sulla liquidazione. La stessa finalità di evitare la "dispersione" dei beni è imposta anche ai liquidatori. Pertanto dato il carattere residuale dell'istituto, esso non può trovare spazio applicativo allorché l'ordinamento interno già fornisce gli strumenti per perseguire le medesime finalità. Soprattutto nel caso in cui la società deliberi che venga nominato *trustee* lo stesso liquidatore, il vero scopo in concreto sarebbe quello di sgravare il liquidatore dai compiti a esso imposti dalla legge e le connesse responsabilità, nei confronti dei terzi e degli stessi soci. Il ruolo di *trustee* pur comportando significativa responsabilità in base all'atto istitutivo, tuttavia gli conferisce anche un diritto al compenso pattuito con il disponente, che può essere prelevato direttamente dai beni in *trust*.

Sotto altro profilo, la liquidazione totale con conferimento in *trust* dei beni rileva sotto il più delicato profilo della cessazione dell'impresa, allorquando, nominato il *trustee*, la società o l'imprenditore proceda immediatamente alla sua cancellazione dal registro.

Tale prassi non può non avere ricadute in ordine alla esatta identificazione della estinzione della società e del *dies a quo* per la decorrenza del termine annuale di cui all'art. 10 l.f. entro cui può pronunciarsi il fallimento.

La giurisprudenza ha avuto modo di constatare che l'unica finalità perseguita da questa tipologia di *trust* è quella di porsi come liquidazione alternativa preordinata

³⁰⁷ Trib. Reggio Emilia, 14 marzo 2011; Trib. Mantova, 18 aprile 2011; Trib. Milano, 12 marzo 2012;

³⁰⁸ F. Fimmanò, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *RN*, 2011, p. 511; Id, *Trust e procedure concorsuali*, in *Il Fallimento- Gli Speciali- Profili del trust*, 2010, p. 33. Possibilista, invece, C. D'Arrigo, *L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, in *AA.VV., La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Di Marzio, Padova, 2010, p. 452; V. Salafia, *Bilancio finale di liquidazione e cancellazione della società dal Registro delle imprese*, in *Soc.*, 2012, p. 628.

ad ottenere una accelerata cancellazione della società disponente per eludere il termine annuale per la dichiarazione di fallimento previsto dall'art. 10 l.f., facendolo decorrere immediatamente. Difatti, nella nuova versione della norma, esso decorre proprio dalla cancellazione dell'impresa, sia individuale che collettiva, dal registro delle imprese.

Per comprendere la problematicità della questione ed i risvolti ermeneutici di tale norma sul sistema non può non ricostruirsi brevemente il dibattito che ha portato alla sua odierna formulazione.

Gli orientamenti manifestati in tema di inizio dell'impresa, principio di effettività e criterio formale, erano in passato riproposti in modo speculare per la fine dell'impresa.

L'esatta determinazione del giorno di cessazione dell'attività di impresa aveva particolare rilievo per l'imprenditore commerciale ai fini dell'applicazione dell'articolo 10 l.f.. La norma, nella versione originale, disponeva che l'imprenditore commerciale poteva essere dichiarato fallito entro un anno dalla cessazione dell'impresa, sia che si trattasse di imprenditore individuale che collettivo. Gli indici formali, tra cui per l'imprenditore commerciale la stessa iscrizione della cessazione nel registro delle imprese, non determinavano di per sé la perdita della qualità di imprenditore se non accompagnata dalla sostanziale cessazione o mancato compimento di ogni attività o operazione che fosse da annoverare nell'ordinario esercizio dell'impresa.

La fine di un'attività imprenditoriale è necessariamente preceduta da una fase di liquidazione più o meno lunga durante la quale: l'imprenditore completa i cicli produttivi avviati, vende le giacenze di magazzino e gli impianti, licenzia i dipendenti, definisce i rapporti pendenti. La maggior parte della letteratura in materia riteneva che la fase di liquidazione, che per l'imprenditore, a differenza che per le società, non è assolutamente regolata, costituisse ancora esercizio dell'impresa e che perciò la qualità di imprenditore si perdesse solo con la chiusura della liquidazione³⁰⁹. Chiusura che non si verificava se non con la compiuta liquidazione, ovvero con la definitiva disgregazione del complesso aziendale, che sanciva l'irrevocabilità e la definitività della cessazione.

³⁰⁹ V. Buonocore, *Fallimento e impresa*, Napoli, 1969, p. 238; R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1969, p. 347; S. Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964, p. 95.

A ciò si perveniva anche per la mancanza nel codice civile, prima della riforma del diritto societario del 2003, di una disciplina che esplicitamente prevedesse come effetto della cancellazione dal registro delle imprese la estinzione delle società.

Tale quadro normativo e dottrinale comportava che il trattamento ai fini del *dies a quo* per il computo dell'anno previsto dall'art 10 l.f., fosse identico sia per l'imprenditore individuale che collettivo, ravvisato per entrambi nell'applicazione del principio di effettività. Tuttavia, la Giurisprudenza³¹⁰ operava un trattamento differenziato per le due diverse categorie di imprenditori.

Per l'imprenditore individuale si riteneva che non fosse necessaria la completa definizione di rapporti sorti durante l'esercizio dell'impresa al fine di considerare cessata l'attività³¹¹. Non si considerava, cioè, necessario che fosse compiutamente definita la fase liquidatoria e fossero stati definiti tutti i rapporti passivi, ma se anche non era avvenuta la liquidazione completa poteva considerarsi comunque cessata l'attività e quindi l'imprenditore poteva essere sottoposto a fallimento.

Non così per le società, sia di persone che di capitali, per le quali si riteneva necessario, oltre la cancellazione dal registro delle imprese, anche la completa definizione di rapporti pendenti. In altri termini la società, benché cancellata dal registro delle imprese, doveva ritenersi ancora esistente e non sottoposta al decorso del termine di cui all'art. 10 l.f. finché non fosse stato pagato l'ultimo debito.

Tale impostazione si traduceva in una inapplicabilità dell'art. 10 l.f. atteso che una società poteva perciò essere dichiarata fallita anche a distanza di anni dalla definitiva cessazione di ogni attività di impresa, nonché dalle avvenute liquidazione e cancellazione dal registro delle imprese. Inoltre se la decorrenza del termine fosse dipesa dalla definizione di ogni rapporto attivo o passivo, essa non sarebbe mai

³¹⁰ Cass. Civ., 15/06/1999, 5941, Cass. Civ., 15/05/1999 n. 4774; Cass. Civ., 20/10/1998 n. 10380; Cass. Civ., /01/1997 n. 73; Cass. Civ., 09/03/1996 n. 1876; Cass. Civ., 06/07/1993 n. 7385.; in dottrina in tal senso S. Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p.37; di contraria opinione rispetto a tale orientamento F. Ferrara jr- F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1999, p. 303; A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in AA.VV. *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo- G. B. Portale, Torino, 1993, p. 240;

³¹¹ In dottrina in tal senso il riferimento va alle pagine di G. Campobasso, *Diritto Commerciale. Diritto dell'impresa*, Torino, 2000, p. 107, per il quale la liquidazione non è sinonimo della cessazione dell'impresa. L'attività può continuare anche durante la liquidazione e può cessare prima che essa sia portata a compimento; A. Jorio, *Le crisi di impresa. Il fallimento*, cit., p.191; per G. Cottino- G. Bonfante, *L'imprenditore*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale*, dir. da G. Cottino, Padova, 2001, p. 555

avvenuta³¹²: la sussistenza di un debito non pagato non avrebbe mai consentito di considerare cessata l'attività e ove fosse stato soddisfatto anche l'ultimo creditore non si sarebbe rivelato uno stato di insolvenza³¹³.

L'irragionevole disparità di trattamento che si era venuta a creare finì sotto il vaglio della Corte costituzionale.

La Consulta dapprima³¹⁴ dichiarò incostituzionale l'articolo 10 l.f. perché non prevedeva che il termine annuale decorresse per le società dal momento della cancellazione del registro. Successivamente la Corte manifestò l'orientamento che analogo principio dovesse valere anche per l'imprenditore individuale, facendo però salva, in questo caso, la possibilità per i creditori di dimostrare la prosecuzione dell'attività di impresa anche dopo la cancellazione³¹⁵.

Tali interventi sono stati il preludio della riforma dell'art. 2495cc³¹⁶, che prevede che la cancellazione determini la estinzione della società, e poi della riscrittura dell'art. 10 l.f. ad opera del decreto legislativo 5/2006 e del decreto correttivo 169/2007.

³¹² F. Lamanna, *Commento all'aut. 10 l.f.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare- r.d. 16 marzo 1942 n. 267*, dir. da A. Jorio - coord. da M. Fabiani, Bologna, 2010, p. 268, il quale afferma l'inapplicabilità dell'art 10 l.f. "....essendo impossibile individuare un momento di effettiva cessazione dell'impresa societaria in cui questa fosse ancora in solvente e al tempo stesso fallibile..... La società sarebbe stata immortale ai fini fallimentari".

³¹³ A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, dir. da G.E. Colombo- G.B.Portale, Torino, 1993, p. 240, osservava che tale impostazione contrastava comunque con l'impianto codicistico secondo il quale, pur in assenza di una espressa previsione normativa che prevedesse come effetto della cancellazione l'estinzione della società, comunque prevedeva, e prevede tutt'ora, che dopo la chiusura dell'iter formale della liquidazione non sarebbe stato possibile ipotizzare a seguito di sopravvenienze attive o passive una riapertura del procedimento di liquidazione, né una reviviscenza delle società. Nel caso della sopravvivenza o sopravvenienza di rapporti passivi i creditori insoddisfatti avrebbero potuto rivolgersi ai soci e nei confronti dei liquidatori se il mancato pagamento del creditore fosse dipeso da colpa di questi; nel caso di sopravvenienze attive il diritto del socio alla quota di liquidazione si sarebbe esteso anche ad esse; in tal senso anche F. Ferrara jr- F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, cit.p. 675

³¹⁴ Corte Cost. n. 319/2000.

³¹⁵ Corte cost. n. 361/2001; Corte Cost. n. 131/2002.

³¹⁶ Sulla possibilità prima del *dictum* della Corte Costituzionale, che la società, se pur cancellata non poteva dirsi ancora estinta se vi fossero stati rapporti pendenti cfr G. Niccolini, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni*, in *Trattato delle Società per azioni*, dir. G. E. Colombo- G. B. Portale, Torino, 1997, p. 704. Con il nuovo art. 2495cc la cancellazione invero determina la estinzione della società con la efficacia costitutiva propria del regime pubblicitario delle società di capitali. Il tenore letterale dell'art 2495 cc, in particolare del secondo comma, detta un punto fermo sul fatto che la mancata definizione di tutti i rapporti pendenti non è di ostacolo alla estinzione della società a seguito della cancellazione, cfr A. Dimundo, *sub artt 2484-2496*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, IX, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, p.; F. Lamanna, *Commento all'art. 10 l.f.*, cit., p. 268 nt. 21; L. Parrella, *Cancellazione della società. Art. 2495 cc*, in AA.VV., *La riforma delle società artt. 2462-2510 cod.civ.*, a cura di M Sandulli- V. Santone, Torino, 2003, p. 305.

L'attuale quadro normativo consente di affermare che oggi la cancellazione dal registro delle imprese produce l'estinzione dell'impresa e rappresenta il dies a quo per la decorrenza del termine annuale entro cui dichiarare il fallimento sia per l'imprenditore individuale che collettivo, e per quest'ultimo senza distinzione tra società di persone e di capitali.

La cessazione dell'attività non è opponibile se non è stata adempiuta la formalità pubblicitaria della cancellazione, in ossequio al regime di cui agli artt 2188- 2194 cc sulla opponibilità dei fatti riguardanti l'esercizio dell'impresa in generale.

Tuttavia per ciò che riguarda gli imprenditori individuali o imprenditori collettivi che siano stati cancellati d'ufficio del registro delle imprese, essa è condizione necessaria ma non sufficiente per la decorrenza del termine occorrendo anche la disgregazione del complesso aziendale.

Difatti a seguito dell'intervento correttivo del 2007 è fatta salva la possibilità per i creditori ed il Pubblico ministero di provare il momento di effettiva cessazione dell'attività di impresa ex II co. art. 10 l.f. come novellato, con un ritorno all'applicazione del principio di effettività.³¹⁷

Tale norma è in linea con il sistema della pubblicità dichiarativa: per l'imprenditore individuale, in ossequio alla efficacia dichiarativa del regime pubblicitario del registro delle imprese, la cancellazione costituisce una presunzione relativa di cessazione dell'attività, superabile mediante prova contraria da parte dei creditori o del Pubblico Ministero.

Il debitore non può dimostrare di aver cessato l'attività di impresa prima della cancellazione per anticipare il decorso di tale termine, tale fatto non è opponibile in quanto non previamente iscritto. Diversamente la cancellazione non preclude ai terzi di dimostrare che la cessazione in realtà non è avvenuta o è avvenuta in un momento diverso: essi, ovvero, possono provare la non verità del fatto iscritto, ovvero la non l'estinzione, nonostante l'avvenuta cancellazione³¹⁸.

³¹⁷ G. Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, Milano 2009, p.45, per il quale: "Ed è la soluzione da cogliere anche nel caso non disciplinato dalla legge che una società di persone abbia a proseguire l'attività di impresa dopo essere stata volontariamente cancellata dal registro delle imprese. Ciò in quanto è evidentemente inammissibile che la società possa pretendere trascorso un anno dalla cancellazione di esercitare impresa commerciale senza essere esposta fallimento; Id, *Diritto Commerciale. Diritto dell'impresa*, cit, p. 101

³¹⁸ Tutt'al più al debitore insolvente, sarà consentita la prova della conoscenza soggettiva della non verità del fatto iscritto da parte del terzo, ai sensi dell'art. 2193cc, cfr F. Lamanna, *Commento all'aut. 10 l.f.*, cit., p. 274.

Per quanto riguarda le società, dal dettato della norma emergerebbe che la previsione della estinzione, quale effetto della cancellazione dal registro delle imprese, sia una presunzione assoluta, che non ammette prova contraria, valevole per tutti i tipi di società, non solo per quelle di capitali ma anche per quelle di persone, pur in assenza per quest'ultime di una espressa previsione normativa simile all'art. 2495cc. La prova contraria è ammessa solo per le società cancellate d'ufficio.

La cancellazione volontaria avrebbe l'effetto, di determinare la caducazione, definitiva ed irreversibile della società, in modo speculare a quanto avviene per il momento di inizio dell'esercizio dell'impresa che è determinato dalla costituzione.

Sul punto si è creato un contrasto dottrinale e giurisprudenziale che ha suscitato l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³¹⁹, le quali

³¹⁹ G. Niccolini, *Commento all'art. n.2495 cc*, in AA.VV., *Commentario delle società di capitali*, a cura di G. Niccolini- A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1839, nt 19; A. Nigro, *Commento all'art. 10 l.f.*, in AA.VV., *La nuova legge fallimentare*, a cura di M. Sandulli- A. Nigro, Torino, 2006, I, p. 59, il quale evidenzia la notevole portata sistematica dell'art. 2495cc; G. Niccolini, *La liquidazione volontaria delle società tra passato e presente*, in AA.VV., *Le liquidazioni aziendali*, a cura di S. Adamo e G. Niccolini, Torino, 2010, 38; V. Salafia, *Estensione alle società di persone del nuovo art. 2495cc*, cit., p. 569, secondo cui, pertanto, non si può affermare che la cancellazione di una società produce effetti diversi secondo il tipo della sua organizzazione, in presenza di fatti dentici, costituiti dal mancato pagamento di uno o più creditori da parte del liquidatore. Cfr. altresì l'orientamento conforme di Cass., 13 novembre 2009, n. 24037, in *Riv. not.*, 2010, 5, 1395, con nota di D. Boggiali - A. Ruotolo, *Efficacia estintiva della cancellazione delle società di capitali e di persone dal registro delle imprese*.

La Giurisprudenza si è pronunciata sulla applicabilità dell'effetto estintivo a tutti i tipi di società, sia di persone che di capitali, mutando il consolidato e precedente orientamento, sul punto Cass., 12 novembre 2008, n. 25192, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 1485: "La modifica dell'art. 2495 cod. civ., ex art. 4 d.lgs. n. 6 del 2003, per cui la cancellazione dal registro delle imprese determina, contrariamente al passato, l'estinzione della società, si applica anche alle società di persone, nonostante la prescrizione normativa non faccia espresso riferimento a tale tipo di società. Deve, infatti ritenersi vigente nell'ordinamento il principio generale secondo il quale la cancellazione dal registro delle imprese comporta l'estinzione della società. Tale norma, in considerazione della sua funzione ricognitiva, è retroattiva e trova applicazione anche in ordine alle cancellazioni intervenute anteriormente all'1/1/2004, data di entrata in vigore delle modifiche introdotte dal citato d.lgs. n. 6 del 2003, con la sola esclusione dei rapporti esauriti e degli effetti già irreversibilmente verificatisi".

Di contrario avviso rispetto a tale soluzione ermeneutica G. Baldassarre, *La cancellazione dal registro delle imprese e le società di persone: un nuovo indirizzo giurisprudenziale* in *Notariato*, 2009, p. 268 S. Ronco, *Cancellazione dal Registro ed estinzione della società di persone*, in *Società*, 2009, p. 877; E. Timpano, *La cancellazione delle società di persone dal Registro delle Imprese: il revirement della Cassazione* in *Riv. not.*, 2010, p. 191; osserva critico G. Iaccarino, *Sopravvenienze attive alla cancellazione della società: soluzioni operative dopo l'ultimo orientamento della Cassazione*, in *Società*, 2009, p.549 che: "la giurisprudenza non solo ha effettuato un cambiamento di rotta abbandonando una posizione sostenuta per oltre mezzo secolo, in modo pressoché costante, ma è andata oltre estendendo il campo operativo della pubblicità costitutiva della cancellazione anche alle società personali ... appare evidente che tale orientamento, lungi dall'essere condivisibile, non si è ispirato a quella saggezza che per tanti anni ha caratterizzato l'indirizzo della giurisprudenza".

Il contrasto sorto in giurisprudenza è stato composto dalle SSUU Cass. 22 febbraio 2010 n. 4262 in cui si precisa che la modifica dell'articolo 2495 cc deve essere interpretata nel senso che "l'iscrizione

hanno confermato che l'art. 2495 cc si applica anche alle società di persone e, pertanto, anche nei confronti di queste l'effetto estintivo si produce dalla cancellazione, ma l'efficacia della iscrizione nel registro mantiene la sua natura dichiarativa³²⁰, per simmetria rispetto alla natura dell'iscrizione dell'atto costitutivo. Pertanto in ossequio ad una ricostruzione sistematica del sistema pubblicitario, anche per le società di persone la estinzione è un fatto del quale può essere provata la non verità. Dunque mentre l'efficacia costitutiva comporta un evento estintivo irreversibile che non permette di far tornare in vita la società³²¹, al contrario nelle

nel Registro delle Imprese delle società di persone, come la fine della loro legittimazione e soggettività è soggetta a pubblicità di natura dichiarativa". Dal 1° gennaio 2004, "per le società di persone, esclusa la efficacia costitutiva della cancellazione iscritta nel registro, può affermarsi la efficacia dichiarativa della pubblicità della cessazione dell'attività di impresa collettiva, opponibile dal 1° luglio 2004 ai creditori che agiscano contro i soci, ex artt. 2312 e 2324 c.c., norme in base alle quali si giunge ad una presunzione del venir meno della capacità e legittimazione di esse anche se perdurino rapporti o azioni in cui le stesse società sono parti".

Precisano, inoltre, le Sezioni Unite, che "la natura costitutiva riconosciuta per legge a decorrere dal 1° gennaio 2004 degli effetti delle cancellazioni già iscritte e di quelle future per le società di capitali che con esse si estinguono, comporta, anche per quelle di persone, che, a garanzia della parità di trattamento dei terzi creditori di entrambi i tipi di società, si abbia una vicenda estintiva analoga con la fine della vita di queste contestuale alla pubblicità, la quale resta dichiarativa degli effetti da desumere dall'insieme delle norme pregresse e di quelle novellate che, per analogia juris determinano una interpretazione nuova della disciplina pregressa della società di persone".

³²⁰ Sul punto cfr G. Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, Milano 2009, p.45, il quale osserva che la prova della non verità dell'estinzione conseguente alla cancellazione sia la: "...soluzione da cogliere anche nel caso non disciplinato dalla legge che una società di persone abbia proseguire l'attività di impresa dopo essere stata volontariamente cancellata dal registro delle imprese. Ciò in quanto è evidentemente inammissibile che la società possa pretendere trascorso un anno dalla cancellazione di esercitare impresa commerciale senza essere esposta fallimento.

³²¹ Relativamente alle società di capitali, A Nigro, *Commento all'art. 10 l.f.*, cit. p. 60 nt 22 ritiene che "Certamente non possono ritenersi accettabili quelle opinioni secondo le quali i creditori insoddisfatti (magari perché ignoti) potrebbero ottenere la rimozione della cancellazione, sottoforma di "cancellazione " ex art. 2191 cc o (il che è lo stesso) di revoca di essa...Oltretutto simili rimedi – i quali ovviamente comporterebbero la reviviscenza della società con effetti ex tunc – sembrano in sé in assoluto incompatibili con un sistema che ormai innegabilmente privilegia su qualsiasi altra l'esigenza di certezze definitive ed irretrattabili in ordine alla esistenza delle società, in particolare delle società di capitali".

Favorevoli sulla possibilità di ottenere una cancellazione della cancellazione della società dal registro dell'impresa A. Pavone La Rosa, *Il registro delle imprese*, in AA.VV. *Trattato di diritto commerciale*, dir. da V. Buonocore, Torino, 2001, p. 174; G. Niccolini, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni*, cit., p. 702.

In tal senso, sulla possibilità di ottenere la cancellazione della cancellazione x art. 2191 cc, con l'effetto di presumere che la società abbia continuato l'attività si è pronunciata la Corte di legittimità a SSUU del 09/04/2010 n. 8246, sulla scorta della applicabilità in ogni caso del regime pubblicitario previsto per le imprese: "In tema di dichiarazione di fallimento di una società, ai fini del rispetto del termine di un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, previsto dall'art. 10 legge fall., l'iscrizione nel registro delle imprese del decreto con cui il giudice del registro, ai sensi dell'art. 2191 cod. civ., ordina la cancellazione della pregressa cancellazione della società già iscritta nello stesso registro, fa presumere sino a prova contraria la continuazione delle attività d'impresa, atteso che il rilievo, di regola, solo dichiarativo della pubblicità, se avvenuta in assenza delle condizioni richieste dalla legge, comporta che la iscrizione del decreto, emanato ex art. 2191 cod. civ., determina solo la opponibilità ai terzi della insussistenza delle condizioni che avevano dato luogo alla cancellazione della società alla data in cui questa era stata iscritta e, di conseguenza, la stessa cancellazione, con effetto retroattivo, della estinzione della società, per non essersi questa effettivamente verificata; nè è di ostacolo a tale conclusione l'estinzione della società per effetto della

società di persone l'efficacia dichiarativa della cancellazione consente a coloro i quali ne hanno interesse di fornire una prova volta a superare la presunzione di estinzione.

In buona sostanza la società si presume estinta in quanto cancellata, salvo riuscire a dimostrare l'esistenza di rapporti pendenti e, conseguentemente, il perdurare dell'esistenza.

Ad esito della ricostruzione in tema di computo del termine annuale di cui all'art. 10 l.f. emerge come la fattispecie del *trust* liquidatorio si innesti ed interferisca in modo problematico con la disciplina di cui all'art. 10 l.f., con la conseguenza che un uso distorto dell'istituto può tradursi in un aggiramento fraudolento della regola posta dalla suddetta norma³²².

Il *trust* liquidatorio non perseguirebbe interessi meritevoli di tutela e quindi sarebbe nullo, in quanto non si verificherebbe quel *quid pluris* di apprezzabilità, di rilevanza degli interessi, in quanto tale fattispecie avrebbe come unico effetto quello di anticipare la decorrenza del termine annuale per la dichiarazione di fallimento.

Bisogna però fare delle distinzioni a seconda del tipo di imprenditore che pone in essere il *trust*.

Nel caso dell'imprenditore individuale la fine della attività di impresa non è disciplinata dal codice civile.

La liquidazione non è regolata come per le società, nonostante essa sia una attività necessaria per la definizione di tutti i rapporti inerenti la attività imprenditoriale³²³.

In dottrina si è ritenuto infatti che l'attività di liquidazione debba necessariamente antecedere alla cessazione dell'attività. Pertanto l'estinzione dell'impresa conseguirebbe alla disgregazione irreversibile e definitiva del compendio aziendale unitamente al dato formale della iscrizione nel registro del fatto che ha dato luogo a

cancellazione dal registro delle imprese, a norma dell'art. 2495 cod. civ., introdotto dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, atteso che la legge di riforma non ha modificato la residua disciplina della pubblicità nel registro delle imprese".

Sulla questione sorta ad esito di tale orientamento cfr. F. Fimmanò, *Estinzione fraudolenta della società e ricorso di fallimento "sintomatico" del pubblico ministero*, pubblicato su www.ilcaso.it, 9/13.

³²² Trib. Reggio Emilia, 14 marzo 2011;

³²³ In tal senso si esprime V. Buonocore, *L'impresa*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale*, dir. da V. Buonocore, Torino, 2002, p. 168, per il quale la liquidazione è il necessario antecedente logico e strumentale affinché si realizzi la disgregazione dell'azienda che unitamente ad altri indici obiettivi rende irreversibile la cessazione dell'attività; Id, *Fallimento e impresa*, Napoli, 1969.p.238; G. Minervini, *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Napoli, 1966, p. 34.

cancellazione³²⁴. L'imprenditore individuale potrebbe in tal caso affidare anche ad un terzo la fase "disgregativa" e liquidativa dei rapporti passivi, in assenza di una procedimentalizzazione e di una disciplina di tale fase³²⁵.

Tale terzo potrebbe essere dunque un *trustee* col compito di definire tutte le pendenze in capo all'impresa e solo dopo aver raggiunto quel livello di dispersione irreversibile potrebbe procedere alla cancellazione dal registro. Non risulta infatti né una procedimentalizzazione della fase liquidatoria per l'imprenditore individuale, né un obbligo pubblicitario, dovendo essere iscritta solo la cessazione dell'attività onde ottenere la cancellazione dell'iscrizione. In tal caso il *trust* liquidatorio potrebbe assolvere una funzione meritevole, potendo l'imprenditore scegliere come *trustee* un soggetto particolarmente qualificato per tale tipo di attività. La fattispecie non si porrebbe in questo caso in contrasto con una normativa inderogabile.

Qualora, immediatamente dopo il trasferimento al *trustee* del compendio aziendale, questi procedesse, senza portare a compimento la liquidazione, alla cancellazione dell'impresa, i creditori insoddisfatti e che potrebbero vedersi tutelati in sede fallimentare potrebbero comunque tutelare le proprie ragioni ottenendo una riapertura dei termini di cui all'art. 10 l.f.. Essi possono offrire la prova contraria della continuazione dell'attività e, quindi, della non verità del fatto (dissoluzione del compendio aziendale) da cui si è fatto conseguire la cancellazione e quindi l'estinzione. Sarebbe prevista quindi una clausola di salvezza per i terzi creditori, in ossequio alla efficacia dichiarativa del regime pubblicitario per gli atti dell'imprenditore.

Nel caso dell'imprenditore individuale costituendo la cancellazione una presunzione relativa il *trust* non sarebbe quello strumento di elusione del termine finale per la fallibilità: mancando una disciplina formale della fattispecie estintiva, l'ordinamento offre lo strumento per tutelare le pretese creditorie.

Tale discorso non potrebbe valere per le società, sia di persone che di capitali, per due ordini di motivi: da un lato le fasi di scioglimento-liquidazione e cancellazione sono procedimentalizzate secondo una sequenza logica e temporale, costituendo

³²⁴ V. Buonocore, *L'impresa*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale*, cit.p.171

³²⁵ G. Cottino- G. Bonfante, *L'imprenditore*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale*, dir. da G. Cottino, cit. p. 555, "La fine dell'imprenditore coincide con la fine dell'attività. Non vi è luogo a liquidazione in senso formale. L'imprenditore individuale non fruisce di autonomia patrimoniale sicchè la liquidazione è un puro fatto interno all'organizzazione dell'impresa".

l'una l'antecedente ed il presupposto dell'altra; i liquidatori sono investiti di compiti e poteri, per l'esercizio dei quali sono responsabili nei confronti dei terzi e dei soci ex art. 2311-2312cc, nonché 2489- 2495 cc.

Sotto altro profilo, che per la verità risulta connesso al primo, dal combinato disposto degli artt. 2495 cc e art. 10 l.f. la cancellazione determina la estinzione tout court della società ed il decorso del termine annuale di fallibilità senza possibilità di prova contraria, se non nel caso delle società cancellate d'ufficio 10 l.f.

Inoltre, onde impedire cancellazioni fraudolente, la recente Giurisprudenza di legittimità³²⁶ e di merito, non essendo possibile fornire la prova contraria della continuazione dell'impresa, ha affermato per le società di capitali la possibilità di applicare l'art. 2191cc che consentirebbe la cancellazione della cancellazione della società avvenuta in assenza delle condizioni richieste dalla norma. Di talchè, in tema di cancellazione- estinzione delle società, la Suprema Corte ha rimesso in dubbio l'effetto tombale, quanto meno ai fini del termine per la pronuncia di fallimento, che la cancellazione produce per le società di capitali.

Da tale impostazione giurisprudenziale può evincersi proprio il principio in base al quale la liquidazione deve necessariamente avvenire e completarsi prima del dato

³²⁶ Corte Cass. SSUU del 09/04/2010 n. 8246, sulla scorta della applicabilità in ogni caso del regime pubblicitario previsto per le imprese: “ In tema di dichiarazione di fallimento di una società, ai fini del rispetto del termine di un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, previsto dall'art. 10 legge fall., l'iscrizione nel registro delle imprese del decreto con cui il giudice del registro, ai sensi dell'art. 2191 cod. civ., ordina la cancellazione della pregressa cancellazione della società già iscritta nello stesso registro, fa presumere sino a prova contraria la continuazione delle attività d'impresa, atteso che il rilievo, di regola, solo dichiarativo della pubblicità, se avvenuta in assenza delle condizioni richieste dalla legge, comporta che la iscrizione del decreto, emanato ex art. 2191 cod. civ., determina solo la opponibilità ai terzi della insussistenza delle condizioni che avevano dato luogo alla cancellazione della società alla data in cui questa era stata iscritta e, di conseguenza, la stessa cancellazione, con effetto retroattivo, della estinzione della società, per non essersi questa effettivamente verificata; nè è di ostacolo a tale conclusione l'estinzione della società per effetto della cancellazione dal registro delle imprese, a norma dell'art. 2495 cod. civ., introdotto dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, atteso che la legge di riforma non ha modificato la residua disciplina della pubblicità nel registro delle imprese”

Tribunale Bolzano, 17 giugno 2011: “In caso di liquidazione volontaria, la cancellazione della società dal registro delle imprese deve essere preceduta dalla procedura di liquidazione prevista dagli articoli 2484 e seguenti c.c. (nel caso di specie, il Giudice del registro ha dichiarato illegittima la cancellazione della società che aveva conferito i propri beni in trust ed omesso gli adempimenti prescritti dal codice civile per la liquidazione volontaria”; Trib. Padova, 2 marzo 2011: “ Presupposto della cancellazione della società dal Registro delle imprese è l'effettivo compimento della liquidazione (art. 2495, comma 1, c.c.). Qualora, pertanto, il soggetto a ciò legittimato (nella specie il liquidatore) dimostri che in realtà la liquidazione non è terminata, è possibile provvedere, ai sensi dell'art. 2191 c.c., alla cancellazione dal registro delle imprese della iscrizione della cancellazione della società, soluzione, questa, che non contrasta con l'interpretazione data all'art. 2495 (nuovo testo) c.c. dalla sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 4062/10, dal momento che tale decisione, nell'affermare che l'iscrizione nel registro delle imprese della cancellazione della società comporta l'estinzione della stessa, non preclude l'applicabilità dell'art. 2191 c.c. per i casi in cui, come quello in esame, la cancellazione sia avvenuta in mancanza dei necessari presupposti”.

formale della cancellazione dal registro, atteso che sua violazione comporta per le società di persone la prova della non verità del fatto, stante la l'efficacia dichiarativa della pubblicità, e per le società di capitali la possibilità di applicare l'art. 2191 cc³²⁷. Le condizioni indicate dalla norma, la cui assenza consente di ottenere un decreto di cancellazione della cancellazione della società, sarebbero proprio l'avvenuta liquidazione ed il deposito del bilancio finale che costituisce il documento contabile rappresentativo di tutta la attività svolta dai liquidatori.

³²⁷ Osservano, F. Fimmanò- F. Angiolini, *Cancellazione, Estinzione e cancellazione della cancellazione: quando la società di capitali può "risorgere" e fallire*, consultabile su www.ilcaso.it, n. 280/2012, in riferimento alla portata applicativa dell'art. 2495 che "In pratica la norma sembra trovare un'eccezione nel caso in cui venga applicato l'art. 2191 cc" ed in maniera critica osservano: "non appare chiaro il criterio positivo, ispirato al fondamentale principio di certezza del diritto, col quale stabilire i casi in cui possa essere applicato l'art. 2191 cc e non renderlo uno strumento meramente "discrezionale" e perciò arbitrario per riportare ad libitum in vita società ormai "defunte", qualora ad esempio vi siano passività".

CAPITOLO III

Il *trust* nella prospettiva delle soluzioni negoziali della crisi di impresa

CAPITOLO III

1. TRUST E SOLUZIONI NEGOZIALI DELLA CRISI DI IMPRESA

L'intervento riformatore, in parte già evidenziato nelle precedenti pagine, ha impresso finalità diverse rispetto a quelle del vecchio impianto della legge fallimentare, tra le quali emerge in primo luogo il favor del legislatore per la conservazione, riorganizzazione e valorizzazione dei complessi produttivi, nonché la realizzazione di procedure più snelle, veloci e maggiormente soddisfattive per i creditori³²⁸.

Il fallimento non è più considerato la procedura cardine della disciplina della crisi, ad esso è destinato un ruolo residuale³²⁹, mentre è favorito il ricorso a soluzioni alternative che, mirando ad un salvataggio della impresa in crisi, sono rimesse alle negoziazioni di coloro che rappresentano i protagonisti della vicenda economica: l'imprenditore ed i creditori³³⁰.

Pertanto la riforma, è ispirata ad un valorizzazione dell'autonomia privata, in particolare al ruolo dei creditori quali gestori della crisi, sia nella fase ancora reversibile, che in quella ormai degenerata nell'insolvenza, attraverso la

³²⁸ V. Greco, *Il Trust nelle procedure concorsuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010, I, p. 761, il quale osserva che alla base della riforma c'era l'esigenza di rimodellare un sistema che non garantiva l'adeguato soddisfacimento dei soggetti a favore dei quali era stato preordinato: "le procedure concorsuali non sono state riformate per una scelta ideologica, ma per il fatto che, dopo aver perduto la capacità di realizzare in modo rapido ed efficace la cosiddetta *par condicio* per la loro biblica durata e per un esasperato sistema di privilegi, non erano più sul finire del secolo passato capaci a convertire in denaro i valori di una impresa che si era dematerializzata, e che per conservarne i valori occorreva strutturare per proseguire nei rapporti in essere che tradizionalmente venivano risolti";

³²⁹ S. Ambrosini, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, consultabile su www.ilcaso.it, doc. n. 306/2012, il quale osserva: "Ferma, ovviamente, la giusta preferenza attribuita dalla novella, ove possibile, alle soluzioni che preservino in tutto o in parte la prosecuzione dell'attività d'impresa, deve dunque riconoscersi che la legge mostra di valorizzare le soluzioni alternative in quanto tali, quand'anche orientate in senso liquidatorio."

³³⁰ A. Jorio, *Introduzione a Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 9, il quale dal raffronto comparatistico evidenzia i punti critici e l'anacronismo della previgente disciplina: "Il confronto poneva crudamente in risalto i principali difetti degli strumenti giudiziali: lentezza e rigidità delle procedure, necessità di seguire schemi precostituiti, l'esigenza di trattare il ceto creditorio come un *unicum*, nel rispetto di una generalizzata per certi versi ormai anacronistica *par condicio*, perniciosa pubblicità del percorso giudiziale"; P. Liccardo, *Trust e procedure concorsuali*, in AA.VV., *Il Trustee nella gestione dei patrimoni*, a cura di D. Zanchi, Torino, 2009, p. 399, il quale evidenzia come il vecchio impianto della legge fallimentare, incentrato sulla liquidazione di beni del fallito e sul carattere premiale delle procedure alternative al fallimento perdeva di competitività anche in relazione ad altri ordinamenti in cui era già avvenuto un ammodernamento delle procedure. Difatti, così osserva, "Da tempo altri ordinamenti avevano provveduto ad ammodernare i sistemi concorsuali in qualche modo riscrivendo i loro processi di insolvenza sulla base del paradigma generale costituito, nella legislazione statunitense, dal *Bankruptcy reform act* del 1978, che definisce nella *reorganization* disciplinata dal *Chapter XI* le metodiche per una soluzione concordata della crisi d'impresa"

predispensione di soluzioni negoziate³³¹, che sono però sottoposte al vaglio di conformità legale da parte dell'autorità giudiziaria e, dunque, procedimentalizzate.

Il legislatore ha optato per una accentuazione dei poteri dei creditori, con corrispondente ridimensionamento dei poteri di intervento dell'autorità giudiziaria anche nella procedura fallimentare vera e propria. In quest'ultima, i veri gestori della procedura sono il curatore fallimentare ed il comitato dei creditori, che hanno una ampia autonomia nella scelta dello strumento che possa garantire la migliore realizzazione dell'attivo e delle pretese dei creditori.³³²

Per quanto riguarda gli strumenti alternativi al fallimento, gli atipici accordi stragiudiziali, accompagnati o meno dal piano attestato di risanamento, gli accordi di cui all'art. 182 bis l.f. e il concordato preventivo ex art. 160 l.f. testimoniano l'intento del legislatore di favorire la emersione della crisi e la sua composizione offrendo una ampia scelta in ordine ai termini e modalità della soluzione³³³.

Corollari di ciò sono: il ruolo fondamentale del consenso prestato dai creditori e la circostanza che la liquidazione dei beni o delle attività produttive non è più la principale finalità delle procedure concorsuali, ma è strumentale alla fattibilità del piano o si risolve in un rimedio sussidiario e residuale.

Pertanto alla luce della conquista da parte della libertà negoziale di ampi spazi per la composizione della crisi di impresa ampio terreno applicativo potrebbe avere il *trust*.

Si è già rilevato, tuttavia nel paragrafo precedente, come non sia consentito risolvere la crisi di impresa e rientrare dalla propria posizione debitoria esclusivamente con un *trust* liquidatorio in cui conferire tutti i beni e l'attività dell'impresa. Si contrasterebbe con una normativa di rango imperativo, quale quella di cui alla l.f., che disciplina la disfunzione della garanzia patrimoniale

³³¹ M. Sandulli, *Commento all'art. 160 l.f.*, in AAVV, *La riforma della legge fallimentare*, cit., p. 981

³³² Osserva C. Cavallini, *L'impresa, la crisi, il giudice*, in *Riv. Soc.*, 2012, p. 758 che: "Il passaggio dal giudice «gestore» al giudice «controllore», pertanto, era non solo inevitabile, una volta mutata la funzione della legge regolatrice dell'impresa insolvente, ma financo auspicabile", pertanto il mutato ruolo del giudice "si spiega agevolmente.... perché la composizione della crisi d'impresa viene oggi ad inserirsi in un vero e proprio «mercato», alimentato dal sempre crescente utilizzo di strumenti societari e finanziari (*new.co*, *c.d. bad company*, finanziamenti di terzi spesso celanti, e nemmeno troppo, il pur importante ricorso al fenomeno del *private equity*, solo per fare un esempio), dove la scelta dello strumento è dei creditori medesimi, unici in grado di valutare l'an, il quando ed il quomodo ricevere dall'impresa in crisi una (da loro medesimi) ritenuta soddisfacente percentuale delle ragioni creditorie".

³³³ N. Abriani, *Il sistema delle procedure concorsuali: Soluzioni negoziate e prevenzioni della crisi*, in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, cit. p. 83

dell'impresa, che incentiva il ricorso alle soluzioni negoziate della crisi prevedendo l'indefettibile partecipazione volitiva dei creditori, i soggetti nei cui confronti deve essere attuata la garanzia patrimoniale ed a favore dei quali è dettata la disciplina di cui al r.d. n. 267/1942.

Nel *trust* i creditori non possono negoziare il regolamento di interessi statuito solo ed esclusivamente dal disponente, potendo solo rifiutare il vantaggio economico. Essi non possono pertanto subire la definizione della crisi senza partecipare e dare il consenso alle scelte del debitore. Pertanto il *trust* non può essere utilizzato per evitare l'applicazione delle procedure concorsuali, in maniera alternativa ad essa, ma può trovare terreno applicativo solo nell'ambito ed in conformità delle stesse, come strumento per assicurarne la migliore realizzazione.

Gli strumenti tipici offerti al debitore in crisi, tuttavia, non sono connotati solo da autonomia negoziale, dal momento che non è ravvisabile un accordo suscumbibile nella categoria civilistica del "contratto", ma le fattispecie de quo³³⁴ sono caratterizzate anche da eteronomia. Pertanto le soluzioni alternative al fallimento, onde poter produrre gli effetti favorevoli che la legge ricollega loro, necessitano dell'intervento dell'autorità giudiziaria³³⁵. Trattasi, ovvero, di fattispecie procedimentalizzate, a formazione progressiva e sottoposte ad un controllo pubblicistico sulla loro conformità legale³³⁶.

E' possibile notare, infatti, che nel caso degli accordi stragiudiziali accompagnati o meno da un piano attestato di risanamento ex art. 67 lett. d) l.f., o nel caso dell'adozione unilaterale di misure idonee a consentire il rientro dalla esposizione debitoria integrato dalla attestazione di un esperto, nessun vincolo per coloro che non vi hanno aderito, né alcun effetto protettivo sui beni del debitore in crisi può prodursi.

³³⁴ F. Guerrerà, *Le soluzioni negoziali*, in AA.VV., *Diritto Fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2013, p. 14; N. Abriani, *Il sistema delle procedure concorsuali- Soluzioni negoziate e prevenzioni della crisi*, cit., p. 84; L. Boggio, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, Milano, 2007, p. 7

³³⁵ S. Bonfatti, *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa. "Gli accordi di ristrutturazione"*, consultabile sul sito www.ilcaso.it, doc. n. 251/2011, p.4.

³³⁶ C. Cavallini, *L'impresa, la crisi, il giudice*, cit., p. 760, osserva che non è possibile richiamare per le soluzioni negoziate la categoria del contratto di diritto privato: "Limitarsi così ad affermare che il «nuovo» concordato preventivo si riduce, per così dire, ad un contratto di diritto privato tra debitore proponente e creditori accettanti (con voto ispirato al principio maggioritario), nel quale il ruolo del giudice appare puramente certificativo, equivale a non (voler) cogliere la reale essenza del rinnovato strumento «principale» della *lex concursus*".

Nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.f., la loro formazione sia dal punto di vista contenutistico che procedurale è rimessa alle negoziazioni tra il debitore e i creditori che vogliono aderirvi. Tuttavia, l'ordinamento interviene sia come fonte integrativa del contenuto contrattuale, imponendo il soddisfacimento per intero dei creditori che non vi aderiscano, sia nella fase integrativa dell'efficacia prevedendo l'omologa da parte dell'autorità giudiziaria. L'accordo produce i suoi effetti favorevoli per l'imprenditore e per i creditori aderenti solo se viene integrato dalla omologazione ed, in funzione del buon esito delle contrattazioni e della omologa, dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese si verifica per un tempo limitato l'effetto protettivo sui beni dell'imprenditore.

Nel caso del concordato preventivo, disciplinato dagli artt. 160 ss. l.f., non è riscontrabile alcun momento dell'iter formativo non connotato da eteronomia: l'ordinamento proceduralizza dinanzi l'autorità giudiziaria tutta la formazione dell'accordo, dalla fase iniziale che si apre con il deposito dell'istanza fino alla votazione, dalla fase dell'omologa alla fase esecutiva da svolgersi sotto il controllo del commissario giudiziale. In tale procedimento il ruolo dell'Autorità giudiziaria è espresso al massimo livello, giacchè la giurisdizionalizzazione del procedimento consente, in primo luogo, la produzione degli effetti protettivi fin dall'apertura del procedimento e per tutta la durata dello stesso, a differenza di quanto è previsto per gli accordi di cui al 182 bis l. f., per i quali il divieto di azioni sui beni è limitato a 60 gg.

In secondo luogo con la approvazione a maggioranza assoluta, in quanto avvenuta in sede giurisdizionale e nel rispetto dei presupposti formali e sostanziali richiesti, consente di vincolare anche i dissenzienti alle statuizioni contenute nel piano concordatario, una volta omologato dal Tribunale.

Stante queste differenze tra le varie figure alternative al fallimento, è possibile notare che maggiore è l'intervento statale maggiori sono le deviazioni dalle regole sui contratti e obbligazioni e maggiori sono i vantaggi -incentivi per il debitore in crisi³³⁷. Si va dalla massima espressione dell'autonomia negoziale di cui al piano

³³⁷ Cfr. ancora sul punto S. Bonfatti, *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi di impresa. Gli accordi di ristrutturazione*, cit. p 3, il quale evidenzia che: "Il principio che pare di potersi ricavare da questo assetto della disciplina della crisi è che le eccezioni al diritto comune delle obbligazioni che possono essere consentite per favorire il superamento di una situazione di crisi da parte di uno degli obbligati

attestato ex art. 67 lett. d) al concordato preventivo in cui la presenza pubblicistica accompagna tutta la fattispecie.

E' possibile fin da ora affermare che le potenzialità applicative del *trust* sono inversamente proporzionali all' intervento statale nella formazione dell'accordo di salvataggio.

L'effetto protettivo infatti, intanto si produce in quanto l'accordo rispetti determinati requisiti contenutistici e sia inserito in un procedimento giurisdizionale, con i limiti temporali previsti dal legislatore. Pertanto l'impiego del *trust* potrà solo ipotizzarsi nell'ambito degli accordi di ristrutturazione o del concordato preventivo, ovvero fattispecie in cui è previsto un controllo giudiziale. La gestione della crisi, infatti, non può essere avulsa da esso, che ad esito della riforma svolge un ruolo diverso ma indefettibile nell'ambito delle soluzioni negoziate³³⁸.

Se la scelta dello strumento dal punto di vista della convenienza economica è rimessa alle parti, il controllo del giudice ha la funzione di verificare la legittimità e la correttezza della formazione dell'accordo, la meritevolezza e la liceità causale dell'operazione e la garanzia di una minima forma di tutela dei diritti dei creditori³³⁹.

sono tanto maggiori quanto più penetrante è il controllo che l'autorità giudiziaria può esercitare sulla effettiva sussistenza dei presupposti che le giustificano".

³³⁸ C. Cavallini, *L'impresa, la crisi, il giudice*, cit., p. 760, il quale riflettendo sul rapporto tra autonomia privata e ruolo del giudice così opina: "credo che la c.d. «privatizzazione» delle procedure concorsuali debba recuperare l'essenza del proprio significato e della propria aspirazione a divenire una «costante», per non dire una «certezza» nel corso del tempo. In altri termini, tale essenza dovrebbe essere la maggiore autonomia decisionale dei creditori nella prospettazione di alcune soluzioni di uscita dalla crisi dell'impresa o dal fallimento (o anche «nel» fallimento), ma senza dimenticare che alla situazione fattuale dell'insolvenza chiamiamola «in atto» permanga il profilo «pubblicistico» così definito in contrapposizione delle procedure concorsuali. Il ruolo del giudice nel mutato quadro delle procedure concorsuali e nel divenire altalenante della crisi congiunturale è dunque duplice e di pari rilevanza e delicatezza, proprio al cospetto di maggiori e più incisivi poteri dei creditori. E ben presto appare un ruolo non solo duplice, ma anche «incrociato»: il «giudice» (e pure il P.M. da questo sollecitato) svolge non tanto e non solo un ruolo di tutela (*jus dicere*) dei diritti concorsuali in conflitto (in ciò con poteri e garanzie alquanto rafforzate), quanto e soprattutto di salvaguardia all'esigenza, della società economica prima di tutto, che il «mercato delle imprese in crisi» da libero non diventi arbitrario, da legale non diventi surrettiziamente foriero delle impunità: perché se così fosse, sarebbe il «fallimento» del fallimento".

³³⁹ La rilevanza del ruolo del giudice è stata affermata recentemente anche da Cass. Civ. SSUU 23 gennaio 2013 n. 1521 che risolvendo la questione sul potere o meno del giudice di sindacare la fattibilità del piano concordatario, ha distinto tra fattibilità giuridica e fattibilità economica, riconoscendo nella prima un potere di verifica del giudice e negandolo nell'altra. Il sindacato del giudice è un giudizio di legalità che attiene alla verifica della effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato, cfr nota di commento di M. Fabiani, *La questione di fattibilità del concordato preventivo e la lettura delle SSUU*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 166; G. Lo Cascio, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 525, il

La modifica della disciplina della crisi di impresa non ha sostituito una disciplina dispositiva ad una imperativa: l'impianto della legge continua a perseguire finalità pubbliche, e come tale necessità dell'intervento e controllo da parte del giudice, non più come gestore della procedura ma garante della legalità, avendo la cd. privatizzazione riguardato solo i mezzi³⁴⁰ e non le finalità³⁴¹.

Se è aumentato lo spazio dell'autonomia privata, il rispetto dei principi alla base della tutela del credito deve essere in ogni caso garantito³⁴². Il legislatore anziché sanzionare il debitore in crisi lo rimanda sul mercato con la partecipazione dei creditori alla gestione della crisi, ma allo stesso tempo chiama il giudice a controllare il rispetto delle regole³⁴³.

Il delicato rapporto tra libertà e autorità si bilancia sulla contrapposizione, che è alla base della riforma della legge fallimentare, tra economia e diritto, tra regole di mercato e regole giuridiche. La autonomia negoziale trova il suo ambito operativo nel merito della scelta dello strumento economico più adatto, mentre l'autorità giudiziaria è chiamata a controllare che la scelta di quello strumento sia avvenuta

quale, ad esito della su citata sentenza, afferma che: “ *Analizzando questo nuovo principio interpretativo, si coglie il mancato accoglimento della soluzione privatistica della natura giuridica del concordato preventivo, ma anche di quella pubblicistica che aveva primeggiato nella trascorsa disciplina. Questo primo risultato conclusivo sembra portare ancora una volta a rifiutare la soluzione unitaria della natura giuridica del concordato e al recupero della originaria tesi di un autonomo inquadramento giuridico delle specifiche fasi che lo distinguono*”

³⁴⁰ Osserva L. Cosentino, *Il trust di Jersey nel concordato preventivo*, consultabile sul sit www.ilcaso.it, doc. del 23 giugno 2013, che: “*Si deve tuttavia ritenere che il trust sia da utilizzare con particolare cautela dal momento che anche l'Enterprise Act del 2002 ha negato la legittimazione della convivenza tra trust e procedure concorsuali*”; nello stesso senso anche F. Galluzzo, *Validità di un trust liquidatorio istituito da una società in stato di decozione*, in *Corr. Giur.*, 2010, p. 527, che sottolinea come nell'ordinamento inglese l'Enterprise act del 2002 abbia negato che la nomina di un liquidatore, che agisca al di fuori di ogni controllo giudiziario possa legittimamente impedire l'operare delle procedure concorsuali giudiziali.

³⁴¹ La rilevanza della natura pubblicistica della normativa fallimentare emerge, tra l'altro, e trova conferma anche dall'esame della complessa disciplina dei finanziamenti prededucibili, essendo tali solo quelli afferenti ad un concordato o una ristrutturazione omologati, in particolare quelli relativi alla cd. finanza -ponte di cui al II co. dell'art. 182 quater e di cui all'art. 182 quinquies l.f.. I finanziamenti ivi contemplati acquisiscono la prededucibilità non ipso iure ma solo in virtù del provvedimento del giudice che omologa nel primo caso e in virtù di espressa autorizzazione alla stipula del finanziamento cd. interinale e di attestazione in ordine alla funzionalità dello stesso nel caso dell'art. 182 quinquies l.f..

³⁴² F. Macario, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in AAVV, a cura di F. Di Marzio- F. Macario, *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, Milano, 2010, p. 19

³⁴³ Sul ruolo di supporto dell'autorità giudiziaria all'autonomia negoziale, tale da considerarsi come “*autonomia negoziale assistita*” cfr G. Costantino, *La gestione della crisi di impresa tra contratto e processo*, in AAVV, *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, cit.p. 224

nel rispetto delle regole procedurali e che tuteli sia pur in minima parte i creditori³⁴⁴

Alla luce delle considerazioni svolte, si analizzeranno i possibili spazi operativi del *trust* nell'ambito delle soluzioni negoziate previste dall'ordinamento secondo una sequenza caratterizzata dal progressivo ridursi del ruolo pubblicistico dell'autorità giudiziaria, al quale si accompagnerà allo stesso tempo anche il progressivo ridursi degli spazi applicativi del *trust*.

1.1 Ambito operativo del trust nel concordato preventivo; inammissibilità del *trust* per anticiparne gli effetti protettivi; operatività dell'istituto a garanzia del concordato con conferimento di beni di terzi; inammissibilità del *trust* liquidatorio per l'attuazione di un piano concordatario che preveda esclusivamente la cessione dei beni ex art. 182 l.f.; compatibilità del *trust* liquidatorio con un piano concordatario misto, che contempli una parziale liquidazione accanto alla continuità aziendale ex art 186 bis l.f.; il conferimento in *trust* dei beni aziendali come modalità attuativa della continuità d'impresa, in alternativa al conferimento in società.

La riforma dell'istituto concordatario avviata con il decreto legge n. 35/80 e continuata a più riprese³⁴⁵ fino d.l. n. 69/2013 convertito in legge n. 98/2013 in un'ottica di accentuazione degli aspetti privatistici, ne ha reso più agevole l'accesso mediante la abolizione dei requisiti personali di meritevolezza e della percentuale minima da assicurare ai creditori chirografari, consentendo anche la possibilità di

³⁴⁴ Cass. SSUU 23 gennaio 2013 n. 1521:” Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando tale giudizio escluso dall'attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, la quale deve essere intesa come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, ma deve comunque essere finalizzata, da un lato, al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e, dall'altro, all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori”

³⁴⁵ M. Fabiani, Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi di impresa , in *Corr. Giur.*, 2012, p. 1265; G. Lo Cascio, Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne, in *Il fall.* , 2013, p. 525;

proporre pagamenti non integrali, a certe condizioni, ai creditori privilegiati ex art 160 u.c. l.f.

Rispetto alla precedente, la fattispecie attuale presenta maggiore complessità nella sua morfologia e struttura, offrendo una varietà di scelte al debitore, la cui convenienza economica sarà valutata solo dai creditori.

Soprattutto l'art 160 l. f. ha svincolato il contenuto della proposta dalle rigide prescrizioni pre-vigenti che si limitavano alle ipotesi di concordato con cessione di tutti i beni o di garanzia. Attualmente, infatti, la norma elenca non tassativamente una serie di soluzioni³⁴⁶, tra le quali potrebbe avere diritto di cittadinanza il *trust* istituito allo scopo di agevolare il raggiungimento dell'accordo rendendo concreta e fattibile sia la ristrutturazione dell'impresa che il soddisfacimento dei creditori. Di qui l'affermazione - valida ancora oggi - che il piano e la proposta di concordato non devono necessariamente potersi inscrivere in tipi predeterminati: la relativa costruzione è, al contrario, tendenzialmente libera, con conseguente possibilità di spaziare tra le forme del concordato per cessione dei beni, in continuità, misto, con o senza garanzia, provvisto o meno di un assuntore.

Si è quindi in dottrina³⁴⁷ osservato che il variegato e non tassativo strumentario offerto dall'art. 160 l.f. fosse il terreno propizio per la utilizzazione del *trust* onde rendere ancora più competitivo e funzionale alle esigenze dei creditori il concordato, creando una pressione psicologica positiva in capo agli stessi, rassicurati dall'attuazione del concordato mediante una destinazione vincolata al loro soddisfacimento.

Si è affermato³⁴⁸ che con la istituzione del *trust* si potrebbe intervenire nella fase antecedente il deposito del ricorso, allo scopo di favorire la formalizzazione della proposta. Il debitore potrebbe anticipare l'effetto protettivo al momento in cui

³⁴⁶ S. Ambrosini, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, consultabile sul sito www.ilcaso.it, doc. 4 agosto 2013: "Di qui l'affermazione - valida ancora oggi - che il piano e la proposta di concordato non devono necessariamente potersi inscrivere in tipi predeterminati: la relativa costruzione è, al contrario, tendenzialmente libera, con conseguente possibilità di spaziare tra le forme del concordato per cessione dei beni, in continuità, misto, con o senza garanzia, provvisto o meno di un assuntore".

³⁴⁷ V. Greco, *Il Trust nelle procedure concorsuali*, cit. p. 765; Id, *La funzione del trust nel fallimento*, in *Giur. Comm.* 2005, p. 708; D. Galletti, *Il trust e le procedure concorsuali: una convivenza subito difficile*, in *Giur. Comm.*, 2010, p. 895; Id, *Trust liquidatorio e (in) derogabilità del diritto concorsuale*, cit., p. 626; A. Busani- C. Fanara- O. Mannella, *Trust e crisi di impresa*, Milano, 2013, p. 143; P. Liccardo, *Trust e procedure concorsuali*, cit. p. 402; G. Lo Cascio, *Il Concordato preventivo ed il trust*, in *Il Fall.*, 2007, p. 249; Id, *Proposta di concordato preventivo mediante trust*, in *Fallimento*, 2009, p. 340.

³⁴⁸ A. Busani- C. Fanara- O. Mannella, *Trust e crisi di impresa*, cit, p. 143; L. Cosentino, *Il trust di Jersey nel concordato preventivo*, cit., p.3.

l'imprenditore deve avviare le trattative con i propri creditori o deve sondare il terreno tra nuovi finanziatori, in quanto questi, temendo la dichiarazione di fallimento, di solito negano qualsiasi tipo finanziamento.

Tale soluzione, tuttavia, non è compatibile con l'impianto della disciplina del concordato così come novellata dal d.l. 83/2012 convertito in legge n. 134 /2012 e che emerge dal combinato disposto dei nuovi artt. 182 bis VIII co. e 161 VI co. l.f..

Soprattutto nel caso di imprese medio grandi al fine di meglio ponderare la scelta dello strumento negoziale più consono al superamento della crisi, al fine di poter svolgere trattative più consapevoli con i creditori e i nuovi finanziatori, il legislatore ha da un lato anticipato la protezione del patrimonio del debitore e dall'altro ha stabilito che la scelta di uno strumento non è definitiva ed a senso unico. Al debitore, una volta acquisite maggiori informazioni e conoscenze, è data la possibilità di optare per una soluzione diversa e preferibile rispetto a quella paventata in origine.³⁴⁹

L'art. 182 bis VIII co. L.f. consente che, una volta avviata la proposta di accordo di ristrutturazione, il debitore nei 60gg successivi al provvedimento del giudice possa depositare, in alternativa all'accordo di ristrutturazione, una domanda di concordato preventivo. L'art. 160 VI co.l.f. consente che, una volta depositato il ricorso per concordato con riserva o concordato cd in bianco, nel termine concesso dal tribunale il debitore possa depositare anziché il piano e la proposta concordataria, un accordo di ristrutturazione. Nella fase iniziale delle trattative, le soluzioni negoziali sono pertanto intercambiabili.

Far retrodatare ancora più indietro l'effetto protettivo sulla base di una unilaterale scelta negoziale, svincolata da una procedura giudiziale, allo scopo di svolgere

³⁴⁹ M. Fabiani, La "passerella reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo, consultabile sul sito www.ilcaso.it, doc. n. 335/2012, il quale afferma che il legislatore ha introdotto "Una sorta di duplice passerella rimessa alla discrezionalità dell'imprenditore. In ambedue i percorsi il vantaggio della passerella è rappresentato dall'espressa previsione della conservazione degli effetti conseguiti con la prima domanda"; Id, La domanda "prenotativa" di concordato preventivo, in *FI*, 2012, I, p. 3184; Id, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, consultabile sul sito www.ilcaso.it, doc. 303/2012; Id, *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi di impresa*, in *Corr. Giur.*, 2012, p. 1265; S. Ambrosini, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, il quale evidenzia che il "ricorso presentato ai sensi dell'art. 161 VIco, come concordemente osservato già all'indomani del decreto legge 3 giugno 2012, rappresenta una delle novità in assoluto più rilevanti della riforma, dichiaratamente ispirata al Chapter XI del Bankruptcy Code statunitense nel perseguimento del giusto obiettivo di scongiurare che il decorso del tempo occorrente a predisporre il piano e la proposta vada a detrimento sia delle prospettive di ristrutturazione dei debiti (specie ove la crisi non si sia ancora tradotta in insolvenza), sia dei creditori meno smalzati."

indagini conoscitive prodromiche ad una proposta di concordato, non risulterebbe meritevole di tutela. L'ordinamento già offre questo strumento con la previsione del deposito della proposta di concordato in bianco, alla quale tra l'altro l'imprenditore non rimane nemmeno vincolato potendo transitare nella soluzione di cui all'art. 182 bis l.f., anche quando abbia già usufruito degli effetti del deposito della proposta di accordo ex art. 182 bis VIII co l.f.³⁵⁰. Gli effetti protettivi perdurano con la progressione dell'iter procedurale, sino alla omologa dell'accordo o del concordato.

La segregazione dei beni del debitore e l'impossibilità per i creditori di soddisfare i propri diritti non può andare oltre i limiti e le condizioni disegnate dal legislatore per consentire il sacrificio delle posizioni creditorie. Non si possono estendere gli effetti dell'*automatic stay* oltre i limiti temporali fissati dal legislatore. Un *trust* puramente protettivo del patrimonio del disponente che versi in stato di crisi sarebbe inevitabilmente nullo perché consentirebbe ad una soluzione puramente stragiudiziale di produrre gli stessi effetti di quella concordataria.

Ciò trova conferma non solo il legislatore ha già offerto la possibilità di blindare il patrimonio del debitore anche nelle fase delle trattative introducendo l'art. 182 bis VIII co. e 161 VI co l.f., ma anche perché ha previsto la possibilità di ricorrere alla finanza ponte o interinale solo ed esclusivamente a seguito di un controllo ed un provvedimento giudiziale.

In tema di concordato preventivo il ricorso al *trust* è stato ritenuto ammissibile sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza³⁵¹ qualora si debba garantire il buon esito del procedimento e si debbano assicurare i creditori all'atto ed in funzione dell'espressione del voto favorevole.

In tale fattispecie la garanzia per il buon fine potrebbe essere offerta non in virtù di un'auto-destinazione da parte del debitore, ma sulla scorta di una destinazione alla procedura di beni da parte di terzi, che, portatori di un interesse al salvataggio dell'impresa ed al buon esito della procedura, devolvano beni o diritti nella

³⁵⁰ F. Guerrera, *Le soluzioni negoziali*, in AAVV, *Diritto Fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2013, p. 144.

³⁵¹ L. Panzani, *Trust e concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 535; Id, *Ipotesi tipiche e atipiche di concordato*, in *Il Fallimento*, 1994, p. 341; A. Gallarati, *La composizione negoziale della crisi di impresa mediante concordato preventivo e trust*, in *Riv. Dir. impresa*, 2012, p. 123.

procedura conferendoli in un *trust* al fine di garantire una percentuale di soddisfacimento del ceto creditorio

Già prima della riforma, si era palesata la necessità di ampliare la possibilità di ricorso alla procedura da parte dell'imprenditore³⁵² in crisi attraverso il conferimento in *trust* dei beni di un terzo: tale compendio di beni, aggiuntivo a quello del debitore, e la previsione della loro eventuale monetizzazione avrebbero garantito i creditori in ordine al concreto soddisfacimento delle loro pretese.

E' possibile che ci siano, per la particolare relazione che li lega all'impresa in crisi, terzi che abbiano l'interesse a porre³⁵³ a servizio della procedura alcuni beni di loro proprietà. Tale interesse può derivare da una particolare posizione o attività svolta nei confronti della impresa, qualora questa abbia la veste societaria. In particolare, nel caso in cui l'impresa in crisi abbia la forma di una società con soci illimitatamente responsabili si ritiene³⁵⁴ che la procedura di concordato non si estenda ai soci illimitatamente responsabili, mancando una norma che preveda espressamente tale effetto, come è nel caso dell'art. 147 l.f., non essendo possibile una interpretazione analogica. Si può porre pertanto l'esigenza della valutazione del patrimonio di costoro nell'ambito del piano concordatario e della necessità di attingere ad esso.

Possono essere, quindi, in primis, destinati al soddisfacimento degli impegni assunti nel piano una parte dei beni dei soci illimitatamente responsabili, ma possono altresì intervenire con il loro patrimonio anche soci non illimitatamente

³⁵² Tribunale di Parma 3 marzo 2005, riguardante il caso di un concordato misto basato sulla cessione dei beni della società debitrice e sull'impegno di pagamento di una percentuale aggiuntiva con i mezzi rivenienti dalla liquidazione dei beni di un terzo. Tali beni vennero costituiti in *trust* con destinazione di ogni ricavato della vendita al soddisfacimento dei creditori concordatari e lo stesso commissario giudiziale venne nominato *trustee*; Trib. Mondovì 16 settembre 2005, secondo cui in caso di concordato preventivo per cessio bonorum, il piano concordatario, qualora vi siano i presupposti, può essere attuato anche tramite il conferimento dei beni immobili in un *trust* liquidatorio.

³⁵³ D. Galletti, *Trust liquidatorio e (in) derogabilità del diritto concorsuale*, cit., p. 626; L. Salvatore, *Atto di destinazione e crisi di impresa*, cit., p. 1106; F. Fimmanò, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in R. N., 2011, p. 511; A. Gallarati, *La composizione negoziale della crisi di impresa mediante concordato preventivo e trust*, cit., p. 123.

³⁵⁴ A. Gallarati, *op.ul.cit.*; L. Salvatore, *op. ul. cit.*, p. 106; in giurispr. Cass. 26 marzo 2010, n. 7273: "Il principio della consecuzione processuale tra le procedure di concordato preventivo e di fallimento non può essere applicato con riferimento ai creditori personali dei soci illimitatamente responsabili di società di persone, in quanto l'efficacia del concordato preventivo della società nei confronti dei soci illimitatamente responsabili riguarda esclusivamente i debiti sociali. Ne consegue che ai fini dell'opponibilità di eventuali ipoteche al fallimento o del computo degli interessi sui crediti vantati nei confronti dei singoli soci, non rileva la data di ammissione della società di persone al concordato preventivo, ma quella della successiva dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 147 della legge fall., dei soci illimitatamente responsabili".

responsabili ma che si siano offerti garanti di alcuni creditori più forti; terzi che abbiano l'interesse al superamento della crisi di impresa perché potenzialmente responsabili dell'andamento della gestione e che potrebbero subire azioni di responsabilità per mala gestione o per inosservanza degli obblighi di controllo; terzi che apportino nuova finanza; terzi non obbligati nei confronti dell'impresa ma legati da un vincolo di parentela con l'imprenditore; il terzo- l'assuntore, previsto espressamente dall'articolo 160 I co. lett. b), il quale in cambio della cessione dei beni del debitore si obbliga direttamente all'assorbimento degli oneri concordatari, con effetti liberatori o cumulativi della responsabilità del debitore.

In tutti questi casi, o si tratti di terzi obbligati nei confronti della impresa o non obbligati, non essendo applicabile l'art. 168 l.f. ai beni non appartenenti al debitore si pone il problema del meccanismo di acquisizione di tali beni e di come proteggere gli stessi dalle azioni dei creditori personali del terzo³⁵⁵.

Si evidenzia che il *trust* permetterebbe anche ai beni conferiti da terzi di beneficiare degli effetti protettivi simili a quelli di cui all'art. 168 l.f. che sancisce il divieto di azioni esecutive e cautelari e l'inefficacia delle prelazioni sui beni del debitore. Tali beni, funzionalizzati al soddisfacimento dei creditori concordatari, sarebbero comunque esposti alle aggressioni da parte dei creditori personali del terzo³⁵⁶. Con il conferimento in *trust*, i creditori del debitore in crisi avrebbero la certezza di non concorrere con i creditori del terzo sul compendio da questi destinato, giacché in virtù dell'effetto separativo i personali creditori del terzo vedono diminuita la garanzia patrimoniale del loro debitore e i creditori

³⁵⁵ F. Fimmanò, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in RN, 2011, p. 522 rileva che non solo i beni dei terzi non sono soggetti ai vincoli di cui all'art. 168 l.f., ma che in giurisprudenza era stato anche negato che il creditore pignoratizio del debitore in crisi potesse realizzare la propria garanzia nell'ambito del concordato preventivo, così come egli avrebbe avuto diritto di fare nel corso del fallimento. L'orientamento sul punto, infatti, esclude che l'art. 53 l.f. potesse applicarsi anche nella procedura concordataria. Sulla questione precisa tuttavia G. Lo Cascio, *Il Concordato preventivo ed il trust*, in *Il Fall.*, 2007, 249, che tale limite non potrebbe trovare applicazione nel caso in cui il bene pignorato sia di proprietà non del debitore, ma del terzo.

³⁵⁶ La pubblicazione nel registro delle imprese, così come oggi previsto dalla novella di cui al d.l. 83/2012 che ha, tra l'altro mutato, il *dies a quo*, della domanda di concordato impedisce a tutti i creditori per titolo o causa anteriore al decreto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore. La ratio della norma sarebbe quella di evitare la dispersione dei beni della impresa e mantenere la *par condicio* anche nella eventualità che al concordato segua il fallimento, cfr, G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002, p. 361; A. Bonsignori, *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in AA.VV., *Le procedure concorsuali. Le Procedure minori*. Trattato dir. da G. Ragusa Maggiore-C. Costa, Torino, 1996, p.87; P. F. Censoni, *I diritti di prelazione nel concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2009, p. 42; Id, *Commento all'art. 168 l.f.*, in AAVV, *Il nuovo diritto fallimentare*, Comm. dir., da A. Jorio cit., p. 2421.

concordatari sono certi di potersi soddisfare su un patrimonio non distraibile dalla propria destinazione, liquidatoria o di garanzia³⁵⁷.

Per le osservazioni svolte prima in ordine alla differenza tra la cessione dei beni ai creditori ex art. 1977cc ed il *trust*, il terzo non potrebbe ricorrere alla *cessio honorum*, essendo questo un contratto a parti qualificate. Quand'anche fosse ammissibile da parte dei soci illimitatamente responsabili ricorrere alla cessione di cui all'art. 1977cc, la pattuizione non produrrebbe l'insensibilità del compendio alle azioni di quei creditori non aderenti.

L'ampio margine riconosciuto all'autonomia negoziale nella determinazione del contenuto del piano concordatario, dunque, renderebbe ammissibile la messa a disposizione di beni di terzi che attraverso il *trust* ricadrebbero anche essi in un regime di indisponibilità e inaggregabilità³⁵⁸.

³⁵⁷ Trib. Pescara 11 ottobre 2011, che omologa un concordato liquidatorio in cui una società terza conferisce il proprio patrimonio a favore della massa concordataria (la quale ne potrà beneficiare dopo che siano stati pagati i creditori della conferente) in un *trust*, ove il commissario giudiziale assume la veste di protector ed il liquidatore quella di *trustee*. La coincidenza delle figure del commissario giudiziale della procedura e di protector del *trust* eleva la capacità di controllo e di vigilanza sull'attività liquidatoria e consente altresì un ulteriore contenimento dei costi.

³⁵⁸Cfr. Trib. Napoli 19 novembre 2008, riguardante l'istituzione di un *trust* a garanzia del piano concordatario da parte della società controllante. In particolare la società ricorrente formula una proposta di ammissione al concordato preventivo mediante accollo cumulativo delle relative obbligazioni da parte della società controllante e cessionaria delle attività della debitrice. Si sarebbe proceduto alla costituzione di un *trust* in forza del quale i beni del patrimonio della società concordataria e della stessa assuntrice avrebbero formato un patrimonio separato destinato al soddisfacimento dei creditori.

Non condivide la soluzione di ricorrere al *trust* per superare il problema della costituzione del vincolo sui beni del terzo posti a garanzia del concordato F. Fimmanò, *Il trust a garanzia del concordato preventivo*, in *BBTC*, 2010, p. 76, il quale volge l'attenzione agli strumenti interni che, non ponendo problemi di ammissibilità e compatibilità con l'ordinamento interno, consentirebbero maggiormente di assicurare l'effettivo adempimento delle obbligazioni concordatarie. In particolare l'autore esclude la utilità anche dell'apposizione di un vincolo destinatorio ai sensi dell'art. 2645 ter cc, atteso che, considerando l'autore l'articolo in questione come norma sulla trascrizione, essa non garantirebbe l'ottemperanza concreta agli impegni concordataria. Esclude altresì il ricorso all'istituzione di un patrimonio destinato da parte di una società garante, in quanto sarebbe difficile sussumere lo scopo del patrimonio nell'alveo della nozione di specifico affare, la quale riguarda una operazione economica "concretamente programmata nella gestione di un segmento di attività imprenditoriale". Pertanto, propone come soluzione equipollente al *trust* la costituzione da parte del terzo di una nuova società di scopo con patrimonio destinato ad uno specifico affare. In particolare si osserva che nella nuova società di scopo viene comunque operata una separazione patrimoniale mediante però la duplicazione soggettiva. I beni sono conferiti nel patrimonio di un nuovo soggetto giuridico dotato di autonomia patrimoniale perfetta, la new-co di scopo, e non rispondono delle obbligazioni pregresse del terzo che ha costituito la società: "Il concordato...può efficacemente essere garantito mediante il conferimento dei beni immobili in una newco, appositamente costituita dal terzo (o gemmata mediante una scissione parziale), avente ad oggetto l'esecuzione della procedura concorsuale, il cui amministratore può essere designato – così come avvenuto per il trust – dal Tribunale fallimentare. Il tutto completato dalla concessione di un pegno sulle quote od azioni della società-veicolo, a favore della società ammessa al concordato con diritto di voto. In modo che le sorti della società veicolo rimangano indissolubilmente legate a quelle della società debitrice, per il caso di inadempimento delle obbligazioni assunte in ordine alla

Si pone tuttavia il problema della tutela delle ragioni dei creditori particolari dei terzi che vedono diminuita la propria garanzia patrimoniale.

Per quanto riguarda le società di persone i creditori della società possono soddisfarsi anche sui beni dei soci illimitatamente responsabili, ma non sono in alcun modo preferiti ai creditori particolari, poiché concorrono con essi: se la società fallisce, il trattamento concorsuale che tutti subiscono è lo stesso, in termini paritari, in virtù degli artt. 147-148 l. fall.³⁵⁹

È, chiaramente, ancora più critica la situazione di quei terzi non obbligati nei confronti della società che, pur se intenzionati a mettere i propri beni a disposizione della ristrutturazione, lo facciano in assenza di una propria responsabilità, anche parziale, per le obbligazioni del debitore principale. Onde evitare la sanzione della nullità del *trust* bisognerà bene evidenziare la meritevolezza dell'interesse alla base della destinazione non solo in riferimento alla tutela degli interessi dei creditori sociali, ma con riferimento alla posizione dei creditori particolari, non potendo essa essere sacrificata o pretermessa in assenza³⁶⁰ di un particolare e meritevole interesse.³⁶¹

esecuzione del concordato, non potendo agli stessi beni conferiti estendersi gli effetti conservativi degli artt. 167 e 168, l. fall. (norme per sua natura devolute alla conservazione del solo patrimonio concordatario). Per la Giurisprudenza di legittimità, infatti, la pubblicità del decreto di ammissione alla procedura non ha efficacia costitutiva e non condiziona gli effetti del concordato, che tanto più non possono prodursi sul patrimonio del terzo che ha offerto la garanzia”; Id, Trust e diritto delle imprese in crisi, cit., p. 554 precisa poi che: “Quanto agli eventuali debiti che potrebbero sorgere dopo la costituzione della newco e che per l’effetto potrebbero depauperare la garanzia proposta, è sufficiente che la società sia di mero scopo e non svolga alcuna attività economica o, se del caso, che la svolga mediante l’istituzione di un patrimonio destinato allo specifico affare che produca una segregazione nella segregazione, senza possibilità per i creditori particolari di aggredire il patrimonio generale posto a garanzia del concordato”; A. Caprioli, Assunzione del concordato preventivo da parte di società controllante, costituzione di trust e tutela dei creditori personali dell’assuntore, in BBTC, 2010, p. 103; F. Ragonese, Il piano del concordato preventivo con messa a disposizione di beni dei terzi: profili negoziali e notarili, in Il Fallimento, 2009, p. 1633; G. Guizzi, Patrimoni destinati e crisi societarie, in Riv. Dir. comm., 2006, p. 773; cfr anche G. Lo Cascio, Proposta di concordato preventivo mediante trust, cit., p. 340, il quale sottolinea la diversità del caso in cui il terzo sottoscrive insieme al debitore la proposta di concordato preventivo e questa sia omologata perché gli effetti della sentenza potrebbero rendere definitivamente acquisiti alla procedura i beni conferiti dal terzo.

³⁵⁹ D. Galletti, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 2006; A. NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, Giuffrè, 1974, 105.

³⁶⁰ D. Galletti, *Il trust e le procedure concorsuali: una convivenza subito difficile*, in *Giur. Comm.*, 2010, p. 895.

³⁶¹ D. Galletti, *Trust liquidatorio e (in) derogabilità del diritto concorsuale*, cit., p. 626; L. Salvatore, *Atto di destinazione e crisi di impresa*, cit., p. 1106, il quale, in linea con la tendenza lombarda in tema di *trust* liquidatorio, precisa che il terzo, per scongiurare ogni profilo di nullità del *trust*, oltre ad esplicitare il particolare interesse sotteso all’apposizione dei propri beni alla garanzia del buon esito del concordato, dovrà limitare la durata del *trust* alla acquisita definitività del decreto di omologa. Egli, pertanto, dovrà inserire una condizione risolutiva in virtù della quale gli effetti del *trust* dovranno caducarsi in caso di mancata omologa del concordato o di successivo fallimento.

Può affermarsi che l'interesse sotteso sarà tanto più rilevante quanto maggiori saranno i legami tra la il terzo e l'impresa in crisi. Riscontrata la validità del trust lo strumento di tutela sarà comunque quello offerto dall'ordinamento nel caso di atti dispositivi validi ma limitativi della responsabilità patrimoniale, *l'actio pauliana*, ordinaria o fallimentare³⁶² o le azioni cautelari.

Si è già affermato che il nuovo concordato presenta una formula molto aperta. Anche la novella di cui d.l. 83/2012 non ha predeterminato in rigidi schemi i contenuti del piano da sottoporre ai creditori, confermando che l'elaborazione del concreto contenuto, sia sotto il profilo economico che giuridico del piano e della proposta di spetta al ricorrente, mentre compete ai creditori valutarne il merito, anche sotto il profilo della convenienza.

Di talchè il debitore potrebbe anche proporre l'istituzione del trust quale modalità di esecuzione del piano concordatario il quale potrà avere, anche contestualmente contenuti liquidatori o conservativi. L'ampio tenore dell'art. 160 consentiva, già in passato, di ritenere ammissibile il concordato basato sulla prosecuzione dell'attività d'impresa³⁶³, ma oggi esso trova - per la prima volta -una specifica

³⁶² Cfr D. Galletti, *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 900: il quale distingue i rimedi a tutela dei creditori estranei alla destinazione a seconda che il terzo risponda dei debiti della società oppure no. Nel caso dei soci illimitatamente responsabili osserva: "... al fine di valutare la meritevolezza e la validità della pattuizione che riguarda la segregazione dei beni costituiti in trust, occorrerà controllare che il trattamento offerto ai creditori particolari non sia «espropriativo» delle ragioni degli stessi, ossia che non si possa ritenere che gli stessi, se la ristrutturazione non si arrestasse subito e potessero attivare gli strumenti esecutivi ordinari rispetto al loro debitore, potrebbero aspirare ad un livello di soddisfazione superiore. Il creditore particolare, quindi, potrebbe esperire forse un'azione di accertamento della nullità dell'atto che dà fondamento al trust perché immeritevole ex art. 1322 c.c., quando non addirittura illecito ex art. 1418 c.c., nonché sicuramente l'azione revocatoria nei confronti dell'atto che trasferisce i beni al trustee"; mentre nel caso dei creditori di terzi non responsabili per l'attività dell'impresa in crisi, l'autore afferma che "il problema allora si sposta interamente sulla tutela revocatoria ordinaria: non sembra infatti che in questo caso sia prospettabile una vera e propria nullità dell'atto: semmai lo stesso lede direttamente la garanzia dei creditori, ed allora il rimedio apprestato dall'ordinamento è l'azione pauliana ex art. 2901 c.c."

³⁶³ L. Mandrioli, *Struttura e contenuti dei "piani di risanamento" e dei progetti di "ristrutturazione" nel concordato preventivo e negli accordi di composizione negoziale delle situazioni di "crisi"*, in AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d'impresa*, a cura di S. Bonfatti-G. Falcone, Milano, 2006, p. 461; C. Esposito, *Il piano del concordato preventivo tra autonomia privata e limiti legali*, in AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2008, p. 543; M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, p. 610 ss. Prima della novella del 2012, la prosecuzione dell'attività da parte dell'imprenditore in stato di crisi in via diretta era considerata l'unica fattispecie di concordato con continuità aziendale, noto anche come concordato per ristrutturazione, cfr. M. Arato, *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività d'impresa*, in AA.VV., *Crisi d'impresa: casi e materiali*, a cura di F. Bonelli, Milano, 2011, 157, mentre si tendeva a far ricadere il trasferimento del complesso produttivo nel *genus* del concordato per *cessio bonorum*, cfr. S. Ambrosini, *Il piano di concordato e l'eventuale suddivisione dei creditori in classi*, in S. Ambrosini -P.G. De Marchi -M.Vitiello, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, p. 30.

regolamentazione e una precisa definizione a livello normativo all'art. 186bis introdotto dalla novella del 2012.

Ad esito del nel graduale processo di rinnovamento del concordato, connesso anche alla soppressione della amministrazione controllata³⁶⁴, è possibile individuare due norme, quali estremi tra cui scegliere il contenuto più adatto al soddisfacimento dei creditori. Da un lato, vi è il concordato per *cessio bonorum* regolato dall'art. 182 l.f. che opera se il concordato consiste nella cessione dei beni a fini liquidatori, dall'altro, quello con continuità aziendale disciplinato dall'art. 186-bis l.f. il quale opera quando il piano preveda la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione³⁶⁵.

I due contenuti, liquidatorio o conservativo, non si pongono necessariamente in rapporto di alternanza ben potendo il contenuto del concordato essere misto, prevedere cioè sia la liquidazione di alcuni cespiti che la continuazione dell'attività di impresa. Tuttavia dal combinato disposto dell'articolo 182 l.f. e dell'articolo 186 bis l.f. emerge come nel caso del concordato misto l'applicazione congiunta di entrambe le discipline sia da escludere in quanto tra loro incompatibili³⁶⁶.

L'art. 182 l.f. trova applicazione nel caso in cui il concordato preveda il soddisfacimento dei creditori solo mediante la cessione dei beni, mentre troverà applicazione l'art 186 bis quando l'imprenditore si proponga di proseguire la medesima attività servendosi dei cespiti strumentali all'impresa, dei quali viene

³⁶⁴ Sul punto osserva V. Greco, *La nuova finanza, credito di scopo per il salvataggio dell'impresa*, in T&AF, 2012, p. 56: " L'amministrazione controllata è stata, e a ragione, abrogata, avendo il legislatore preso atto che le crisi non si superano con la moratoria dei debiti - il solo fatto di chiederla provocava un calo di fiducia che rendeva l'impresa, già finanziariamente debole, asfittica, e una volta venuto meno la possibilità dell'intervento pubblico per il fatto che erano divenuti più stringenti i vincoli comunitari, non vi era è stata ialtra alternativa che salvare l'impresa sul mercato e con gli strumenti del mercato".

³⁶⁵G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo nel quadro di istituti di risanamento*, in *Fallimento*, 2012, p. 137; M.Fabiani, *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi di impresa*, cit., p.1276, il quale osserva che "si è fatto avanti, non in modo prepotente ma con una inesorabile progressione, l'idea che il concordato potesse essere gestito mantenendo l'impresa in capo all'imprenditore Si sono così articolati diversi moduli concordatari, tutti avvinti dal medesimo bisogno di valorizzare la continuità aziendale. La nozione di continuità aziendale utilizzata dal legislatore è spuria in quanto sono accomunate al medesimo destino sia quelle imprese in cui l'azienda in esercizio viene trasferita o conferita a terzi sia quelli in cui l'attività di impresa resta in capo al medesimo imprenditore"; Id, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, consultabile su www.ilcaso.it, II, 303/2012; A Maffei Alberti, *Sub art. 186-bis*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. Maffei Alberti, 2013, 1238; S. Ambrosini, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, consultabile su www.ilcaso.it, doc. del 4 agosto 2013.

³⁶⁶ S. Ambrosini, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, cit. p.3

esclusa l'alienazione, allo scopo di utilizzare i proventi delle attività per il pagamento dei creditori. Nel caso in cui il concordato con continuità aziendale preveda l'alienazione o la cessione dei beni non strumentali all'impresa configurandosi quindi come concordato misto, ugualmente troverà applicazione solo ed esclusivamente l'articolo 186 bis³⁶⁷.

Sia nel caso di concordato con *cessio bonorum* che nel caso del concordato con continuità aziendale si è prospettato di eseguire il piano rispettivamente mediante un *trust* liquidatorio ovvero nel secondo caso affidando l'azienda ad un *trustee* per provvedere al pagamento dei creditori³⁶⁸.

³⁶⁷ Osserva S. Ambrosini, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, cit., p.5 che può capitare che un concordato con continuità aziendale preveda la liquidazione dei beni estranei all'azienda ma che rappresentino la parte più cospicua dell'attivo, sebbene non siano strumentali all'esercizio dell'attività di impresa. In tal caso per stabilire quale delle due discipline va a trovare applicazione l'interprete deve ricorrere alla regola dell'assorbimento o della prevalenza cosicché: "non sembrano esservi alternative all'adozione della teoria dell'assorbimento o della prevalenza, vale a dire di quel criterio ermeneutico che, nel caso di contratto misto, conduce all'applicazione della disciplina dello schema negoziale tipico al quale siano riconducibili gli elementi prevalenti, senza peraltro escludere ogni rilevanza giuridica di quelli ulteriori. Di conseguenza, tutte le volte in cui la prosecuzione dell'attività d'impresa si riveli funzionale alla liquidazione (come accade quando il temporaneo mantenimento della rete commerciale sia strumentale all'alienazione della merce presente in magazzino a condizioni più favorevoli, o quando la cessione dell'azienda risulti ancillare – in termini qualitativi e quantitativi – rispetto alla liquidazione atomistica della residua parte del patrimonio), non vi è ragione per disapplicare le regole di cui all'art. 182, sicché dovrà escludersi l'operatività dell'art. 186-bis, salvo che per quegli aspetti comunque compatibili con la fattispecie concreta (in particolare, viene in considerazione la disposizione di cui al secondo comma, lett. b), del predetto articolo, in base al quale l'esperto è chiamato ad attestare la funzionalità della continuazione aziendale al miglior soddisfacimento dei creditori). Al contrario, laddove il piano sia incentrato sulla prosecuzione in proprio dell'attività o sul trasferimento dell'azienda, il regime da osservare è quello dell'art. 186-bis, salva la possibilità d'ipotizzare l'applicazione delle modalità di vendita di cui all'art. 182 in relazione alla dismissione dei beni non strumentali."

In Giurisprudenza sulla questione della corretta disciplina da applicare in caso di concordato misto Trib. Mantova 19 settembre 2013, *In ipotesi di concordato misto, in parte liquidatorio ed in parte con continuità aziendale, per individuare le norme da applicare nel caso concreto occorre verificare se le operazioni di dismissione previste, ulteriori rispetto all'eventuale cessione dell'azienda in esercizio, siano o meno prevalenti, in termini quantitativi e qualitativi, rispetto al valore azienda che permane in esercizio, quand'anche per mezzo di cessione a terzi.*

³⁶⁸ A. Busani- C. Fanara- O. Mannella , *Trust e crisi di impresa*, Milano 2013, p. 143; P. Liccardo, *Trust e procedure concorsuali*, in AA.VV., *Il Trustee nella gestione dei patrimoni*, cit., p. 410; V. Greco, *La nuova finanza, credito di scopo per il salvataggio dell'impresa*, cit., p. 56, per il quale sarebbe possibile inserire nell'atto di *trust* anche la previsione di limitare la responsabilità dell'attributario cui viene affidata l'azienda ai soli debiti sorti nel corso della sua gestione. Pertanto egli non potrebbe essere ritenuto responsabile dei debiti afferenti la pregressa gestione in analogia a quanto accade nel caso di affitto di azienda ed in deroga all'articolo 2560 cc, che prevede la responsabilità solidale del cessionario dell'azienda qualora il dell'azienda risultino dalle scritture contabili obbligatorie. Secondo questa tesi, poichè il trustee gestirebbe temporaneamente l'impresa, il disponente tornerebbe ad essere automaticamente il titolare dell'azienda una volta che essa sia stata risanata , configurandosi la fattispecie come un trust di ritorno. In ordine poi alla responsabilità delle obbligazioni sorte nel corso della gestione, secondo l'autore, il trustee godrebbe di una limitazione di responsabilità nei limiti del valore del patrimonio segregato, in analogia con quanto disposto in tema di patrimoni destinati dall'articolo 2447 quinquies cc; A. Busani- C. Fanara- O. Mannella , *Trust e crisi di impresa*, cit p. 143 secondo cui, esistendo la possibilità che il concordato sia revocato o risolto

Tuttavia nel caso di concordato sussumibile nell'alveo dell'art. 182 l.f. si ritiene di non poter condividere tale soluzione, per le stesse ragioni che nelle precedenti pagine sono state poste alla base della inammissibilità della liquidazione finale di un'impresa ad opera di un *trust*.

Anche nel caso del concordato liquidatorio, dal punto di vista oggettivo l'attività di liquidazione è completamente procedimentalizzata atteso che l'art. 182 demanda al giudice, oltre che la nomina dei liquidatori e del comitato dei creditori, la determinazione delle modalità di vendita, allo stesso tempo richiamando gli articoli in tema di liquidazione dei beni dell'attivo fallimentare. Sotto il profilo soggettivo il liquidatore è equiparato al curatore e gli si estendono gli stessi requisiti in tema di incompatibilità e terzietà³⁶⁹, nonché gli stessi obblighi previsti in ordine alla presentazione delle relazioni semestrali di cui all'art. 33l.f..

Pertanto, il liquidatore è un organo della procedura concorsuale, il suo ruolo e la attività svolta hanno un rilievo pubblicistico, che, in quanto tale, non è nella disposizione dei privati, la liquidazione di cui all'art. 182 l.f. non può essere realizzata mediante la istituzione di un *trust*. Al debitore è solo offerta la facoltà di designare il nominativo del liquidatore, ma non anche di dettare una disciplina diversa per la realizzazione dell'attivo rispetto a quella stabilita dall'ordinamento.

La norma nell'attuale versione è inderogabile, a differenza della precedente formulazione alla quale veniva riconosciuto³⁷⁰ carattere dispositivo, consentendo che l'autonomia si esplicasse anche in forme diverse e ritenendo che la

successivamente l'omologa, il *trust* dovrebbe ugualmente prevedere una clausola di salvezza in modo da adeguare la realtà giuridica alla nuova situazione fattuale: dovrebbe essere inserita nell'atto istitutivo una condizione risolutiva che automaticamente determini la cessazione del *trust* in caso di revoca o risoluzione, con conseguente trasferimento dei beni al debitore inadempiente affinché vengano assegnati al curatore fallimentare.

³⁶⁹ Trib. Benevento, 10 ottobre 2012: *Nel concordato preventivo con cessione dei beni la fase della liquidazione avviene ad opera della procedura concorsuale tramite i suoi organi, e tra essi il liquidatore giudiziale, la cui designazione può anche costituire oggetto della proposta del debitore volta a fissare le modalità di esecuzione del piano, ai sensi dell'art. 182 L.F. E' altresì certo che la nomina del liquidatore debba avvenire nel rispetto dei requisiti soggettivi - tra cui le incompatibilità di cui all'art. 28 L.F. - previsti per la nomina a curatore ed ivi richiamati; in difetto, la designazione sostitutiva compete al Tribunale.*

³⁷⁰ A. Bonsignori, *Il concordato preventivo in Commentario Scialoja- Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1979, p. 444; G. U. Tedeschi, *Le procedure concorsuali*, II, Torino, 1996, p. 1267; R. Provinciali, *Trattato diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 2331; di contrario avviso, S. Satta, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 1996; in giurisprudenza Cass. Civ., sez I, 18 gennaio 2013 n. 1237, con nota di commento di V. Zanichelli, *Liquidazione nel concordato e vincoli alla libertà negoziale*, in *Il Fall.*, 2013, p. 555 e contra recentemente Trib. Ravenna, decreto del 04.04.2013 che ammette l'utilizzo del *trust* per consentire l'apporto di beni esterni al patrimonio del debitore in un concordato preventivo esclusivamente liquidatorio.

consultazione del comitato dei creditori fosse facoltativa e non vincolante e che il liquidatore non fosse un organo della procedura.

Nel diverso caso di concordato con continuità aziendale, che contempra anche la liquidazione di quei beni non funzionali all'esercizio di impresa, non troverà applicazione la disciplina di cui all'art. 182 l.f., e pertanto in mancanza di specifiche disposizioni sulle modalità della vendita o sui requisiti soggettivi dei liquidatori potrà in tal caso ipotizzarsi l'affidamento dei beni ad un *trustee* allo scopo di soddisfare i creditori con il ricavato della loro monetizzazione.

In ordine alla continuazione dell'esercizio l' art. 186 bis l.f. prevede che la continuazione dell'esercizio possa permanere in capo allo stesso debitore o passare in capo a terzi, o in virtù di una cessione o di un conferimento in società, anche *new-co*.

L'esercizio produttivo attraverso una società di nuova costituzione è finalizzata a mantenere sul mercato gli assets dell'azienda ed inserirli in nuovo ciclo produttivo. Attraverso i proventi dell'esercizio dell'impresa verranno soddisfatti i creditori. In particolare, con il conferimento del complesso aziendale in una società di nuova costituzione la garanzia rappresentata dai cespiti aziendali è sostituita con quella rappresentata dalle quote ed il rischio di impresa viene sostituito il rischio di depauperamento delle quote³⁷¹.

Si propongono, inoltre, due possibili modalità soddisfattorie: i proventi dell'attività che si prevede di realizzare, secondo i tempi e le modalità indicate specificamente nel piano dall'attestatore, saranno utilizzati per il pagamento dei creditori; ovvero, potrebbero essere assegnate direttamente le quote della *newco* ai creditori, novando il diritto di credito in diritto alla quota di partecipazione sociale.

Difatti l'art. dell'art. 160 l.f., nell'indicare esemplificamente i contenuti possibili del piano ricomprende alla lett. a), tra le operazioni straordinarie finalizzate al soddisfacimento dei crediti³⁷², l'attribuzione ai creditori concorrenti di strumenti finanziari e partecipativi, o titoli di debito.

³⁷¹ F. Fimmanò, *Trust e crisi di impresa*, cit., p. 552

³⁷² Osserva V.V.Chionna, *La conversione di crediti in partecipazione*, relazione tenuta alla IV edizione della Summer School svoltasi a Pugnochiuso 18-23 luglio 2011 organizzata dall'Università degli studi di Foggia-Dipartimento delle scienze giuridiche, che tale disposizione, di contenuto analogo a quella di cui all'art. 124 l.f., in tema di concordato fallimentare esprime l'idea di fondo del legislatore della riforma: coinvolgere i creditori nella gestione della crisi dell'impresa, attraverso la conversione dei crediti in partecipazioni o in titoli finanziari o obbligazionari.

In tal caso è stato ipotizzato³⁷³ che la attribuzione e la gestione degli strumenti finanziari potrebbe passare per il conferimento ad un *trustee*, onerando costui di gestire i valori e con il ricavato dell'attività finanziaria soddisfare i creditori. Si sfrutterebbe in tal modo l'effetto separativo in capo al *trustee* che assumerebbe la titolarità funzionalizzata dei vari strumenti o titoli e la relativa gestione nel modo più redditizio per i creditori.

Ma prima ancora è stato prospettato³⁷⁴ che sarebbe ancor più vantaggioso e compatibile con il sistema proprio il conferimento dell'azienda ad un *trustee* anziché in una *newco*, affidando al primo la compagine aziendale per la realizzazione del progetto industriale.

La differenza starebbe nel fatto che nel caso della partecipazione alla *newco* o ad altra società i creditori divengono titolari di capitale di rischio, con la conseguente assunzione tanto dell'onere di esercitare i diritti amministrativi dei soci nella assemblea, quanto del pericolo che il veicolo societario non riesca a perseguire il progetto programmato o addirittura vada esso stessa in crisi.

Nel caso in cui il progetto imprenditoriale sia invece affidato ad un *trustee*, con i creditori come beneficiari, essi avrebbero diritto solo ad ottenere il pagamento, senza accollarsi oneri gestionali o amministrativi, senza preoccuparsi di scelte strategiche aziendali decise da una compagine societaria che potrebbe dipendere ancora in parte dal proponente. Essi non acquisirebbero lo status di soci e quindi non sopporterebbero il rischio dell'attività di impresa, avendo, altresì, la garanzia della supervisione del commissario sull'esecuzione del piano e quindi sul perseguimento delle finalità del *trust*.³⁷⁵

³⁷³ P. Liccardo, *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 415;

³⁷⁴ C. D'Arrigo, *L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, in AA.VV., *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Di Marzio, Padova, 2010, p. 466

³⁷⁵ F. Fimmanò, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, cit. p.552, ritiene, anche se con riferimento alla liquidazione fallimentare ed al concordato fallimentare che in caso di *newco*, per evitare i rischi connessi al depauperamento delle quote e ritenendo non praticabile la soluzione di ricorrere al *trust*, per la sua generale incompatibilità con il nostro ordinamento, sarebbe preferibile che "la liquidazione riallocativa mediante conferimento venga realizzata attraverso l'istituzione di un patrimonio destinato della *newco* il cui affare specifico sia proprio la gestione endoconcorsuale dell'impresa propedeutica alla cessione o all'assegnazione delle partecipazioni ai creditori. In modo da ottenere una segregazione nella segregazione e limitare i rischi della massa derivante dal cattivo andamento dell'attività di vita. Nella cellula verrebbero destinati, nei limiti del 10% del patrimonio netto della società e di mero godimento provvisorio, le componenti strettamente funzionali alla gestione propedeutica alla realizzazione del concordato straordinario mediante assegnazione di titoli ai creditori"; Id, *Il concordato stragiudiziale*, in Giur. Comm., 2008, p. 992;

1.2 Condizioni e limiti all'applicabilità del *trust* nell'ambito degli accordi di ristrutturazione

L'istituto è stato introdotto *ex novo* con la riforma di cui al d.l. 35/2005 allo scopo di coniugare gli effetti delle procedure stragiudiziali con quelli giudiziali³⁷⁶, in una fase mediana di quella sequenza ideata dal legislatore che oscilla dal piano attestato, caratterizzato solo da profili privatistici, all'opposto estremo della procedura concorsuale di cui al concordato preventivo. La assoluta novità della fattispecie e la sua particolare collocazione sistematica hanno destato particolare interesse e diverse opinioni sulla natura giuridica degli accordi di ristrutturazione³⁷⁷.

Difatti, se è sicuramente configurabile un accordo che si crea al di fuori ed *ex antea* un procedimento giudiziario, in base alle regole della libera contrattazione, vincolante solo per i contraenti, tuttavia, su di esso si innesta un procedimento

Id, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nelle società per azioni*, Milano, 2008, p. 343; G. Guizzi, *Patrimoni destinati e crisi societarie*, in *Riv. Dir. comm.*, 2006, p. 773.

³⁷⁶ Sul punto A. Jorio, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra privatizzazione e tutela giudiziaria*, in *Fall.* 2005, p. 1453 si riferisce all'esigenza di introdurre uno strumento "....che avesse quindi le doti di agilità e flessibilità delle prime ma che al contempo potesse svilupparsi in un contesto di garanzie idonee ad assicurare le protezioni tipiche delle seconde".

³⁷⁷ Ritengono che gli accordi di ristrutturazione abbiano esclusivamente natura privatistica, essendo solo il concordato, se pur più complesso e articolato dal punto di vista contenutistico una vera procedura concorsuale, F. Guerrera, *Le soluzioni negoziali*, in AA.VV., *Diritto Fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2013, p. 144; N. Abbriani, *Il sistema delle procedure concorsuali*, in AA.VV., *Diritto Fallimentare. Manuale breve*, cit., p. 83; G. Lo Cascio, *Proposta di concordato preventivo mediante trust*, in *T&AF*, 2009, p. 587; Id, *Il concordato preventivo*, Milano 2011, p. 127; Id, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 525; Id, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Fall.*, 2005, p. 362; S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Fall.*, 2005, p. 949; A. Jorio, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, p. 1547; G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2006, p. 384; E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2009, p. 849; G. Giannelli, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione del debito, piani di risanamento*, in *Dir. Fall.re*, 2005, p. 1170, per tale orientamento la natura privatistica emerge dalla considerazione che l'accordo vincola solo le parti contraenti e queste possono pervenire a qualsiasi contenuto essendo il soddisfacimento dei creditori lasciato alla libera contrattazione.

Optano per l'opposta soluzione G. Verna, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 871; P. Valensise, *Sub art. 182 bis*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, cit., p. 1088; A. Ferro, *Art. 182 bis la nuova ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei-Alberti, Padova, 2005, p. 56

Osserva G. Vettori, *Il contratto sulla crisi di impresa*, in AA.VV., *Autonomia Negoziabile e crisi di impresa*, cit. p. 247 che "i requisiti di validità degli accordi di ristrutturazione pongono in luce il problema essenziale del rapporto tra contratto civilistico e soluzione concordataria". L'autore evidenzia come proprio la figura degli accordi di ristrutturazione esprima il nuovo rapporto tra la crisi di impresa e il contratto, interrogandosi sulla consistenza di un nuovo paradigma negoziale: il contratto sulla crisi di impresa.

giudiziario che ha efficacia anche per i creditori non aderenti. Dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese si produce l'effetto del cd. *automatic stay* ex art. 182 bis l.f., come novellato dal d.lgs 196/07, mentre la susseguente omologa del tribunale rileva per la definitiva consacrazione dell'accordo e per la produzione di quei benefici previsti dal legislatore.

Oltre alla tutela propria delle regole di diritto comune, i partecipanti l'accordo ricevono una tutela ulteriore che in virtù del momento pubblicistico si aggiunge alla prima³⁷⁸.

L'originaria formulazione della norma prevedeva solo che, dalla pubblicazione nel registro delle imprese, l'accordo acquistasse efficacia e che da tale momento decorresse il termine di 30 gg per le opposizioni. Questa disciplina appariva obiettivamente lacunosa dal momento che la pubblicazione nel registro delle imprese andava a dare evidenza a situazioni che, fino a quel momento, potevano ben essere circoscritte nell'ambito dei rapporti con i creditori, soprattutto banche, e che altrimenti nessuno, probabilmente, avrebbe mai potuto conoscere.

Così invece si andava ad esporre l'imprenditore alle iniziative di coloro che avevano tutto l'interesse a ottenere l'immediata liquidazione dei loro crediti, per la tutela dei quali rischiavano di pregiudicare non solo la buona riuscita dell'accordo, ma di accelerare addirittura il fallimento dell'imprenditore.

In questo quadro normativo il *trust* aveva quindi ampio spazio di intervento perché, fin dal momento della pubblicazione degli accordi nel registro delle imprese, i beni che dovevano servire, sulla base della relazione dell'esperto, a garantire il soddisfacimento percentuale dei creditori aderenti e quello totale dei non aderenti, potevano essere dal debitore conferiti in *trust* e quindi già sottratti alle iniziative individuali di chi non fosse stato interessato all'accordo³⁷⁹.

³⁷⁸ F. Macario, *Insolvenza del debitore, crisi d'impresa e autonomia negoziale nella tutela del credito*, cit. p.68

³⁷⁹ A. Catarci, *Trust Autodichiarato e tutela dei creditori*, in *Giur. Mer.*, 2008, p.717; D. Zanchi, *Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art. 182-bis L.F.*, in *T&AF*, 2008, 155; M. Montefameglio, *Commento ad ordinanza Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2007*, consultabile su www.iltrustinitalia.it; Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2007: *E' meritevole di tutela il trust con il quale il socio accomandatario di una società in accomandita semplice, al fine di favorire la liquidazione della società mediante un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 bis legge fall. e di prevenire quindi azioni giudiziarie e concorsuali, ha segregato i propri beni personali nominandosi trustee e gestendo e amministrando i beni nell'interesse dei creditori che hanno così assunto la qualità di beneficiari del trust. (Nel caso di specie, il giudice dell'esecuzione ha disposto la sospensione della procedura esecutiva promossa da un creditore della società nei confronti del trustee in quanto intestatario dei beni costituiti in trust).*

A seguito del decreto correttivo n. 169/07 a far data dalla pubblicazione nel registro delle imprese del deposito dell'accordo il terzo comma dell'art 182 bis l.f. prevede che i creditori anteriori, aderenti o meno non possano agire né in via esecutiva né in via cautelare, né possono accendere garanzie non concordate, sui beni dell'imprenditori per la durata di 60 gg.

Si verifica il cd. *automatic stay* con precisi limiti temporali. Così facendo il legislatore è intervenuto realizzando, attraverso una previsione normativa *ad hoc*, quell'effetto che con il *trust* era già possibile ottenere, mettendo al riparo il patrimonio del debitore a far tempo dal momento della pubblicazione dell'accordo, dal momento cioè in cui l'imprenditore esce allo scoperto, esteriorizza la crisi in cui versa e viene a trovarsi, pertanto, in una situazione di in difendibilità fino al momento in cui non intevenga l'omologazione che consacra l'accordo ex 182 bis l.f..

Il successivo intervento normativo ex legge 122/2010 ha esteso l'arco temporale della protezione dei beni dell'imprenditore non aggredibili dai creditori, prevedendone l'anticipazione alla fase del trattative sempre però a seguito dell'attivazione di un procedimento giudiziale. In tal caso l'effetto sospensivo delle azioni si produce dal deposito nel registro delle imprese del ricorso corredato della proposta di accordo e degli altri documenti indicati dal sesto comma.

Avendo il legislatore previsto anche per tale soluzione l'effetto protettivo, se pur limitato nel tempo anche per la fase delle trattative, ha colmato quella lacuna che aveva spinto l'interprete ad ipotizzare come meritevole, lecita e funzionale alla stipula, la utilizzazione del *trust* nella fase delle trattative antecedente, per proteggere i beni dell'imprenditore da iniziative individuali che avrebbero reso vana la conclusione dell'accordo nonché la successiva omologa.

E' stato osservato, tuttavia, che nella pratica l'arco di tempo coperto dal legislatore con l'effetto protettivo risulti comunque non sufficiente ai fini dell'ottenimento del provvedimento di omologa. Scaduto tale termine, il patrimonio del debitore torna liberamente aggredibile dai creditori, ponendo a rischio il buon esito del procedimento di omologa, allorquando i beni destinati al suo adempimento oppure offerti in garanzia potrebbero essere stati oggetto di azioni individuali.

Elasso il termine di 60 giorni, si presentano quindi le medesime inefficienze che si determinavano nell'epoca antecedente l'introduzione dell'effetto protettivo.

Si opina quindi nel senso che il *trust* potrebbe avere un ruolo ancora determinante per estendere, oltre i ristretti limiti temporali previsti, l'effetto protettivo sui beni del debitore fino al decreto di omologazione.

La difficoltà maggiore nella conclusione di tali accordi è costituita dalla variegata composizione del ceto creditorio e nella difficoltà di comporre ad unità i differenti interessi delle varie categorie di creditori.

Difatti i protagonisti di una ristrutturazione sono di solito i creditori più esposti e più forti, i quali hanno l'interesse al risanamento perché possono sopportarne i rischi. I creditori minori invero sono i meno incentivati a partecipare alle trattative per un risanamento, preferendo essere pagati subito e per l'intero, o addirittura in sede fallimentare, perché sopporterebbero costi troppo alti, senza avere le coperture per i rischi che hanno i creditori più forti come gli istituti bancari. Questi ultimi pertanto hanno tutto l'interesse a che gli altri creditori non siano di ostacolo o vanifichino la stipula di un accordo di ristrutturazione³⁸⁰ con qualche iniziativa esecutiva³⁸¹.

Si è osservato che anche se l'art 182-bis l. fall., prevede che i creditori non facenti parte dell'accordo debbono comunque essere soddisfatti integralmente, ciononostante chi non aderisce al patto può essere indotto a non aspettare la sua esecuzione, che in concreto potrebbe anche pregiudicarlo, e nemmeno ad esperire l'opposizione prevista dalla stessa norma.

Dunque secondo tale impostazione il *trust* potrebbe divenire uno strumento efficiente al fine di favorire il coordinamento dell'agire dei creditori, consentendo a coloro che pianificano il superamento dell'insolvenza, anche eventualmente tramite una liquidazione controllata degli *assets* del debitore, di perseguire quell'obiettivo con utilità, vanificando le iniziative esecutive e disgregative dei singoli, non impegnati nello stesso tentativo e nello stesso modo³⁸².

³⁸⁰ Tant'è che i creditori meno forti vengono sovente liquidati dalle stesse banche interessate al buon esito della soluzione negoziata cfr. T. M. Ubertazzi, *La negoziazione degli accordi di ristrutturazione: il ruolo delle parti e degli esperti*, relazione tenuta alla IV edizione della Summer School svoltasi a Pugnochiuso 18-23 luglio 2011 organizzata dall'Università degli studi di Foggia-dipartimento delle scienze giuridiche.

³⁸¹ D. Galletti, *Trust e procedure concorsuali, una convivenza subito difficile*, cit. p. 897: "Al limite, il creditore esterno potrebbe anche tentare di ostacolare il *workout* soltanto al fine di strappare opportunisticamente un trattamento migliorativo rispetto a quello proposto, benché giusto e ragionevole".

³⁸² P. Liccardo, *Trust e procedure concorsuali*, cit. p. 409; D. Galletti, *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 897 per il quale: "L'effetto «protettivo», e tutte le conseguenze ad esso correlate, non potranno però mai eguagliare quelli di una procedura concorsuale, perché il *trust* non apre una procedura concorsuale: dunque

Un *trust* che protegga i beni dell'impresa dalle trattative fino alla omologa dell'accordo destinandoli al soddisfacimento dei creditori aderenti, sarebbe lecito perché sorretto da una idonea giustificazione causale, quale quella di ridurre l'esposizione debitoria dell'imprenditore e favorire l'omologa dell'accordo. I creditori estranei, da soddisfare i per l'intero avrebbero comunque la certezza di rinvenire beni di valore sufficiente nel patrimonio dell'imprenditore, atteso che il pagamento integrale dei non aderenti è condizione necessaria per l'ottenimento dell'omologa³⁸³.

La mancata omologa sarebbe poi evento dedotto in condizione risolutiva. Di talchè, ove il provvedimento del Giudice non fosse concesso, il *trust* cesserebbe e i beni ritornerebbero nella piena disponibilità dell'imprenditore o in caso di fallimento sarebbero consegnati al curatore.

Tuttavia non si ritiene possa condividersi tale impostazione proprio alla luce delle più recenti modifiche apportate dal d.l. 83/12 che ha introdotto l'art. 161 co. VI e l'art. 182 co. VIII l.f., nonché delle considerazioni già svolte in precedenza sulla possibilità di anticipare l'effetto protettivo ad un stadio ancora più arretrato rispetto al deposito della proposta in bianco.

L'accordo di ristrutturazione ha un contenuto negoziale che si forma al di fuori della sede giudiziaria: consentire al disponente l'estensione dell'efficacia temporale dell'*automatic stay* oltre i limiti legali permetterebbe di dar vita, su base privatistica, ad una protezione immediata e duratura svincolata da una procedura giudiziaria³⁸⁴. Si produrrebbe un effetto ulteriore che il legislatore ha riservato ad altri strumenti, introducendo in via meramente negoziale un blocco totale delle azioni che il

il trustee dovrà agire esclusivamente per il raggiungimento degli obiettivi fissati nel trust, non nell'interesse di tutti i creditori del settlor; non ci sarà alcuna prededuzione possibile, né separazione netta fra creditori precedenti (c.d. concorsuali) e successivi all'istituzione del trust, a meno che non sia il relativo negozio sottostante a disporre in tal senso; e sarà sempre astrattamente possibile la revocatoria, ordinaria o fallimentare (in caso di esito infausto), dell'atto dispositivo degli assets in favore del trustee, qualora sussistano i presupposti tipici".

³⁸³ L. Rovelli, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis.l.f.*, in *T&AF*, 2007, p. 302

³⁸⁴ Sul modello statunitense che prevede l'immediato *automatic stay* sulla base della semplice presentazione della domanda di ammissione alla procedura di *reorganization*, cfr M. Fabiani, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla "reorganization"*, in *FI*, 2006, p. 263; A. Dimundo, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: "la meno incerta" via italiana alla reorganization*, in *FI*, 2006, p. 703

legislatore prevede a determinate condizioni e comunque in virtù di un procedimento giudiziario³⁸⁵.

Il dato testuale è chiaro e non consente l'estensione fino all'omologa dell'accordo, qualora essa intervenga successivamente al termine di sessanta giorni, dell'effetto protettivo sul patrimonio del debitore. Proprio la previsione del passaggio da una procedura all'altra in base al combinato disposto di cui agli artt. 161 VI co. e 182 bis VIII co. l.f., con la conservazione degli effetti della procedura originariamente attivata, consente al debitore di allungare i tempi in cui si produce l'*automatic stay* sul patrimonio del debitore e quindi di valutare anche l'utilità dello strumento scelto. Ma ciò a condizione che sia attivata un procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria.

Se si ammettesse tale possibilità si consentirebbe ad uno strumento puramente negoziale, sia per quanto riguarda il contenuto che per il procedimento di formazione, di sortire gli stessi effetti che la legge ricollega ad una procedura concorsuale quale il concordato preventivo. Ma ciò non sarebbe conforme alla ratio della normativa che ha inteso diversificare i due istituti.

Di certo il *trust* può trovare terreno applicativo come modalità esecutiva dell'accordo, dopo l'omologa, in modo da fungere da strumento di controllo e di trasparenza delle operazioni³⁸⁶ di cui al regolamento contrattuale. Risulterà esso, richiamando in questa sede le considerazioni svolte per la segregazione dei beni di un terzo nel concordato preventivo, un utile strumento per rendere inattaccabili i beni conferiti da terzi che vengano destinati alla garanzia dell'adempimento degli obblighi assunti o alla liquidazione degli stessi cespiti per distribuire il ricavato ai creditori secondo le pattuizioni di cui all'accordo.

Così come argomentato nel caso di concordato preventivo, anche laddove gli accordi di ristrutturazione prevedano la liquidazione di parte dei beni del debitore, la soluzione di ricorrere ad un *trustee* cui affidare la liquidazione non incontrerebbe ostacoli, in mancanza di una disciplina legale sulle modalità liquidatorie.

³⁸⁵ F. Fimmanò, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, cit., " ...questo utilizzo finirebbe con l'introdurre nell'ordinamento una disciplina convenzionale che il legislatore ha voluto collegare alla sola ammissione alla procedura di concordato preventivo"

³⁸⁶ L. Rovelli, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis.l.f.*, in *T&AF*, 2007, p. 398; D. Zanchi, *Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art. 182-bis L.F.*, in *T&AF*, 2008, p.155.

Quest'ultime potrebbero essere lecitamente rimesse all'autonomia del disponente e stabilite nell'atto istitutivo.

Se nell'intenzione del legislatore la finalità da raggiungere è il riequilibrio finanziario dell'impresa e consentirne la regolare continuazione, nulla impedisce che i contenuti dello stesso possano ricalcare quelli della proposta di concordato e quindi possa prevedere anche attività liquidatorie ³⁸⁷.

1.3 *Il trust come garanzia ed incentivo alla nuova finanza*

L'interesse per il *trust* rileverebbe anche nell'ambito dell'apporto di nuova finanza, in relazione alla quale il legislatore ha introdotto gli artt. 182 quater e 182 quinquies l.f., allo scopo di aumentare la possibilità per l'imprenditore in crisi di reperire risorse, soprattutto in procinto di avviare le trattative con i creditori e di valutare lo strumento più idoneo per il superamento della crisi.

Difatti, nella prassi, un forte ostacolo alla possibilità che l'imprenditore in crisi reperisca nuove risorse è costituito dalla circostanza che siano pendenti trattative per il raggiungimento di accordi di ristrutturazione o di un concordato preventivo, sia per la preoccupazione da parte dei nuovi investitori di non recuperare il finanziamento, che per le eventuali conseguenze in punto di responsabilità per abusiva concessione del credito.³⁸⁸

Il legislatore è intervenuto quindi in più riprese introducendo dapprima l'art. 182 quater e poi gli artt. 182 quinquies l.f. allo scopo di incentivare e assicurare qualsiasi finanziatore, professionale o meno, anche se socio, e di favorire altresì la conversione del credito in partecipazione, del capitale di finanziamento in capitale di rischio.

Proprio per garantire i finanziatori e favorire il loro interesse alla partecipazione della gestione dell'impresa è stato ipotizzato³⁸⁹ il ricorso al *trust* da parte

³⁸⁷ F. Guerrera, *Le soluzioni negoziali*, in AA.VV., *Diritto Fallimentare. Manuale breve*, cit., p. 139; S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 6; M. Bruno, *Comm. all'art. 182bis l.f.*, in AAVV, *La nuova legge fallimentare annotata e commentata*, a cura di G. Terranova- F. Ferrara jr- G. Giannelli, Napoli, 2006, p. 347.

³⁸⁸ B. Inzitari, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e nella rottura del credito*, in AA.VV., *La Responsabilità della banca e dell'impresa nella gestione delle situazioni di crisi*, s cura di S. Bonfatti- A. Falcone, Milano, 2005, p. 115; A. Nigro, *La responsabilità delle banche per l'erogazione del credito alle imprese in "crisi"*, in *Giur. Comm.*, 2011, p. 305

³⁸⁹ V. Greco, *La nuova finanza, credito di scopo per il salvataggio dell'impresa*, cit., p.56

dell'imprenditore, al cui interno verrebbero conferiti i plessi aziendali e le nuove risorse finanziarie per essere complessivamente affidati ad un *trustee* affinché esegua un piano di salvataggio.

Onde assicurare l'effettivo soddisfacimento dei creditori, dovrebbero essere loro attribuiti non solo la posizione di beneficiari ma i poteri di indirizzo e controllo dell'attività del *trustee* e di sostituzione dello stesso, esercitati attraverso il comitato dei creditori. La mancata previsione di poteri gestori in capo ai creditori renderebbe il *trust* nullo perché in tal modo lo strumento negoziale si risolverebbe in una illecita sottrazione del patrimonio alla garanzia dei creditori e quindi alle loro azioni esecutive, una elusione delle norme in tema di disciplina concorsuale

La giustificazione causale di un siffatto *trust* è da rinvenirsi nell'interesse generale della conservazione dell'impresa e in modo da qualificare la fattispecie come *trust* di risanamento o di ristrutturazione³⁹⁰. Ma è inevitabile sottolineare che in ogni caso la istituzione di un siffatto *trust*, finalizzata a ad attirare finanziamenti debba essere necessariamente inserita nel contesto di una procedura che preveda il controllo di legittimità del giudice attraverso l'omologa. Pertanto esso dovrà necessariamente porsi nell'alveo di un piano di cui agli accordi di ristrutturazione e o di un concordato preventivo.

Si evidenzia inoltre che, accanto al vantaggio, già evidenziato in precedenza, per i creditori e per i nuovi finanziatori di acquistare la posizione di beneficiari del *trust* senza sopportare il rischio di impresa, si accompagnerebbe anche quello di partecipare alla gestione dell'impresa esercitando poteri di indirizzo e controllo.

³⁹⁰ V. Greco, *La nuova finanza, credito di scopo per il salvataggio dell'impresa*, cit.p. 57 propone in riferimento al *trust* di salvataggio: " lo statuto del *trust* può prevedere che il *trustee* non sia responsabile dei debiti del cedente, in deroga all'art. 2560 cc, in analogia con l'affitto d'azienda, in quanto gestisce temporaneamente l'impresa, sulla quale, trattandosi di un *trust* di ritorno, il disponente conserva lo *jus ad rem* e quindi ritorna ad essere automaticamente titolare una volta che sia stata risanata. E può prevedere altresì che il fiduciario risponda di quelli sorti nel corso della gestione entro il valore del patrimonio destinato richiamando, una volta che si riconosce di patrimoni di destinazione atipici alla cittadinanza nostro ordinamento, i principi di cui all'art. 2447 *quinquis* cc". Secondo l'autore inoltre in virtù dell'affidamento temporaneo dell'impresa al *trustee*, in caso di raggiungimento dello scopo di salvataggio, soddisfatti i creditori i beni aziendali ritornerebbero nella sfera patrimoniale del *trustee*. Nell'ipotesi in cui la ristrutturazione non vada a buon fine il *trust* cesserebbe, in virtù di una condizione risolutiva, ed a seguito del susseguente fallimento i beni sarebbero consegnati al curatore fallimentare.

Nella prassi infatti è stato osservato³⁹¹ che i creditori più forti, soprattutto se istituti bancari condizionano il contenuto del piano proprio perchè hanno tutto l'interesse a mantenere l'impresa sul mercato. Esigono in primo luogo un forte flusso informativo e spesso in virtù di accordi interbancari affidano ad un mandatario il compito di gestire i rapporti con l'imprenditore. In secondo luogo subordinano al loro placet l'ingresso di nuovi soci nella compagine sociale e sulle scelte della nuova governance.

Con il ricorso al *trust* i creditori potrebbero anche individuare nel *trustee* un soggetto di loro gradimento e avere la sicurezza che gli obblighi di cui agli accordi stipulati con l'imprenditore sarebbero portati a buon fine senza la preoccupazione di eventuali inadempimenti da parte di questi

Sotto altro profilo, il *trust* figurerebbe come miglior strumento attuativo della nuova finanza alla luce dell'orientamento giurisprudenziale recentemente formatosi. Il supremo consesso di legittimità³⁹² ha infatti affermato che nel caso di apporto di risorse finanziarie da parte un terzo non può in ogni caso essere derogato il secondo comma dell'articolo 160 l.f.. Tale norma, prevede che anche se i creditori privilegiati non possano essere integralmente pagati, in ogni caso, essi non possono essere distolti dalla posizione che hanno nell'ordine delle cause legittime di prelazione, non potendo essere privati dei diritti che in base alla legge vantano sul patrimonio del debitore.

Tale divieto può essere derogato in caso di risorse provenienti da un terzo solo se l'apporto non alteri lo stato patrimoniale dell'imprenditore sia dal lato attivo, andando ad incrementarlo, sia dal lato passivo creando una nuova posta di debito a favore del finanziatore.

³⁹¹ T. M. Ubertazzi, *La negoziazione degli accordi di ristrutturazione: il ruolo delle parti e degli esperti*, relazione tenuta alla IV edizione della Summer School tenuta a Pugnochiuso 18-23 luglio 2011 organizzata dall'Università degli studi di Foggia-Dipartimento delle scienze giuridiche

³⁹² Cass. Civ. Sez. I, 08 giugno 2012 n. 9373: "Ai fini dell'ammissibilità della proposta un concordato preventivo, l'articolo 160 comma due l.f. deve essere interpretato nel senso che l'apporto del terzo si sottrae al divieto di alterazione della graduazione dei crediti solo se risulti neutrale rispetto allo stato patrimoniale della società debitrice, non comportandone nè un incremento dell'attivo, sul quale i crediti privilegiati dovrebbero in ogni caso essere collocati secondo il loro grado, nè un aggravio del passivo della medesima, con il riconoscimento di ragioni di credito a favore del terzo, indipendentemente dalla circostanza che tale credito sia stato o no o postergato."

Lo strumento per evitare che il finanziamento entri nella sfera patrimoniale del debitore potrebbe essere la costituzione di un *trust*, anche auto dichiarato ³⁹³, con il quale il terzo finanziatore destini le risorse al pagamento di determinati creditori ma senza incrementare la sfera patrimoniale personale del imprenditore.

Sempre nell'ottica di incentivare la nuovi apporti e rafforzare la posizione dei nuovi finanziatori, il *trust* potrebbe essere strumento di garanzia, offerta dallo stesso imprenditore o da terzi, ad esclusivo favore del rimborso di una tipologia di finanziamenti.

Nel caso in cui siano destinati in *trust* beni dello stesso debitore in crisi, trattandosi di un *trust* di garanzia esso rientrerebbe nel campo di applicazione dell'articolo 182 quinquies. Pertanto qualora l'imprenditore in crisi decida di segregare alcuni beni destinandoli alla garanzia dei nuovi finanziatori in luogo delle ordinarie garanzie reali, l'istituzione del *trust* dovrà essere autorizzata dal tribunale.

Nel caso di successivo fallimento dell'imprenditore i beni costituiti in *trust* a garanzia dei soddisfacimento dei crediti derivanti dall'apporto di nuova finanza dovranno essere consegnati al curatore fallimentare. I finanziatori andranno pagati in prededuzione rispetto tutti gli altri creditori, ricevendo lo stesso trattamento che avrebbero ricevuto se il *trust* non fosse mai stato istituito. Tuttavia l'utilità di siffatta operazione sta nella circostanza che per tutta la durata del piano di salvataggio o di ristrutturazione i beni conferiti in *trust* rimangono vincolati al soddisfacimento del credito senza poter essere distratti da tale destinazione e senza essere suscettibili di subire aggressioni da creditori estranei all'accordo o al piano.

Nel caso in cui i beni conferiti nel *trust* di garanzia provengano da terzi, si potrà prescindere dalla autorizzazione prevista dall'articolo 182 quinquies e nel caso di una eventuale dichiarazione di fallimento del debitore questa non avrebbe alcuna incidenza sulla cessazione o meno del *trust*, i cui beni rimarrebbero vincolati alla garanzia dei soddisfacimento degli erogatori di nuova finanza anche successivamente alla dichiarazione di fallimento. Come già evidenziato a proposito del concordato misto con cessione dei beni di terzi la meritevolezza di un siffatto

³⁹³ L. Cosentino, *il Trust di Jersey nel concordato preventivo*, cit. p. 3; Trib. Chieti, 14 maggio 2013, il quale ha ritenuto legittima ed ha accolto la proposta di concordato preventivo con alterazione della par condicio mediante accordo di nuova finanza da parte del socio unico di Srl in quanto irrilevante sia sull'attivo che sul passivo del debitore come prescritto dalla corte di cassazione in quanto il piano prevede l'apporto mediante l'istituzione di *trust* auto dichiarato liquidatorio.

trust deve essere adeguatamente ponderata dovendo rilevare in particolar modo l'interesse del terzo disponente ed, eventualmente per fugare ogni sospetto di liceità prevedere una condizione risolutiva, deducendo come evento proprio la dichiarazione di fallimento del debitore imprenditore.

1.4 Inammissibilità del trust nell'ambito degli accordi di salvataggio stragiudiziali e del piano di risanamento di cui all'art. 67 lett.d) l.f.

Il piano attestato rappresenta il punto più estremo dell'assetto privatistico impresso dal legislatore al sistema di composizione delle crisi delle imprese. Esso, infatti, si colloca del tutto al di fuori della sfera giurisdizionale, scevro da ogni profilo pubblicistico. Esso risulta disciplinato solo ed esclusivamente con riguardo alla fase patologica del mancato raggiungimento dello scopo di prevenzione della dichiarazione di fallimento, in quanto l'art. 67 lett. d l.f. tiene esente dall'azione revocatoria fallimentare gli atti o pagamenti, o garanzie compiuti in esecuzione del piano.

L'imprenditore per conseguire il salvataggio dell'impresa può dunque predisporre un piano di risanamento dell'esposizione debitoria volto garantire il riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa.

A differenza del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione il piano può avere una struttura unilaterale³⁹⁴ e può rimanere anche celato, in quanto non richiede il consenso dei creditori e non è sottoposto ad un regime pubblicitario se non su base volontaria, su richiesta dello stesso imprenditore. Il piano di risanamento può accompagnare altresì le convenzioni di salvataggio stragiudiziali, accordi tra l'imprenditore i suoi principali creditori per ridurre la situazione di crisi e mirare al salvataggio dell'impresa.

Tali soluzioni, unilaterali o contrattuali sono espressione del pieno e incondizionato esercizio dell'autonomia negoziale³⁹⁵ e sono soggette alle comuni regole delle obbligazioni e contratti. Non rispondono ai principi della

³⁹⁴ G. Giannelli, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione del debito, piani di risanamento*, cit. p. 1170; N. Abbriani, *Il sistema delle procedure concorsuali*, cit. p. 84

³⁹⁵ L. Boggio, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*. Milano, 2007, p.27, il quale evidenzia come la terminologia "accordo di salvataggio", sia usata promiscuamente con riferimento tanto agli accordi che rimangono esenti da qualsiasi controllo dell'autorità giudiziaria, quanto gli accordi di ristrutturazione che invece a tali controlli sono assoggettati.

concorsualità, né offrono protezione alcuna rispetto alle azioni esecutive o cautelari dei creditori non partecipanti, né sono sottoposte ad alcun controllo di legalità da parte del giudice. Sono vincolanti solamente per le parti contraenti e non sono sottoposti ad alcuna forma di pubblicità ³⁹⁶.

E' stato osservato che l'utilizzo del *trust* possa avere terreno di elezione nel contesto dell'attuazione dei piani attestati, data l'assenza di qualsivoglia forma di protezione del patrimonio del debitore ³⁹⁷.

Esso consentirebbe la protezione dei beni dell'imprenditore dall'attacco dei creditori esclusi dal piano e garantire una tranquilla ed efficiente esecuzione dello stesso e quindi della gestione della crisi. ³⁹⁸

Ma tale impostazione non può essere condivisa, non potendo i creditori estranei al piano vedere espropriati i propri diritti. L'utilizzo del *trust* come soluzione alternativa alle procedure tipiche non è ammissibile, in quanto non è ammissibile l'utilizzo di uno strumento privatistico che raggiunga le stesse finalità e gli stessi effetti che la legge invece collega all'attivazione di un procedimento giurisdizionale, sottoponendo al controllo di legalità le fattispecie negoziali.

Come già illustrato in precedenza, la disciplina dell'insolvenza, se pur profondamente mutata verso una valorizzazione dell'autonomia privata, non abdica il suo carattere imperativo. In assenza di un profilo pubblicistico non è garantita la

³⁹⁶ E' stato osservato infatti che tali misure presuppongono una elevatissima fetta di consenso tra i creditori e dall'altro, in mancanza di effetti protettivi sui beni, "il reperimento di risorse necessarie per il soddisfacimento integrale dei non aderenti al piano (che conservano la legittimazione all'esercizio di azioni individuali, anche esecutive, nei confronti dell'imprenditore) cfr; N. Abbriani, *Il sistema delle procedure concorsuali*, cit. p. 84.

³⁹⁷ A. Busani- C. Fanara- G. Ottavio Mannella, *Trust e Crisi di Impresa*, cit., p.161; V. Greco, *Il trust nelle procedure concorsuali*, cit., p. 770 per il quale "l'imprenditore può istituire un trust per affidare la gestione della sua impresa ad una società trustee, costituita dai creditori e da loro dotata dei necessari mezzi finanziari, che al pari delle società di cartolarizzazione abbia diritto ai soli costi, e che all'esito della puntuale loro integrale soddisfazione la restituisca risanata al suo originario titolare. Il patrimonio conferito sarebbe oggetto di un vincolo di destinazione e di creditori vanterebbero sullo stesso un diritto reale di garanzia non dissimile da quello che vantano nei patrimoni destinati, oltre il potere di indirizzo e di controllo e di sostituzione. Trattandosi di risanamento l'operazione non sarebbe stata oggetto di omologazione per cui il trustee potrebbe realizzare il programma senza necessità della stessa. I creditori conserverebbero il diritto di ricevere la prestazione, oltre che dall'originario debitore anche dalla società fiduciaria terza, ma quali beneficiari".

³⁹⁸ "L'attestazione di fattibilità del piano di risanamento da parte dell'esperto, trattandosi di attestazione di un piano frutto di un atto unilaterale e prescindere da qualsivoglia accordo con i creditori, anche sono in maggioranza qualificata, può essere resa più sicura se l'inizio delle attività previste nel piano medesime vengano, per così dire, garantite con l'istituzione di un trust sui beni dell'impresa" così C. Cavallini, *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 1093; P. Liccardo, *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 406, il quale pur ammettendo la possibilità di segregare i beni in *trust* al fine di addivenire al salvataggio stragiudiziale limitata dal punto di vista temporale la durata dell'effetto protettivo a 60 gg, non potendo un accordo stragiudiziale superare tale soglia prevista come regola inderogabile.

tutela dei diritti della massa dei creditori, l'intervento giudiziale è posto a garanzia dei creditori e non contro le loro pretese.

Sotto altro profilo può notarsi che sia gli accordi di ristrutturazione che il preaccordo, sia la proposta di concordato che il ricorso contenente la proposta di concordato in bianco sono sottoposti a obblighi pubblicitari, solo all'ottemperanza dei quali la legge ricollega l'effetto protettivo sui beni dell'imprenditore.

Nel caso degli accordi di ristrutturazione il comma terzo dell'art. 182 bis l.f. stabilisce che la decorrenza *dell'automatic stay* parte dalla data del deposito del registro delle imprese; nel caso di svolgimento di trattative, il comma sesto dello stesso articolo anticipa l'effetto alla data di deposito nel registro della proposta di accordo corredata dei documenti di cui agli artt. 161 II co. lett. a) b) c) e d), di una dichiarazione propria e di una dichiarazione del professionista. Nel caso del concordato preventivo, ai sensi dell'art. 168 l.f., così come modificato dal d.l.83/12, il blocco delle azioni individuali decorre dalla data del deposito del ricorso nel registro delle imprese, anche nel caso di deposito del solo ricorso con riserva di presentare la proposta ed il piano.

Dal momento dell'adempimento dell'onere pubblicitario l'imprenditore esteriorizza la sua crisi, dando contezza, in virtù del deposito di tutta la documentazione contabile, della propria situazione economica, patrimoniale e finanziaria e manifestando al contempo la volontà, le modalità e i tempi attraverso i quali intende superare il momento di difficoltà. Favorire la emersione della crisi è uno dei principi ispiratori della riforma, finalizzati al recupero, conservazione e valorizzazione tempestivi degli assets produttivi dell'impresa, onde evitare la dichiarazione di fallimento.

Tali obbligo pubblicitari mancano del tutto nel caso piano di risanamento attestato, che, pertanto, soprattutto se a corredo di una convenzione di salvataggio puramente negoziale, si traduce in un trattamento di favore riservato solo a determinati creditori, quelli con i quali il debitore ha deciso di gestire la crisi, nel più assoluto riserbo e segretezza, a discapito di quelli estranei. La mancata pubblicità del piano di salvataggio non consentirebbe la conoscenza della situazione economico-finanziaria, né dell'effetto separativo conseguente l'istituzione del trust a supporto del piano di risanamento.

La opacità di una soluzione così prospettata si concretizzerebbe in una non giustificata disparità di trattamento dei creditori, in una lesione della par condicio. Le considerazioni svolte sui vari strumenti cui le parti possono ricorrere e le differenti conseguenze in punto di garanzia per i creditori, testimoniano come sia inevitabile riconoscere che, nonostante il ruolo preminente e centrale dell'autonomia negoziale nella scelta della soluzione più adatta, sia comunque indefettibile il rilievo pubblicistico delle stesse, sia per il profilo pubblicitario che per quello processuale. La molteplicità e la rilevanza degli interessi coinvolti nell'insolvenza, ossia nella disfunzione della garanzia patrimoniale dell'imprenditore, fanno sì che non possa prescindersi dalla loro dimensione collettiva e che non si possa consentire che la soluzione della crisi si svolga su di un piano esclusivamente privatistico³⁹⁹.

³⁹⁹ Osserva, F. Macario, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, cit., p. 68: " Al centro del sistema , indiscutibile protagonista , in funzione quasi di motore dell'intera vicenda, l'autonomia privata non è dunque declinabile nella esclusiva dimensione individuale privata e negoziale".

2. IL *TRUST* COME STRUMENTO PER IL SUPERAMENTO DEL SOVRA-INDEBITAMENTO DEL DEBITORE NON FALLIBILE

La legge 27 gennaio 2012 n 3 ha introdotto una disciplina per la ristrutturazione del debito o la liquidazione del patrimonio nel caso di insolvenza del debitore civile o del debitore commerciale non ammesso alle procedure di cui alla legge fallimentare per difetto dei requisiti dimensionali.

La nuova normativa attribuisce al debitore civile, professionista, piccolo imprenditore, imprenditore agricolo ed al consumatore la facoltà di presentare un accordo o un piano per il risanamento della propria esposizione debitoria ovvero di chiedere la liquidazione dell'intero patrimonio. L'introduzione dei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento sono stati necessitati dalla scelta di ridurre il perimetro applicativo soggettivo della legge fallimentare, limitando l'applicazione di questa solo a vantaggio di imprenditori commerciali con il possesso di determinati requisiti dimensionali⁴⁰⁰.

Pochi mesi dopo la sua entrata in vigore la legge è stata oggetto di modifiche significative ad opera del d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 convertito in legge n. 221/2012, che ha indirizzato verso una connotazione marcatamente concorsuale che difettava nelle precedente versione⁴⁰¹.

La nuova disciplina si compone di una pluralità di procedimenti: da un lato vi sono due procedure volte alla ristrutturazione del debito: l'accordo di composizione della crisi ed il piano del consumatore; dall'altro, in alternativa alle prime due, la procedura di liquidazione del patrimonio, finalizzata al soddisfacimento dei creditori.

⁴⁰⁰ All'indomani della riforma fallimentare la dottrina aveva sottolineato come una larga fetta del tessuto imprenditoriale rimaneva priva di una disciplina della liquidazione concorsuale del patrimonio, esponendo realtà imprenditoriali al pericolo della disgregazione aziendale conseguente alle intraprese azioni esecutive individuali dei creditori sui singoli beni del complesso aziendale, cfr sul punto G. Lo Cascio, *La composizione delle crisi da sovra indebitamento (introduzione)*, in *Il Fall.*, 2012, p. 1021.

⁴⁰¹ I primi commenti sulla legge nella sua precedente formulazione evidenziavano proprio come non potesse rinvenirsi la natura concorsuale nella procedura di composizione, criticando altresì la scelta di accomunare nello stesso ambito soggettivo sia l'imprenditore non fallibile che il debitore civile, nonché di prevedere un procedimento ibrido, un compromesso tra il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione, cfr M. Fabiani, *La Gestione del sovra indebitamento del debitore non fallibile (D.L. 212/2011)*, consultabile sul sito www.ilcaso.it, doc. n. 278/2012.

In tutte le ipotesi è inoltre concesso al debitore che propone il ricorso, se pure a certe condizioni di usufruire della cosiddetta esdebitazione, cioè della liberazione per la parte non soddisfatta dei debiti. I nuovi strumenti si pongono come alternativi alle ordinarie azioni esecutive individuali e si caratterizzano per il ruolo da protagonista riservato al debitore, il quale avviando una soluzione negoziata della crisi può bloccare le azioni esecutive individuali dei creditori.

Nell'ambito della legge, l'articolo 7, con una disposizione comune a entrambi i procedimenti, l'accordo di composizione e il piano del consumatore, prevede la possibilità di affidare un patrimonio ad un soggetto terzo indipendente per la sua liquidazione custodia e distribuzione del ricavato ai creditori.

La normativa manifesterebbe l'intenzione del legislatore di incentivare l'impiego del negozi di destinazione al servizio della composizione di uno stato di crisi, con una fattispecie che evoca quella del *trust* liquidatorio. Il legislatore non qualifica giuridicamente questa nuova figura di affidamento, lasciando all'interprete il compito di individuare la struttura, la disciplina e gli effetti di una fattispecie che siano funzionali allo scopo.

Se si analizzano le caratteristiche del *trust* liquidatorio è possibile pervenire alla conclusione che esso sia lo strumento in grado di meglio assicurare la realizzazione dello scopo indicato dalla norma.

L'affidamento in capo al gestore in qualità di *trustee* produce l'effetto separativo che assicura la non confusione delle diverse masse patrimoniali di cui sarebbe titolare, nonché di ciò che è ricavato della liquidazione dei beni conferiti in *trust*. Il vincolo destinatorio incide sul valore dei beni e si estende infatti anche alla ricchezza ed al reddito nel quale si è tramutato il compendio patrimoniale in virtù dell'attività gestoria.

Depongono verso la configurazione normativa di un *trust* anche altre due norme che si ritrovano rispettivamente per l'accordo di composizione della crisi e per il piano del consumatore: l'articolo 10 e l'articolo 12 bis della legge. Entrambe le disposizioni ipotizzano che i due procedimenti possano prevedere la cessione o l'affidamento a terzi di beni immobili o mobili registrati disponendo in tal caso la trascrizione del decreto che omologa l'accordo o il piano.

Il legislatore dunque prevede la trascrizione di una destinazione attributiva e dinamica onde rendere opponibile ai terzi il trasferimento fiduciario, eliminando in

radice tutti i problemi e le questioni che sarebbero sorti in sede di applicazione della norma per rendere opponibile l'attribuzione strumentale al gestore.

La disciplina di cui alla legge n. 3 /2012, offre inoltre una conferma del ragionamento svolto sino ad ora sulla impossibilità di utilizzare il *trust* per ridurre l'esposizione debitoria in maniera avulsa da una procedura tipica e svincolata da un procedimento dinanzi l'autorità giudiziaria. La previsione di un affidamento ad un gestore di un compendio di beni del debitore è infatti contenuta in un accordo o in un piano sottoposti al vaglio del giudice e ad un regime di pubblicità, sia per l'imprenditore non fallibile che per il debitore civile. Ciò pertanto non potrebbe non valere anche per l'imprenditore fallibile, stante la rilevanza economica e quindi collettiva del fenomeno dell'insolvenza.

CAPITOLO IV

Il *trust* nella prospettiva fallimentare

CAPITOLO IV

1. IL *TRUST* LIQUIDATORIO POST- FALLIMENTARE NELLA PRASSI DEGLI OPERATORI

Le molteplici finalità cui può piegarsi il *trust* hanno consentito agli operatori di farne applicazione anche nel corso di una procedura fallimentare.

Movendo dalla constatazione della inadeguatezza della disciplina previgente, della rigidità degli istituti concorsuali, della eccessiva durata e dei risultati non soddisfattori, il ricorso al *trust* è stato visto come la soluzione per la più rapida definizione e chiusura della procedura e per assicurare contestualmente il soddisfacimento dei creditori concorrenti⁴⁰².

In particolare, si è ricorso all'utilizzo del *trust* nel corso del fallimento per conferirvi crediti fiscali liquidi ed esigibili, ma di difficile realizzo, crediti commerciali con debitori irreperibili o nei confronti di società inattive, e crediti fiscali futuri, perché liquidi ed esigibili solo dopo la chiusura del fallimento.

L'operazione autorizzata da alcuni tribunali è consistita nel conferimento in un *trust* di tali crediti, ceduti ad un *trustee* con il compito di riscuoterli e versare le relative somme ai creditori concorrenti secondo le quote di cui al piano di riparto finale. Dopo l'autorizzazione all'istituzione del *trust* è stata decretata la chiusura del fallimento.

L'istituzione del *trust* ha consentito la definizione della procedura assicurando, al contempo, ai creditori concorrenti, nonostante il ritorno *in bonis* del fallito, una massa patrimoniale su cui soddisfarsi separata dal suo patrimonio personale e da quello del *trustee*, sulla quale nessun altro diverso creditore si sarebbe potuto rivolgere.

Il *trust* sui crediti difficilmente monetizzabili o futuri ha così prolungato, oltre la loro naturale durata, gli effetti del fallimento, quali l'indisponibilità dei beni, il divieto di atti di gestione e in difformità dallo scopo liquidatorio, l'impossibilità per i creditori di agire individualmente. Ma a tali effetti, propri della destinazione

⁴⁰² P. Liccardo, *Il Trust nelle procedure concorsuali*, in AAVV, *Il Trustee nella gestione di patrimoni*, a cura di D. Zanchi, Torino, 2009, p. 309; L. Panzani, *Trust e procedure concorsuali*, in AAVV, *Le procedure concorsuali*, a cura di A. Caiafa, Padova, 2011, p. 1022

fallimentare, si è aggiunto anche l'effetto della separazione patrimoniale, in modo che i creditori estranei al concorso non avrebbero mai potuto agire sui beni in *trust*⁴⁰³, sebbene il fallimento fosse ormai stato chiuso.

Tali operazioni, se pur pregevoli dal punto di vista degli intenti pratici, come lo snellimento della procedura e la sua rapida conclusione, senza recar pregiudizio ai creditori concorrenti, i quali anche a fallimento chiuso sarebbero stati pagati, hanno posto degli interrogativi inevitabili sulla loro compatibilità con il sistema del diritto fallimentare, caratterizzato da una forte impronta pubblicistica⁴⁰⁴.

In particolare l'utilizzo del *trust* per la riscossione dei crediti in un momento successivo alla chiusura del fallimento ha inevitabilmente posto problemi di compatibilità con le regole in tema di realizzazione dell'attivo, con la tassatività sia delle ipotesi di ultrattività degli organi fallimentari che dei casi di riapertura del fallimento. Esso, inoltre, si pone in contrasto con il principio inderogabile dell'aggregabilità del patrimonio fallito tornato in bonis sia da parte dei vecchi creditori concorsuali, che da parte dei nuovi creditori su un piano di parità.

L'interrogativo inevitabile è se, a seguito della riforma della legge fallimentare alla luce della ampliata rosa di poteri attribuiti al curatore, delle molteplici forme di liquidazione, del depotenziamento del giudice delegato e della valorizzazione del curatore e del comitato dei creditori, l'autonomia negoziale abbia trovato nuovi terreni su cui operare⁴⁰⁵.

Come già accennato, le applicazioni dell'istituto *de quo* hanno riguardato il conferimento in *trust* di attività residue non suscettibili di essere monetizzate nel corso del fallimento.

⁴⁰³ Sulla mancata qualificazione dell'attivo fallimentare come patrimonio separato ci si riporta ai già citati M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., p. 60; L. Bigliazzi- Geri, voce *Patrimonio autonomo e patrimonio separato*, cit., la quale afferma che può parlarsi di patrimonio separato solo in quelle fattispecie in cui vi è sottrazione di beni alla regola della responsabilità patrimoniale; in tal senso anche A. Morace Pinelli, *Interesse della famiglia e tutela dei creditori* cit., p. 306; F. Fimmanò, *L'insensibilità delle destinazioni patrimoniali*, cit., p. 2

⁴⁰⁴ U. Apice, *Trust strumento di esemplificazione della procedura concorsuale*, in *Diritto e Pratica del Fallimento*, 2006, p. 3; S. Filocamo, *Trust*, in AAVV, *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, Padova, 2010, III, p.1126;

⁴⁰⁵ A. Tonelli, *Il ruolo del trust nelle fasi successive alla chiusura del Fallimento*, relazione tenuta al Convegno *Trust e procedure concorsuali*, tenutosi a Bologna l'08 giugno 2007, p.4 ,consultabile su www.filodiritto.com; Id, *La soluzione del Trust nel programma di liquidazione*,relazione tenuta al V Congresso Associazione Il Trust in Italia, consultabile su www.iltrustinitalia.it; V. Greco, *La funzione del Trust nel fallimento*, in *T & AF*, 2004, p. 336; S. Bartoli, *La chiusura anticipata a mezzo trust delle procedure fallimentari titolari di credito d'imposta*, in *T & AF*, 2004, p. 542

Difatti, la riscossione di determinati crediti facenti parte dell'attivo fallimentare non sempre è agevole e di pronta soluzione, a causa delle incertezze sulla loro esistenza, o perché, se anche certi liquidi ed esigibili, la attività di monetizzazione durante la procedura richiede tempi lunghi conseguenti all'esperienza delle azioni esecutive o all'irreperibilità dei debitori.

In relazione poi ad altre tipologie di crediti, come quelli fiscali, sorti durante il fallimento e quindi sopravvenuti nell'attivo fallimentare, risultano liquidi ed esigibili solo dopo la chiusura del fallimento, ovvero dopo la presentazione da parte del curatore della dichiarazione finale dei redditi che deve avvenire e entro l'ultimo giorno dal nono mese successivo alla chiusura del fallimento⁴⁰⁶.

Si tratta quindi di crediti futuri rispetto alla procedura, in quanto la loro esistenza verrà ad essere dopo la chiusura del fallimento. Pertanto essi sono naturalmente destinati rientrare nel patrimonio dell'ex fallito tornato in bonis. Potranno essere riscossi solo da questi e su di loro potranno soddisfarsi in condizioni di parità tutti i creditori, extra-concorsuali, concorsuali, ammessi al passivo e non e post-concorsuali.

Da un lato l'esigenza di contemperare la rapida conclusione della procedura con la monetizzazione di crediti di difficile e lunga realizzazione, evitando la loro derelizione, dall'altro l'interesse ad attrarre i crediti futuri alla regola concorsuale, hanno spinto gli operatori a ricorrere all'utilizzo del *trust*⁴⁰⁷. L'effetto segregativo

⁴⁰⁶ Si è trattato infatti di rimborsi IVA pagata in eccedenza durante il fallimento e di ritenute d'acconto sugli interessi corrisposti sui depositi bancari e conti correnti, che possono essere richiesti all'amministrazione finanziaria appunto in mancanza di imponibile ex art.26 d.p.r. 29.09.1973 n. 600; E. Stasi, *Sui crediti tributari formati nella procedura*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 473

⁴⁰⁷ La prima istituzione del *trust* liquidatorio post fallimentare è stata autorizzata presso il Tribunale di Roma con decreto del giudice delegato in data 4 aprile 2003 e confermata dal collegio con provvedimento del successivo 5 marzo 2004. Nel caso di specie il G.D. autorizzava il trasferimento dei crediti fiscali, esigibili dopo la chiusura della procedura, ad un *trustee* con il compito di curarne la riscossione e di provvedere alla distribuzione del ricavato tra i creditori sulla base del piano di ripartizione finale, sotto la vigilanza di un guardiano, individuato nella persona dello stesso curatore ed il controllo del collegio dei beneficiari. In particolare, in punto di motivazione il Giudice esponeva sinteticamente la mancata convenienza (corrispettivi fissati appena il 20% del valore nominale), e i rischi, (come la garanzia per il *nomen verum* gravante in capo al cedente-curatore) del ricorso allo strumento della cessione di crediti, nonché dell'inapplicabilità della normativa sulla cartolarizzazione, a fronte invero dei vantaggi che sarebbero derivati dal conferimento in *trust* di tali attività.

In seguito la circolare del Tribunale di Sulmona del 21.04.2004 n.2 che, tra le varie ipotesi suggerite ai curatori per recuperare crediti di imposta, enuclea anche la possibilità del conferimento degli stessi in un *trust*.

Il decreto del Tribunale di Saluzzo del 09.11.2006 autorizza il *trust* con conferimento non solo dei crediti fiscali, ma anche di altre attività residue della procedura, quali crediti commerciali non ancora soddisfatti, crediti verso debitori irreperibili, quote di partecipazioni in società inattive;

del *trust* avrebbe impedito che altri e diversi creditori rispetto a quelli concorrenti potessero avanzare pretese su quanto riscosso e si sarebbe evitato che fallito tornato in bonis non destinasse le somme ottenute dal rimborso dei crediti fiscali o commerciali ai creditori non soddisfatti dal riparto in sede concorsuale⁴⁰⁸.

Prima di procedere alla verifica della compatibilità di tali negozi atipici con la disciplina fallimentare, occorre inevitabilmente esaminare le soluzioni offerte dal legislatore per la monetizzazione di crediti facenti parte dell'attivo, e più in generale i principi alla base della liquidazione, del riparto e della chiusura del fallimento, onde stabilire se sia consentito tale ulteriore spazio operativo all'autonomia privata. Con la riforma della legge fallimentare, nel novellato art. 106 ad opera del d.lgs.169/2007, il legislatore codifica alcune le soluzioni adottate nella prassi quali appunto la cessione dei crediti a titolo oneroso, pro soluto ex art.1266 cc, a società finanziarie ed il ricorso al mandato ad incassare.

Decreto del Tribunale Roma 11.3.2009, che autorizza il curatore a trasferire al *trust* anche le somme destinate ai creditori irreperibili, affinché il *trustee* le versi loro, o, in mancanza, decorsi cinque anni, le distribuisca ai creditori secondo le percentuali di cui al piano di riparto.

⁴⁰⁸ V. Greco, *La funzione del trust nel fallimento*, cit., p. 273; G. Fauceglia, *La funzione del trust nelle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2004, p. 101; E. Stasi, *Sui crediti tributari formati nella procedura*, cit., p. 475; F. Iozzo, *Note in tema di trust e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2008, p. 206

2. LA LIQUIDAZIONE DEI CREDITI FACENTI PARTE DELL'ATTIVO EX ART. 106 L.F.

Il novellato art. 106 l. f. positivizza una prassi consolidatasi già nel vigore⁴⁰⁹ della precedente normativa per monetizzare più speditamente quella parte di attivo costituita da crediti ed abbreviare i tempi della procedura. Tuttavia l'introduzione della cessione di tali particolari beni o della stipula di mandati ad incassare, deve essere interpretata alla luce dei principi ispiratori della riforma, ed, in particolare, con quello volto a favorire la conservazione dei valori aziendali. Pertanto, essendo preferita la cessione unitaria o in blocchi in luogo della liquidazione atomistica del beni aziendali, insuscettibile di renderne l'adeguato valore, la cessione di cui all'art. 106 l.f. ha carattere residuale. La cessione dei crediti deve essere ricompresa nell'ambito della vendita del complesso aziendale o di rami di esso, nonchè alla cessione di attività, beni o rapporti in blocco, ex art. 105l.f.

La riforma ha operato un vero e proprio rovesciamento di prospettiva: la cessione unitaria di rapporti giuridici non ha più carattere eccezionale, ammissibile a determinate condizioni, ma nell'impostazione attuale, essa costituisce la regola, il criterio di liquidazione ordinario dei beni, anche quando non sia possibile la cessione della intera azienda o di un suo ramo.⁴¹⁰

Con riferimento poi alla particolare tipologia di bene preso in considerazione dalla norma, risulta che la riforma abbia voluto preferire la realizzazione dell'attivo rappresentato dai crediti mediante la loro cessione, anziché mediante la loro diretta riscossione da parte del curatore.⁴¹¹

Ai sensi dell'art. 1266 cc il cedente deve, salvo patto contrario, garantire l'esistenza del credito ceduto (*cessione pro soluto*), ferma la responsabilità del cedente per fatto

⁴⁰⁹ A.Bonsignori, *Liquidazione dell'attivo*, in Comm. l. fall. Scialoja- Branca, sub art. 104-117, 1977, p. 108; G.C. Rivolta, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973, p. 64

⁴¹⁰ Osservano P. Liccardo -G. Federico, *Commento all'art. 106. Vendita dei crediti, dei diritti, delle quote, delle azioni, mandato a riscuotere*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1773, che risulta definitivamente positivizzata la possibilità di cedere in massa i crediti, già in precedenza affermata dalla dottrina maggioritaria, cfr. R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 159; L. Cuneo, *Le procedure concorsuali*, Milano, 1988, p. 1260

⁴¹¹ L.Cuneo, *Le procedure concorsuali*, cit., p. 1250; P. Liccardo -G. Federico, *Commento all'art. 106. Vendita dei crediti, dei diritti, delle quote, delle azioni, mandato a riscuotere*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1773, secondo cui: " *L'espressa menzione della cessione dei crediti nell'ampia formulazione prevista dall'art. 106 induce, infatti, a ritenere che, con evidente mutamento di indirizzo, l'alienazione dei crediti non abbia più carattere eccezionale rispetto alla riscossione diretta da parte del curatore, ma costituisca l'ordinaria forma di liquidazione per tale particolare categoria di beni.*"

proprio; nel caso di cessione a titolo gratuito, la garanzia è limitata a quella che la legge prevede nel caso di evizione del bene. L'art 1267 cc stabilisce poi che il cedente non risponde della solvibilità del debitore ceduto a meno che non abbia assunto la relativa garanzia.

Parte della dottrina ritiene⁴¹² che le particolari esigenze di celerità e speditezza della procedura rendano incompatibile la disciplina civilistica della cessione dei crediti con la normativa concorsuale e che, pertanto, in sede fallimentare la cessione non possa mai essere pro solvendo e che sia da ritenersi preferibile l'esclusione convenzionale della garanzia dell'esistenza del credito, onde evitare le lungaggini e gli appesantimenti derivanti dalle eventuali chiamate in garanzia del curatore.

La cessione dei crediti, anche futuri, di cui all'art 106 l.f. positivizza un prassi sviluppatasi sotto il vigore della vecchia disciplina per la liquidazione di beni che, se pur non venuti ancora ad esistenza, fanno parte dell'attivo⁴¹³.

Per ciò che attiene la cessione di un credito futuro, questo è quel diritto che non ancora esiste nel momento in cui avviene la cessione, la quale richiede però che esso sia determinato o determinabile⁴¹⁴. In particolare si ritiene che il rapporto da

⁴¹² C. Cavallini, *Commentario alla legge fallimentare*, Artt. 63- 123, Vol II, Milano 2010, p. 989; P. Liccardo -G. Federico, *Commento all'art. 106. Vendita dei crediti, dei diritti, delle quote, delle azioni, mandato a riscuotere*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1776. Secondo l'orientamento più diffuso, la garanzia sull'esistenza del credito, che comporta l'obbligo di risarcire il danno al cessionario, rappresenterebbe una deroga al principio generale secondo cui il contratto avente ad oggetto un bene inesistente dovrebbe essere nullo, cfr. A. Zaccaria, *La garanzia dell'esistenza del credito*, in *Riv. Dir.civ.*, 1982, I, p.364; Per C. M. Bianca, *Diritto Civile, IV. L' obbligazione*, cit., p. 590, la garanzia riguarda sia il caso in cui il credito non sia mai venuto ad esistenza, sia quello in cui si sia estinto, ovvero sia venuto meno con efficacia retroattiva per il verificarsi di una condizione risolutiva o di una causa di annullabilità.

Ritengono che l'art. 1266 cc non costituisca una eccezione alla regola generale della nullità per inesistenza dell'oggetto A.A. Dolmetta, voce: *Cessione dei crediti*, in *NNDI, disc. Priv., sez. civ.*, Vol. II, Torino, 1988, p.291; P. Perlingieri. *Della Cessione del Credito (artt. 1260-1267)*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna, 1982, p. 263

⁴¹³ La dottrina maggioritaria ritiene che la cessione dei crediti non rappresenti uno tipo negoziale autonomo, ed è per questo che il codice non definisce l'istituto come contratto, ma esso "coincide con lo schema negoziale tipico di volta in volta idoneo ad operare il trasferimento o comunque a giustificarlo" così F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 607; così anche C. M. Bianca, *Diritto Civile-IV. L' obbligazione*, cit., p. 586. Pertanto, secondo tale dottrina se la cessione è a titolo oneroso, si avrà una compravendita che si caratterizza per la particolare tipologia di bene: il credito. Se è fatta senza corrispettivo, ma a titolo gratuito, la fattispecie sarà o quella di un negozio gratuito non donativo o quella di una vera e propria liberalità. Di contrario avviso V. Panuccio, voce: *Cessione dei crediti*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1960, p. 849; Id. *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, p. 15, il quale afferma che la cessione del credito ha una propria causa generica costante o una causa specifica variabile; in ogni caso, la giustificazione causale della cessione è rappresentato dall'interesse del cedente al trasferimento del credito.

⁴¹⁴ C. M. Bianca, *op. ul.*, cit., p. 589; F. Gazzoni, *op., ul.*, cit., p. 607; P. Pelingieri, *Cessione del credito ed eccezione di inesigibilità*, in *Riv. Dir. Civ.*, vol II, 1967, p. 502.

cui originerà il credito futuro deve essere già esistente all'atto della cessione, anche se si ritiene che possa essere sufficiente anche la semplice individuazione della fonte del credito, che essa sia cioè determinata o determinabile ⁴¹⁵.

La fattispecie in tal caso si perfezionerà con l'accordo tra il cedente ed il cessionario, ma non avrà effetti traslativi bensì meramente obbligatori, producendosi il trasferimento della titolarità del diritto di credito solo quando il credito verrà ad esistenza.

Nel caso di crediti fiscali, anche futuri, essi, ai sensi dell'art. 117 l.f. possono essere oggetto di assegnazione ai creditori. Si tratterebbe di una particolare cessione dei crediti *solvendi causa*, con la quale l'attribuzione del credito costituirebbe adempimento della pretesa creditoria. ⁴¹⁶ La cessione del credito è fatta in funzione di pagamento del debito nei confronti del cessionario - creditore concorrente.

Tale cessione in pagamento, a differenza della cessione del credito di cui all'art. 1260 cc e cui si riferisce anche l'art. 106 l.f., è da intendersi *pro solvendo*, proprio perché diretta all'estinzione del debito nei confronti del cessionario, salvo diversa pattuizione, ai sensi dell'art. 1198cc. Pertanto essa è definita in dottrina ⁴¹⁷ come una cessione del credito particolarmente qualificata dalla *causa solvendi*.

Il creditore accetta in luogo della prestazione originaria un diritto di credito del debitore cedente nei confronti di un terzo, debitore ceduto. Tuttavia l'effetto

⁴¹⁵ Per la tesi che afferma la necessità dell'esistenza e attualità del rapporto all'atto della cessione cfr. P. Perlingieri, *Della Cessione del Credito (artt. 1260-1267)*, in Commentario Scialoja - Branca, Bologna, 1982, p. 11; Id, voce: *Cessione del credito*, in *Enc. Giur.*, Vol. VI, Roma, 1988, p. 1; U Breccia, *Le obbligazioni*, in AAVV, Trattato di diritto privato, a cura di Iudica-Zatti, Milano, 1991, p. 787; M.Ferro, *La legge fallimentare*, Padova, 2007, p. 806. Ritiene che invece non sia sufficiente la attualità della fonte A.A. Dolmetta, voce: *Cessione dei crediti*, in *NNDI, disc. Priv., sez. civ.*, Vol. II, Torino, 1988, p.285. è sufficiente che il rapporto da cui nascerà il credito sia anch'esso determinabile.

⁴¹⁶ Cfr. C. M. Bianca, *Diritto Civile- IV. L' obbligazione*, cit., p. 548, il quale annovera la cessione dei crediti in pagamento, la *cessio bonorum* ed il mandato ad riscuotere nell'ambito delle cessioni liquidative volontarie, rimesse all'autonomia privata, con le quali il debitore converte parte o tutto il proprio patrimonio in denaro destinandolo al soddisfacimento dei creditori; in tale senso anche S. Pugliatti, "*La cessio honorum*" e "*la realizzazione di diritti di credito*", in *Dir. Giur.*, 1945, ora in *Diritto civile- Metodo- Teoria- Pratica*, Milano, 1951, p.587; M. Spinelli, *Le cessioni liquidative*, cit., p. 600

⁴¹⁷ Ciò sia nel caso ordinario di cessione in pagamento *pro solvendo* che in quello eventuale di cessione *pro soluto*, cfr.C. M. Bianca, *Diritto Civile - IV*, cit., p 548. V. Bigiavi, *Cessione di contributi statali per la ricostruzione e revocatoria fallimentare dei pagamenti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, pp. 287; A. Graziani, *La cessione pro solvendo*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, p. 239; F.Gazzoni, *Manuale*, cit., p., 608; L. Cariota Ferrara, *In tema di Cessio pro solvendo*, in *Scritti Minori*, Napoli, 1986, p. 643

estintivo si verificherà, nella ordinaria ipotesi *pro solvendo* solo quando il credito sarà riscosso, ovvero quando il ceduto adempierà⁴¹⁸.

Per questo, la legge fallimentare contempla la assegnazione dei crediti fiscali in pagamento nell'ambito dell' art. 117 l.f., relativa alle ripartizioni, atteso che essa è una prestazione diversa in luogo del pagamento in denaro, ai sensi dell'art. 1198 cc, eseguita nei confronti degli stessi creditori della procedura. Il pagamento finale ai creditori del concorso avviene non in denaro ma a mezzo il trasferimento della titolarità di crediti fiscali.

La nuova previsione introdotta *ex novo* dalla riforma nel comma III dell'art. 117 l.f., essendo una *datio* in pagamento, presuppone, quindi, che sia esaurita tutta la attività liquidatoria e recuperatoria, onde poter procedere alle ripartizioni finali. Questa modalità di soddisfacimento è stata introdotta al fine di agevolare la chiusura della procedura⁴¹⁹, evitando di tenerla oltre modo aperta per ottenere il rimborso dei crediti e, in tal modo, spostando il peso di tali lungaggini dovute alla riscossione del credito dalla massa dei creditori al singolo creditore che abbia accettato la assegnazione.

Quand'anche il credito non sia ancora riscosso per chiudere la procedura il legislatore non destina la sua liquidazione al di fuori della procedura ma sceglie la assegnazione del credito stesso come modalità alternativa di adempimento.

Diversamente, nel caso della cessione dei crediti contemplata dall'art. 106 l. f. che attiene alla cessione del credito di cui all'art. 1260 cc, essa è contemplata nella fase della liquidazione e tra le modalità di realizzazione dell'attivo, tant'è che il trasferimento del credito è fatto ad un terzo in cambio di un corrispettivo in denaro da ripartire al termine di tutta la fase liquidativa.

⁴¹⁸ In ordine alla disciplina si evidenziano le differenze con le altre cessioni liquidative, quali la *cessio bonorum* ed il mandato a riscuotere. Un orientamento dottrinale ritiene che la cessione in pagamento *pro solvendo* dovesse rientrare nell'ambito della *cessio bonorum*, mentre la cessione in pagamento *pro soluto* sarebbe una alienazione a causa di pagamento, di talchè solo nella prima sarebbe giustificata la restituzione della eccedenza al debitore- cedente una volta riscosso il credito ceduto da parte del cessionario, M. Spinelli, *Le cessioni liquidative*, cit., p. 639. Ritiene che la cessione di crediti in pagamento costituisca un istituto giuridico a sé stante rispetto alle similari figure tipiche A. Zaccaria, *La prestazione in luogo di adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, p. 216, su cui di contrario avviso, C. M. Bianca, *Diritto Civile- IV*, cit., p. 558, il quale ritiene che la fattispecie de quo partecipi di una doppia qualifica, la cessione del credito ex art 1260 cc e la dazione in pagamento ex art 1198 cc, pertanto saranno applicabili ad esse entrambe le discipline in quanto compatibili.

⁴¹⁹ P. Perrotti, *art. 117- Ripartizione finale*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1904

La cessione dei crediti si distingue, altresì, dal mandato a riscuotere, contemplato anch'esso nell'art. 106 l.f., il quale è una particolare tipologia di mandato, qualificata dallo scopo liquidatorio, in cui difetta il trasferimento del diritto di credito al creditore. Nel mandato a riscuotere il credito rimane nella titolarità del debitore, il quale conferisce solo la legittimazione a ricevere la prestazione nell'interesse del mandante⁴²⁰. Il creditore assume l'incarico di riscuotere uno o più crediti del debitore verso i terzi e di soddisfarsi sul ricavato dell'incasso. Si tratta di un mandato *in rem propriam*, perché conferito nell'interesse anche del mandatario, irrevocabile senza giusta causa.

Il negozio in questione differenziandosi sia dalla cessione dei crediti che dalla cessione dei crediti in pagamento, per l'assenza di un momento traslativo avente ad oggetto il credito, rientrerebbe invero nell'ambito della cessione dei beni ai creditori, che, come visto nelle precedenti pagine, è anch'esso qualificato dalla prevalente dottrina come un mandato *in rem propriam* con funzione liquidativa, e tra i beni di cui all'art 1980 cc possono certamente rientrare singole attività ed in particolare diritti di credito.

Una volta sussunti nell'alveo della cessione dei beni, si applicherà al mandato ad incassare la medesima disciplina, per cui i creditori successivi non potranno soddisfarsi in via esecutiva su tali crediti, mentre i creditori anteriori o non aderenti non perdono tale diritto, atteso che esse non sono post-posti al mandatario o ai creditori cessionari.

Secondo una certa impostazione, il ricorso al *trust* liquidatorio postfallimentare consentirebbe, sopperendo alle lacune della normativa fallimentare, la realizzazione delle due esigenze sottese alla procedura concorsuale, che nell'esperienza pregressa non trovavano soddisfazione se non l'una a scapito dell'altra: il soddisfacimento dei creditori⁴²¹ e la rapida chiusura del fallimento.⁴²²

⁴²⁰ C. M. Bianca, *Diritto Civile IV*, cit., p. 558; F. Gazzoni, *Manuale*, cit., p. 1154; R. Vigo, *La revoca del mandato in rem propriam all'incasso nell'amministrazione straordinaria*, in *BBTC*, 1989, I, p. 555; E. Ginevra, *Il c.d. "mandato irrevocabile all'incasso" della prassi bancaria*, in *BBTC*, 2000, I, p. 173; B. Inzitari, *Cessione di crediti, mandato all'incasso e cessione dei crediti in garanzia*, in *Dir. fall.*, 2000, I, p. 1282

⁴²¹ Cfr. V. Greco, *La funzione del trust nel Fallimento*, cit., p. 708, per cui, per cui l'operazione in questione avrebbe carattere conservativo e non dispositivo, trattandosi di somme non disponibili al momento della chiusura si tratta di differire l'esecuzione del riparto; S. Bartoli, *La chiusura anticipata a mezzo trust delle procedure fallimentari titolari di credito d'imposta*, in *T.& A.F.*, 2005, p.550; A. P. Tonelli, *Il ruolo del trust nelle fasi successive alla chiusura del Fallimento*, cit., p.5; L. Panzani, *Trust e procedure concorsuali*, in *AA.VV.*, *Le procedure concorsuali*, cit., p. 1022

A favore dell'istituzione del *trust* militano le considerazioni fondate sulla vantaggiosità, sotto l'aspetto economico, rispetto alla cessione a titolo oneroso, in quanto la liquidazione dei crediti è al valore nominale e non commerciale, si evita la svendita del credito: il margine di recupero del credito, non più venduto al terzo, ma ceduto a titolo gratuito inevitabilmente si eleva.

In secondo luogo essendo la cessione dei crediti al *trustee* a titolo gratuito, sul cedente - curatore non grava l'obbligo della garanzia *pro soluto* a norma dell'art. 1266 c.c., e quindi non correrà il rischio di vedersi coinvolto in contenziosi ad oggetto la contestazione della validità o esistenza del credito ceduto da parte del debitore.

L'eventuale insolvenza del debitore ceduto ricadrebbe su tutto il ceto creditorio e nel caso di crediti futuri, una volta verificatosi l'effetto reale perché il credito è venuto ad esistenza, la titolarità del credito è già segregata nel patrimonio del *trustee*, con ogni impossibilità di distrazione delle somme ricavate o di confusione patrimoniale.

Ugualmente, rispetto al mandato ad incassare eviterebbe il rischio di azioni individuali da parte dei creditori nuovi o non ammessi al concorso o di atti dispositivi da parte del fallito tornato in bonis, atteso che consente di passare, senza soluzione di continuità, dalla destinazione patrimoniale propria del fallimento alla segregazione tipica del *trust*⁴²³.

Con il mandato la titolarità del credito rimane in capo al mandante e di conseguenza durante la procedura i crediti oggetto del mandato all'incasso fanno parte dell'attivo fallimentare, mentre dopo la chiusura del fallimento tornano a far parte del patrimonio del debitore tornato *in bonis*, sul quale possono soddisfarsi ed

⁴²² F. Iozzo, *op. cit.*, p. 206;

⁴²³ V. Greco, *La funzione del trust nel Fallimento*, cit., p. 710; A. P. Tonelli, *Il ruolo del trust nelle fasi successive alla chiusura del Fallimento*, cit., p. 5; Id, *La soluzione del Trust nel programma di liquidazione*, cit., p. 16; L. Panzani, *Trust e procedure concorsuali*, in AA.VV., *Le procedure concorsuali*, cit., p. 1022.

Cfr. decreto Trib. Saluzzo 09.11.20006, secondo cui il *trust* istituendo sarebbe stato a vantaggio dei creditori concorrenti non pienamente soddisfatti, indicati come i beneficiari del *trust*, titolari del diritto, azionabile in giudizio, di essere pagati con i beni conferiti nel *trust*, secondo l'ordine già stabilito nello stato passivo, speculare all'obbligo del *trustee* di rendere conto, amministrare e gestire i beni in *trust* nell'esclusivo interesse dei beneficiari. Tali creditori non risulterebbero in alcun modo lesi, in quanto espressamente indicati come beneficiari

agire individualmente tutti i creditori, vecchi, ammessi e non ammessi al passivo, e nuovi⁴²⁴.

Nel caso poi di crediti fiscali, l'effetto segregativo tutela la massa costituita in *trust* anche dalla eccezione di compensazione che l'amministrazione finanziaria debitrice potrebbe opporre dopo il ritorno in bonis del fallito, laddove essa vantasse ancora dei crediti concorsuali rimasti insoddisfatti in sede di riparto⁴²⁵.

⁴²⁴ Cfr, Tribunale Sulmona, circolare del 21.04.2004 n.2 che propone l'attribuzione ai creditori in sede di riparto non solo delle somme liquide, ma anche dei crediti IVA non riscossi e/o non utilizzati, con conferimento ad un istituto di credito del mandato a riscuoterli, con l'ulteriore incarico di distribuirne il ricavato fra i creditori concorrenti; V. Greco, *La cessione ed il riparto fra i creditori del credito di imposta derivante dalle ritenute d'acconto operate sugli interessi corrisposti al curatore fallimentare. Riflessioni sul residuo attivo*, in *Il dir. fall.*, 2000, pag 683 ss, che propone la cessione fiduciaria da parte del curatore ad un istituto bancario, con il mandato irrevocabile a riscuotere ed a distribuire tra i creditori le somme; Id, *Il trust quale strumento di soluzione e prevenzione della crisi di impresa nella riforma delle procedure concorsuali*, in *T&AF*, 2007, p. 212; E. Ginevra, *Il c.d. "Mandato irrevocabile all'incasso"*, cit. p. 173; G. Fauceglia, *La funzione del trust nelle procedure concorsuali*, cit., p. 101; U. Apice, *Trust e strumento di esemplificazione della procedura concorsuale*, cit., p. 4.

⁴²⁵ Ai sensi dell'art 56 l.fall. è possibile la compensazione dei crediti e dei debiti, anche non scaduti, ma sorti anteriormente al fallimento. La giurisprudenza della suprema corte di legittimità, in ordine al momento della nascita dei contro crediti fa riferimento all'antiorità dei titoli dell'obbligazioni, ovvero dei fatti che hanno generato i rispettivi crediti Cass. Civile SSUU, 16.11.1999: *La compensazione nel fallimento è ammessa anche quando il controcredito del fallito divenga liquido od esigibile dopo il fallimento, purché il fatto genetico dell'obbligazione sia anteriore alla dichiarazione di fallimento, con la conseguenza che è sufficiente che i requisiti di cui all'art. 1243 c.c. ricorrano ambedue i lati e sussistano al momento della pronuncia*; G. Semina, *Trust e segregazione dei crediti fiscali del fallimento esigibili dopo la chiusura della procedura*, in *T & AF*, 2004, p. 343

Osserva, V. Greco, *La funzione del trust nel fallimento*, cit., p. 710, come il conferimento in *trust* della residua massa attiva in nulla divergerebbe, se non per la fonte che in tal caso è l'autonomia e per l'oggetto che riguarderebbe somme future, rispetto ad altre ipotesi di destinazioni patrimoniali disciplinate la legge, qualificabili come *trust* di diritto interno. Il riferimento è ai depositi postali o bancari di cui all'art.117l.f. delle somme accantonate per il soddisfacimento di crediti sottoposti a condizione o oggetto di contenzioso non ancora definito con autorità di cosa giudicata, nonché delle somme destinate ai creditori irreperibili o che non si presentano. E proprio in riferimento a tale ultima fattispecie il Trib. Roma con decreto 11.03.2009 autorizzava il curatore ad attribuire al *trustee*, al quale già precedentemente erano state conferiti crediti fiscali non esigibili per la loro monetizzazione, anche le somme destinate a creditori irreperibili, con l'obbligo di assegnarle ai creditori rimasti insoddisfatti decorsi 5 anni.

3.INCOMPATIBILITÀ CON LA DISCIPLINA CONCURSUALE DELLA LIQUIDAZIONE POST FALLIMENTARE DI CREDITI DELLA MASSA ATTIVA MEDIANTE IL LORO CONFERIMENTO IN TRUST

L'ammissibilità di un *trust* liquidatorio che trasferisca ad un soggetto diverso dal curatore e in una sede esterna al fallimento la realizzazione di quella parte dell'attivo costituita da crediti si è fondata sul presunto superamento del principio della inderogabilità delle norme relative alla liquidazione concorsuale, alla luce dei novellati artt. 104 ter III co. l.f. 105, 106,107 l.f.. In particolare, si è opinato nel senso che proprio la codificazione in generale della cessione dei crediti ai sensi dell'art 106 l.f.⁴²⁶ avrebbe reso legittima la cessione dei crediti anche ad un *trustee*, da intendere come una delle modalità liquidative più efficienti ed allo stesso tempo di più rapida attuazione.

Secondo tale impostazione, il legislatore, anche se non si è spinto a menzionare espressamente il possibile ricorso al trasferimento dei crediti in *trust*, acconsentirebbe alla sua utilizzazione in base ad un'interpretazione estensiva dell'art 106 l.fall. dettata anche dall'esigenza di dare un'utilità pratica alla previsione di un mandato ad incassare.

Si è osservato⁴²⁷, infatti, che questo non potrebbe essere inteso che come un mandato che espliciti i suoi effetti anche dopo la chiusura del fallimento. Altrimenti, se non si interpretasse in tal senso l'espressa previsione dello stesso, la norma non avrebbe aggiunto nulla di più agli ampi poteri attribuiti dalla riforma al curatore nella monetizzazione dei beni, svincolato da rigidi schemi formali.

Non osterebbe pertanto col nuovo sistema, un'interpretazione estensiva dell'art 106 l.f. che ricomprenda tra le sue maglie anche il *trust* postfallimentare, stante la

⁴²⁶ L. Panzani, *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 1022, il quale afferma che l'art. 106 l.f. prevede forme di liquidazione alternativa dell'attivo "che di regola produrrà ricavi inferiori a quelli derivanti da una liquidazione tradizionale..che il legislatore autorizza in considerazione dei costi maggiori della liquidazione tradizionale che, secondo regole d'esperienza, porta risultati meno favorevoli per i creditori"; G. Fauceglia, *La funzione del trust nelle procedure concorsuali*,cit., p. 473

⁴²⁷ U. Apice, *op,ul,cit.* p.6; E Scoditti, *Trust e fallimento*, in T & AF, 2010, p. 472; V. Greco, *La funzione del trust nel fallimento*, cit.,p. 273; Id, *Il trust nelle procedure concorsuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010 pag. 784; A. Tonelli, *Il ruolo del trust nelle fasi successive alla chiusura del Fallimento*, cit., p.; V. Greco, *La funzione del Trust nel fallimento*, in T &AF, 2004, p. 336; S. Bartoli, *La chiusura anticipata a mezzo trust delle procedure fallimentari titolari di credito d'imposta*, cit., p. 542

familiarità con il mandato ad incassare, soprattutto sotto il profilo degli obblighi gestori.

A sostegno della validità di una siffatta operazione negoziale, sempre nell'ottica di snellire la procedura⁴²⁸ e di attrarre alla regola del concorso i crediti fiscali, si richiama il novellato art 117 l.f.⁴²⁹ che prevede che il giudice delegato possa disporre, in sede di ripartizione finale e nel rispetto delle cause di prelazione, che a singoli creditori che siano assegnati, previo consenso, crediti di imposta del fallito non ancora rimborsati in luogo delle somme ad essi spettanti. La disposizione, consentendo il riparto di somme non ancora liquide ma future legittimerebbe la scelta di ricorrere al *trust*.

Pertanto, il *trust* presterebbe il fianco al più efficiente svolgimento del concorso, aggiungendosi in maniera non distonica agli altri strumenti previsti, con l'apertura ai soggetti privati ed allo stesso tempo colmando le lacune del sistema per il perseguimento della più rapida soluzione dell'insolvenza⁴³⁰.

Tuttavia, da un esame sistematico della normativa fallimentare non può non concludersi nel senso della incompatibilità di un *trust* liquidatorio istituito per agevolare la chiusura del fallimento, onerando il *trustee* della riscossione dei crediti e del pagamento dei creditori in base alle quote di cui al riparto finale.

Difatti, i principi che informano la gestione della crisi irreversibile dell'impresa sono rimasti immutati. La normativa fallimentare mantiene la sua connotazione pubblicistica, finalizzata alla tutela dell'ordine pubblico economico. Ad essere privatizzati sono solo gli strumenti e non le finalità della procedura, che pertanto sono indisponibili. Il curatore rimane un pubblico ufficiale che vede potenziato il suo ruolo all'interno della procedura, ma non snaturato. Il giudice mantiene il ruolo di garante della legalità, sia sotto il profilo del controllo del rispetto delle regole della procedura che di tutela delle posizioni giuridiche dei creditori. La c.d. "privatizzazione" attiene infatti alla maggior cooperazione tra curatore e creditori nella direzione della fase liquidatoria, ma non ha inteso alterare le regole ad essa sottese in ordine alle competenze funzionali degli organi fallimentari.

⁴²⁸ E Scoditti, *Trust e fallimento*, in *T & AF*, 2010, p. 472

⁴²⁹ V. Greco, *La funzione del trust nel fallimento*, cit., p. 273; Id, *Il trust nelle procedure concorsuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010 pag. 784

⁴³⁰ E. Scoditti, *Trust e Fallimento*, cit., p.475

In base ad una lettura sistematica delle norme in tema di liquidazione e riparto dell'attivo, nonché di chiusura del fallimento, emerge il corollario in base al quale la liquidazione dell'attivo non può essere delegata ad un altro soggetto e soprattutto questa non potrebbe svolgersi al di fuori della procedura.

Pertanto, anche se il novellato art. 321.f. consente la delega di alcune operazioni a soggetti terzi e gli artt. 104 ter III co. e 107 I co ammettono che il curatore possa avvalersi di soggetti specializzati per il compimento delle attività di liquidazione, l'oggetto dell'affidamento non potrebbe riferirsi che a specifiche operazioni e sempre da svolgere all'interno della procedura e con referente il curatore.

Portando alle estreme conseguenze il ricorso al *trust* postfallimentare sui crediti per prorogare, dopo la chiusura del fallimento, l'effetto separativo, nulla impedirebbe di delegare al *trustee* la liquidazione non solo dei crediti in sofferenza o futuri, ma di tutti i beni e le attività acquisiti all'attivo fallimentare, con esautoramento delle funzioni di tutti organi fallimentari. Ma una tale soluzione risulterebbe inammissibile, alla luce delle norme sulla liquidazione e sul riparto.

Anche dall'analisi delle disposizioni sul riparto dell'attivo, emerge che le attività di liquidazione e ripartizione non possono che essere endoprocedimentali e quindi precedere la chiusura del fallimento⁴³¹. Ai sensi dell'art. 115 l.f. la ripartizione implica l'effettivo pagamento dei creditori da parte del curatore, e tale attività ai sensi del successivo art. 116 è necessariamente propedeutica al rendiconto amministrativo e contabile, essendo in tal modo una funzione non delegabile.

Inoltre, il richiamo all'art. 117l.f. risulta inconferente, giacchè la previsione del riparto supplementare presuppone non solo che la liquidazione dei beni sia già avvenuta, ma che anche le attribuzioni ai creditori siano già avvenute⁴³². Si tratta di somme già realizzate ed acquisite al fallimento, che non possono giustificare anche una liquidazione supplementare, ma solo un correttivo al precedente piano di riparto: le somme che erano state assegnate ad un creditore, a seguito del verificarsi di determinati eventi vengono attribuite ad altri creditori del concorso non integralmente soddisfatti.

⁴³¹ F. Fimmanò, *Trust e procedure concorsuali*, in *Profili del trust nelle procedure concorsuali*, in *Gli speciali de Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2010 pag.23; Id, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, cit., p., 525; E.Raganella- M. Regni, *Il trust liquidatorio nella disciplina concorsuale*, in *T&AF*, 2009, p. 603

⁴³² P. Perrotti, *Commento all'art. 117 l.f.*, in *AAVV, Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1904

Il riparto supplementare ha ad oggetto somme di denaro che mai sarebbero ritornate a far parte del patrimonio dell'ex fallito a procedura chiusa, perché previamente assegnate ai creditori. Diversamente nel caso di liquidazione supplementare dopo la chiusura del fallimento i crediti entrano a far parte del patrimonio dell'ex fallito, stante la cessazione di tutti gli effetti del fallimento ex art. 120 l.f.⁴³³

Non può nemmeno la disposizione sull'assegnazione dei crediti fiscali ai creditori costituire un appiglio normativo per la legittimazione del *trust* liquidatorio a fallimento chiuso. La nuova previsione di cui al III co. dell'art 117 l.f., offre, invero, un argomento testuale ostativo alla compatibilità dell'istituto *de quo* con il sistema concorsuale.

In primo luogo, il legislatore, pur potendo, nessun cenno ha fatto alla possibilità di conferire in *trust* di tali crediti per riscuoterli e distribuirne il ricavato ai creditori secondo il piano di riparto a fallimento chiuso.⁴³⁴

In secondo luogo, la norma confermerebbe la natura di pagamento che ha l'attività di riparto e che, a seguito della riforma, questo può avvenire con l'attribuzione del denaro o dei crediti e comunque necessariamente prima della chiusura del fallimento. La assegnazione in pagamento dei crediti costituisce adempimento nei confronti del creditore, la loro cessione non è finalizzata alla loro liquidazione ma al pagamento del debito ed è per questo che è da intendersi *pro solvendo*.

Sembra dunque che il legislatore avendo enunciato specificamente le varie forme di liquidazione, nonché la assegnazione dei crediti fiscali come alternativa alla loro monetizzazione, non abbia lasciato dubbi sulla ammissibilità di forme di liquidazione alternative al fallimento⁴³⁵ Eventuali nuove attività di liquidazione fallimentare sono concepibili solo con la riapertura del fallimento entro determinati termini, a determinate condizioni e con determinati effetti: che al concorso possano partecipare vecchi e nuovi creditori su un piano di parità.

⁴³³ P.F.Censoni, *Chiusura del fallimento e attività residue degli organi fallimentari: la sorte postfallimentare dei crediti di imposta*, in *Il Fallimento*, 2004, p. 1297; F. Terrusi, *Il recupero dei crediti concorsuali: cartolarizzazione e proroga di funzioni del curatore fallimentare*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, p. 408; L.Guglielmucci, *Parere sui crediti di imposta non riscuotibili durante il fallimento*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, p. 162.

⁴³⁴ F. Fimmanò, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, cit., p. 511; contra V. Greco, *Il trust nelle procedure concorsuali*, cit., 2010, p. 784

⁴³⁵ P. G. Demarchi, " *Il trust post fallimentare* " e *l'apparente chiusura del fallimento*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 741

Proseguendo ancora con l'esame delle norme in tema di liquidazione, l'art. 118 l.f. espressamente sancisce che la procedura di fallimento si chiuda tra l'altro quando è compiuta la ripartizione finale dell'attivo⁴³⁶. Letto in combinato disposto con l'art. 121 riguardante la tipicità dei casi di riapertura del fallimento, offre un ulteriore argomento sistematico per fondare il principio per cui finché esistono beni, o crediti come nel caso di specie, da liquidare, la procedura non può essere chiusa. Se dovessero sopraggiungere nuovi beni nel patrimonio dell'ex fallito dopo la chiusura, per la loro monetizzazione si deve procedere alla riapertura del fallimento, nel rispetto delle condizioni di cui al I comma art. 121 e di parità tra tutti i creditori vecchi e nuovi ex art. 122l.f.⁴³⁷.

Il principio generale di cui all'art. 120 l.fall. e la tassatività delle ipotesi di cui all'art. 121 l. fall. non consentono di ipotizzare la proroga delle funzioni e dei poteri degli organi fallimentari né una liquidazione supplementare.

Ai sensi dell'art.120 l.fall. con la chiusura del fallimento cessa anche lo spossessamento del debitore. Con la cessazione degli effetti del fallimento vige il principio della aggredibilità da parte di tutti i creditori del patrimonio del debitore tornato *in bonis* e non può ammettersi che i creditori che non abbiano partecipato al concorso vedano diminuita la garanzia patrimoniale del loro debitore⁴³⁸.

A tutte le considerazioni svolte, si aggiunga che l'utilizzo dell'istituto *de quo* si risolverebbe in una inammissibile modifica negoziale delle regole della procedura, che non sarebbe più disciplinata dalla legge, ma dal regolamento del *trust*, lasciando irrisolti i problemi in ordine alla risoluzione delle eventuali controversie sorte in fase di riscossione o riparto delle somme tra i vari creditori, attesa la decadenza di tutti gli organi fallimentari dalle proprie funzioni e la eccezionalità e tassatività delle ipotesi di ultrattività degli stessi⁴³⁹.

⁴³⁶ F. Fimmanò, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, cit., p. 525; A. Paluchowski, *Commento all'art. 118 l.f.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1908

⁴³⁷ Cfr F.P.Censoni, *op,ul,cit.* il quale evidenzia che una liquidazione supplementare sarebbe priva di un presupposto, il vincolo di destinazione ed espropriazione sui crediti dell'ex fallito; G. Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1998, p.486; P. Pajardi, *Codice del fallimento*, Milano, 2001, p.896; F. Ferrara jr - A. Borgioli, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 735

⁴³⁸ A. Paluchowski, *Commento all'art. 120 l.f.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1927; G.U. Tedeschi, *sub art. 120 l.f.*, in G. U. Tedeschi- A.Bonsignori- Santarelli, *Chiusura del fallimento. Concordato. Riabilitazione civile*, in *Comm. legge fall.* Dir. da Scialoja- Branca, Bologna- Roma, 1977, p. 56; P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p. 258

⁴³⁹ F. Fimmanò, *Trust e procedure concorsuali*, cit. p. 24, il quale osserva che la chiusura del fallimento interverrebbe quando ancora non è compiuta la ripartizione finale dell'attivo, in palese violazione

Diverso sarebbe il caso di un *trust* in cui conferire non crediti da liquidare, ma le somme di cui agli accantonamenti suscettibili di un riparto supplementare. E' stata prospettata⁴⁴⁰ la soluzione per cui il *trust* potrebbe essere lo strumento attraverso cui accantonare le somme contemplate dall'art. 117 l.f. e gestirle medio tempore fino all'avverarsi di una delle condizioni indicate dalla norma. In ordine al riparto vero e proprio delle somme una volta verificatosi uno degli eventi contemplati, la concreta assegnazione potrebbe avvenire da parte del *trustee* o meno a seconda che si ritenga che la previsione dell'assegnazione degli accantonamenti ed il riparto supplementare siano un'ipotesi di ultrattività degli organi fallimentari o meno.

dell'art. 118 l.f. che al n. 3 stabilisce che la procedura di fallimento si chiude quando è compiuta la ripartizione finale dell'attivo e per lo più ad opera di un soggetto non legittimato dalla legge. Di opinione diversa A. Busani- C. Fanara- G. Ottavio Mannella, *Trust e crisi di impresa*, cit., p. 167:” A noi pare invece che sia l'acquisizione dell'attivo che la determinazione del criterio di riparto tra i creditori non siano affidati ad un soggetto estraneo alla legge fallimentare (il *trustee*, per l'appunto) bensì rimangano di competenza dell'ufficio fallimentare. Al *trustee*, nei casi sopra ricordati, viene affidata una semplice attività di riscossione di crediti già determinati nella loro natura ed ammontare , cui segue il versamento di somme a creditori che nel piano di riparto (redatto dal curatore ed approvato dal giudice delegato) sono individuati sia soggettivamente (essendo ovviamente i creditori ammessi al passivo) che “quantitativamente”, poiché è il piano di riparto ad indicare la percentuale da riconoscersi a ciascun creditore in funzione dell'importo del rispettivo credito vantato”

Sulla tipicità e tassatività delle ipotesi di ultrattività degli organi fallimentari F. Terrusi, *Il recupero dei crediti concorsuali: cartolarizzazione e proroga di funzioni del curatore fallimentare*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, p. 408; L. Guglielmucci, *Parere sui crediti di imposta non riscuotibili durante il fallimento*, cit., p. 162, i quali evidenziano che in ogni caso le specifiche ipotesi di ultrattività degli organi fallimentari non riguardano in ogni caso attività liquidatorie

Cfr anche F. S. Filocamo, *Trust*, in AA.VV., *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, Padova 2010, III, 1126 e ss. pare propendere per la cessione di crediti attuata per il tramite di un *trust*, tuttavia sollevando alcuni dubbi. In particolare scrive “...la riforma della legge fallimentare offre, da un lato, argomenti ai sostenitori della legittima praticabilità di un *trust* in funzione liquidatoria nell'ambito della procedura fallimentare; dall'altro lato potrebbe introdurre qualche elemento di dubbio. Va infatti rilevato che la disciplina dell'azione fallimentare è stata impostata sostituendo il richiamo ai rigidi schemi dell'esecuzione forzata con la previsione di un'ampia libertà di forme, nell'ambito della quale è stato riconosciuto al curatore, oltre che il ruolo dominante nella gestione della procedura, la possibilità di ricorrere a diverse modalità di liquidazione nel rispetto di alcuni principi normativi (...) ...In questa ottica è stata prevista espressamente la possibilità per il curatore di cedere i crediti, compresi quelli di natura fiscale e/o futuri, anche se oggetto di contestazione, e in alternativa, la possibilità di stipulare contratto di mandato per la riscossione... nella varietà delle forme di modalità liquidatorie espressamente menzionate dal legislatore della riforma manca però qualsiasi accenno al *trust* e ciò potrebbe indurre il dubbio che il silenzio sia indicativo di una volontà negativa piuttosto di una semplice dimenticanza, anche se il ricorso al *trust* potrebbe (anche per conservare una qualche utilità ad una norma altrimenti superflua) ritenersi legittimato da un'interpretazione estensiva o analogica dell'articolo 106 l.f. la quale consente di assimilare il *trust* al mandato per l'incasso di crediti e di riferire la previsione normativa anche al mandato che sopravviva alla chiusura del fallimento.” Sul punto si precisa che l'Autore ritiene il *trust* anche una valida alternativa all'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito al quale il curatore può decidere di ricorrere in sede di predisposizione del programma di liquidazione ex art. 104 ter l.f. ovvero altresì alternativo anche all'affitto di azienda previsto dall'articolo 104 bis l.f.

⁴⁴⁰ A. P. Tonelli, *La soluzione del trust nel programma di liquidazione*, cit., p. 19

Se si ritiene⁴⁴¹ che la norma configuri una ipotesi di ultrattività degli organi, il compito di assegnare le somme sarà svolto dal curatore secondo le circostanze del caso ed il *trustee* potrà solo avere l'obbligo di provvedere alla conservazione delle somme, con l'effetto che nel momento in cui esse dovranno essere distribuite egli le consegnerà al curatore.

Se invece è da escludere che la distribuzione debba avvenire ad opera dell'organo fallimentare ormai decaduto⁴⁴², non sussistendo alcun indice in base al quale la distribuzione debba avvenire ad opera del curatore, ormai decaduto, l'atto istitutivo del *trust* redatto dal curatore potrebbe prevedere oltre la conservazione delle somme anche la loro distribuzione da parte del *trustee* tra i creditori aventi diritto.

⁴⁴¹ G. Limitone, *Chiusura della procedura concorsuale ante riforma*, in AA.VV., *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, cit., p. 150; A. Calavaglio, *La chiusura del fallimento*, in *Le Procedure concorsuali*, Trattato diretto da G. Ragusa- Maggiore- C. Costa , III, Torino, 1997, p. 596

⁴⁴² G. Ragusa- Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, p. 710, secondo cui il debitore potrebbe procedere alla distribuzione delle somme accantonate nelle forme privatistiche; A. Bonsignori, *La liquidazione dell'attivo ed il riparto*, in *Le Procedure Concorsuali*, cit., p.562; C. Cavallini, *Commentario alla legge fall.*, cit., p. 1328

4. IMMERITEVOLEZZA DEGLI INTERESSI NEL *TRUST* POST FALLIMENTARE

A favore della validità di un siffatto *trust* non potrebbe nemmeno invocarsi un presunto obbligo al rispetto della *par condicio* tra i creditori ammessi al passivo, atteso che dopo la chiusura del fallimento, non vi è più ragione di mantenere gli effetti del fallimento sul patrimonio del debitore⁴⁴³, poiché non sussiste più alcun vincolo di destinazione su tali beni. Non si pone più un problema di *par condicio*, la quale presuppone il concorso, costituendo la forma secondo cui esso deve svolgersi.

Anzi il debitore riacquistando la piena disponibilità dei suoi beni, può amministrarli, gestirli e disporne in piena libertà, favorendo l'uno o piuttosto l'altro creditore. A loro volta i creditori sono liberi di intraprendere individualmente azioni cautelari o esecutive per realizzare le proprie ragioni sul patrimonio dell'ex fallito⁴⁴⁴.

Opinando in tal senso, con una siffatta tipologia di *trust*, sarebbero lesi i creditori non ammessi al passivo, quelli extra e post concorsuali, i quali vedrebbero sottratti i beni su cui potersi soddisfare in quanto facenti parte della garanzia patrimoniale generica di cui all'art 2740 cc del debitore

Ma sarebbero altresì privati anche del diritto di partecipare alla riapertura del fallimento ex art 122.l.f. allo stesso modo dei vecchi creditori⁴⁴⁵, qualora pure in presenza di beni da liquidare, non potrebbero essere acquisiti all'attivo in quanto oggetto di patrimonio separato.

Pertanto l'utilizzo del *trust* per una liquidazione supplementare ed estranea al fallimento, a vantaggio solo dei creditori concorrenti non risulta perseguire interessi meritevole di tutela, atteso che non risulta preferito dall'ordinamento il diritto di credito del creditore-beneficiario del *trust* a discapito della situazione giuridica dei creditori estranei alla destinazione.

⁴⁴³ A. Paluchowski, *Commento all'art. 120 l.f.*, in AA.VV., *La nuova legge fallimentare*, cit., p. 1926

⁴⁴⁴ A. Caiafa, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p. 480; A. Calavagno, *La chiusura del fallimento*, cit., p. 600

⁴⁴⁵ A. Paluchowski, *Commento all'art. 122 l.f.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1908; G. Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., p.487; G. Tedeschi, *sub art. 122 l.f.*, cit., p. 122; P. Pajardi, *Codice del fallimento*, cit., p. 979.

Non è giustificato il sacrificio dei nuovi creditori che vedono ridotta la propria garanzia patrimoniale rispetto alla preferenza accordata ai vecchi creditori beneficiari del *trust*.

Nel conflitto tra questi ed i creditori nuovi o non ammessi al passivo, non possono essere preferiti i primi, non potendo essere meritevole un preteso interesse al mantenimento della *par condicio* a favore dei creditori concorrenti in assenza di un concorso. Nessun principio della *par condicio* vige senza la pendenza di una procedura.

L'orientamento maggioritario in dottrina⁴⁴⁶, infatti, evidenzia come tale regola sia in effetti stata sopravvalutata e che non può l'art. 2741 cc reputarsi un principio di portata generale, atteso che già nella sua enunciazione la norma trova l'eccezione delle cause legittime di prelazione e che nulla vieta al debitore, tra più crediti, di scegliere quale adempiere, destinando anche tutto il patrimonio al soddisfacimento di un solo creditore, lasciando insoddisfatti tutti gli altri⁴⁴⁷. La parità di trattamento è considerato dunque un principio direttivo, una regola tendenziale,⁴⁴⁸ quale modalità attuativa della procedura concorsuale dettata da singole disposizioni. Le eccezioni sempre più numerose alla regola, infatti, hanno decretato una erosione del principio che non può essere più reputato di portata generale.⁴⁴⁹

Pertanto, se la regola della parità di trattamento è ritenuta dalla maggior parte della dottrina non più di portata generale, tale da non essere addirittura la finalità

⁴⁴⁶ P. Schlesinger, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv., dir., proc.*, 1995, p. 319; V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, dir., da P. Rescigno, XIX, Torino, 1985, p. 408; L. Guglielmucci, *La par condicio creditorum e i bieticoltori*, in *Fall.*, 1984, p. 195.

⁴⁴⁷ Così come si esclude che il processo esecutivo individuale sia ispirato alla *par condicio*: il creditore che per primo agisce sul patrimonio del debitore potrebbe anche esaurirlo, precludendo ad altri creditori di soddisfarsi cfr P. Schlesinger, *L'eguale diritto dei creditori*, cit., p. 324, il quale esclude “*un qualsiasi diritto dei creditori di pretendere che il debitore osservi un qualsivoglia ordine nell'adempimento delle sue obbligazioni*”

⁴⁴⁸ P.G. Jaeger, *Par condicio creditorum*, in *Giur. Comm.*, 1984, I, p. 93, secondo cui il principio in questione, rappresenta “*una linea di tendenza*” il suo significato, “*va ricercato sul piano del corretto svolgimento della liquidazione concorsuale*, e precisamente in un'esigenza di polizia processuale”; V. Andrioli, voce: *Fallimento*, in *Enc. Dir.*, XVI, Varese, 1967, p. 398

⁴⁴⁹ Ritiene che la parità di trattamento tra i creditori sia ormai “*l'eccezione molto più che la regola*” V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 410; G. Tucci, *I Privilegi*, in *Trattato di diritto privato*, dir. da P. Rescigno, XIX, Torino, 1985, p. 471, il quale rileva che “*l'abnorme sviluppo*” dei privilegi” ha messo in crisi la funzionalità del nostro sistema giuridico non solo svuotando il principio di eguaglianza tra i creditori, sancito dagli artt. 2740-2741 cc del nostro codice, ma facendo anche saltare la disciplina sistematica prevista dal codice in materia di privilegi”; Id, *Concorso dei creditori, cause di prelazione e revocatoria fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2000, I, P. 599; P. Manes, *Trust e art. 2740*, cit., 581; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 2004, p. 524.

essenziale da perseguire nel corso del fallimento⁴⁵⁰, non trova alcun fondamento giuridico il richiamo ad essa per giustificare la validità di un *trust* post fallimentare a favore dei creditori del concorso ormai chiuso.

⁴⁵⁰ M. Fabiani, *La revocatoria fallimentare nelle prospettive di riforma*, in *FI*, 2001., V, p. 252, il quale, a seguito della introduzione di nuove ipotesi di prededuzione, di cause di prelazione di esenzione dalla revocatoria evidenzia come la regola della *par condicio* sia divenuta ormai “una fata morgana”; A. Jorio, *Gli interessi dei creditori e la tutela del credito nel fallimento*, in *Fallimento*, 1984, p. 94, il quale evidenzia una tale erosione del principio che esso non può più reputarsi un obiettivo prioritario del fallimento

5. IL *TRUST* LIQUIDATORIO ENDO-PROCEDIMENTALE; UTILIZZAZIONI NELL'AMBITO DEL PROGRAMMA DI LIQUIDAZIONE; UTILIZZAZIONE DEL *TRUST* COME PASSAGGIO INTERMEDIO PER IL CONFERIMENTO DEI BENI IN UNA NEWCO E NELLE OPERAZIONI DI CARTOLARIZZAZIONE DEI CREDITI CONCORSUALI

Se risulta incompatibile con l'esecuzione collettiva il *trust* liquidatorio dopo la chiusura del fallimento, non lo stesso può dirsi riguardo l'istituzione di un *trust* strumentale alla migliore realizzazione dell'attivo all'interno della procedura e non all'esterno di essa. L'introduzione degli artt. 105 ss l.f. sulla realizzazione dell'attivo ha offerto più strumenti operativi alla curatela ma non ha sottratto l'attività di liquidazione al dominio pubblicistico trasferendola sul terreno dell'autonomia privata. Il ridimensionamento dei poteri di intervento dell'autorità giudiziaria riguarda solo la modalità operativa della liquidazione e della distribuzione del ricavato, ma non ha scalfito il ruolo di garante della legalità e della tutela delle ragioni dei creditori, come è testimoniato dalle numerose previsioni che consentono ai creditori lesi di impugnare gli atti del curatore.

Lo stesso curatore, che se da un lato non è più l'esecutore delle disposizioni del giudice delegato, ma è il "motore" di tutta la procedura, è ai sensi dell'art. 30 l.f. ha in ogni caso la qualità di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle attività di cui alla procedura. Pertanto, risulta innegabile ed inconfutabile il rilievo pubblicistico dell'attività di liquidazione e distribuzione del ricavato ai creditori che, dunque non potrà ipotizzarsi al di fuori della pendenza di un fallimento e ad opera di un soggetto che non sia titolare di un ufficio pubblico⁴⁵¹.

Così come affermato in riferimento all'impiego del *trust* nelle soluzioni negoziali della crisi di impresa, anche per il fallimento, l'utilizzo di tale strumento non può non aversi che nel corso della procedura, sotto il controllo pubblicistico dell'autorità ed all'interno del programma di liquidazione⁴⁵², in modo da costituire

⁴⁵¹ Di contrario avviso L. Panzani, *Trust e procedure concorsuali*, in AA.VV., *Le procedure concorsuali*, cit., p. 1022; A. Busani- C. Fanara- G. Ottavio Mannella, *Trust e crisi di impresa*, cit., p. 166.

⁴⁵² A. Tonelli, *La soluzione del trust nel programma di liquidazione*, cit., p. 7, la quale evidenzia che un *trust* a supporto delle attività di liquidazione del curatore, non potrebbe mai avere la struttura di un *trust* con beneficiari, atteso che la individuazione dei creditori e delle quote cui hanno diritto è attività di appannaggio del curatore informata a principi di natura pubblicistica. Inoltre nel *trust* con beneficiari questi hanno un pregnante diritto di informazione e di controllo che potrebbe rendere

una modalità esecutiva della attività di realizzazione dell'attivo, di supporto ad essa, che rimarrebbe nella competenza funzionale esclusiva del curatore.

Un indice in tal senso è dato dall'art. 105 co. VIII legge fall.,⁴⁵³ sul conferimento dei beni aziendali in un'altra società, espressione dell'intenzione del legislatore di addivenire al salvataggio dei valori aziendali con la collaborazione dei creditori.

La fattispecie si inserisce tra quelle disposizioni che favoriscono soluzioni di recupero e riallocazione dell'impresa in crisi⁴⁵⁴, favorendo la trasformazione dei creditori in soci.

In base al combinato disposto degli artt. 104 ter e 105 VIII co. e 106 l.f., il curatore potrebbe prevedere nel programma di liquidazione il conferimento dell'azienda, di rami di essa, beni, nonché di crediti, azioni, partecipazioni e azioni pendenti, in una società già esistente o di nuova costituzione. La ratio è la valorizzazione dei beni da liquidare, attraverso una fase di gestione propedeutica, finalizzata alla migliore monetizzazione dell'attivo⁴⁵⁵.

Difatti, a seguito del conferimento il curatore ha due scelte: se l'azienda è conferita in una società, la procedura acquisisce le quote di partecipazione che possono essere vendute a terzi ed il ricavato è ripartito tra i creditori concorsuali; altrimenti, avendo il legislatore della riforma valorizzato soluzioni alternative al soddisfacimento dei creditori col pagamento in denaro, il curatore potrebbe

più gravosa l'attività del trustee. Pertanto, la formula migliore sarebbe quella del trust di scopo: "In conclusione, potremmo spingerci sino al punto di far ritenere il trust con beneficiari, rappresentati dai creditori concorsuali, e istituito dalla curatela per portare a compimento la liquidazione dell'attivo, una sorta di grave contraddizione in termini, in quanto parrebbe conferire al trustee poteri che, assolutamente, la legge fallimentare vieta a chiunque non sia il Curatore. In ogni caso, la soluzione del trust di scopo, per simili fattispecie, è certamente la più semplice e strategica dal punto di vista operativo, sgomberando il campo dalle possibili ingerenze che i creditori, in quanto beneficiari, potrebbero fare sull'attività del trustee e, d'altro canto, da un punto di vista strettamente giuridico, essa parrebbe anche la più coerente con la legge fallimentare e diritto dei trust."

⁴⁵³ La norma è espressione dello spirito complessivo della riforma che, come già rilevato prima prevede sia in tema di concordato preventivo ex art. 160, lett. a e lett. b e 186 bis l.f., sia in sede di concordato fallimentare, contempla la costituzione di veicoli societari.

⁴⁵⁴ F. Fimmano, *L'Allocazione efficiente dell'impresa in crisi, mediante la conversione di crediti in azioni*, in Riv. Soc., 2010, p. 150; L. Guglielmucci, *Liquidazione dell'attivo fallimentare che preveda il conferimento dell'azienda in una newco e la successiva vendita dell'intero pacchetto azionario*, in Cont. Impr. 2008, p. 551; C. Ferri, *Liquidazione mediante conferimento in società dell'azienda, di rami di essa ovvero di beni o crediti*, in Fall., 2009, p. 59

⁴⁵⁵ F. Fimmano, *La vendita fallimentare dell'azienda*, in Contratto e impresa, 2007, p. 537; Id, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante conversione dei crediti in azioni*, cit., p. 150, in cui l'autore evidenzia come la scelta del legislatore di prevedere una attività propedeutica ad una più proficua liquidazione si in linea con le previsioni che contemplano nel programma di liquidazione l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda

realizzare le pretese creditorie con l'attribuzione ai creditori di quote di società, novando il diritto di credito in diritto alla quota di partecipazione sociale⁴⁵⁶.

Nel primo caso la liquidazione avverrà nelle forme di cui all'art. 107 l.f.; nella seconda ipotesi, l'assegnazione avverrà in misura proporzionale all'entità del credito vantato e sulla base di un piano che assicuri la par condicio e il rispetto delle cause di prelazione. L'operazione richiede il consenso dei singoli creditori, trattandosi anche in questo caso di cessione in pagamento che ai sensi dell'art. 1197 cc richiede in consenso dei creditori.

All'atto del conferimento in società dei beni facenti parte dell'attivo, il fallito acquista la qualità di socio, ma la gestione della partecipazione è sottoposta alle regole del concorso, come qualsiasi altro bene o partecipazione che è stato acquisito all'attivo. Pertanto i diritti sociali, scaturenti dalle quote di partecipazione saranno esercitati dal curatore, in quanto gestore ed amministratore del patrimonio del fallito.

In ordine alla gestione delle partecipazioni sociali, l'esercizio dei diritti sociali da parte curatore attiene agli atti di straordinaria amministrazione che necessitano dell'autorizzazione del comitato dei creditori ai sensi dell'art. 35 l.f.

Nel diverso caso di assegnazione delle quote ai creditori, saranno questi ad acquistare lo status di soci e saranno titolari di tutto il fascio di situazioni giuridiche derivanti dall'adesione alla società.

L'utilizzazione del *trust* come passaggio intermedio per il conferimento dei beni acquisiti all'attivo nel veicolo societario potrebbe rendere più agevole ed efficiente la gestione delle quote sociali sia da parte del curatore che da parte dei creditori trasformati in soci.

Ciò può ipotizzarsi sia nel caso in cui la fase di gestione delle partecipazioni propedeutica alla loro alienazione da parte del curatore sia duratura, sia nell'ipotesi di attribuzione delle quote ai creditori.

Il curatore potrebbe allora prevedere di attribuire i beni ad un *trustee*, disponendo che questi a sua volta conferisca la massa patrimoniale del *trust* in una società, ne gestisca ed amministri la quota di partecipazione allo scopo di soddisfare i creditori concorrenti. I diritti sociali saranno esercitati solo dal *trustee* ma nell'interesse dei creditori, in quanto egli sarà vincolato al perseguimento del fine enucleato nell'atto

⁴⁵⁶ G. Cabras, *Trust e crisi di impresa*, in www.dircomm.it, 2005, n.10.

di destinazione, che sarà quello di amministrare per un determinato tempo le quote nell'interesse dei creditori per poi cederle a terzi, e col ricavato pagare i creditori, ovvero attribuirle ai creditori stessi.

Altrimenti il curatore potrebbe essere autorizzato a conferire ad una società, anche newco, i beni aziendali a titolo di *trustee*, con la previsione dell'obbligo di amministrarli e valorizzarli nell'interesse dei creditori ammessi al passivo. In tal modo l'effetto segregativo eviterebbe la confusione tra i due patrimoni della società, e garantirebbe i creditori della consistenza di una massa destinata alle loro pretese. Difatti i creditori sociali della società avranno nel patrimonio sociale la garanzia patrimoniale per le loro pretese, mentre i creditori concorrenti avranno a garanzia dei propri diritti l'attivo fallimentare conferito in *trust*.

In tal modo, si eviterebbero le eventuali inefficienze della gestione nel caso in cui questa, se effettuata dal curatore richieda volta per volta l'autorizzazione del comitato dei creditori, ed anche nel caso di trasformazione dei creditori in soci, qualora l'eccessivo numero di essi potrebbe ostacolare la gestione della società conferitaria ⁴⁵⁷.

La ratio della riforma di favorire forme alternative di liquidazione, mediante la collaborazione dei creditori disposti alla novazione del loro credito in diritti a partecipazioni sociali, consente di proporre anche un'operazione di cartolarizzazione dei crediti concorsuali per accelerare la conclusione della procedura, ai sensi della legge n. 130/99⁴⁵⁸.

Il curatore potrebbe operare la cessione dei crediti facenti parte dei beni da liquidare ad una società di cartolarizzazione, la quale emetterebbe titoli da attribuire ai creditori concorrenti, al cui rimborso saranno destinate le somme riscosse dai crediti ceduti. In particolare la sottoscrizione di titoli da parte dei

⁴⁵⁷ Contra F. Fimmanò, *La vendita fallimentare dell'impresa*, in *Contratto e Impresa*, 2007, p. 537, in cui suggerisce la costituzione da parte della newco di patrimoni destinati per la realizzazione dei valori aziendali conferiti; Id, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante conversione dei crediti in azioni*, cit., p. 150; Id, *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 23; Id, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, cit., p.511. Dal combinato disposto degli artt. 105 e 106 l.f. il legislatore avrebbe optato per gli strumenti ivi previsti, operando una precisa scelta in ordine o al conferimento nella newco o nella cessione dei crediti. Tertium non datum. Questa soluzione viene tuttavia criticata da A. Busani- C. Fanara- G. Ottavio Mannella, *Trust e crisi d'impresa*, cit., p.174, i quali osservano che "da un alto si dovrebbe trattare di società inattiva "di comodo", con tutte le problematiche del caso; dall'altro, ipotizzata costituzione del patrimonio destinato soffrirebbe del menzionato limite quantitativo pari al 10 % del suo patrimonio"

⁴⁵⁸ F. Terrusi, *Il recupero dei crediti concorsuali: cartolarizzazione e proroga di funzioni del curatore fallimentare*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, p. 408

creditori potrebbe avvenire in sede di riparto, nel rispetto delle cause di prelazione e della *par condicio creditorum*⁴⁵⁹.

I crediti ceduti alla società veicolo costituiscono, inoltre, un patrimonio separato rispetto a quello della società cessionaria e rispetto a quelli relativi ad altre operazioni di cartolarizzazione, sui quali non possono soddisfarsi creditori diversi dai sottoscrittori dei titoli emessi.

Ai sensi dell'art. 2 della l.130/99 il soggetto che deve curare l'incasso ed il pagamento ai portatori dei titoli è diverso dalla società cessionaria, atteso che deve essere una banca o un intermediario finanziario sottoposto alla vigilanza della Banca d'Italia prevista dal TUB.

La prassi è stata quindi quella del conferimento di un mandato ad incassare da parte della società di cartolarizzazione alle banche od agli intermediari. Tuttavia restava il problema di separare le somme ottenute materialmente sia dal patrimonio del mandatario, che non ha l'obbligo di tenere separate le somme riscosse, che da quello della società cessionaria, la quale, in quanto mandante potrebbe sempre destinare le somme a finalità diverse da quelle indicate dalla legge.⁴⁶⁰

Il conferimento in *trust* consentirebbe l'effettiva separazione e destinazione delle somme riscosse al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli assegnati ai creditori.⁴⁶¹

La cessionaria dovrebbe attribuire alla banca o intermediario incaricato dell'incasso a titolo di *trustee* i crediti da riscuotere, in modo da rendere effettivo il vincolo di destinazione previsto dalla legge.

Il *trust* così utilizzato agevolerebbe la liquidazione dei crediti tramite la loro cartolarizzazione, accelerando lo svolgimento della procedura⁴⁶².

⁴⁵⁹ G. Cabras, *Cartolarizzazione di crediti e procedure concorsuali*, in *L'impresa in crisi tra liquidazione e conservazione*, a cura di U. Apice, Bancaria editrice, Roma 2002, p.75

⁴⁶⁰ Aldo Frignani, *Trust e cartolarizzazione*, in *T&AF*, 2000, pag.19

⁴⁶¹ M.Sacchi, *La segregazione patrimoniale del trust con particolare riguardo alle operazioni di cartolarizzazione*, in *T&AF*, 2005, pag. 428

⁴⁶² Di contrario avviso sulla possibilità di ricorrere alla cartolarizzazione atipica dei crediti è F. Fimmano, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, cit. p. 525, nt. 40 il quale esclude, in mancanza di una specifica previsione tale atipica forma di cartolarizzazione per addivenire alla chiusura del fallimento a mezzo la distribuzione di titoli ai creditori.

CONCLUSIONI

Il lavoro è stato condotto lungo una direttrice che ha attraversato i vari settori dell'ordinamento interno, cercando di analizzare la compatibilità dell'istituto del trust ed i confini entro cui è possibile ricorrere a tale strumento nella prospettiva civilistica, del diritto dell'impresa e del diritto e fallimentare.

Essendo il *trust* un negozio atipico, lo studio dei possibili ambiti applicativi si è risolto nello studio dei nuovi terreni di conquista da parte dell'autonomia privata, a fronte delle scelte legislative degli ultimi anni improntate alla competitività ed alla semplificazione.

Si è quindi proceduto in primo luogo ad inquadrare sistematicamente il *trust* per poi indagarne l'ambito applicativo. Pertanto il primo capitolo ha affrontato, come logica premessa, la compatibilità del *trust* nella prospettiva puramente civilistica. Si sono evidenziate, quindi, dapprima le caratteristiche salienti di un istituto sorto nell'ambito delle esperienze giuridica inglese, in particolare nel seno della giurisdizione dei tribunali dell'*equity* e poi le differenze con il negozio fiduciario.

Il lavoro poi si è sviluppato incentrandosi sul dibattito che è sorto all'indomani della ratifica della Convenzione dell'Aja, adottata in seno alla XII conferenza dell'Aja, con la legge 364/85, entrata in vigore il 1 gennaio del 1992.

Difatti, per giustificare l'ammissibilità del *trust* interno in mancanza di una espressa previsione normativa, parte della dottrina ha invocato accanto alla natura internazional-privatistica della convenzione anche quella di diritto materiale uniforme. Di talchè, per il tramite della legge di ratifica ed esecuzione, si sarebbe innovato il nostro ordinamento con l'introduzione di una nuova fattispecie negoziale, i cui elementi soggettivi ed oggettivi sono tutti nazionali, ad eccezione della legge regolatrice scelta dal disponente.

Altra più rigorosa opzione dottrinale, prescindendo dalla natura della Convenzione, ha affrontato il problema dell'ammissibilità del *trust* considerandolo come precipitato del potere dell'autonomia privata ex art.1322 cc. In particolare il trust sarebbe espressione della categoria dei negozi atipici di destinazione con effetti separatori.

Una volta ammessa per il privato la possibilità di creare patrimoni destinati al di là di quelli normativamente già previsti si sarebbe aperta la via all'ingresso del *trust* nel nostro ordinamento.

Il lavoro dunque enuclea la nascita e il dibattito che ha riguardato la categoria dei patrimoni destinati allo scopo, le definizioni, nonché le relative connessioni, di patrimonio destinato e patrimonio separato.

La destinazione è definita in dottrina come un modo di disporre dei propri beni alternativo alla attribuzione. Con essa si vincola un compendio di beni alla realizzazione di uno scopo, rendendoli insensibili alle vicende del patrimonio dal quale derivano ed originano, con l'effetto che su di essi potranno soddisfarsi solo quei creditori il cui titolo sia connesso allo scopo destinatorio. L'effetto separatorio che ne deriva costituisce una eccezione alla garanzia patrimoniale generica del soggetto che istituisce il *trust* imprimendo ai beni un vincolo destinatorio ad effetti reali.

In particolare, vengono riportate le varie soluzioni proposte dalla dottrina a favore e contro l'ammissibilità dei patrimoni destinati atipici, soprattutto in ordine alla possibilità di superare il divieto di cui all'art. 2740 II co. cc da parte dell'autonomia privata.

Si offre nel testo la soluzione di comporre il contrasto tra libertà negoziale e responsabilità patrimoniale distinguendo i differenti piani su cui opera il fenomeno della destinazione e quello della separazione patrimoniale. Si precisa che la destinazione attiene al profilo negoziale, mentre la separazione è uno strumento per l'effettivo perseguimento della finalità programmate ed attiene al piano della opponibilità, è regola di conflitto tra titoli, appartenenti alle diverse classi di creditori, quelli generali e quelli della destinazione.

L'art. 2740 c.c. non fonda il diritto del creditore all'integrità ed intangibilità del patrimonio su cui soddisfarsi, ma tutela l'affidamento dei creditori, pertanto esso non risulta violato nel caso in cui l'ordinamento offra loro ed, in generale ai terzi, una adeguata informazione attraverso gli strumenti di pubblicità e la previsione di una regola di opponibilità.

Pertanto anche se l'attuale stagione normativa è improntata alla specializzazione della responsabilità patrimoniale, non è consentito ai privati creare patrimoni separati con cui limitare la responsabilità per un determinato fascio di obbligazioni.

Spetta al legislatore stabilire quando una destinazione patrimoniale sia anche opponibile ai creditori estranei e costituisca quindi un patrimonio separato.

Il *trust*, in virtù dell'effetto separativo che produce, rientra tra quegli strumenti che realizzano una specializzazione della responsabilità, uno strumento di articolazione del patrimonio in alternativa alla tecnica della soggettivizzazione giuridica, in relazione alla quale è possibile riscontrare una omogeneità funzionale.

Il fondamento normativo in virtù del quale può ammettersi che il *trust* realizzi una separazione opponibile e quindi che non violi l'art. 2740 cc potrebbe oggi ravvisarsi nell'art 2645 ter cc, norma che, a dispetto della sua collocazione topologica, ha una valenza sostanziale e generale in quanto disciplina, la categoria generale dell'atto di destinazione atipico, nella quale può trovare cittadinanza il *trust*.

La trascrizione del vincolo svolge il ruolo di risoluzione di conflitti tra creditori, rendendo opponibile a terzi, creditori e aventi causa del disponente, l'atto di destinazione. Tuttavia, l'atto istitutivo di *trust* sarà trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter cc solo a condizione che vengano rispettati tutti i requisiti di forma e di sostanza minimi richiesti dalla fattispecie, in particolare la meritevolezza dell'interesse, inteso non come mera liceità, ma come particolare rilevanza ed apprezzabilità dello stesso.

Una volta ammesso il *trust* interno e individuata la norma che consenta l'effetto separativo nell'ambito dell'art. 2645 ter cc, si è analizzato lo strumentario a disposizione dei soggetti che possono essere lesi da una tale vicenda negoziale: i creditori del disponente estranei alla destinazione. L'unico rimedio che costoro hanno per la tutela delle proprie ragioni, allorquando un *trust* se pur valido ed efficace pregiudichi la garanzia patrimoniale del loro debitore, è l'azione revocatoria, ordinaria o fallimentare. Il capitolo in questione si apre con l'esame delle condizioni per l'applicazione dell'azione revocatoria alla fattispecie, individuando l'atto da revocare e i soggetti nei cui confronti esperirla, previa ricostruzione della struttura della fattispecie quale negozio unilaterale a struttura complessa.

Il lavoro approda poi all'esame della utilizzabilità del *trust* nella prospettiva dell'impresa, ovvero della sua possibile istituzione da parte di un soggetto giuridico che abbia una particolare caratterizzazione soggettiva, ovvero sia un imprenditore individuale o collettivo.

Il confronto con la disciplina dettata per altre fattispecie destinatorie quali il fondo patrimoniale e i patrimoni destinati per le società per azioni ha condotto alla conclusione che l'imprenditore individuale non potrebbe mai istituire un *trust* cui conferire l'impresa ed esercitare l'attività in regime di separazione patrimoniale. Difatti, la scelta del nostro legislatore, anche all'indomani della XII direttiva europea, è stata quella di vietare l'esercizio dell'impresa individuale in regime di responsabilità patrimoniale limitata.

Tale soluzione può essere realizzata solo ricorrendo ad una duplicazione soggettiva, ovvero allo schermo della società uni personale, che costituisce l'unico strumento che consente di limitare la responsabilità imprenditoriale, nel rispetto delle condizioni e degli oneri pubblicitari imposti dall'ordinamento per la tutela dei terzi.

L'imprenditore individuale, pertanto potrebbe ricorrere al *trust* solo per il perseguimento di finalità personali o familiari, in ogni caso estranee alla attività svolta.

Per quanto riguarda le società la soluzione è la stessa: per le società di persone, non godendo di autonomia patrimoniale perfetta, valgono le stesse considerazioni svolte per l'imprenditore individuale.

Per le società di capitali, si giunge alla conclusione che esse possono ricorrere al *trust* solo per finalità diverse dalla realizzazione di operazioni economiche rientranti nell'oggetto sociale, in quanto il legislatore ha dettato una specifica fattispecie destinatoria cui limitare la responsabilità patrimoniale per lo svolgimento di uno specifico affare attinente all'attività di impresa: i patrimoni destinati ex art. 2447 bis cc.

Ove l'imprenditore istituisca un *trust* e successivamente venga dichiarato fallito, il vincolo di destinazione sui beni resterà insensibile alla procedura concorsuale, nel senso che il compendio dei beni in *trust* non verrà attratto alla massa fallimentare ma continuerà ad essere un patrimonio separato, destinato al perseguimento dello scopo originario. La soluzione è in linea con quanto già previsto dal codice sia nel caso di fondo patrimoniale in base all'art. 46 l.f. che di patrimoni destinati ex art. 155 l.f.

Per ciò che attiene la gestione del patrimonio in *trust* dell'imprenditore poi fallito, è possibile adottare la stessa conclusione in tema di fondo patrimoniale, in virtù

della quale la amministrazione può restare in capo all'imprenditore, individuale o collettivo che sia, stante la estraneità dello scopo alla oggetto all'attività svolta.

In base all'esame della casistica in tema di *trusts* istituiti da un imprenditore, si è riscontrata una particolare diffusione della fattispecie del trust liquidatorio, istituito allo scopo di liquidare alcuni beni per soddisfare con il ricavato i creditori dell'imprenditore - *settlor*.

L'ipotesi in questione viene esaminata e messa a confronto con altre destinazioni alla liquidazione, delle quali condivide la finalità soddisfattoria delle ragioni creditorie, ovvero la cessione dei beni ai creditori ed il fallimento.

Si è osservato che, per quanto il vincolo destinatorio abbia lo stesso scopo, tuttavia, gli effetti rispetto al *trust* liquidatorio sono diversi. A differenza di quest'ultimo, la *cessio bonorum* e l'attivo fallimentare non costituiscono ipotesi di patrimoni separati rispetto alla generalità del patrimonio del disponente - debitore e pertanto non costituiscono eccezioni alla regola di cui all'articolo 2740 cc.

Si è riscontrata una diffusa applicazione del trust liquidatorio per procedere alla liquidazione finale dell'impresa o della società onde evitare la sottoposizione a procedura concorsuale perché in stato di decozione. In particolare, in tali ipotesi accadeva che l'imprenditore ricorresse alla istituzione di un trust liquidatorio conferendovi l'intero patrimoniale aziendale, con lo scopo di liquidare tutti i beni a favore dei creditori, ma successivamente veniva dichiarato fallito.

La giurisprudenza che è intervenuta sul punto ha astrattamente dichiarato lecito il *trust* istituito da una società in liquidazione ed ha ritenuto di operare una distinzione tra le sorti dell'istituto posto in essere nel momento in cui l'impresa disponente è già insolvente al momento dell'istituzione del *trust* liquidatorio e quello istituito quando l'impresa era ancora *in bonis*. Nel primo caso, il trust è stato ritenuto radicalmente nullo *ab origine* in quanto diretto ad eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale. Nel secondo è stato affermato che la fattispecie non è affetta da alcun vizio che ne comporti la nullità, ma nel caso di successiva dichiarazione di fallimento si verificherà una causa sopravvenuta di scioglimento del *trust*, originariamente sotto come valido.

La questione affrontata ha riguardato il problema della opponibilità della liquidazione volontaria a quella fallimentare quando l'impresa si trovi in stato di decozione, ma prima ancora la stessa possibilità di procedere alla liquidazione dei

beni dell'impresa, individuale o collettiva, mediante conferimento di tutti i beni in un *trust*, con evidenti ricadute sulla decorrenza del termine per la dichiarazione di fallimento dalla cancellazione della impresa dal registro delle imprese.

Ad esito, infatti, della modifica dell'articolo 10 l.f. e dell'articolo 2495 c.c., è emerso come la fattispecie del *trust* liquidatorio si innesti ed interferisca in modo problematico con la disciplina in tema di computo del termine annuale di cui all'articolo 10l.f., entro cui dichiarare il fallimento dell'impresa cessata, con la conseguenza che un uso distorto dell'istituto può tradursi in una aggiramento fraudolento della regola posta dalla suddetta norma.

Dopo aver analizzato la giurisprudenza e gli orientamenti dottrinali in tema di cancellazione, estinzione e liquidazione dell'impresa individuale o collettiva, si è giunti alla possibile soluzione in base alla quale nel caso di imprenditore individuale, non essendo la fine dell'attività di impresa disciplinata dal codice civile, egli potrebbe affidare anche ad un terzo-*trustee* la fase disgregativa e liquidatoria dei rapporti passivi. Ove immediatamente dopo il trasferimento del compendio aziendale il trustee procedesse, senza portare a termine la liquidazione affidatagli, alla immediata cancellazione dal registro delle imprese, i creditori insoddisfatti, potrebbero ottenere una riapertura del termine di cui all'articolo 10l.f., offrendo la prova della continuazione dell'attività e quindi della non verità del fatto da cui si è fatto conseguire la cancellazione.

Nel caso di società non è possibile affidare un terzo la liquidazione dei beni aziendali. Difatti, le fasi di scioglimento liquidazione e cancellazione sono procedimentalizzate, secondo una sequenza logico temporale ed i liquidatori sono investiti di compiti e poteri, per l'esercizio dei quali sono responsabili nei confronti dei soci e dei terzi ex artt. 2311-2312cc, nonché 2489-2495cc.

Inoltre, onde impedire cancellazioni fraudolente, la recente giurisprudenza di legittimità, non essendo possibile fornire la prova contraria della continuazione dell'attività, ha affermato per le società di capitali la possibilità di applicare l'art. 2191cc che consentirebbe la cancellazione della società avvenuta in assenza delle condizioni richieste dalla norma. Tali condizioni sarebbero proprio la avvenuta liquidazione ed il deposito del bilancio finale, la cui mancanza non consentirebbe quell'effetto tombale quantomeno per la pronuncia di fallibilità e che

pertanto dovrebbero necessariamente precedere la cancellazione dal registro delle imprese.

Pertanto, se tali sono i limiti alla liquidazione della società tramite l'affidamento ad un *trustee* di tutto il complesso aziendale quando questa era ancora *in bonis*, a maggior ragione non può l'imprenditore, individuale o collettivo, ricorrere al *trust* liquidatorio qualora si trovasse già in stato di insolvenza.

Non può condividersi, infatti, l'assunto di una parte della dottrina in base al quale l'imprenditore può gestire la crisi d'impresa privatamente, stante la natura ormai dispositiva e quindi derogabile della disciplina concorsuale.

La normativa in tema di gestione dell'insolvenza è e rimane, anche in seguito della riforma una normativa inderogabile, atteso che disciplina la disfunzione della garanzia patrimoniale di un particolare soggetto giuridico: l'imprenditore.

Il problema della disfunzione della garanzia patrimoniale dell'impresa è dunque avvertito come problema collettivo, in quanto la crisi di impresa consiste nella disfunzione non solo del patrimonio ma della stessa organizzazione produttiva. La normativa in tema di insolvenza impone regole volte a realizzare la soddisfazione collettiva dei creditori e nel contempo la conservazione unitaria dei beni aziendali al fine di mantenere, e finanche di valorizzarla, la loro produttività.

Ciò non consente, anche alla luce dell'importante ruolo che all'autonomia privata il legislatore della riforma ha riservato, che i privati possano ricorrere a strumenti negoziali diversi da quelli previsti e soprattutto avulsi da qualsiasi controllo pubblicistico.

Inoltre, la riforma della disciplina concorsuale valorizza il ruolo dei creditori, i quali sono chiamati a partecipare alla scelta dello strumento più idoneo per il risanamento delle imprese in crisi e di conseguenza per il soddisfacimento delle loro ragioni. Stante, dunque, la particolare struttura del *trust*, non può dunque non escludersi la validità di un *trust* per gestire una crisi di impresa ed operare una liquidazione alternativa o concorrente a quella fallimentare, anche sulla base della considerazione che i creditori non possono subire la definizione della crisi senza dare il loro consenso alle scelte del debitore.

Pertanto non potendo il *trust* essere utilizzato per evitare l'applicazione delle procedure concorsuali, il lavoro è proseguito nella individuazione delle possibili

applicazioni dell'istituto nell'ambito ed in conformità alle soluzioni negoziate della crisi di impresa, allo scopo agevolare l'esecuzione ed il risanamento della impresa.

La conclusione cui si giunge è che l'applicazione del *trust* è inversamente proporzionale alla giurisdizionalizzazione delle procedure: tanto più lo strumento scelto dall'imprenditore in crisi presenta profili pubblicistici tanto più ci saranno spazi applicativi per la fattispecie in questione. Maggiore è la procedimentalizzazione degli accordi di salvataggio tanto più sono le deviazioni dalle regole sui contratti e obbligazioni e maggiori sono i vantaggi - incentivi per il debitore in crisi.

Il ricorso al *trust* potrà ipotizzarsi solo nella gli accordi di ristrutturazione e nel concordato preventivo, fattispecie nelle quali è previsto un controllo giudiziale: la gestione della crisi, infatti, non può essere avulso da esso: anche ad esito della riforma esso svolge un ruolo diverso ma indefettibile nell'ambito delle soluzioni negoziate.

Il ruolo del giudice è cambiato, ma non è scomparso e, data la dimensione collettiva della crisi di impresa, la disciplina dell'insolvenza commerciale ha carattere imperativo e non dispositivo.

Pertanto nell'ambito degli accordi stragiudiziali, non sottoposti ad un regime pubblicitario e privi di ogni intervento statale, non sarà ipotizzabile un utilizzo del *trust*, mentre esso sarà possibile nell'ambito degli accordi di ristrutturazione e del concordato preventivo, soprattutto per consentire l'etero destinazione di beni da parte di terzi a garanzia dell'esecuzione dell'accordo o del concordato, fruendo dell'effetto protettivo che consegue dalla separazione patrimoniale. Il buon esito della esecuzione dell'accordo e del concordato deriverebbe dalla garanzia offerta dai beni di terzi, portatori di un interesse al salvataggio dell'impresa, per il pagamento di una percentuale del credito.

Allo stesso modo i beni di terzi conferiti in *trust* potrebbero costituire la garanzia per il rimborso e quindi l'incentivo per i nuovi finanziatori, ancor più della prededucibilità in caso di successivo fallimento.

Alla luce delle ultime novità in tema di proposta di concordato in bianco ex art. 161 VI co l.f. e di proposta di accordo ex art. 182 bis VIII co. l.f. si è ossevato poi che l'utilizzo di un *trust* per anticipare ancora di più l'effetto protettivo al momento in cui il debitore avvia le trattative con i propri creditori sarebbe inammissibile,

perché non meritevole di tutela. Un *trust* puramente protettivo del patrimonio del disponente in crisi sarebbe nullo, perché consentirebbe ad una soluzione unilaterale e stragiudiziale di conseguire gli stessi effetti di quelle previste dalla norma ed inserite in un procedimento giudiziario.

Diversamente, il *trust* rilevarebbe sia nell'ambito degli accordi di ristrutturazione che del concordato strumento per operare la liquidazione dei beni a favore dei creditori. Tuttavia, si è precisato nel testo, che, ove il contenuto del concordato preventivo sia esclusivamente liquidatorio ex art. 182 l.f., in virtù di tale norma si ritiene di non poter condividere l'assunto in base alla quale l'esecuzione del piano che preveda solo la *cessio bonorum* come strumento per il pagamento dei creditori possa realizzarsi per il tramite del conferimento dei beni ad un *trustee*.

Difatti l'attività di liquidazione contemplata dalla norma su citata è completamente procedimentalizzata, il ruolo e la attività del liquidatore hanno rilevanza pubblicistica, che, in quanto tali non sono nella disponibilità dei privati, per cui la liquidazione di cui all'articolo 182 l.f. non può essere realizzata mediante *trust*.

Diversamente, nel caso in cui il piano concordatario preveda accanto ad un'attività liquidatoria un'attività conservativa dei valori aziendali e rientri in tal modo nella previsione di cui all'articolo 186 bis l.f., la liquidazione di beni non funzionali alla continuità aziendale potrà invece realizzarsi mediante l'affidamento dei beni ad un *trustee*, non avendo previsto il legislatore specifiche disposizioni sulle modalità della monetizzazione o sui requisiti soggettivi dei liquidatori.

In ordine poi alla continuazione dell'esercizio dell'impresa, l'articolo 186 bis l.f. prevede che la stessa possa continuare con il conferimento dell'azienda in una società anche di nuova istituzione. Relativamente a tale possibilità è stato prospettato che sarebbe più vantaggioso il conferimento dell'azienda in un *trust* anziché in una *new-co*, affidando al primo la compagine aziendale per la realizzazione del progetto industriale. La differenza starebbe nel fatto che nel caso della partecipazione ad una società i creditori diverrebbero titolari di capitale di rischio, mentre nel caso di affidamento in *trust* i creditori beneficiari avrebbero solo ed esclusivamente il diritto ad ottenere il pagamento, senza accollarsi oneri gestionali o amministrativi e senza sopportare il rischio dell'attività di impresa.

Il *trust* troverebbe poi un ulteriore campo elettivo, ma questa volta per espressa previsione normativa, nell'ambito della procedura per il superamento della

situazione di sovra indebitamento di cui all'art. 7 l. 3/12, che prevede la possibilità per il debitore di affidare ad un gestore la liquidazione, conservazione e distribuzione del ricavato con l'espressa previsione della trascrizione del decreto che omologa l'accordo di composizione della crisi o il piano del consumatore. Proprio la disciplina di cui alla legge numero 3/2011 offrirebbe una conferma del ragionamento svolto sulla impossibilità di utilizzare il *trust* per ridurre l'esposizione debitoria in maniera avulsa da una procedura tipica e svincolata dal procedimento giurisdizionale.

La previsione dell'affidamento ad un gestore di un compendio di beni è contenuta in un accordo o in un piano sottoposti al vaglio del giudice ed ad un regime di pubblicità dichiarativa, sia per il debitore non fallibile che per il debitore civile. Tali conclusioni non potrebbero non valere anche per l'imprenditore fallibile, attesa la rilevanza economica e quindi collettiva del fenomeno dell'insolvenza.

Il lavoro condotto fino a qui non poteva poi non proseguire che sotto il profilo propriamente fallimentare, analizzando le applicazioni pratiche dell'istituto *de quo*.

Si è osservato che a seguito della riforma, il depotenziamento degli organi giurisdizionali della procedura fallimentare, a fronte della valorizzazione dei poteri del curatore fallimentare e del comitato dei creditori, si è risolta nella previsione di strumenti molto più flessibili ed efficienti.

In tale contesto normativo, si è ritenuto ed utilizzato l'istituto del *trust* quale strumento idoneo, da un lato, ad assicurare alla massa creditoria il recupero di crediti fiscali, sorti in corso di procedura e non ancora esigibili, dei crediti commerciali di difficile realizzo, nonché dei crediti futuri e, dall'altro, a consentire la chiusura anticipata del procedimento,

Il vantaggio è stato riscontrato nel fatto che esso consente di passare, senza soluzione di continuità, dalla separazione patrimoniale propria del fallimento alla segregazione tipica del *trust*, assicurando così la persistenza del vincolo di destinazione del patrimonio appreso all'attivo della procedura, al riparo da iniziative individuali di singoli creditori e dello stesso debitore.

Soluzione che tuttavia pare, di certo, particolarmente vantaggiosa per i creditori concorrenti, ma si ritiene non condivisibile perchè si scontra con una serie di principi inderogabili in tema di fallimento.

L'ammissibilità di un *trust* liquidatorio che trasferisca ad un soggetto diverso dal curatore e in una sede esterna al fallimento la realizzazione di quella parte dell'attivo costituita da crediti si è fondata sul presunto ed erroneo superamento del principio della inderogabilità delle norme relative alla liquidazione concorsuale, alla luce dei novellati artt. 104 ter III co. l.f. 105, 106, 107 l.f..

In particolare, si è opinato nel senso che proprio la codificazione in generale della cessione dei crediti ai sensi dell'art 106 l.f. avrebbe reso legittima la cessione dei crediti anche ad un *trustee*, da intendere come una delle modalità liquidative più efficienti ed allo stesso tempo di più rapida attuazione.

Tuttavia, da un esame sistematico della normativa fallimentare e dopo aver messo a confronto la cessione dei crediti futuri, il mandato ad incassare e la cessione in pagamento dei crediti fiscali si è concluso nel senso della incompatibilità di un *trust* liquidatorio istituito per agevolare la chiusura del fallimento.

In base ad una lettura sistematica delle norme in tema di liquidazione e di riparto dell'attivo, nonché di chiusura del fallimento, emerge il corollario in base al quale la liquidazione dell'attivo non può essere delegata ad un altro soggetto e soprattutto questa non potrebbe svolgersi al di fuori delle procedura.

Il richiamo all'art. 117 l.f. risulta inconferente, giacché, la previsione del riparto supplementare presuppone non solo che la liquidazione dei beni sia già avvenuta, ma che anche le attribuzioni ai creditori siano già avvenute. Si tratta di somme già realizzate ed acquisite al fallimento, che non possono giustificare anche una liquidazione supplementare, ma solo un correttivo al precedente piano di riparto.

La normativa fallimentare, difatti, mantiene la sua connotazione pubblicistica, finalizzata alla tutela dell'ordine pubblico economico. Ad essere privatizzati sono solo gli strumenti e non le finalità della procedura, che pertanto sono indisponibili.

Diversamente, si contrasterebbe anche con i principi di cui agli artt. 118, 120 e 122 l.f. in ordine alle condizioni per cui può dichiararsi la chiusura del fallimento, alla tassatività delle ipotesi di ultrattività degli organi fallimentari e delle ipotesi di riapertura del fallimento.

In particolare un *trust* liquidatorio post fallimentare violerebbe la regola che prevede il concorso in caso di riapertura della procedura dei vecchi e nuovi creditori. Il debitore riacquistando la piena disponibilità dei suoi beni, può amministrarli, gestirli e disporne in piena libertà, favorendo l'uno o piuttosto l'altro

creditore. A loro volta i creditori sono liberi di intraprendere individualmente azioni cautelari o esecutive per realizzare le proprie ragioni sul patrimonio dell'ex fallito.

Opinando in tal senso, con una siffatta tipologia di trust, sarebbero lesi i creditori non ammessi al passivo, quelli extra e post concorsuali, i quali vedrebbero sottratti i beni su cui potersi soddisfare, in quanto facenti parte della garanzia patrimoniale generica di cui all'art 2740 cc del debitore. Un siffatto trust sarebbe invalido perché l'interesse perseguito non risulta meritevole di tutela e non può giustificare il sacrificio dei creditori diversi da quelli ammessi al passivo una volta chiuso il fallimento.

Se risulta incompatibile con l'esecuzione collettiva il *trust* liquidatorio dopo la chiusura del fallimento, diversamente può dirsi riguardo l'istituzione di un *trust* che sia strumentale alla migliore realizzazione dell'attivo all'interno della procedura e non all'esterno di essa. Così come affermato in riferimento all'impiego del *trust* nelle soluzioni negoziali della crisi di impresa, anche per il fallimento, l'utilizzo di tale strumento non può non aversi che nel corso della procedura, sotto il controllo pubblicistico dell'autorità ed all'interno del programma di liquidazione.

Dall'esame delle norme in tema di realizzazione e valorizzazione dell'attivo, in base al combinato disposto degli artt. 104 ter e 105 VIII co. e 106 l.f., il curatore potrebbe prevedere nel programma di liquidazione il conferimento dell'azienda, di rami di essa, beni, nonché di crediti, azioni, partecipazioni e azioni pendenti, in una società già esistente o di nuova costituzione. Si è proposta allora l'utilizzazione del trust come passaggio intermedio per il conferimento dei beni acquisiti all'attivo nel veicolo societario, al fine di rendere più agevole ed efficiente la gestione delle quote sociali sia da parte del curatore che da parte dei creditori trasformati in soci. E' stata prospettata, dunque, la soluzione in base alla quale il curatore potrebbe prevedere di attribuire i beni ad un *trustee*, disponendo che questi a sua volta conferisca la massa patrimoniale del *trust* in una società, ne gestisca ed amministri la quota di partecipazione allo scopo di soddisfare i creditori concorrenti.

Altrimenti il curatore potrebbe essere autorizzato a conferire ad una società, anche *newco*, i beni aziendali a titolo di *trustee*, con la previsione dell'obbligo di amministrarli e valorizzarli nell'interesse dei creditori ammessi al passivo. In tal

modo l'effetto segregativo eviterebbe la confusione tra i due patrimoni della società, e garantirebbe i creditori sulla consistenza di una massa destinata alle loro pretese. Ad esito del percorso intrapreso, lo studio degli effetti e delle potenzialità applicative del trust si è tradotto nella definizione dei confini oltre i quali non può spingersi l'autonomia privata in settori nei quali l'impronta pubblicistica, per garantire la efficienza e la competitività del sistema, ha mutato solo la qualità della sua presenza.

BIBLIOGRAFIA

- Abete L., *L'inefficacia degli atti a titolo gratuito*, *Dir e giur.*, 1997, p. 3829.
- Abriani N., *Il sistema delle procedure concorsuali- Soluzioni negoziate e prevenzioni della crisi*, in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2013, p. 83
- Alcaro F., *Mandato e fiducia*, in AA.VV., *Mandato, fiducia e trust: esperienze a confronto*, a cura di F. Alcaro- R. Tommasini, Milano 2003, p II
- Alcaro F., *Opponibilità dei rapporti obbligatori*, relazione tenuta all' VIII Convegno Nazionale del Sisdic, sul tema "Pubblicità degli atti e delle attività", svoltosi a Napoli il 03-04-05 aprile 2013
- Ambrosini S., *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, consultabile sul sito www.ilcaso.it, doc. 4 agosto 2013
- Ambrosini S., *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, consultabile su www.ilcaso.it, doc. n. 306/2012
- Ambrosini S., *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, consultabile sul sito www.ilcaso.it doc. n. 306/2012
- Ambrosini S., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 949
- Ambrosini S., *Il piano di concordato e l'eventuale suddivisione dei creditori in classi*, in S. Ambrosini -P.G. De Marchi -M.Vitiello, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, p. 30.
- Andreoli E., *Il Trust nella prassi bancaria e finanziaria*, Padova, 1998
- Andrioli V., voce: *Fallimento*, in *Enc. Dir.*, XVI, Varese, 1967, p. 398
- Apice U., *Trust strumento di esemplificazione della procedura concorsuale*, in *Diritto e Pratica del Fallimento*, 2006, p. 3
- Arato M., *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività d'impresa*, in AAVV, *Crisi d'impresa: casi e materiali*, a cura di F. Bonelli, Milano, 2011, p. 157
- Atzori M., *Riflessioni finali sui trust liquidatori*, in AA.VV., *Moderni sviluppi dei trust*, Atti del V Congresso Nazionale dell'associazione il Trust in Italia, Quaderini di trust, Milano 2011, p. 594
- Aubry C.- Rau C., *Cours de droit civil francais, d'apres, l'ouvrage de M.C.S. Zachariae*, Paris, 1856-1858, vol. III

- Auletta T., *Il fondo patrimoniale*, in AA.VV., *Il regime patrimoniale della famiglia* a cura di G. Bonolino- G. Cattaneo, Torino, 1997, p. 349
- Baldassarre G., *La cancellazione dal registro delle imprese e le società di persone: un nuovo indirizzo giurisprudenziale* in *Notariato*, 2009, p. 268
- Baralis G., *Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter cc*, in AA.VV., *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Quaderni della Fondazione del Notariato, 2007, p.145
- Barbiera L., *Responsabilità patrimoniale*, in *Il codice civile. Commentario dir.* da P. Schlesinger, Milano, 1991
- Bartoli S., *Il trust auto dichiarato nella Convenzione de l'Aja sui trusts*, in AA.VV., *I trusts interni e le loro clausole*, a cura di E. Q. Bassi - F. Tassinari, Milano, 2007, p. 71.
- Bartoli S., *Il trust*, Milano, 2001
- Bartoli S., *La chiusura anticipata a mezzo trust delle procedure fallimentari titolari di credito d'imposta*, in *T & AF*, 2004, p. 542
- Basso P., *Trust liquidatorio e fallimento del disponente: una possibile forma di collaborazione*, in AA.VV., *Moderni sviluppi dei trust*, Atti del V Congresso Nazionale dell'associazione il Trust in Italia, Quaderni di trust, Milano 2011, p. 297
- Bekker E.I., *System des heutigen Pandektenrechts*, vol.I, Weimar, 1886,
- Bekker E.I., *Zur Lehre vom Rechtssubjekt: Genuß und Verfügung; Zwecksatzung, Zweckvermögen und juristische Person*, in *Jh. Jb.*, 12, 1873
- Benedetti G., *Dal Contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969
- Bernardi P., *Il trust nel diritto internazionale privato*, Pavia 1957
- Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. Vassalli, Torino, 1950, p. 48
- Bianca C. M., *Conclusioni*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p.196
- Bianca C. M., *Diritto civile VI. La proprietà*, Milano, 1999
- Bianca C. M., *Diritto civile. II. La famiglia- le successioni*, Milano, 2001
- Bianca C. M., *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 2000
- Bianca C. M., *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 1994
- Bianca C.M., *Diritto Civile -IV - L'obbligazione*, Milano, 1993

- Bianca M. - D'Errico M.- De Donato A.- Priore C., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter cc*, Milano, 2006
- Bianca M., *La categoria dell'atto negoziale di destinazione: vecchie e nuove prospettive*, in AA.VV., *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, Milano 2007, p. 177
- Bianca M., *Il nuovo art. 2645 ter. Notazioni a margine di un provvedimento del Giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 190
- Bianca M., *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. Not.*, 2009, p. 557
- Bianca M., *Alcune riflessioni su concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. Dir. civ.*, 2011, p. 789
- Bianca M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. Dir. civ.*, 2007, p.200
- Bianca M., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv.Not.*, 2006, p.1175
- Bianca M., *La fiducia attributiva*, Torino, 2001
- Bianca M., *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano 2007, p. 33
- Bianca M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996
- Bianca M., voce: *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Enc. Gur.*, vol. XV, Roma, 2007, p. 204
- Bigiavi V., *Cessione di contributi statali per la ricostruzione e revocatoria fallimentare dei pagamenti*, in *BBTC*, 1958, p. 287
- Bigliazzi - Geri L., voce: *Patrimonio autonomo e patrimonio separato*, in *En. dir.* vol. XXXII, Milano, 1982, pag. 292
- Birks P., *Laundrying and Tracing*, Oxford, 1995
- Bocchini F., *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977
- Boggiali D.- Ruotolo A., *Efficacia estintiva della cancellazione delle società di capitali e di persone dal registro delle imprese*, in *Riv. Not.*, 2010, p. 1395
- Boggio L., *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*. Milano, 2007
- Bonelli G., *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, Vol. VI e vol. VII, 1889, p.1
- Bonelli G., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, p.593

Bonfatti S., *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*. “ *Gli accordi di ristrutturazione*”, consultabile sul sito www.ilcaso.it, doc. n. 251/2011

Bonsignori A., *Aspetti sostanziali del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto civile* diretto da P. Rescigno, IV, Torino, 1983, p. 471

Bonsignori A., *Del concordato preventivo, (art, 160-186)*, in *Commentario codice civile. Legge fallimentare* A. Scialoja-G. Branca,, Roma, 1979, p. 192.

Bonsignori A., *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in AA.VV., *Le procedure concorsuali. Le Procedure minori*. Trattato dir. da G. Ragusa Maggiore- C. Costa, Torino, 1996, p.87

Bonsignori A., *Il concordato preventivo*, in *Commentario Codice civile. Legge fallimentare* a cura di A. Scialoja- G. Branca, Bologna, 1979, p. 444

Bonsignori A., *La liquidazione dell'attivo ed il riparto*, in *Le Procedure Concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da G. Ragusa- Maggiore- C. Costa, III, Torino, 1997, p.562

Bonsignori A., *Liquidazione dell'attivo*, in *Comm. codice civile. Legge fallimentare* A. Scialoja- G. Branca, Bologna, 2000, sub art. 104-117, 1977, p. 108

Breccia U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica- P. Zatti, Milano, 1991, p. 787

Brinz A., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol., I, 2° ed. modificata, Erlangen, 1873e vol. III, p. II, 2° ed. modificata, Erlangen, 1888

Broggini G., *Il trust nel diritto internazionale privato*, in *Jus*, 1997, p.11

Broggini G., *Il Trust nel diritto internazionale privato italiano*, in AA.VV., *Il trust in Italia oggi*, a cura di I.Beneventi, Milano 1996, pag.11

Broggini G., *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, pag. 410

Bruno M., *Comm. all'art. 182 bis l.f.*, in AAVV, *La nuova legge fallimentare annotata e commentata*, a cura di G. Terranova- F. Ferrara jr- G. Giannelli, Napoli, 2006, p. 347.

Buonocore V., *Fallimento e impresa*, Napoli, 1969

Buonocore V., *L'impresa*, in, *Trattato di diritto commerciale*, dir. da V. Buonocore, Torino, 2002

- Busani A. - Fanara C.- Mannella O., *Trust e crisi di impresa*, Milano, 2013
- Busato A., *La figura del trust negli ordinamenti di Common Law*, in *Riv. Dir. civ.*, 1992, p.324
- Bussani M., *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 189
- Cabras G., *Cartolarizzazione di crediti e procedure concorsuali*, in AA.VV. *L'impresa in crisi tra liquidazione e conservazione*, a cura di U. Apice, Bancaria editrice, Roma 2002, p.75
- Cabras G., *Trust e crisi di impresa*, consultabile su www.dircomm.it, 2005, n.10.
- Caiafa A., *Il patrimonio destinato: profili lavoristici e fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 692.
- Caiafa A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006
- Calavaglio A., *La chiusura del fallimento*, in *Le Procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da G. Ragusa- Maggiore- C. Costa, III, Torino, 1997, p. 596
- Calvo R., *La tutela dei beneficiari nel trust interno*, in *Riv. Trim., dir. proc. Civ.* 1998, p. 54
- Calvosa L., *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano, 2003
- Campobasso G., *Diritto Commerciale. Diritto dell'impresa*, Torino, 2000
- Campobasso G., *Manuale di diritto commerciale*, Milano 2009
- Candian A., *Sulla Cessione dei beni ai creditori*, in *Dir. fall.*, 1943, I, p.16
- Caprioli A., *Assunzione del concordato preventivo da parte di società controllante, costituzione di trust e tutela dei creditori personali dell'assuntore*, in *BBTC*, 2010, p. 103
- Carbone S.M., *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja*, in *Trust & AF*, 2000, p. 777.
- Cariota Ferrara L., *Effetti del fallimento sulle situazioni apparenti e fiduciarie*, in *Dir. Fall.*, 1972, I, p. 340
- Cariota Ferrara L., *I negozi fiduciari*, Padova, 1933
- Cariota Ferrara L., *In tema di cessio pro solvendo*, in *Scritti Minori*, Napoli, 1986, p. 643
- Carnevali U., *Intestazione fiduciaria*, in *Diz. Dir. priv.*, a cura di N. Irti, 1, *Diritto civile*, Milano, 1980, p. 453
- Carnevali U., voce: *Negozi giuridico: III) Negozio fiduciario*, in *Enc. Gur.*, XX, Roma, 1990

- Carresi F., *Cessione dei beni ai creditori*, in *Riv.dir. comm.*, 1947, I, p. 147
- Castana A., *La cessione di beni ai creditori nelle diverse fattispecie*, Milano, 1957
- Castronovo C., *Il Trust e "sostiene Lupoi"*, in *Eur. Dir. pr.*, 1998, p.441
- Castronovo C., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vit. Not.*, 1998, pag. 279
- Catarci A., *Trust autodichiarato e tutela dei creditori*, in *Giur. Mer.*, 2008, p.717
- Cavallini C., *Commentario alla legge fallimentare, Artt. 63- 123, Vol II, Milano 2010*, p. 989
- Cavallini C., *L'impresa, la crisi, il giudice*, in *Riv. Soc.*, 2012, p. 758
- Cavallini C., *Trust e procedure concorsuali*, in *Riv. Soc*, 2011, p. 1093
- Cenni M. L., *Trust e fondo patrimoniale*, in *T&AF*, 2001, p. 523.
- Censoni P. F., *I diritti di prelazione nel concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2009, p. 42
- Censoni P.F, *Chiusura del fallimento e attività residue degli organi fallimentari: la sorte postfallimentare dei crediti di imposta*, in *Il Fallimento*, 2004, p. 1297
- Censoni P.F., *Commento all'art. 168 l.f.*, in *AAVV, Il nuovo diritto fallimentare. Commentario dir.*, da A. Jorio, Bologna, 2007, p. 2421.
- Chianale A., *Tassatività/tipicità delle trascrizioni e tendenza espansiva del sistema pubblicitario*, Relazione tenuta al VIII Convegno Nazionale Sisdic, avente ad oggetto *Pubblicità degli atti e delle attività*, tenutosi a Napoli, il 03-05 aprile 2013
- Chionna V.V., *La conversione di crediti in partecipazione*, relazione tenuta alla IV edizione della Summer School svoltasi a Pugnochiuso 18-23 luglio 2011 organizzata dall'Università degli studi di Foggia-Dipartimento delle scienze giuridiche
- Cian G. - Casarotto G., voce: *Fondo Patrimoniale della famiglia*, in *Nov. Dig. It. App.*, vol. III, Torino, 1982, p. 825
- Comporti C., *Commento all'art. 155 l.f.*, in *AA.VV., La riforma della legge fallimentare,II*, a cura di A. Nigro- M. Sandulli, Torino, 2006, p. 959
- Comporti C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *AA.VV., La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli- V. Santoro, II, Torino, 2003, p.957
- Comporti M., *Autonomia privata e diritti sui beni*, in *AA.VV., Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di A. Belvedere- C. Granelli, Padova, 2001 p.69
- Comporti M., *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977
- Contaldi G., *Il Trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001

- Corsi F., *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1984
- Cosentino L., *Il trust di Jersey nel concordato preventivo*, consultabile sul sito www.ilcaso.it, doc. del 23 giugno 2013
- Costantino G., *La gestione della crisi di impresa tra contratto e processo*, in AAVV, *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, a cura di F. Macario - F. Di Marzio, Milano, 2010, p. 224
- Costanza M., *Numerus Clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, I, Milano, 1980, p. 421
- Cottino G. - Bonfante G., *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, dir. da G. Cottino, Padova, 2001
- Criscuoli G., *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Milano, 1994.
- Cuneo L., *Le procedure concorsuali*, Milano, 1988
- D'Arrigo C., *L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, in AA.VV., *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Di Marzio, Padova, 2010, p. 466
- D'Errico M., *La trascrizione del vincolo di destinazione nell' art. 2645 ter cc. Prime Riflessioni*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 121
- D'Errico M., *La trascrizione del vincolo di destinazione nell'art. 2645 ter cc.: prime riflessioni*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p.121
- D'Alessandro F., *La revoca dei pagamenti nel fallimento*, Milano, 1972
- D'Arrigo C., *L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, in AA.VV., *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Di Marzio, Padova, 2010, p. 452
- David C R.- Jaufret Spinosi C-, *I grandi sistemi giuridici comparati*, Padova, 1994
- De Donato A. - De Donato V. - Priore A., *Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999, p. 146

De Donato A., *Elementi dell'atto di destinazione*, in AAVV, *Atti notarili di destinazione di beni: Art. 2645 ter cc. Atti del convegno di Milano del 19 giugno 2006*, consultabile in www.scuoladelnotariatodellalombardia.org

De Ferra G.- Guglielmucci L., *Effetti del fallimento per il fallito artt. 42-50*, in Comm. Legge fallimentare A. Scialoja- G. Branca, a cura di F. Bricola- F. Calgano- G. Santini, Bologna, 1986, p. 80

De Martini A., *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956

De Martini A., *Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallito e rispetto ai creditori*, in *Riv. Dir. pr.*, 1946, II, p. 95

De Nova G., *Esegesi dell'art. 2645 ter cc*, in AAVV, *Atti notarili di destinazione di beni: Art. 2645 ter cc. Atti del convegno di Milano del 19 giugno 2006*, consultabile in www.scuoladelnotariatodellalombardia.org

De Nova G., *Trust, negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *T&AF*, 2000, p. 166

De Wulf C., *Trust and corresponding Institutions in the Civil Law*, Bruxelles, 1965

Demarchi P. G., “ *Il trust post fallimentare*” e l'apparente chiusura del fallimento, in *Giur. comm.*, 2008, p. 741

Di Ciommo F., *Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 632

Di Ciommo F., *Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1470

Di Ciommo F., *Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno*, in *T & AF*, 2003, p. 182

Di Majò A., *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 111

Di Marzio F., *Dal Ceppo della vergogna alle soluzioni negoziate della crisi di impresa. Nota apologetica del nuovo diritto fallimentare*, consultabile su www.ilcaso.it, doc. n. 284/12

Di Sabato F., *Strumenti di partecipazione a specifici affari con patrimoni separati e obbligazioni sottoscritte dagli investitori finanziari*, in *BBTC*, II, 2004, p. 15

Di Sabato F., *Sui patrimoni dedicati nella riforma societaria*, in *Società* 2002, p. 665

Di Sabato F., *Sui patrimoni destinati*, in AA.VV., *Profili patrimoniali e finanziari della riforma*- Atti del convegno di Cassino 9 ottobre 2003, a cura di C. Montagnani, Milano, 2004, p. 52

Dimundo A., “ *Trust interno*”, istituito da società insolvente in alternativa alla liquidazione fallimentare, in *Il Fallimento*- Gli speciali 2010

Dimundo A., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: “ la meno incerta” via italiana alla reorganization*, in *FI*, 2006, p. 703

Dimundo A., *sub artt 2484-2496*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, IX, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003

Dolmetta A.A., voce: *Cessione dei crediti*, in *Nov. Dig.it. disc. Priv.*, sez. civ., Vol. II, Torino, 1988, p.291

Donadio G., *I patrimoni separati*, in *Annali della facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Bari*, 1943

Doria G., *Il patrimonio finalizzato*, in *Riv.dir. civ.*, 2007, p. 490.

Doria G., *Vincoli di destinazione e patrimonio del soggetto*, in AAVV, *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, a cura di G. Doria, Torino, 2010, p. 2.

Esposito C., *Il piano del concordato preventivo tra autonomia privata e limiti legali*, in AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2008, p. 543

Fabiani M., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l’incerta via italiana alla “reorganization”*, in *FI*, 2006, p. 263

Fabiani M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011

Fabiani M., La “*passerella reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*”, consultabile sul sito www.ilcaso.it, doc. n. 335/2012

Fabiani M., *La domanda “ prenotativa” di concordato preventivo*, in *FI*, 2012, I, p. 3184

Fabiani M., *La Gestione del sovra indebitamento del debitore non fallibile (D.L. 212/2011)*, consultabile sul sito www.ilcaso.it, doc. n. 278/2012.

Fabiani M., *La questione di fattibilità del concordato preventivo e la lettura delle SSUU*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 166

Fabiani M., *La revocatoria fallimentare nelle prospettive di riforma*, in *FI*, 2001., V, p. 252

Fabiani M., *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi di impresa*, in *Corr. Giur.*, 2012, p. 1265

Fabiani M., *Revocatoria fallimentare: attualità dell'istituto e degli aspetti processuali*, in *Il Fallimento*, 1996, pag. 108

Fabiani M., *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, consultabile sul sito www.ilcaso.it, doc. 303/2012

Falzea A., *Introduzione e considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Destinazione dei beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, a cura di Bernardino Libonati e Paolo Ferro-Luzzi, Milano, 2003, p. 23

Falzea A., *Riflessioni preliminari*, in AA.VV., *La Trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007

Fanticini G., *Il trust liquidatorio e il conflitto con il fallimento: confronto sui pro e contro*, Relazione tenuta al V congresso Nazionale dell'associazione il-Trust-in.Italia, tenutosi a Sestri Levante il 12-14 maggio 2011, modulo di diritto fallimentare consultabile sul sito www.iltrustinitalia.it

Fanticini G., *L'articolo 2645 ter del codice civile: "trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altre due persone fisiche"*, in AA. VV., *La protezione dei patrimoni*, a cura di M. Montefameglio, Ravenna, 2006, p.327

Faucegna G., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Fallimento*, 2003, p. 809

Faucegna G., *La funzione del trust nelle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2004, p. 101

Ferrara F.- Borgioli A., *Il Fallimento*, Milano, 1995

Ferrara F. jr- Corsi F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1999

Ferrara F. Jr, *Il fallimento*, Milano, 1959

Ferrara F. Sr, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir.civ.*, 1910, p.785

Ferrara F., *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921

Ferri C., *Liquidazione mediante conferimento in società dell'azienda, di rami di essa ovvero di beni o crediti*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 59

Ferri G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966

Ferri G.B., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. Dir.comm.*, 1971, II, p. 81

Ferri G.jr, *Garanzia patrimoniale e disciplina dell'impresa in crisi*, in AAVV, *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, II ed. 2013, p. 56.

- Ferro A., *Art. 182 bis la nuova ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei-Alberti, Padova, 2005, p. 56
- Ferro Luzzi P., *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. Società*, 2002, p.121
- Ferro Luzzi P., *La disciplina dei patrimoni societari*, in *Riv. Soc.*, 2005, p. 126
- Ferro M., *La legge fallimentare*, Padova, 2007
- Ferro-Luzzi P., *I contratti associativi*, Milano, 1971
- Filocamo S., *Trust*, in AA.VV., *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, Padova, 2010, III, p.1126
- Fimmanò F. - Angiolini F., *Cancellazione, Estinzione e cancellazione della cancellazione: quando la società di capitali può “risorgere” e fallire*, consultabile su www.ilcaso.it, doc. n. 280/2012
- Fimmanò F., *Commento agli artt. 155-156 l.f.*, in AAVV, *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2007, p. 2229
- Fimmanò F., *Commento all'art. 67 bis*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, I, Bologna 2006, p. 1039
- Fimmanò F., *Estinzione fraudolenta della società e ricorso di fallimento “sintomatico” del pubblico ministero*, pubblicato su www.ilcaso.it, doc.n. 9/13.
- Fimmanò F., *Il concordato stragiudiziale*, in *Giur. Comm.*, 2008, p. 992
- Fimmanò F., *Il trust a garanzia del concordato preventivo*, in *BBTC*, 2010, p. 76
- Fimmano F., *L' Allocazione efficiente dell'impresa in crisi, mediante la conversione di crediti in azioni*, in *Riv. Soc.*, 2010, p. 150
- Fimmanò F., *L'insensibilità delle destinazioni patrimoniali al fallimento*, consultabile su www.ilcaso.it doc.n.205/2010.
- Fimmanò F., *La liquidazione delle cellule destinate alla luce della riforma del diritto fallimentare*, in *Società*, 2006, p.157
- Fimmanò F., *La vendita fallimentare dell'azienda*, in *Contr.impr.*, 2007, p. 537
- Fimmanò F., *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nelle società per azioni*, Milano, 2008
- Fimmanò F., *Profili del trust e procedure concorsuali*, in *Il Fallimento- Gli Speciali*, 2010, p. 33
- Fimmanò F., *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. Not.*, 2011, p. 511

- Finocchiaro M., *Diritto di Famiglia, Commento sistematico alla legge 19 maggio 1975, n. 151, I, art. 1-89*, Milano, 1984, p. 848.
- Franceschelli R., *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935
- Frascaroli Santi E., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2009
- Fletcher W., *Trusts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol.VI, chapter 11, 1973, p. 3
- Frignani A., *Trust e cartolarizzazione*, in *T & AF*, 2000, pag.19
- Funaioli C., *Deposito- Sequestro convenzionale- Cessione di beni ai creditori*, Milano, 1961
- Fusaro A., *Patto di non alienare*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Torino, 1995, p. 310
- G. Vettori, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-ter*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, cit., p. 176
- Gabrielli G., *Funzioni della pubblicità ed interessi tutelati*, Relazione tenuta al VIII Convegno Nazionale Sisdic, avente ad oggetto *Pubblicità degli atti e delle attività*, tenutosi a Napoli, il 03-05 aprile 2013
- Gabrielli G., *La pubblicità legale nel sistema del codice civile*, in *Riv., dir., civ.*, 1992, I, p.447
- Gabrielli G., *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv.dir.civ.*, 1988, I, p. 434
- Gabrielli G., voce: *Patrimonio Familiare e Fondo patrimoniale*” in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, p.306
- Galgano F., *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 2004, p. 524.
- Galgano F., *Sull' ammissibilità di una fondazione non riconosciuta*, in *Riv. Dir. civ.*, 1963, II, p. 172
- Galgano G., *Trust e gruppi di società*, consultabile su www.iltrustitalia.it
- Gallarati A., *La composizione negoziale della crisi di impresa mediante concordato preventivo e trust*, in *Riv. Dir. impresa*, 2012, p. 123.
- Galletta F., *I regolamenti patrimoniali tra i coniugi*, Napoli, 1990
- Galletti D., *Il trust e le procedure concorsuali: una convivenza subito difficile*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 900.
- Galletti D., *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 2006

- Galletti D., *Trust liquidatorio ed (in)derogabilità del diritto concorsuale*, in AA.VV., *Moderni sviluppi dei trust*, Atti del V Congresso Nazionale dell'associazione il Trust in Italia, Quaderni di trust, Milano 2011, p. 554
- Galluzzo F., *Il trust cd. interno e i negozi di destinazione allo scopo*, N.G.C.C., 2005, II, p. 88
- Galluzzo F., *Validità di un trust liquidatorio istituito da una società in stato di decozione*, in *Corr. Giur.*, 2010, p. 527
- Gambaro A., *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *T & AF*, 2007 p. 172
- Gambaro A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu- F. Messineo, Milano, 1995, p. 632
- Gambaro A., *Il Trust in Italia*, in A. Gambaro- A. Giardina- G. Ponzanelli, *Convenzione relativa alla legge sui trusts*, cit. p.1214
- Gambaro A., *La proprietà nel Common Law anglo-americano*, in A. Candian- A. Gambaro, -B. Pozzo, *Property-Proprietà - Eigentum*, Padova, 1992
- 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, p. 261
- Gambaro A., *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, in AAVV, *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di L. Cabella Pisu- C. Nanni, Padova, 1998, p. 226
- Gambaro A., *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di Civil Law*, in *RDC*, 1984, pag. 93
- Gambaro A., *Trust e trascrizione*, in *T&AF*, 2002, p. 346
- Gambaro A., *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizione del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, II, p. 921
- Gambaro A., *Unità e separazione del patrimonio*, in *T&AF*, 2000, p.155
- Gambaro A., voce: *Trust*, in *Dig. Disc. Priv. sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p.452
- Gatt L., *La liberalità*, I, Torino, 2002
- Gazzoni F. *Il cammello, la cruna dell'ago e la trascrizione del trust*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 961
- Gazzoni F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv., dir., civ.*, 1978, I, p. 62

- Gazzoni F., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. Not.*, 2002, p. 1107
- Gazzoni F., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e altre bagattelle)*, in *Riv. Not.*, 2001, pag. 1247
- Gazzoni F., *La trascrizione immobiliare*, I, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991
- Gazzoni F., *La trascrizione immobiliare*, II, in *AAVV, Commentario al codice civile*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1993
- Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001
- Gazzoni F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in *Giust. Civ.*, 2006, I, p. 166
- Gazzoni F., *Osservazioni*, in *AA.VV., La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano 2007, p. 278
- Gazzoni F., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, pag.11
- Gentili A., *Destinazioni patrimoniali, trust e tutela del disponente*, in *AA.VV., Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, a cura di G. Doria, Torino, 2010, p.330
- Gentili A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell' art. 2645 ter*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2006, p. 46
- Giannelli G., *I patrimoni destinati (commento agli artt. 2447-bis, ter, quater, quinquies,sexies, septies, octies, novies, decies c.c.)*, in *AA.VV., La riforma delle società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1272
- Giannelli G., *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione del debito, piani di risanamento*, in *Dir. Fall.re*, 2005, p. 1170
- Giardina A., *La Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento- note introduttive*, in A. Gambaro- A. Giardina- G. Ponzanelli, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *NLCC*, 1993, p. 1212
- Ginevra E., *Il c.d. "mandato irrevocabile all'incasso" della prassi bancaria*, in *BBTC*, 2000, I, p. 173
- Giorgianni M., voce: *Surrogatoria (Pagamento con)*, in *Nov. Dig. It., sez. dir. civile*, XII, Torino, 1965, p. 321

- Gorla G., *Il contratto*, I, Milano, 1955
- Grassetti C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, p. 3
- Grassetti C., *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in AAVV, *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Milano, 1991, p. 1
- Grassetti C., *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv., dir. Comm.*, 1936, I, p.551
- Graziadei M.- Rudden B., *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, in *Quadrimestre*, 1992, p.31
- Graziadei M., *Agency e Trust*, in AA.VV., *I Trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano, 1996, p. 455
- Graziadei M., *Diritti nell'interesse altrui- Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1996
- Graziadei M., voce: *Agency*, in *N.Dig. Disc. Priv. sez. d. comm.*, vol. I, Torino, 1999, p.30
- Graziadei M., voce: *Trust nel diritto anglo - americano*, in *N.Dig.Disc.Priv. sez. d. comm.*, vol. XVI, Torino, 1999, p. 257
- Graziani A., *La cessione pro solvendo*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, p. 239
- Greco V., *La funzione del trust nel fallimento*, in *Giur. Comm.* 2005, p. 708
- Greco V., *Il Trust nelle procedure concorsuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010, I, p. 761
- Greco V., *Il trust quale strumento di soluzione e prevenzione della crisi di impresa nella riforma delle procedure concorsuali*, in *T&AF*, 2007, p. 212
- Greco V., *La cessione ed il riparto fra i creditori del credito di imposta derivante dalle ritenute d'acconto operate sugli interessi corrisposti al curatore fallimentare. Riflessioni sul residuo attivo*, in *Il dir. fall.re*, 2000, pag 683
- Greco V., *La funzione del Trust nel fallimento*, in *T &AF*, 2004, p. 336
- Greco V., *La nuova finanza, credito di scopo per il salvataggio dell'impresa*, in *T&AF*, 2012, p. 56
- Grisoli A. *Unipersonalità, patrimonio separato, impresa individuale a responsabilità limitata e problemi affini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 286.

- Grisoli A., *Le società con un solo socio*, Padova, 1971
- Guerrera F., *Le soluzioni negoziali*, in AAVV, *Diritto Fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2013, p. 144.
- Guglielmucci L., *La par condicio creditorum e i bieticoltori*, in *Il Fallimento*, 1984, p. 195.
- Guglielmucci L., *Liquidazione dell'attivo fallimentare che preveda il conferimento dell'azienda in una newco e la successiva vendita dell'intero pacchetto azionario*, in *Contr. Impr.* 2008, p. 551
- Guglielmucci L., *Parere sui crediti di imposta non riscuotibili durante il fallimento*, in *Il Dir.fall.re*, 2005, p. 162.
- Guizzi G., *Patrimoni destinati e crisi societarie*, in *Riv. Dir. comm.*, 2006, p. 773
- Hayton D.J. - Marschall O.R., *Cases and Commentary on the Law of Trusts*, London, 1991
- Hayton D.J., *The law of trusts*, London, 1993
- Iaccarino G., *Sopravvenienze attive alla cancellazione della società: soluzioni operative dopo l'ultimo orientamento della Cassazione*, in *Società*, 2009, p. 549
- Iamiceli P., *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2001
- Ibba C., *Cessioni di quote di s.r.l. e domande giudiziali: pubblicità d'impresa vs. pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 395
- Ibba C., *Il "sistema" della pubblicità di impresa, oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 587
- Ibba C., *La S.r.l. uni personale fra alterità soggettiva e separazione patrimoniale*, in *Studi in Onore di P. Rescigno*, vol IV, 3, *Impresa, società e lavoro*, Milano, 1998, p.249
- Inzitari B., *Cessione di crediti, mandato all'incasso e cessione dei crediti in garanzia*, in *Dir. fall.re*, 2000, I, p. 1282
- Inzitari B., *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e nella rottura del credito*, in AA.VV., *La Responsabilità della banca e dell'impresa nella gestione delle situazioni di crisi*, s cura di S. Bonfatti- A. Falcone, Milano, 2005, p. 115
- Iozzo F., *Note in tema di trust e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2008, p. 206
- Iudica G., *Cessione dei beni ai creditori*, in *Dig. Disc. Priv. sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, p.279
- Jaeger N., *Il fallimento e le altre forme di tutela giurisdizionale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da G. Grosso e F. Santoro Pasarelli, Milano, 1964

- Jaeger P.G., *La separazione del patrimonio del fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968
- Jaeger P.G., *Par condicio creditorum*, in *Giur. Comm.*, 1984, I, p. 93
- Jaeger P.G., *Sull'intestazione fiduciaria di quote a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 1979, p. 181
- Jorio A., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 1547
- Jorio A., *Gli interessi dei creditori e la tutela del credito nel fallimento*, in *Il Fallimento*, 2984, p. 94
- Jorio A., *Introduzione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario dir. da A. Jorio, Bologna 2007, p. 9
- Jorio A., *Le crisi di impresa. Il fallimento*, Milano, 2000
- Jorio A., *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra privatizzazione e tutela giudiziaria*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 1453
- Keeton G.W., *The law of trusts*, London, 1954
- La Porta U., *Cause traslative, Autonomia privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust*, in AAVV, *Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Quaderni del Notariato n.7, 2002, p.39
- La Porta U., *Destinazione dei beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1996
- La Porta U., *Il problema della causa del contratto. La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000
- La Porta U., *L'atto di destinazione dei beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter cc*, in *Riv. Not.*, 2007, p. 1070.
- La Porta U., *La causa del negozio di destinazione e neutralità dell'effetto traslativo*, in AAVV, *Destinazione dei beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, a cura di Bernardino Libonati e Paolo Ferroluzzi, Milano, 2003, p. 59
- Lamanna F., *Commento all'aut. 10 l.f.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare- r.d. 16 marzo 1942 n. 267*, dir. da A. Jorio - coord. Da M. Fabiani, Bologna, 2007, p. 268
- Lener G., *La circolazione del modello del trust nel diritto continentale del mercato mobiliare*, in *Riv. Soc.*, 1989
- Lenzi R., *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. Not.*, 2003, I, p. 543

- Lenzi R., *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter cc*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 238
- Libertini M., *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare*, Milano, 1974
- Libertini M., *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e una autocritica*, in *Giur. comm.*, 1977, I, pag. 84
- Libonati B., *Holding ed investment trust*, Milano 1969
- Liccardo P.- Federico G., *Commento all'art. 106. Vendita dei crediti, dei diritti, delle quote, delle azioni, mandato a riscuotere*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, dir. da A. Jorio, Bologna 2007 p. 1773
- Liccardo P., *Trust e procedure concorsuali*, in AA.VV., *Il Trustee nella gestione dei patrimoni*, a cura di D. Zanchi, Torino, 2009, p. 399
- Limitone G., *Chiusura della procedura concorsuale ante riforma*, in AA.VV., *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, Padova 2010, III, p.150
- Lipari N., *Fiducia statica e Trust*, in *Rass., dir., civ.*, 1996, p.483
- Lipari N., *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964
- Lo Cascio G. *Il concordato preventivo*, Milano 2011
- Lo Cascio G., *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 525
- Lo Cascio G., *Il Concordato preventivo ed il trust*, in *Il Fallimento*, 2007, p. 249
- Lo Cascio G., *Il concordato preventivo nel quadro di istituti di risanamento*, in *Fallimento*, 2012, p. 137
- Lo Cascio G., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1998
- Lo Cascio G., *La composizione delle crisi da sovra indebitamento (introduzione)*, in *Il Fallimento*, 2012, p. 1021.
- Lo Cascio G., *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 362
- Lo Cascio G., *Proposta di concordato preventivo mediante trust*, in *T&AF*, 2009, p. 587
- Lo Cascio G., *Proposta di concordato preventivo mediante trust*, in *Fallimento*, 2009, p. 340.
- Lupoi M. A., *Aggiungi un posto a tavola: azione revocatoria in ambito di trust e litisconsorzio necessario*, in *T&AF*, 2013, p. 12
- Lupoi L., *I Trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da R. Sacco, Torino, 2004

- Lupoi M., *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano 1971
- Lupoi M., “*Gli atti di destinazione*” nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di trust, in *T&AF*, 2006, p. 173
- Lupoi M., *Due tecniche sull’atto istitutivo di un trust liquidatorio e sui trust nudi*, in *T&AF*, 2011, p. 211.
- Lupoi M., *Il trust nell’ordinamento giuridico italiano dopo la convenzione dell’Aja del 10 luglio 1985*, in *Vit. Not.*, p. 966
- Lupoi M., *Introduzione ai trusts: Diritto inglese, Convenzione dell’Aja, diritto italiano*, Milano, 1994
- Lupoi M., *Istituzioni del diritto dei trusts e degli affidamenti fiduciari*, Milano, 2010
- Lupoi M., *Le posizioni soggettive “protette”*, in *T&AF*, 2000, p. 159
- Lupoi M., *Legittimità dei trusts interni*, in AA.VV. *I Trusts in Italia oggi*, a cura di Ilaria Beneventi, Milano, 1996, pag.30
- Lupoi M., *Lettera ad un notaio conoscitore di Trust*, in *Riv. Not.*, 2001 p. 1166
- Lupoi M., *Profili processuali del trust*, in *T&AF*, 2009, p. 162
- Lupoi M., *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Eur. E dir. Priv.*, 1998, p. 427
- Lupoi M., *The shapeless Trust*, in *Vit. Not.*, 1995, p. 51
- Lupoi M., *Trust e riflessi sul sistema delle garanzie*, in *Il Fallimento*, 2002, p. 939
- Lupoi M., *Trusts*, II ed., Milano, 2001
- Lupoi M., *Trusts*, Milano, 1997
- Lupoi M., voce: *Trusts*, II, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1995
- Lupoi M., voce: *Trusts*: I, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1995
- Macario F., *Insolvenza, crisi di impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. Soc.*, 2008, p. 102
- Macario F., *Insolvenza del debitore, crisi dell’impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in AA.VV., *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, a cura di F. Di Marzio- F. Macario, Milano, 2010, p. 19
- Maccarone S., *Trust e garanzie bancarie*, in *ABI, Il trust nella operatività delle banche italiane*, Roma, 1998, p. 66
- Maffei Alberti A., *Commento agli art. 2447 bis- 2447 decies*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, II, Padova, 2005, p. 1695
- Maffei Alberti A., *Il danno nella revocatoria*, Milano, 1970

- Maffei Alberti A., *La "funzione" della revocatoria*, in *Giur. comm.*, 1976, I, pag. 362.
- Maffei Alberti A., *Sub art. 186-bis*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. Maffei Alberti, 2013, p. 1238
- Maimeri F., *Trust e Pegno rotativo*, relazione tenuta al Congresso Nazionale dell'associazione "Il Trust in Italia", tenutosi a Milano il 17-19 marzo 2002
- Maitland F.W., *Equity: A course of lectures*, Cambridge, 1936, p.43, trad. parz. a cura di A.R. Borzelli, *L'equità*, Milano, 1979
- Mandrioli L., *Struttura e contenuti dei "piani di risanamento" e dei progetti di "ristrutturazione" nel concordato preventivo e negli accordi di composizione negoziata delle situazioni di "crisi"*, in AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d'impresa*, a cura di S. Bonfatti - G. Falcone, Milano, 2006, p. 461
- Manes P., *La norma sulla trascrizione degli atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in, *Contr. Impr.*, 2006, p. 626
- Manes P., *Trust e art. 2740 cc: un problema finalmente risolto*, in *Cont. impr.*, 2002, p. 580
- Marasà G.- Ibba C., *Il registro delle imprese*, Torino, 1997
- Mariconda G., *Rapporto tra pubblicità legali: concorso e conflitto tra risultanze dei registri pubblici*, Relazione tenuta al VIII Convegno Nazionale Sisdic, avente ad oggetto *Pubblicità degli atti e delle attività*, tenutosi a Napoli, il 03-05 aprile 2013.
- Mariconda V., *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore, ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, in *Corr., Giur.*, 2004, p.76
- Masi A., *Destinazione di beni e autonomia privata*, in AA.VV. *Destinazione dei beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, a cura di Bernardino Libonati e Paolo Ferro- Luzzi, Milano, 2003, p. 235
- Masi P., *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, 1985
- Masi P., *Destinazione dei beni e autonomia privata*, in AA.VV., *Destinazione dei beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, a cura di Bernardino Libonati e Paolo Ferro- Luzzi, Milano, 2003, p.235
- Mattei U., *Il modello di Common Law*, in *Sistemi giuridici comparati*, a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2010

- Mazzamuto S., *Trust interno e negozio di destinazione*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p.439
- Mazzamuto S., *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja*, in *Vit. Not.*, 1998, pag.754
- Mazzamuto S., *Il trust*, in C. Castronovo- S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, II, p. 633
- Mengoni L., *Autonomia privata e costituzione*, in *BBTC*, 2001,p.21
- Messina G., *Negozi fiduciari*, Milano, 1910, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p.190
- Messineo F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957
- Messinetti D., *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. Cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. Dir., civ.*, 2002 II, p.101.
- Miccio R., voce: *Cessione dei beni ai creditori*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 839
- Minervini G., *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Napoli, 1966
- Minnitti G., *La proprietà nell'interesse altrui*, in AA.VV., *Destinazione dei beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative in Quaderni romani di diritto commerciale*, a cura di Berardino Libonati e Paolo Ferro- Luzzi, Milano, 2003, p. 286
- Montanari V. M., *Profili della revocatoria fallimentare dei pagamenti*, Milano, 1984
- Montefameglio M., *Commento ad ordinanza Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2007*, consultabile su www.iltrustinitalia.it.
- Morace Pinelli A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007
- Morace Pinelli A., *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, Milano, 2003
- Morace Pinelli A., *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale ed azione revocatoria*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 448
- Motti C., *La struttura dell'attivo*, in AAVV, *Diritto Fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2013, p. 223
- Muritano D., *Il c.d. trust interno prima e dopo l'articolo 2645 ter c.c.*, in AA.VV., *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, Milano 2007, p. 23
- Muritano D., *Note sul trust istituito da imprese in crisi (in funzione liquidatoria) studio n. 161/2011 del Consiglio nazionale del Notariato, approvato dalla commissione studi di impresa il 1° marzo 2012*

Natoli U.- Bigliuzzi- Geri L., *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Milano, 1974

Natoli U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile*, dir. A. Cicu- F. Messineo, XVI, 2, Milano, 1984, p.127.

Natoli U., voce: *Azione Revocatoria*, in *Enc. Dir.*, IV, Varese, 1959, p. 888

Neri A., *Il problema della tutela del beneficiario del trust nel diritto italiano*, in A.A.V.V., *Mandato, fiducia, e trust: esperienze a confronto*, a cura di F. Alcaro- R. Tommasini, Milano, 2003 p. 55

Niccolini G., *Commento all'art. 2495 cc*, in AA.VV., *Commentario delle società di capitali*, a cura di G.Niccolini- A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1839, nt 19

Niccolini G., *La liquidazione volontaria delle società tra passato e presente*, in AA.VV., *Le liquidazioni aziendali*, a cura di S. Adamo- G. Niccolini, Torino, 2010, p. 38

Niccolini G., *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni*, in *Trattato delle Società per azioni*, dir. G. E. Colombo- G. B. Portale, Torino, 1997

Nicolò R., *Della tutela dei diritti. Surrogatoria-Revocatoria*, in *Commentario del cod. civ.* A. Scialoja- G. Branca, VI, Bologna- Roma, 1962

Nicolò R., *Delle responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja- G. Branca, Bologna, 1958

Nigro A., *Commento all'art. 10 l.f.*, in AA.VV., *La riforma legge fallimentare*, a cura di M. Sandulli- A. Nigro, Torino, 2006, I, p. 59

Nigro A., voce "Investment trust", in *Enc. del dir.*, vol. XXII, p. 691

Nigro A., *Degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori (art. 64-71). Introduzione*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di M. Sandulli - A. Nigro, Torino, 2006, I, p. 363

Nigro A., *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, Giuffrè, 1974

Nigro A., *La responsabilità delle banche per l'erogazione del credito alle imprese in " crisi"*, in *Giur. Comm.*, 2011, p. 305

Nigro A., *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo- G. B. Portale, Torino, 1993, p. 240

Nisio N., *Attività di " amministrazione" delle società fiduciarie: evoluzione e prospettive*, in *BBTC*, 2003, p.42

- Nisio N., *Società fiduciarie - Sim*, Bari, 2012
- Nuzzo M., *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p.68
- Nuzzo M., *Il principio di indivisibilità del patrimonio*, in AA.VV., *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, a cura di G. Doria, Torino, 2010, p. 31
- Nuzzo M., *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, in AA.VV., *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, in Quaderni della Fondazione del Notariato, 2010, p. 28
- Oberto G., *Atti di destinazione (art 2645 ter cc) e trust: analogie e differenze*, in *Contr.impr./Europa*, 2007, p. 360
- Oppo G., *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947
- Oppo G., *In tema di autonomia del fondo patrimoniale*, in AA.VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1990, p. 327
- Oppo G., *In tema di esercizio dell'impresa nel fallimento*, Recensione a G.C. Rivolta, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 740, ora in *Diritto dell'impresa*, *Scritti giuridici*, I, Padova, 1992, p. 495
- Oppo G., *Regimi patrimoniali della famiglia e fallimento del coniuge imprenditore*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia dir. da G.Cian- A. Trabucchi- G.Oppo*, VI, 1, Padova, 1993, p. 34
- Oppo G., *Riflessioni preliminari*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 11
- Pajardi P.- Bocchiola M., *La revocatoria fallimentare*, Milano, 1998
- Pajardi P., *Codice del fallimento*, Milano, 2001
- Pajardi P., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002
- Palazzo A., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Torino, 2000
- Palazzo A., *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi*, in AA.VV., *Atti negoziali di destinazione e trust*, a cura di G. Vettori, Padova, 2008, p. 287
- Palazzo A., *Istituti alternativi al testamento*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del notariato*, dir. da P.Perlingieri, Napoli, 2003, vol VIII, p. 84

Palermo G., *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in AA.VV., *Destinazione dei beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, a cura di Bernardino Libonati e Paolo Ferro- Luzzi, Milano, 2003, p.249

Palermo G., *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano 2007, p. 75

Palermo G., *Contributo allo studio dei trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2001, p. 396

Palermo G., *Sulla riconducibilità del trust interno alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 146

Paluchowski A., *Commento all'art. 118 l.f.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario dir. da A. Jorio, bologna 2007, p. 1908

Paluchowski A., *Commento all'art. 120 l.f.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario dir. da A. Jorio, Bologna 2007, p. 1927

Paluchowski A., *Commento all'art. 122 l.f.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario dir. da A. Jorio, Bologna

Panuccio V., *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955

Panuccio V., voce: *Cessione dei crediti*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 849

Panzani L., *Ipotesi tipiche e atipiche di concordato*, in *Il Fallimento*, 1994, p. 341

Panzani L., *Il trust nell'esperienza giuridica italiana: il punto di vista della giurisprudenza e degli operatori*, in *Giur. Mer.* 2010, p. 2934

Panzani L., *Trust e concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 535

Panzani L., *Trust e procedure concorsuali*, in AA.VV., *Le procedure concorsuali*, a cura di A. Caiafa, Padova, 2011, p. 1022

Parisi D., *Trust a garanzia dei creditori che aderiscono ad un piano di ristrutturazione*, in *T & AF*, 2008, p. 448

Parrella L., *Cancellazione della società. Art. 2495 cc*, in AAVV, *La riforma delle società artt. 2462-2510 cod.civ.*, a cura di M Sandulli- V. Santone, Torino, 2003, p. 305

Patti F., *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter cc*, in *Vita Not.*, 2006, p. 980

- Pavone La Rosa A., *Il registro delle imprese*, in AA.VV. *Trattato di diritto commerciale*, dir. da V. Buonocore, Torino, 2001, p. 174
- Penner J.E., *the Law of Trusts*, Oxford University Press, 2006
- Perlingieri P., *Cessione del credito ed eccezione di inesigibilità*, in *Riv. Dir. Civ.*, vol II, 1967, p. 502
- Perlingieri P., *Della Cessione del Credito (artt. 1260-1267)*, in *Commentario codice civile* A. Scialoja - G. Branca, Bologna, 1982
- Perlingieri P., voce: *Cessione del credito*, in *Enc.Giur.*, Vol. VI, Roma, 1988, p. 1
- Perrotti P., *Commento all'art. 117 l.f.*, in AAVV, *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario dir. da A. Jorio, Bologna, 2007, p. 1904
- Petrelli G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. Dir. civ.* II, 2006 p. 164:
- Petrelli G., *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. Dir. civ.*, 2009, p. 691
- Petrelli G., *Pubblicità legale, Costituzione repubblicana e Cedu*, Relazione tenuta al VIII Convegno Nazionale Sisdic, avente ad oggetto *Pubblicità degli atti e delle attività*, tenutosi a Napoli, il 03-05 aprile 2013
- Piccoli P., *I Trusts e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze*, in *Vita Not.*, 1998, p. 785
- Pino A., *Il patrimonio separato*, Padova, 1950
- Piruccio P., *La segregazione dell'intero patrimonio aziendale nel trust non consente il normale svolgimento della procedura concorsuale in danno della massa dei creditori*, in *Giur. Mer.*, 2010, p. 1593
- Ponzanelli G., *Le annotazioni del comparatista*, in A. Gambaro- A. Giardina- G. Ponzanelli, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, NLCC, 1993, p.1224
- Porcelli G., *Successioni e trust*, Napoli, 2005
- Presti G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2006, p. 384
- Provinciali R., *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1969
- Provinciali R., *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974
- Pugliatti S., *Gli Istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943

- Pugliatti S., *La "cessio bonorum" e la realizzazione dei diritti di credito*, in *Diritto Civile. Metodo-teoria-pratica. Saggi*, Milano, 1951, p.952
- Pugliatti S., *La Proprietà e le proprietà*, ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964
- Quadri R., *L'art. 2645 ter cc e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr.e impr.* 2006, p. 1732
- Quadri R., *La destinazione patrimoniale. Profili Normativi e autonomia privata*, Napoli, 1994
- Quatraro B. - Fumagalli A., *Revocatoria ordinaria e fallimentare e gli altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, I, Milano, 2002
- Rabitti Bedogni C., *Patrimoni dedicati*, in *Riv. Not.*,2002, p. 1121
- Raganella E.- Regni M., *Il trust liquidatorio nella disciplina concorsuale*, in *T&AF*, 2009, p. 603
- Ragazzini L., *Trust interno ed ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Not.*, 1999, pag. 279
- Ragonese F., *Il piano del concordato preventivo con messa a disposizione di beni dei terzi: profili negoziali e notarili*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 1633
- Ragusa Maggiore G., *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in Ragusa Maggiore G.- Costa C., *Il fallimento. Le procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 1997, pag. 199
- Ragusa- Maggiore G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994
- Rescigno P., *Notazioni a chiusura di un seminario sul trust*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, pag. 453
- Rescigno P., voce: *Fondazione*, in *Enc., dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 805.
- Rivolta G.C., *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973
- Rojas Elgueta G., *Il rapporto tra l'art. 2645 tercc e l'art. 2740 cc: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *BBTC*, 2007, p. 189.
- Ronco S., *Cancellazione dal Registro ed estinzione della società di persone*, in *Società*, 2009, p. 877
- Roppo V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, XIX, Torino, 1985
- Roppo V., voce: *Contratto*, in *Dig. Disc. Priv., sez., civile*, vol IV, Torino, 1989, p.118

- Roppo V., voce: *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. Dir.* CXXIX, Varese, 1988, p. 1042
- Rovelli L., *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis.l.f.*, in *T&AF*, 2007, p. 302
- Sacchi M., *La segregazione patrimoniale del trust con particolare riguardo alle operazioni di cartolarizzazione*, in *T&AF*, 2005, p. 428
- Sacco R.- De Nova G., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1982
- Sacco R., voce: *Circolazione giuridica*, in *Enc. Dir.*, vol. VII, Varese, 1960, p.11
- Salafia V., *Bilancio finale di liquidazione e cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Società*, 2012, p. 698
- Salafia V., *Estensione alle società di persone del nuovo art. 2495cc*, in *Società*, 2010, p. 565
- Salamone L., *Destinazione e pubblicità immobiliare*, in AA.VV. *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 157
- Salamone L., *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001
- Salvatore L., *Atto di destinazione e crisi di impresa: strumento a tutela o contro le procedure concorsuali*, in *Riv. Not.*, 2012, p. 1087
- Salvatore L., *L'utilizzazione del trust a servizio dell'impresa*, in *Riv. Not.*, 2006, p.146
- Salvi F., *Della cessione dei beni ai creditori (art. 1977- 1986)*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja- G. Branca, roma, 1974, p. 303.
- Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1947
- Sandulli M., *Commento all'art. 160 l.f.*, in AAVV, *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro- M. Sandulli, Torino, 2006, p. 981
- Sandulli M., *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, 1976
- Santo G., *Trust e pegno rotativo*, in *T&AF*, 2000, p.322
- Santo G., *Trust di strumenti finanziari in funzione di garanzia*, *T&AF*, 2002, p. 128
- Santoro Passarelli F., voce: *Diritti assoluti e Relativi*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964
- Santoro-Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966
- Santosuosso D., *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, in *Giur. Comm.* 2005, p. 362

- Santosuosso F., *Delle persone e della famiglia*, in *Comm., cod. civ.*, Torino, I, III, 1984, p. 119.
- Satta S., *Diritto fallimentare*, Padova, 1996
- Satta S., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964
- Satta S., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 1996
- Saturno A., *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1999
- Scalisi V., *Ancora in ordine all'ammissibilità del trust interno*, in *AAVV, Mandato, fiducia e trust*, a cura di F. Alcaro – R. Tommasini, Milano, 2003, p.188
- Schiano di Pepe G., *Trust di protezione patrimoniale e fallimento*, in *T & AF*, 2004, p. 220
- Schlesinger P., *Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano(conclusioni)*, in *AA.VV., Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Quaderni del Notariato, Milano, 2002, p.179
- Schlesinger P., *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv., dir., proc.*, 1995, p. 322
- Schlesinger P., *Una novella per il trust*, in *Notariato*, 2001, p. 337
- Scoditti E., *Trust e fallimento*, in *T & AF*, 2010, p. 472
- Semina G., *Trust e segregazione dei crediti fiscali del fallimento esigibili dopo la chiusura della procedura*, in *T & AF*, 2004, p. 343
- Semino G., *“Strutturazione di un trust trasparente”*, Relazione presentata in occasione del III Congresso Nazionale dell'“Associazione “Il trust in Italia” 21-23 ottobre 2005, consultabile sul sito www.iltrustinitalia.it
- Smith L., *The Law of tracing*, Oxford, 1997
- Snell E. H. T., *Equity*, London, 1990
- Sotgia S., *Cessione di beni ai creditori*, in *Riv. Dir. comm.*, 1946, II, p.207
- Spada P., *Conclusioni*, in *AA.VV., La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 203
- Spada P., *Destinazioni patrimoniali e impresa*, in *AA.VV., Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, a cura di G. Doria, Torino, 2010, p. 331
- Spada P., *Diritto commerciale*, II, Elementi, Padova, 2006

- Spada P., *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, in AA.VV., *Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 te rcc*, Atti del convegno di Milano del 19 giugno 2006
- Spada P., *Persona Giuridica e articolazione del patrimoni: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir.civ.*, 2002, p.842
- Spinelli M. - Barbiera L., *I negozi di destinazione alla liquidazione*, Napoli, 1999
- Spinelli M., *Il negozio di destinazione alla liquidazione*, in *Riv. Tr. Dir. proc.*, 1960, p.57
- Spinelli M., *Le cessioni liquidative*, Napoli, 1962
- Stasi E., *Sui crediti tributari formati nella procedura*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 473
- Tedeschi G. U., *Le procedure concorsuali*, II, Torino, 1996
- Tedeschi G.U., *sub art. 120 l.f.*, in G. U. Tedeschi- A.Bonsignori- Santarelli, *Chiusura del fallimento. Concordato. Riabilitazione civile*, in *Comm. Legge fall. Dir. da A. Scialoja- G. Branca*, Bologna- Roma, 1977, p. 56
- Terranova G., *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, I, in *Commentario Legge fallimentare dir. da A. Scialoja- G. Branca*, a cura di F. Calgano- *Il Foro Italiano*, Bologna- Roma, 1993, p. 118.
- Terranova G., *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova, 2006
- Terranova G., *Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in *Giur. Comm.*, 1996, p. 82
- Terrusi F., *I patrimoni delle s.p.a. destinati ad uno specifico affare: analisi della disciplina e verifica degli effetti*, Relazione tenuta al convegno Cesifin su *Riforma del diritto societario e riflessi sulle procedure concorsuali*, tenutosi a Lucca il 04 marzo 2004
- Terrusi F., *Il recupero dei crediti concorsuali: cartolarizzazione e proroga di funzioni del curatore fallimentare*, in *Il Dir. fall.re*, 2005, p.. 408
- Timpano E., *La cancellazione delle società di persone dal Registro delle Imprese: il revirement della Cassazione* in *Riv. not.*, 2010, p. 191
- Tonelli A. P., *La soluzione del Trust nel programma di liquidazione*, relazione tenuta al V Congresso Associazione Il Trust in Italia, consultabile su www.iltrustinitalia.it
- Tonelli A.P., *Il ruolo del trust nelle fasi successive alla chiusura del Fallimento*, relazione tenuta al Convegno *Trust e procedure concorsuali*, tenutosi a Bologna l'08 giugno 2007, p.4 consultabile su www.filodiritto.com

Trapani G., *Obbligazioni familiari e fondo patrimoniale: i limiti all'esecuzione*, Studio del Notariato n. 2384/11 approvato dalla Commissione Studi del Consiglio Nazionale del Notariato il 22 giugno 1999.

Tucci G., *Concorso dei creditori, cause di prelazione e revocatoria fallimentare*, in *Dir. Fall.re*, 2000, I, P. 599

Tucci G., voce: *Garanzia*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, vol VIII, Torino, 1992, p. 591

Tucci G., *I Privilegi*, in *Trattato di diritto privato*, dir. da P. Rescigno, XIX, Torino, 1985

Tucci G., *Riforma dei privilegi e finanziamenti dell'impresa*, in AA.VV., *Legislazione economica*, a cura di Vassalli Francesco Visentini, Milano, 1981, p. 191

Tucci G., *Trusts, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts & AF*, 2003, p. 25

Ubertazzi T. M., *La negoziazione degli accordi di ristrutturazione: il ruolo delle parti e degli esperti*, relazione tenuta alla IV edizione della Summer School svoltasi a Pugnochiuso 18-23 luglio 2011 organizzata dall'Università degli studi di Foggia-Dipartimento delle scienze giuridiche.

Ubertazzi T. M., *La negoziazione degli accordi di ristrutturazione: il ruolo delle parti e degli esperti*, relazione tenuta alla IV edizione della Summer School tenuta a Pugnochiuso 18-23 luglio 2011 organizzata dall'Università degli studi di Foggia-Dipartimento delle scienze giuridiche

Underhill A. - & Hayton D.J., *Law Relating to Trusts and Trustee*, London, 1987

Underhill A.- Hayton D. J., *Law Relating to Trusts and Trustees*, Londra, 2003,

Undherill A., *The law relating to private trust and trustees*, London, 1926

Valas I., *Le trust disputes: le azioni relative ai termini del trust ed alla sua validità*, in AA.VV., *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, a cura di M.G. Monegat-G. Lepore- I. Valas, II. Torino, 2008, p. 465

Valas I., *Trust di scopo o trust con beneficiari: una scelta dipendente dalla procedura*, Relazione tenuta al V congresso Nazionale dell'Associazione "Il Trust in Italia", tenutosi a Sestri Levante il 12-14 maggio 2011, consultabile sul sito www.iltrustinitalia.it

Valensise P., *Sub art. 182 bis*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2006, p. 1088

- Vassalli F., *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in F. Vassalli, *Studi giuridici*, III, Milano, 1960, p. 626
- Vassalli F., *La cessione dei beni ai creditori*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, XIII, Torino, 1985
- Verna G., *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallimentare*, in *Dir. fall.re.*, 2005, I, p. 871
- Vettori G., *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645 ter*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p.182
- Vettori G., *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 779
- Vettori G., *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano 1998
- Vettori G., *Il contratto sulla crisi di impresa*, in AA.VV., *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, a cura di F. Di Marzio- F. Macario Milano, 2010, cit. p. 247
- Vettori G., voce: *Opponibilità*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma 1999
- Vigo R., *La revoca del mandato in rem propriam all'incasso nell'amministrazione straordinaria*, in *BBTC*, 1989, I, p. 555
- Vincre S., *Patrimoni destinati e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2005, p. 126
- Waters D.W.M., *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, in *Accademie de droit international Recueil des court*, vol.252, 1995, p.197
- Weigmann R., *L'impresa individuale a responsabilità limitata*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1999, 201
- Zaccaria A., *La garanzia dell'esistenza del credito*, in *Riv. Dir.civ.*, 1982, I, p.364
- Zaccaria A., *La prestazione in luogo di adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987
- Zanchi D., *Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art. 182-bis L.F.*, in *T&AF*, 2008, 155
- Zanichelli V., *Liquidazione nel concordato e vincoli alla libertà negoziale*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 555
- Zoppini A., *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, in *Riv., dir. civ.*, 2002, I, p. 545

GIURISPRUDENZA

MERITO

Tribunale Belluno, 25 settembre 2002
Tribunale Roma 4 aprile 2003
Tribunale Bologna 1 ottobre 2003
Tribunale di Parma 3 marzo 2005
Tribunale Mondovì 16 settembre 2005
Tribunale Milano, 12 giugno 2006, n. 5218
Tribunale Prato 12 luglio 2006
Tribunale Saluzzo del 09 novembre 2006
Tribunale Reggio Emilia 14 maggio 2007
Tribunale Reggio Emilia, 27 maggio 2007
Tribunale Napoli 19 novembre 2008
Tribunale Milano sez Legnano, 8 gennaio 2009
Tribunale Roma 11 marzo 2009
Tribunale Milano 16 giugno 2009
Tribunale Milano 17 luglio 2009
Tribunale Milano 30 luglio 2009
Tribunale Milano 22 ottobre 2009
Tribunale Milano 29 ottobre 2010
Corte d'Appello di Milano 29 ottobre 2009
Tribunale Alessandria, 24 novembre 2009
Tribunale Bologna, 2 marzo 2010
Tribunale Reggio Emilia 14 marzo 2011
Trib. Reggio Emilia, 14 marzo 2011
Tribunale Brindisi, 28 marzo 2011
Tribunale Mantova 14 aprile 2011
Tribunale Mantova, 18 aprile 2011
Tribunale Bolzano 17 giugno 2011
Tribunale Pescara 11 ottobre 2011

Tribunale Milano 12 marzo 2012
Tribunale Reggio Emilia 26 aprile 2012
Tribunale Reggio Emilia 2 maggio 2012
Tribunale Monza 15 maggio 2012
Tribunale Benevento 10 ottobre 2012
Tribunale Monza 3 gennaio 2013
Tribunale Milano 26 gennaio 2013
Tribunale Ravenna 04 aprile 2013
Tribunale di Firenze 16 maggio 2013
Tribunale Mantova 19 settembre 2013

LEGITTIMITA'

Cass. Civ. del 18 ottobre 1991 n. 11025
Cass. Civ. 28 novembre 1990 n. 11449
Cass. Civ., 06 luglio 1993 n. 7385
Cass. Civ., 09 marzo 1996 n. 1876
Cass. Civ., 5 agosto 1996, n. 7119
Cass. Civ., 2 dicembre 1996 n. 10725
Cass. Civ., 08 gennaio 1997 n. 73
Cass. Civ., 18 settembre 1997, n. 9292.
Cass. Civ., 28 maggio 1998, n. 1320
Cass. Civ., 20 ottobre 1998 n. 10380
Cass. Civ., 15 maggio 1999 n. 4774
Cass. Civ., 15 giugno 1999, 5941,
Cass. Civ., 20 giugno 2000 n. 8379
Cass. Civ., 25 novembre 2002, n. 16570
Cass. Civ., 8 settembre 2004, n. 18065
Cass. Civ., 23 marzo 2005, n. 6267
SSUU Cass. Civ., 12 giugno 2006, n. 13523
Cass. Civ., 21 luglio 2006, n. 16756

Cass. Civ. n. 2005/2008
Cass. Civ., 16 aprile 2008 n. 9970
Cass. Civ., 12 novembre 2008, n. 25192
Cass. Civ., 13 novembre 2009, n. 24037
Cass. Civ., 22 gennaio 2010 n. 1112
SSUU Cass. Civ., 22 febbraio 2010 n. 4262
Cass. Civ., 26 marzo 2010, n. 7273
SSUU Cass. Civ., del 09 aprile 2010 n. 8246
Cass. Civ., 20 giugno 2010 n. 8379
Cass. Civ. 08 giugno 2012 n. 9373
Cass. Civ., 18 gennaio 2013 n. 1237
SSUU Cass. Civ. 23 gennaio 2013 n. 1521
Cass. Civ., sent. 22 marzo 2013 n. 7250

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Corte Cost. n. 319/2000.
Corte Cost. n. 361/2001
Corte Cost. n. 131/2002.
Corte Cost., n. 394/2005