

& Fallimento crisi d'impresa

Questioni giuridiche e operative

Mensile

Anno II

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. n° 46/04) art. 1, comma 1, CNS Trento. Prezzo: euro 14,00

Trust e fallimento: utilizzo nelle procedure concorsuali

- Esercizio provvisorio e pubblicità
tramite registro imprese
- Programma di liquidazione
- Indice annuale

Trust e fallimento: utilizzo nelle procedure concorsuali

di **Ivan Libero Nocera**

Nella costante e mutevole evoluzione del diritto si rivela interessante indagare le possibili applicazioni che il *trust*, di tradizione anglosassone, esempio paradigmatico di separazione patrimoniale, può esplicare nell'ambito del diritto fallimentare italiano.

Peculiarità e applicabilità nell'ordinamento italiano

È necessario previamente ricordare che il fallimento, a partire dalla sentenza dichiarativa che sottrae i beni al debitore affidandoli al curatore fallimentare, attua una segregazione del patrimonio del fallito, nel senso che quel patrimonio è finalizzato al soddisfacimento dei creditori concorsuali sorti dunque anteriormente l'inizio della procedura concorsuale. Il fallimento, quindi, costituisce un esempio particolare di segregazione legale, indipendente dalla volontà delle parti ⁽¹⁾.

La figura giuridica che consente la più efficace separazione patrimoniale è il

trust. Esso nasce nel contesto di *common law* ⁽²⁾, in particolare nell'ambito della giurisdizione equitativa, e si esprime in **un soggetto (*settlor*) che trasferisce beni e diritti ad un altro soggetto (*trustee*), il quale dovrà gestirli per il raggiungimento di uno scopo a favore di un beneficiario** ⁽³⁾. In tal modo si genera dunque una duplice forma di proprietà: la *legal own* (proprietà secondo la *common law*), appartenente al *trustee*, la *beneficial ownership* (proprietà secondo l'*equity*), spettante al *beneficiary*.

Peculiarità di questo istituto è l'**inaggregabilità dei beni destinati al *trust* da parte dei creditori personali del *trustee* e l'esclusione degli stessi beni dall'eventuale fallimento del patrimonio personale del *trustee***. Si determina quindi la separazione patrimoniale dei beni conferiti dal restante patrimonio del disponente. Considerato in questa prospettiva, il *trust* si rivela compatibile con il nostro ordinamento senza stravolgere e senza

(1) Sul concetto di segregazione, effetto del *trust*, come fenomeno distinto dal patrimonio autonomo e separato, si veda M. Lupoi, *Trust*, 2001, 565 ss.

(2) E. Calò, *Dal probate al family trust, Problemi di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1996. M.C., Malaguti, *Il Trust*, in *Atlante di diritto privato comparato*, Zanichelli, Bologna, 1999, 179 ss. Per una completa trattazione della fattispecie, cfr. G. Alpa – M. Bessone, *Quaderni di diritto comparato, Il contratto nel common law inglese*, Cedam, Padova, 1997, 60 ss.

(3) Nelle sue varie manifestazioni, il *trust*, oltre al costituente (*settlor*), all'affidatario (*trustee*) e ai beneficiari (*beneficiaries*), può prevedere un altro soggetto (*protector*) nominato dal *settlor* con funzioni di controllo e di supplenza del *trustee*.

imporgli nozioni e costruzioni giuridiche straordinarie in quanto sarebbe un'ulteriore ipotesi di limitazione del principio di responsabilità patrimoniale analogo al *project financing* per le opere pubbliche (legge n. 415 del 1998), alla cartolarizzazione dei crediti (legge n. 130 del 1999), ai patrimoni destinati ad uno specifico affare (artt. 2447 bis ss. c.c.).

La segregazione patrimoniale si palesa nel combinato disposto dell'art. 2 della Convenzione de L'Aja del 1989, il quale comprende tra le caratteristiche del *trust* la costituzione dei beni in una massa distinta rispetto al patrimonio del *trustee*, e dell'art. 11, che regola gli effetti prodotti in seguito alla separazione: i creditori personali del *trustee* non possono aggredire i beni costituiti in *trust*, sebbene questi sia insolvente o in bancarotta; d'altra parte i creditori del *trust* non possono agire sui restanti beni del patrimonio del disponente.

Conseguentemente si pone un'esigenza di tutela dall'aggressione dei creditori non coinvolti negli atti compiuti per il conseguimento delle finalità specifiche dallo stesso patrimonio separato. A differenza degli ordinamenti di *common law*, nei quali l'effetto limitativo della responsabilità patrimoniale nasce laddove il patrimonio si trovi nella disponibilità di un soggetto diverso dal suo vero titolare o dal soggetto beneficiario, nel nostro ordinamento questa conseguenza è in contrasto

con il principio generale di responsabilità patrimoniale universale ed il principio di tassatività delle forme di separazione patrimoniale previsto dall'art. 2740 c.c. (4).

Visti dunque gli scogli che i principi generali dell'ordinamento italiano presentano rispetto all'introduzione dell'istituto in oggetto, la Convenzione de L'Aja avrebbe dovuto rendere più agevole il dibattito. Lo scontro sembra invece spostarsi ad un livello ulteriore (5).

La dottrina cosiddetta "comparatista" ha sempre dunque ritenuto pletorico l'intervento del legislatore ritenendo che, a seguito della ratifica della Convenzione, tale istituto sarebbe entrato a far parte dell'ordinamento interno, senza provocare alcun problema sistematico nel rapporto con il principio di responsabilità patrimoniale illimitata in ossequio all'art. 2740 c.c. e con il principio di tipicità degli atti soggetti a trascrizione, evidenziando inoltre la presenza nell'ordinamento nazionale di fenomeni in qualche modo analoghi al *trust* (6).

Altra dottrina si è invece opposta in maniera risoluta alla tesi che vede una piena cittadinanza di tale *figura iuris* nel nostro ordinamento.

Si è infatti osservato che la Convenzione de L'Aja è un testo di diritto internazionale privato, finalizzato a regolare ipotesi di conflitto tra leggi contemporaneamente applicabili, senza prevedere una disciplina uniforme del *trust*. Inoltre l'art. 15 della medesima Convenzione fa salve le disposizioni indero-

(4) A tale proposito si veda tra gli altri E. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente", su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, 11.

(5) Sul tema cfr. *ex multis* AA.VV., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Quaderni di Notariato*, Ipsoa, Milano, 2002; C. Castronovo, "Trust" e diritto civile italiano, in *Vita not.*, 1998, 1326; A. Gambaro, *Noterella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 257; P. Rescigno, *Notazioni a chiusura di un seminario sul "trust"*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 453; G. Palermo, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 133;

(6) Si veda al proposito R. Lenzi, *Operatività dei trusts in Italia*, in *Riv. not.*, 1995, 1379; M. Lupoi, *Effects of the Hague Convention in a Civil Law Country - Effetti della Convenzione dell'Aja in un Paese civilista*, in *Vita not.*, 1998, p. 19; Id., *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001, 1159; Id., *Trusts*, Giuffrè, Milano, 2001.

gabili dell'ordinamento della legge applicabile, sottolineando quelle in materia di tutela dei creditori e dei terzi (art. 15, lett. e) ed f).

In giurisprudenza è opportuno ricordare un'importante sentenza del Tribunale di Bologna (7) che, adottando l'orientamento opposto a quello negazionista, ritiene, invece, che la legge n. 364/1989 determini anche il riconoscimento dei *trust* interni, osservando che il dato testuale non sarebbe determinante in quanto gli articoli 13 e 15 della Convenzione, i quali fungono rispettivamente da limite per il rispetto delle norme inderogabili del foro e da norma di chiusura dell'intero sistema convenzionale, non verrebbero a costituire un ostacolo all'applicazione del *trust* nel nostro ordinamento ma, anzi, a tenore all'art. 6 della Convenzione sarebbe da attribuire senza limiti la libertà di scegliere la legge regolatrice (8).

Inoltre ragionando *a contrario* si presenterebbero certamente profili di incostituzionalità ai sensi dell'art. 3 Cost., per cui mentre allo straniero sarebbe consentito il riconoscimento regolamentato da diritto straniero del *trust* costituito in Italia, al cittadino sarebbe precluso di avvalersi dell'istituto stesso nel suo Paese.

Infine se si affermasse che l'istituto del *trust* è inconciliabile con il diritto positivo italiano bisognerebbe affermare che tutta la legge n. 364/1989 "si avrebbe per non scritta" (9).

Azione revocatoria

In generale, il *trust* può prestarsi alla realizzazione di una pluralità di differenti scopi.

Prima di analizzare le varie funzioni all'interno delle procedure concorsuali si rende opportuno esaminare la relazione tra la *figura iuris* in oggetto e la revocatoria fallimentare, che, come visto sopra, **permette al curatore di ottenere, nell'interesse del ceto creditorio e in presenza di determinati requisiti, la dichiarazione di inefficacia di atti di disposizioni patrimoniali che violino la *par condicio creditorum* con la conseguente acquisizione del bene da parte del fallimento.**

Si rende dunque esperibile l'azione revocatoria, sia ordinaria sia fallimentare. **Nel caso in cui l'atto dispositivo sia anteriore al sorgere del credito, esso potrà revocarsi solo in seguito alla prova della dolosa preordinazione allo scopo di pregiudicare il soddisfacimento del creditore; nell'ipotesi in cui sia invece successivo, risultano applicabili sia l'art. 64, L.F., (ovvero l'art. 67, L.F.) sia l'*actio pauliana* di cui all'art. 2901 c.c., con la differenza che, qualora sia il curatore ad agire per l'inefficacia ai sensi degli artt. 64 e 67, L.F., egli si vedrà esonerato dalla prova del pregiudizio, giacché per la normativa fallimentare il pregiudizio per i creditori è rappresentato**

(7) Tribunale di Bologna, 1 ottobre 2003, in www.dirittoegiustizia.it.

(8) In particolare il giudice del reclamo afferma testualmente che «l'unica possibilità di interpretazione logica dell'art. 13 non è quella di porre detto art. in conflitto con l'art. 6 ("il *trust* è regolato-dalla legge scelta dal costituente") o con l'art. 11 ("un *trust* costituito in conformità alla legge specificata [...] dovrà essere riconosciuto come *trust*"), bensì piuttosto di considerare la norma di chiusura anche ultronea per ribadire che possono non essere riconosciuti quei *trusts* che costituiscono frode alla legge siccome volti a creare situazioni in contrasto con l'ordinamento in cui devono operare. Si veda inoltre E. Maré, *Trust e scissione del diritto di proprietà*, in *Corr. giur.*, 1995, 162.

(9) Così si legge in Trib. Bologna 1 ottobre 2003, sopra citata nel testo e in nota 11. Cfr. inoltre *ex pluribus*: Trib. Parma, 3 marzo 2005; Cass. pen., sez. IV, 18 dicembre 2004, n. 48708, Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in *Trust e attività fiduciarie*, 2005, 83.

dalla stessa insolvenza accertata con la dichiarazione di fallimento ⁽¹⁰⁾.

Riguardo all'operatività dell'azione revocatoria fallimentare in presenza di un *trust*, è tuttavia pregiudizialmente indispensabile precisare quale sia l'atto pregiudizievole che può essere impugnato. È palese che oggetto dell'azione revocatoria fallimentare non possa essere l'atto costitutivo del *trust*, essendo per sua natura un atto di organizzazione assolutamente neutro, ovvero un puro atto di pianificazione dell'attività economica.

Adottando tale orientamento la Corte di cassazione, pronunciandosi in una fattispecie in cui erano presenti un negozio giuridico preparatorio ed uno successivo attuativo, ha optato per la revocabilità del secondo ⁽¹¹⁾.

Una delle questioni di maggior rilevanza è la qualificazione dell'atto *de quo* come oneroso o gratuito, con la conseguente della configurabilità della esenzione da revocatoria stabilita nell'art. 64, L.F., per gli atti gratuiti effettuati "in adempimento di un dovere morale" ⁽¹²⁾.

Si ricorda che la Corte di cassazione, a proposito del fondo patrimoniale, ha avuto occasione di escludere l'esimente, considerando che da parte dei genitori l'obbligo morale e giuridico di provvedere al sostentamento dei figli non deve essere necessariamente soddisfatto mediante la destinazione di beni a quel fine vincolati e quindi non potrebbe individuarsi un vero e proprio "adempimento" nell'atto ⁽¹³⁾.

Tale argomentazione tuttavia non appare sempre adeguata ad un istituto come il *trust* adattabile ad una molteplice varietà di situazioni ⁽¹⁴⁾, rivelandosi opportuno semmai un'analisi *in casibus*.

In particolare si è scelto di porre l'attenzione sul c.d. *trust* costituito in adempimento di un dovere morale e sul *trust* di garanzia, normalmente costituito a titolo oneroso.

Il primo rappresenta un *trust* a titolo gratuito, costituito ad esempio per esigenze familiari, il quale può accostarsi al fondo patrimoniale ⁽¹⁵⁾ regolato dall'art. 167 ss. c.c. ⁽¹⁶⁾ sebbene si riscontri in merito una discrasia tra i due fenomeni in

(10) Sarebbe ipotizzabile tuttavia che l'atto di costituzione di *trust* non sia sempre riconducibile alla categoria degli atti gratuiti (art. 64, L.F.), con la conseguenza che in alcuni casi si debba escludere l'inefficacia *ope legis*.

(11) Cass. civ., sez. I, 16 gennaio 1992, n. 500, in *Il Fall.*, 1992, 389. e *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1282.

(12) Secondo la Comm. Trib. Reg. di Venezia, 23 gennaio 2003, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, 253, da parte del *settlor* nei confronti del *trustee* manca qualsiasi intento di liberalità, in quanto il *trustee* costituirebbe solo il mezzo per realizzare il programma voluto, che è quello di attribuire un vantaggio patrimoniale ai beneficiari finali, quindi, può ravvisarsi l'intento di liberalità in favore dei beneficiari al momento del compimento dell'atto dispositivo alla scadenza del *trust*. Viceversa Comm. Trib. Prov. di Treviso, 29 marzo 2001, che ha ritenuto applicabile l'imposta sulle donazioni in base al rilievo che resta chiaro un elemento: "l'impoverimento del donante".

(13) Cass. civ., sez. I, 18 settembre 1997, n. 9292 in *Il Fall.*, 1998, 682. Si veda in merito U. Apice, *Soggetti e rapporti giuridici nelle procedure concorsuali*, Cedam, Padova, 2002, 35.

(14) A tale proposito la dottrina più eminente ha proposto il termine "*trust* amorfo" perché la Convenzione de L'Aja, all'art. 2, non contiene disposizioni uniformi volte a definire compiutamente l'istituto, ma indica solo i requisiti minimi in base ai quali si deduce di essere in presenza di un rapporto qualificabile come *trust*.

(15) Cfr. M.L. Cenni, *Trust e fondo patrimoniale*, in M. Dogliotti – A. Braun, *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2003, 111 ss.; L. Rovelli, *I limiti del fondo patrimoniale*, *ivi*, 103; L. Panzani, nota in calce a Trib. Parma, 3 marzo 2005, *cit*.

(16) Sul punto Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2005, n. 4933, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, n. 3; si veda inoltre Cass. civ., sez. III, 2 agosto 2002, n. 11537, in *Riv. not.*, 2003, 444; Cass. 17 giugno 1999, n. 6017, in *Foro it.*, 2000, I, 1258, con nota di P. Laghezza, *Costituzione del fondo patrimoniale e azione revocatoria*. In dottrina oltre a L. Calvosa, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Giuffrè, Milano, 2003. In merito cfr. Cass. civ., sez. I,

quanto nel *trust* i beneficiari dispongono di diritti nei confronti del *trustee* che non hanno invece in presenza di un fondo patrimoniale (17). Di conseguenza, ove l'atto di disposizione dei beni in capo al *trustee* sia avvenuto nel periodo "sospeso", è opportuno ritenere che esso sia soggetto a revocatoria fallimentare a norma dell'art. 64, L.F., con conseguente declaratoria di inefficacia (18).

Considerando invece il *trust* di garanzia è rilevante segnalare la necessità di valutare a quale titolo la garanzia è stata prestata.

Una decisione della Suprema Corte, sul punto affermato che «la presunzione di onerosità della garanzia per debito altrui, se contestuale al credito garantito, prevista per la revocatoria ordinaria non è applicabile alla revocatoria fallimentare, dovendo in tal caso il giudice valutare in concreto se la garanzia sia prestata a titolo gratuito o a titolo oneroso» (19).

Inoltre nei primi due commi dell'art. 67, L.F., si fa riferimento alla gravità degli atti compiuti dal debitore e al pregiudizio conseguente, da cui discende per il curatore la facilitazione della prova. Infatti, nel primo comma si presume che il terzo conosca lo stato di insolvenza, mentre nel secondo comma sono considerati atti di minore gravità, che si ritengono conciliabili con il normale regime dell'onere della prova.

Nel caso in cui l'atto da revocare sia rappresentato dal trasferimento dei beni o dei

diritti dal *settlor* al *trustee* si pone il problema di appurare se la conoscenza o meno dello stato di insolvenza del disponente debba valutarsi con riferimento a quest'ultimo o al beneficiario. **Considerando che quest'ultimo rappresenta il soggetto che riceve i benefici del *trust* per mezzo del patrimonio segregato e che subisce nel suo patrimonio gli effetti negativi dell'azione revocatoria, si reputa dover rintracciare in esso l'elemento soggettivo necessario.**

Laddove si voglia rendere inefficace, in aggiunta all'atto intercorso tra il disponente ed il *trustee*, anche quello ulteriore sussistente tra quest'ultimo e il beneficiario sarebbe legittimato passivamente nel giudizio anche il fiduciario giacché ha la legale rappresentanza del *trust*.

In conclusione, come si è tentato di evidenziare, i limiti posti dalla normativa fallimentare rendono problematica l'individuazione dell'esatta modalità di esperimento dell'azione revocatoria all'istituto *de quo*, scontrandosi con la necessità di operare di volta in volta paralleli o assimilazioni del *trust* ad istituti tradizionali del nostro ordinamento.

Crediti tributari e futuri

Dopo aver esaminato le relazioni intercorrenti tra l'azione revocatoria fallimentare e il *trust* si rende opportuno ora analizzare le possibili funzioni che tale *figura iuris* può esplicare nell'ambito delle procedure concorsuali dove esso appare di utilità eviden-

18 settembre 1997, n. 9292, *cit.*; App. Brescia, 13 febbraio 1981, in *Giust. Pen*, 1989, 333. Ma non mancano decisioni di merito che non intravedono spirito di liberalità nel fondo patrimoniale: App. Milano, 8 aprile 1986, in *Giust. Civ.*, 1986, I, 2242; Trib. Firenze, 6 marzo 1987, in *Dir. Fall.*, 1987, II, 1008; Trib. Torino, 19 febbraio 1992, *ivi*, 1992, II, 530.

(17) Sul rapporto tra azione revocatoria e fondo patrimoniale cfr. L. Calvosa, *Fondo patrimoniale e fallimento*, *cit.*, 25; G. Gabrielli, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 293; G. Oppo, *Famiglia e impresa*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Cedam, Padova, 1986, 257.

(18) In merito si veda Cass. civ., sez. I, 2 dicembre 1996, n. 10725, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1650.

(19) Così Cass. civ., sez. I, 28 maggio 1998, n. 5264, in *Il Fall.*, 1999, 268, con nota di L. Panzani, *Pegno rotativo ed opponibilità della prelazione*.

te per raggiungere gli scopi leciti che le parti si prefiggono.

A tal proposito si esaminerà dapprima il problema considerando la precedente legge fallimentare tuttora in vigore in relazione ai ricorsi per dichiarazione di fallimento depositati precedentemente e le procedure di fallimento pendenti rispetto alla data 16 luglio 2006, per poi analizzare la questione alla luce della recente riforma.

Occorre premettere che l'Agenzia delle entrate nel 2002 e la Cassazione nel 2003 hanno ritenuto che fallito e fallimento fossero soggetti distinti ⁽²⁰⁾, senza osservare che il fallimento non è né una persona giuridica né un patrimonio autonomo, ma una massa patrimoniale che appartiene al debitore, contraddistinta da una destinazione esterna ⁽²¹⁾, soggetta ad essere monetizzata per soddisfare i creditori nel rispetto della *par condicio*. In tale massa sono comprese anche le somme che il curatore non può consegnare ai creditori, come le attività sopravvenute, che saranno accantonate. Nella non remota ipotesi in cui il curatore non possa consegnare ai creditori le somme che risultano irreperibili, perché, ad esempio, non è maturata la condizione (art. 113, n. 3 e 117, comma 2, L.F.), egli le deposita su un libretto bancario all'ordine

del giudice delegato con annotazione del vincolo, e se non le utilizza per il fine per il quale erano originariamente riservate diventano oggetto di un riparto supplementare, limitatamente al quale gli organi della procedura conservano i loro poteri (art. 121, L.F.) ⁽²²⁾, ed egualmente accantona quelle destinate al pagamento delle imposte che è tenuto a versare dopo la chiusura della procedura, nel momento in cui presenta la dichiarazione finale ⁽²³⁾.

Le somme così accantonate risultano dunque oggetto di un negozio giuridico unilaterale di destinazione, attuando una separazione patrimoniale. Si realizza dunque una situazione che si potrebbe definire "trust di diritto interno", disciplinato dalla legge fallimentare, che avrebbe la funzione di implementare la garanzia patrimoniale realizzando la *par condicio* altrimenti violata dai creditori individuali del fallito.

Siffatta forma di segregazione termina con la chiusura del fallimento, facendo sì che i crediti della procedura maturati nel corso di questa non siano compensati con i crediti concorsuali ⁽²⁴⁾ **il trust dunque ha in tale fattispecie la funzione di ripristinare la segregazione per quelle attività che non erano suscettibili di monetizzazione nel corso del fallimento** ⁽²⁵⁾ **quali**

(20) Al fine di giustificare l'autonomia dei crediti tributari della massa, non soggetti a compensazione con i debiti tributari del fallito, l'Agenzia delle entrate con la risoluzione del 12 agosto 2002, n. 279 cit. e la Cass. civ., sez. V, 1 luglio 2003, n. 10349, hanno ripreso la tesi di G. Bonelli (*Del fallimento*, I, Milano 1938, 122) che considerava il fallimento come persona giuridica.

(21) Sul tema vedasi P.A. Cerri, *Il patrimonio di destinazione nel fallimento*, Giappichelli, Torino 1997, 43 ss.

(22) Cfr. sul punto P. Pajardi, *Commentario Celoria Pajardi*, I, 707 ss.; Del Vecchio, *Il fallimento*, 1983, 361 ss., secondo i quali sussisterebbe una sopravvivenza degli organi della procedura che potrebbero procedere ad un successivo riparto ad esempio quando la condizione non si verifica.

(23) Sul tema cfr. G. Alessi, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1987.

(24) L'art. 56, L.F., consente la compensazione fra crediti omogenei, sorti anteriormente o comunque che abbiano la loro genesi in un momento anteriore alla dichiarazione di fallimento.

(25) Cfr. G. Cabras, *La cartolarizzazione dei crediti e procedure concorsuali*, in U. Apice (a cura di), *L'impresa in crisi: tra liquidazione e conservazione*, Bancaria Editrice, Roma, 2002, 75 ss., secondo cui il trust, applicato alle attività che si sono formate con le risorse della massa e divengono esigibili dopo la chiusura del fallimento, costituisce un utile strumento per una rapida conclusione delle procedure concorsuali. Dello stesso Autore cfr. anche *Cartolarizzazione dei crediti per superare la crisi dell'impresa*, in *Dir. Prat. delle società*, 2000, 20, 11 ss.

ad esempio il credito per Iva pagata in eccedenza nel corso del fallimento e le ritenute d'acconto sugli interessi maturati sui depositi bancari, che solitamente vengono abbandonati dai curatori o ceduti al massimo al 20% del loro valore. La caratteristica di questi crediti è quella di sottrarsi all'esecuzione collettiva, con il pericolo di essere distratti dal soggetto ritornato *in bonis*, o di essere vanificati dall'eccezione di compensazione del debitore di imposta non soddisfatto integralmente nel concorso. Essi infatti risultano esigibili unicamente nel caso di mancanza di imponibile evidenziatasi dopo la dichiarazione di fallimento, e dunque in seguito alla dichiarazione finale del curatore ⁽²⁶⁾.

Nel caso di utilizzo di un *trust* ⁽²⁷⁾, si potrebbe dunque mantenere integro il credito, segregandolo a vantaggio di tutti i creditori ammessi al passivo. **Si realizzerebbe quindi una segregazione patrimoniale dei crediti tributari, rendendoli insensibili alle pretese opposte in compensazione dall'amministrazione finanziaria, destinandoli agli interessi propri del concorso.**

Costituendo tali crediti in *trust* essi potrebbero seguire a essere diretti al soddisfacimento dei creditori concorrenti anche dopo il

ritorno *in bonis* del fallito, in quanto il disponente li potrebbe esigere e, dopo averli riscossi, distribuirli fra i creditori secondo le disposizioni del riparto, scongiurando rischi per i curatori, esposti spesso alla azione della amministrazione finanziaria di contestazione del *nomen verum* del credito ceduto giacché la gestione e quindi la responsabilità sarebbero in tal caso in capo al fiduciario.

Nella vigenza della precedente legge fallimentare tuttavia si evidenziavano alcuni dubbi ⁽²⁸⁾.

Prima della riforma di cui al D.L.vo 12 settembre 2007, n. 169 infatti non era ammesso derogare convenzionalmente alle norme del foro interno a mezzo di un *trust*, da cui quindi la non delegabilità delle operazioni di liquidazione e di riparto al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge. Conseguentemente si rivelava assai arduo delegare a un *trustee* la realizzazione di tutti i crediti o la liquidazione di tutto l'attivo fallimentare ⁽²⁹⁾.

Nella vigenza della precedente legge fallimentare inoltre era pacifico che il patrimonio del fallito tornato *in bonis* fosse aggredibile in maniera paritaria sia dai creditori concorrenti nel fallimento sia da quelli successivi, laddove una corsia privilegia-

(26) Il credito di imposta, per le ritenute non scomutate in dichiarazione e per l'Iva versata in eccedenza, sorge dalla domanda di rimborso che il curatore effettua al momento della dichiarazione finale, si veda in proposito Agenzia generale delle entrate, Circolare 22 marzo 2002, n. 26 e Risoluzione 12 agosto 2002, n. 279 e L. Mandrioli, *I tributi nel fallimento*, Ipsoa, Milano, 2002, 88.

(27) Si veda in merito Trib. Roma, 4 marzo 2003, in *Il Fall.*, 2004, 101, con nota di G. Fauceglia, *La funzione del trust nelle procedure concorsuali*; Trib. Roma, 11 marzo 2004, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 406.

(28) Sul punto G. Fauceglia, *op. cit.*, afferma che il ricorso al *trust* permette di evitare che i creditori individuali possano agire sui beni sopravvenuti e, nel caso di crediti tributari, che l'Amministrazione finanziaria possa eccipere la compensazione con i propri crediti concorsuali rimasti insoddisfatti in sede di riparto e V. Greco, *La funzione del trust nel fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2004, I, 273, secondo cui la fattispecie era nota nel nostro sistema già prima della Convenzione dell'Aja, che ha consentito l'istituzione del *trust* c.d. "amorfo", purché giustificato sul piano socio economico e le parti siano garantite.

(29) Si veda in merito P.F. Censoni, *Chiusura del fallimento e attività residue degli organi fallimentari: ovvero la sorte postfallimentare dei crediti di imposta*, Relazione tenuta al Convegno "Dai condoni alla lotta all'evasione: dalle Commissioni Tributarie quale contributo?", Rimini, 8 ottobre 2005.

ta per i creditori anteriori al fallimento non sarebbe stata comprensibile alla luce della *par condicio creditorum*. A conferma di ciò l'art. 121, L.F., che disciplina la riapertura del fallimento, lo limita solamente a determinati casi ed entro termini perentori ⁽³⁰⁾.

La recente riforma del 2007 (D.L.vo n. 169/2007) prevede all'art. 106, L.F., la **facoltà del curatore di «cedere i crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri, anche se oggetto di contestazione» e, «in alternativa, la possibilità di stipulare contratti di mandato per la riscossione dei crediti», nell'ottica della ampliata libertà di forme che governa la fase della liquidazione.**

Il legislatore non ha però fatto alcun cenno alla possibilità di istituire un *trust* suffragando la tesi negazionista in ossequio al celebre brocardo *ubi lex voluit dixit ubi colui tacuit*.

Tuttavia sia il tenore della norma sia la sua struttura paiono deporre in senso non esclusivistico prevedendo non già un elenco ma una possibile alternativa nell'utilizzo del contratto di mandato in un comma diverso.

Ulteriore argomento rappresentato dalla *ratio* generale della nuova legge fallimentare, laddove come visto presenta una marcata impronta nel senso della privatizzazione dell'insolvenza, con depotenziamento del giudice delegato e la valorizzazione dei poteri del curatore fallimentare e del comitato dei creditori, oltre a una vasta apertura alla c.d. composizione negoziale dell'insolvenza in relazione agli accordi stragiudiziali. Tale contesto si rivelerebbe assai fertile per una piena utilizzazione del *trust* come mezzo di rapida conclusione della procedu-

ra, purché la sua istituzione sia prevista nel programma di liquidazione approvato dai creditori e dal giudice delegato.

L'ermeneutica qui proposta della norma è rafforzata dalla Relazione accompagnatrice alla riforma la quale evidenzia che la cessione di tutti i crediti «è stata dettata dall'esigenza di evitare ritardi nelle chiusure delle procedure concorsuali che, secondo il sistema previgente, sono spesso dovuti proprio ai lunghi tempi connessi alla definizione, con sentenza passata in giudicato, dei contenziosi fiscali e ordinari».

L'istituzione di un *trust* e il suo utilizzo all'interno del procedimento concorsuale si rivela dunque in pieno accordo con la priorità avvertita dal legislatore di una rapida chiusura della procedura oltre che di una maggiore privatizzazione del fallimento.

Mezzo di tutela dei creditori negli accordi di ristrutturazione dei debiti

Già il D.L. 14 marzo 2005, n. 35, cosiddetto "competitività", anticipava in alcuni punti la più organica successiva riforma. Tale provvedimento ha introdotto con l'art. 182 bis, L.F., gli accordi di ristrutturazione dei debiti, volti a disciplinare quella pratica nota come composizione negoziale dell'insolvenza spesso utilizzata nella prassi attraverso l'esperienza delle "convenzioni bancarie", nel presupposto di una ragionevole prospettiva di "reversibilità" dell'insolvenza, ma anche di liquidazione alternativa all'apertura di una procedura concorsuale.

Si prevede infatti la **facoltà in capo al**

(30) È possibile osservare il *trust* come mezzo tramite il quale realizzare una segregazione delle risorse da destinare ai creditori concorrenti anche come espressione di una ultrattività degli organi, che non sarebbe da collegare solo a previsioni eccezionali. Si veda in proposito V. De Sensi, *Recupero dei crediti erariali: trust o ultrattività degli organi del fallimento? Due soluzioni a confronto*, Relazione tenuta nella seduta di R.I.P.DI.CO. (Rivista Parlata di Diritto Concorsuale) il 14 luglio 2003 disponibile al sito www.ripdico.it.

debitore di stipulare accordi “di ristrutturazione dei debiti” con i creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento della totalità, depositando in tribunale l’accordo unitamente a una relazione redatta da un esperto sull’attuabilità dello stesso «con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei». L’accordo deve essere pubblicato nel registro delle imprese (è infatti efficace dal giorno successivo alla pubblicazione) in modo da consentire ai creditori e ad ogni altro soggetto interessato di proporre opposizione entro trenta giorni. Il tribunale provvederà all’omologazione dopo aver deciso sulle eventuali opposizioni.

Nella vigenza della precedente legge fallimentare le convenzioni bancarie ovvero gli accordi stragiudiziali, in caso di successivo fallimento, si rivelavano gravidi di rischi: sul piano civile innanzitutto in relazione alle azioni revocatorie e per quelle di abusiva concessione di credito; sul piano penale per la eventuale sottoposizione a imputazione per bancarotta preferenziale.

L’accordo è quindi **un contratto che determina una rinegoziazione del credito con efficacia limitata ai soggetti che vi abbiano partecipato**. Analogamente al c.d. *prepackaged bankruptcy* presente nell’ordinamento statunitense si presenta come un’intesa raggiunta con alcuni tra i creditori che non pregiudica in alcun modo coloro che

non vi hanno aderito e ai quali, invece, deve essere assicurato il “regolare pagamento” delle pretese vantate. Il carattere negoziale della fattispecie è esaltato dall’inoponibilità dell’accordo raggiunto ai creditori estranei e dall’efficacia dello stesso condizionata all’omologazione del giudice ⁽³¹⁾.

Le peculiarità di questo nuovo istituto possono essere brevemente riassunte.

Primariamente si rivela l’assenza della figura del commissario giudiziale, non è inoltre richiesto l’obbligo ai sensi dell’art. 163, L.F., del versamento della “somma che si presume necessaria” dal tribunale per l’ammissione alla procedura di concordato preventivo; è esente dall’azione revocatoria e soprattutto non è richiesto il rispetto della *par condicio creditorum* ⁽³²⁾.

Presenta alcune analogie con il concordato preventivo. Da un punto di vista soggettivo infatti non è richiesto alcun requisito di meritevolezza in capo al soggetto fallendo; da un punto di vista oggettivo si rivela necessaria anche in questa sede la sussistenza dello stato di crisi, che non occorre venga dichiarato.

È opportuno evidenziare che la ristrutturazione del passivo proposta per mezzo dell’accordo di ristrutturazione comprenderà rinunce da parte dei creditori all’esigibilità immediata, agli interessi o a parte del capitale, avendo tuttavia come fermo obiettivo il rendere concretamente realizzabile il regolare pagamento dei creditori estranei all’accordo ⁽³³⁾.

(31) In proposito cfr. B. Quatraro - M. Quatraro, *Accordi per risolvere le crisi d’impresa*, in *Guida al diritto*, 2006, Dossier 5, 112.

(32) Si veda sul punto S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. Cottino, *Trattato di diritto commerciale*, XI, Cedam, Padova, 2008, 157; V. Roppo, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d’impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, 364; L. Stanghellini - S. Ambrosini, *Il risanamento dell’impresa in crisi: accordi stragiudiziali e piani di risanamento*, in AA.VV., *Corso di perfezionamento “Il nuovo diritto fallimentare”*, II ed., Milano, 2007.

(33) Cfr. in merito M. Ferro, *L’accordo di ristrutturazione dei debiti nell’art. 182 bis L.F.*, in AA.VV., *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell’insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva, Crisi dell’impresa e riforma delle procedure concorsuali*, 5 maggio 2005,

Nel non remoto caso in cui la distribuzione delle risorse prodotte non sia tuttavia sufficiente ad evitare il fallimento non solo i creditori non aderenti, oltre a non essere regolarmente pagati, saranno soggetti alla falciatura del concorso, ma, rispetto a quel che si sarebbe verificato se l'accordo di ristrutturazione non fosse intervenuto o non fosse stato omologato, vedranno ridursi notevolmente la massa dell'attivo costituente la garanzia patrimoniale destinata alla soddisfazione del loro credito ⁽³⁴⁾.

Si presenta di notevole interesse verificare il possibile ruolo che può essere rappresentato dal *trust* per la valorizzazione dell'uso dell'istituto oggetto del presente progetto.

È opportuno dunque stabilire se il *trust*, istituito dal debitore segregando i propri beni personali e nominandosi *trustee* nell'interesse dei creditori sociali, resi beneficiari, e attuato nell'ambito di un accordo di ristrutturazione, regolarmente omologato dal tribunale, superi il vaglio imposto dall'art. 13 Convenzione dell'Aja che stabilisce la facoltà del riconoscimento.

Si può senz'altro convenire con la più autorevole dottrina in tema di *trust* ⁽³⁵⁾ che ha senso ricorrere al *trust* solo quando non esiste, negli strumenti messi a disposizione dal diritto civile italiano, un mezzo per realizzare lo stesso risultato, purché il programma (che è la causa concreta del negozio istitutivo del *trust*) sia lecito e persegua interessi meritevoli di tutela, così che il trasferimento al *trustee* sia causalmente giustificato dall'atto istitutivo.

Su queste basi si può dunque prospettare la possibilità che **l'istituto del *trust* abbia a svolgere un ruolo positivo proprio nel quadro degli accordi di ristrutturazione quale strumento per aumentare il livello di trasparenza**, così da mitigare il rischio, sempre latente, che i creditori meglio strutturati ed organizzati collidano con il debitore al fine di indirizzare la ristrutturazione verso un risultato sostanzialmente espropriativo delle ragioni di quelli estranei all'organizzazione.

Nella distribuzione delle risorse tra i creditori partecipanti all'accordo l'istituto del *trust* pur senza elidere in radice l'ingiustizia che può derivare dall'"*impar condicio*" fra creditori, può quanto meno attenuare le principali conseguenze che sul piano delle asimmetrie distributive l'esecuzione dell'accordo può produrre. Perché, il pericolo maggiore, insito nell'istituto, visto nella sua fisiologia, deriva non tanto dalla sua genesi, quasi interamente privatistica, ma dall'essere un contratto di durata la cui esecuzione resta interamente affidata all'autonomia privata, senza che sia esercitato alcun controllo esterno per tutta l'esecuzione dell'accordo ⁽³⁶⁾.

Nella fase esecutiva quindi, nell'incertezza sui poteri del giudice dell'omologa, in ogni caso molto contenuti, il *trust* può costituire un **più affidabile momento di controllo sui modi e sui tempi di esecuzione, oltre che sulla sua stessa conformità alla funzione economico – sociale degli accordi di risanamento**. L'istituto anglo-

consultabile sul sito internet del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili all'indirizzo www.cndc.it e G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in S. Ambrosini, *La riforma della legge fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2006.

(34) Si veda sul punto D. Manente, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, in *Il Dir. fall.*, 2008, 297.

(35) M. Lupoi, *Trust*, cit.

(36) Cfr. R. Proietti, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, (Nota a decr. Trib. Milano 11 gennaio 2007), in *Il Dir. fall.*, 2008, 136 e D. Manente, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, cit.

sassone dà dunque risalto alla figura che sembra restare fuori dalla configurazione tutta contrattuale dell'accordo, il quale tuttavia, in una certa misura, (quella di assicurarli la regolarità dei pagamenti), dall'accordo stesso è indicato come "terzo beneficiario": quella del "creditore estraneo" che, nello schema dell'art. 1411 c.c., assume la veste di terzo beneficiario, a fronte dell'impresa debitrice nel ruolo di promittente e dei creditori aderenti in qualità di stipulanti. In tale fattispecie risultano beneficiari non solo i creditori aderenti all'accordo di ristrutturazione ma anche quelli estranei, laddove la finalità da raggiungere è quella che l'esecuzione dell'accordo, omologato nella previsione che esso giovi ad entrambe le categorie, non evolva secondo modalità tali da pregiudicare l'aspettativa del regolare pagamento dei secondi ⁽³⁷⁾.

Si impone tuttavia l'esame di punti critici dell'uso del *trust* in tale materia: la sorte dell'atto dispositivo in seguito a dichiarazione di nullità dell'accordo di ristrutturazione; la situazione nei casi di *trust* "autodichiarato", ossia ove *settlor* e *trustee* coincidano; infine l'effetto segregativo sui beni conferiti dai terzi ⁽³⁸⁾.

Al fine di valutare la meritevolezza e la validità della pattuizione che riguarda la separazione dei beni costituiti in *trust*, occorrerà infatti controllare che il trattamento offerto ai creditori particolari non sia "espropriativo" delle ragioni degli stessi, ossia che non si possa ritenere che i creditori siano in grado di aspirare a un livello di soddisfazione superiore, nel caso in cui la ristrutturazione non si arre-

stasse subito, e potendo attivare gli strumenti esecutivi ordinari rispetto al loro debitore.

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 ai sensi dell'art. 1418 c.c.), nonché sicuramente l'azione revocatoria nei confronti dell'atto che trasferisce i beni al *trustee*.

Nel complesso tuttavia pur senza elidere in radice l'ingiustizia che può derivare dall'"*impar condicio*" fra creditori che l'accordo da omologare prefigura, il *trust* può attenuare le principali conseguenze che l'esecuzione dell'accordo può produrre sul piano delle asimmetrie distributive.

L'istituto anglosassone come è stato autorevolmente detto «può introdurre, una sorta di "fattore di moralizzazione", sulla sua stessa conformità alla funzione economico-sociale, per cui l'istituto dell'accordo omologato è dal legislatore stato ritenuto meritevole di tutela e non un azzardo» ⁽³⁹⁾.

Concordato preventivo

Un ulteriore utilizzo virtuoso del *trust* è ravvisabile nell'esecuzione del concordato preventivo, istituto volto ad assicurare una specifica tutela del patrimonio dell'imprenditore ricorrente. In proposito si richiama l'art. 167, L.F., secondo cui gli atti di straordinaria amministrazione non possono essere compiuti dal debitore se non previa autorizzazione del giudice delegato; ed il successivo art. 168, L.F., il quale stabilisce che dalla data di presentazione del

(37) In merito cfr. Zanchi, *Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art. 182 bis, L.F.*, in *Trust e att. fid.*, 2008, 155.

(38) Si veda sul punto F. Dimundo, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la "meno incerta" via italiana alla "reorganization"?*, (nota a decr. Trib. Milano, sez. II, 23 gennaio 2007), in *Il Fall.*, 2007, 703.

(39) Così L. Rovelli, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. fall.*, in *Trust e att. fid.*, 2007, 398.

ricorso sino all'omologazione i creditori concorsuali non possono agire esecutivamente sul patrimonio dell'imprenditore; i creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto a quelli concorrenti; operano diverse limitazioni in tema di opponibilità degli atti, di interessi, di compensazione, di obbligazioni solidali.

Una volta omologato il concordato preventivo, il patrimonio del debitore rimane dunque assoggettato esclusivamente all'adempimento degli obblighi assunti dall'imprenditore e nessuna altra pretesa di terzi estranei al concorso potrebbe più influire. Si rende opportuno quindi prevedere specifiche forme di tutela che salvaguardino le aspettative dei creditori e permettano che la situazione patrimoniale non venga pregiudicata da fatti esteriori di terzi.

Nel caso ad esempio di cessione di beni da parte di un terzo in favore del concordato, possibile in un concordato con offerta dei beni del debitore e ulteriori garanzie patrimoniali poste a disposizione dal terzo è pacifico che l'atto di disposizione del terzo possa essere contestato dai suoi creditori, laddove essi valutino l'offerta della garanzia patrimoniale effettuata in favore del concordato un atto dannoso per le loro pretese.

Inoltre nell'ipotesi in cui, salva la costituzione di garanzie reali, l'adempimento degli obblighi del concordato sia sostenuto da mezzi esterni, a differenza di ciò che si verifica per il patrimonio del debitore non si realizza un vincolo tecnico per i beni e le garanzie del terzo come conseguenza dello stesso concordato.

La giurisprudenza non aveva infatti ammesso che il creditore nell'ambito di un concordato preventivo potesse soddisfarsi del proprio credito nel procedimento di concordato preventivo mediante il ricorso alla vendita del bene, avvalendosi delle norme generali dettate in materia di garanzia pignorizia, giacché la cessione rimaneva vincolata alla procedura ai sensi dell'art. 168, L.F. (40).

Autorevole dottrina aveva in proposito sostenuto la posizione che ammetteva il ricorso alla trascrizione di cui all'art. 2649 c.c., cercando di far emergere specifiche forme di tutela del patrimonio offerto dal terzo in favore dell'esecuzione del concordato (41).

La Corte di cassazione in merito ha affermato che l'iniziativa giudiziaria in tal caso si sarebbe trasformata in un mezzo per superare la sentenza di omologazione del concordato senza ricorrere al mezzo d'impugnazione previsto per tale fattispecie, vale a dire l'opposizione ai sensi dell'art. 180, L.F., laddove il creditore fosse stato informato del procedimento e in caso contrario con il rimedio previsto invece dall'art. 404 c.p.c. (42).

Con la nuova legge fallimentare e il processo di "contrattualizzazione" delle procedure fallimentari già richiamato, si evidenzia come l'effettività degli apporti patrimoniali del terzo possa essere individuata unicamente sul piano negoziale e nella specie nella proposta offerta ai creditori. Rimangono tuttavia invariate le **esigenze di tutela dei creditori, vulnerabili specialmente nell'ipotesi in cui l'affidabilità del**

(40) Così Trib. Udine, 15 febbraio 1995, in *Il Fall.*, 1995, 668, con nota di G. Rago, *Inapplicabilità dell'art. 53, L.F., al concordato preventivo*.

(41) Si veda in proposito A. Bonsignori, *Concordato preventivo*, Zanichelli, Bologna, 1979.

(42) Cass. civ., sez. I, 3 ottobre 1988, n. 5327, in *Giust. civ.* 1989, I, 49, con nota di G. Lo Cascio, *Sentenza di omologazione del concordato ed opposizione di terzo*; P. Sambenedetto, *Concordato preventivo e cessione dei beni da parte del terzo*, in *Il Fall.*, 2001, 369.

piano non dipende dall'apporto di specifici beni, ma è rappresentato da operazioni complesse, nelle quali non è riconoscibile il contenuto patrimoniale di cui il terzo si spoglia per sopportare il superamento della crisi dell'imprenditore, risultando necessario garantire la concreta esecuzione dell'obbligo del terzo.

Al fine di conseguire l'effetto predetto è possibile costituire una società tra tutti i creditori alla quale conferire gli apporti patrimoniali destinati al loro soddisfacimento e distribuire le quote in relazione alla pretesa obbligatoria di ciascuno, ovvero conferire le risorse finanziarie destinate ai creditori ed emettere obbligazioni o titoli di debito da distribuire ai creditori.

Un'ulteriore soluzione è rappresentata dalla **costituzione in trust del patrimonio da destinare ai creditori, provvedendo a nominare un trustee il quale avrà il compito di gestirlo e di provvedere al pagamento dei debiti**.

L'atto costitutivo del trust potrebbe avere per oggetto il trasferimento in proprietà degli apporti patrimoniali sia del debitore, sia di terzi, a un mandatario destinati alla liquidazione per monetizzare le somme sufficienti a soddisfare i crediti, oppure per consentirne in loro favore l'assegnazione totale o parziale ad estinzione delle obbligazioni.

Si rivela opportuno ricordare come tra gli strumenti negoziali di separazione patrimoniale che permettono di scorpora-

re una parte di patrimonio per destinarlo allo scopo di garantire il soddisfacimento dei creditori concorsuali, oltre al *trust*, a seguito della legge n. 51 del 2006, si è introdotto l'art. 2645 ter c.c., il quale ammette espressamente la trascrivibilità degli atti di destinazione in genere per la realizzazione di fini meritevoli di tutela ⁽⁴³⁾.

In tale nuova disposizione si individua che gli elementi caratterizzanti sono: la presenza di un soggetto conferente, la possibilità di trasferire beni immobili o mobili registrabili, l'indicazione della durata del negozio, la necessità di realizzare interessi meritevoli di tutela, la "riferibilità" dei soggetti che possono giovare del negozio, la funzionalizzazione del vincolo alle finalità, il regime di pubblicità e di responsabilità dei beni. Tralasciando le numerose questioni in merito alla meritevolezza degli interessi ⁽⁴⁴⁾ si vuole qui solamente puntualizzare in merito alla relazione che tale norma può avere con il *trust*, che i beni sui quali è impresso il vincolo, possono essere aggrediti per i debiti contratti per il fine in relazione al quale l'istituto è stato adottato, sebbene si prescinda dallo stato soggettivo del creditore, affrancando l'opponente da oneri probatori.

Riguardo inoltre all'attitudine del negozio a produrre effetti traslativi si fa notare che l'Agenzia delle entrate ⁽⁴⁵⁾, con la circolare colare n. 5 del 2006 ha puntualizzato che «detti atti di destinazione producono soltanto effetti di tipo vincolativo» e che

(43) Per tutti si veda R. Franco, *Il nuovo art. 2645 ter cod. civ.*, in *Notariato*, 2006, 315.

(44) Si veda a proposito le osservazioni di A. Gambaro, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *Trust e att. fid.*, 2007, 169, dove sostiene che «la meritevolezza deve essere intesa nel senso che l'interesse promosso dalla creazione di una proprietà nell'interesse altrui deve essere migliore rispetto a quello dei creditori del disponente» per cui «è dubbio che il disponente possa designare come beneficiario sé medesimo, come invece avviene nel diritto dei *trusts*». In quest'ottica, non soccorrerebbe il criterio, generalmente recepito, dopo l'adozione della Carta Costituzionale, dell'equivalenza della meritevolezza degli interessi con il concetto di non illiceità.

(45) Cfr. Agenzia delle entrate, circolare 7 agosto 2006, n. 5.

«i beni pur venendo segregati rispetto alla restante parte del patrimonio del conferente, restano comunque nella titolarità giuridica del conferente medesimo».

Ciò rappresenta un ulteriore punto a favore della possibile utilizzazione nell'ambito del concordato preventivo della separazione patrimoniale laddove all'atto costitutivo del *trust* seguirebbe la **nomina di un trustee che adempia alle attività necessarie per realizzare l'ulteriore scopo di destinare i beni che hanno formato oggetto del trasferimento alla liquidazione o all'assegnazione ai creditori in pagamento delle loro pretese obbligatorie**. In tal modo si renderebbero sicuramente più semplici gli accordi negoziali su cui poggia il piano di risanamento, fornendo inoltre garanzie in termini di affidabilità ai creditori.

La figura del fiduciario nella fattispecie sarebbe incarnata dal commissario giudiziale, sebbene sarebbe più opportuno la nomina di un terzo al fine di scongiurare possibili conflitti tra gli organi della procedura ⁽⁴⁶⁾.

Si potrebbe inoltre configurare l'ipotesi che, nell'ambito di accordi tra l'imprenditore e un terzo che assuma gli obblighi del concordato, si realizzino accordi "a valle" tra questi ultimi due soggetti per la regolamentazione degli interessi che caratterizzano l'intesa a monte. È importante in proposito l'accertamento della natura del negozio che giustifica l'apporto patrimoniale del terzo al concordato per quanto riguarda la qualificazione gratuita od onerosa dell'atto stipulato con inevitabili ripercussioni sull'azione revocatoria esperita dai creditori del terzo i quali avanzano pretese sul patrimonio costituito in *trust*.

In conclusione si osserva dunque come nelle procedure concorsuali tale istituto possa esplicitare le sue potenzialità, rappresentando un utile strumento sia a favore della classe creditoria sia in relazione al possibile salvataggio dell'impresa, *a fortiori* dopo la riforma del 2006 e il decreto correttivo del 2007 in cui si è ampliata libertà di forme che governa l'ambito fallimentare. ■

(46) Sul punto si veda Trib. Parma, 3 marzo 2005, con nota di L. Panzani, *Trust e concordato preventivo*, *Il fall.*, 2005, 553.