

Matricola n. 0000376981

**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITA' DI BOLOGNA**

**FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA SPECIALISTICA IN GIURISPRUDENZA**

**LA REVOCABILITA' FALLIMENTARE
DEL TRUST**

**Tesi di Laurea in
Diritto Fallimentare**

Relatore

Prof. Elena Frascaroli Santi

Presentata da

Manuel Pluchino

**Sessione III
Anno Accademico 2010/2011**

INDICE

INTRODUZIONE.....4

CAPITOLO I

Il Trust: aspetti civilistici

1. Nozioni fondamentali.....8

2. Le singole posizioni soggettive.....20

3. La Convezione dell'Aja..... 25

4. I primi orientamenti giurisprudenziali.....37

5. L'atto istitutivo e la segregazione patrimoniale..... 39

6. Ammissibilità del Trust interno e responsabilità patrimoniale..... 47

7. Problematiche inerenti alla trascrivibilità nei Pubblici registri..... 59

8. Invalidità o revocabilità dell'atto di dotazione del Trust..... 61

9. Conclusioni..... 65

CAPITOLO II

Il nuovo regime della revocatoria fallimentare

1. Disciplina generale.....	69
2. La revocatoria ordinaria.....	73
3. L'azione revocatoria fallimentare.....	78
4. Il nuovo sistema delle esenzioni.....	86
5. L'inefficacia <i>ex lege</i>	96
6. Opponibilità dell'inefficacia e della revoca del terzo acquirente.....	97
7. Effetti dell'inefficacia e della revoca.....	99
8. Conclusioni.....	106

CAPITOLO III

Azione revocatoria e Trust

1. Azione revocatoria, principio di responsabilità patrimoniale e ordine pubblico.....	109
2. Convenzione dell'Aja e tutela dei creditori.....	115
3. Garanzia patrimoniale, concorso dei creditori e autonomia privata.....	121

4. Effetto segregativo del Trust e le limitazioni legali al principio dell'universalità del patrimonio.....	127
5. Il vincolo di indisponibilità e l'inefficacia <i>ex lege</i>	132
6. Beni non soggetti al fallimento.....	140
7. Il principio della terzietà del giudice.....	142
8. Azione revocatoria e Trust.....	145
9. Danno e azione revocatoria nel Trust.....	148
10. Revoca degli atti dispositivi: atti a titolo oneroso e a titolo gratuito.....	151
11. L'opponibilità ai terzi.....	169
12. Conclusioni.....	172
BIBLIOGRAFIA	176
GIURISPRUDENZA	196

INTRODUZIONE

Lo strumento giuridico del Trust, introdotto in Italia con legge n. 364 del 16 ottobre 1989 entrata in vigore il 1° gennaio 1992, in seguito alla ratifica della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, presenta un'indubbia efficacia legale sia nel campo successorio che in quello societario, assumendo un ruolo di primo piano nello scenario dottrinale e giurisprudenziale del panorama giuridico italiano.

L'istituto giuridico del trust nasce negli ordinamenti di common law come atto unilaterale, non assimilabile ai contratti di civil law, con il quale si permette ad un disponente (settlor) di trasferire delle quote o tutto il patrimonio ad un trustee, creando di conseguenza una segregazione patrimoniale. Si ha segregazione patrimoniale poiché il bene esce dalla proprietà del primo ed entra nella titolarità del secondo, andando a creare una massa distinta del patrimonio del trustee e affidando allo stesso il compito di amministrarla secondo buona diligenza e ritrasferirla ai beneficiari designati (qualora vi siano) dopo uno tempo prestabilito dal disponente.

Il trust comunemente viene percepito come l'equivalente anglosassone del mandato fiduciario dei paesi di civil law; le differenze sono molteplici e particolarmente profonde. Nel mandato fiduciario la proprietà dei beni appartiene solo formalmente al fiduciario, che è obbligato a rispettare tutte le disposizioni del fiduciante, ivi compreso l'eventuale ordine di restituzione.

Nell'istituto del trust invece il trustee è pieno proprietario del bene in trust, vincolato nell'esercizio del proprio diritto dalle disposizioni contenute nell'atto istitutivo, da esercitare nell'interesse del beneficiary. Il trustee può disporre liberamente

del bene (sempre nel rispetto delle eventuali condizioni del disponente), potendolo alienare, permutare, fittare, dare a garanzia. La figura del trustee si differenzia dal proprietario in senso stretto per la mancanza della facoltà di distruggere, ad esempio, il bene in trust. Conseguenza diretta della protezione del bene in trust è la compressione del diritto di proprietà subita dall'apposizione di un vincolo a tutela di interessi riconosciuti legittimi.

La Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento ha prodotto nell'ultimo ventennio un consistente aumento d'interesse non solo a livello nazionale ma anche internazionale, sia da parte dei giuristi (con particolare rilievo agli aspetti operativi) sia da parte dei fruitori dei servizi economici, i quali, dato il continuo aprirsi del mercato internazionale, domandano strumenti giuridici sempre nuovi e capaci di soddisfare interessi che si stanno sempre più diversificando.

Nel diritto italiano l'istituto del trust può trovare ampia applicazione per le più varie finalità (gestioni fiduciarie, passaggi generazionali di beni ed aziende familiari, destinazioni di beni a finalità caritatevoli, protezione patrimoniale, ecc). I vantaggi sono notevoli ed evidenti: rilevante è la flessibilità di tale istituto rispetto ai tradizionali e noti strumenti del diritto italiano anche per quanto concerne i possibili vantaggi economici. Per queste sue caratteristiche il trust ben si concilierebbe ad un utilizzo di massa anche in sostituzione di strumenti giuridici più tradizionali e diffusi; occorre tuttavia evidenziare il notevole ritardo con cui l'ordinamento italiano, ma anche la maggior parte dei giuristi italiani, hanno recepito e favorito il radicamento di tale istituto.

La legge comunitaria 2010 ha delegato il Governo (Capo II art. 11) a introdurre e a disciplinare nell'ordinamento giuridico italiano l'istituto del trust. Il Ministro Alfano ha presentato il disegno di

legge n. 2284 con cui si delega il Governo ad apportare modifiche al Codice Civile in materia di disciplina della fiducia e del contratto autonomo di garanzia.

La disciplina della "fiducia" ha lo scopo di colmare le lacune del nostro sistema giuridico che, nonostante l'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja applicabile ai trust e al loro riconoscimento, non prevede una completa disciplina positiva di tale istituto. La legge comunitaria e il disegno di legge n. 2284 traggono ispirazione dal modello francese dell'istituto della "fiducie". La Francia infatti ha previsto l'estensione alle persone fisiche e alle persone giuridiche non sottoposte all'imposta sulle società, della capacità di costituire una "fiducie", consentendo anche agli avvocati di rivestire la qualità di fiduciari. L'Italia, ricalcando il modello riformista francese, sta dunque cercando di completare quel processo di modernizzazione e ricercare una maggiore attrattiva giuridica dell'istituto del trust con la creazione di una disciplina nazionale ad hoc per poter sfruttare al meglio e a pieno le potenzialità di questo istituto giuridico.

Il presente elaborato ha come obiettivo, la ricostruzione della disciplina del trust. Punto di partenza è una doverosa introduzione sulle origini dell'istituto, sui suoi tratti salienti, nonché sulle modalità e sul funzionamento nel nostro ordinamento. Una sezione a parte e autonoma sarà riservata alla disciplina della revocatoria ordinaria e della revocatoria fallimentare (riguardante gli atti di disposizione del patrimonio del fallito che pregiudicano o possono pregiudicare i creditori con i relativi nuovi casi d'esonero); ed infine verrà effettuata un'analisi sull'istituto del trust in relazione alla stessa disciplina della revocatoria.

L'elaborato si svilupperà pertanto in tre sezioni principali:

- origine, aspetti civilistici dell'istituto e problematiche*

operative;

- *atti di disposizione del patrimonio posti in essere dal fallito che pregiudicano o potrebbero pregiudicare i creditori alla luce delle discipline della revocatoria ordinaria e della revocatoria fallimentare;*
- *esamina del trust in relazione alla revocatoria, valutando i presupposti e i modi di applicazione di tale disciplina.*

CAPITOLO I

Il Trust: aspetti civilistici

1. Nozioni fondamentali

Il trust è un istituto giuridico riconducibile al sistema anglosassone di common law, sorto nell'ambito della giurisdizione di equity¹. È un istituto giuridico polivalente, che può servire a regolare una molteplicità di rapporti giuridici di natura patrimoniale, nell'interesse di uno o più beneficiari o per uno specifico scopo. Il trust crea la possibilità di strutturare in vario modo posizioni giuridiche basate su legami fiduciari² ed è caratterizzato da elementi di notevole duttilità funzionale e strutturale che ne consentono l'applicazione a casi e per scopi diversi. "Trust" è un sostantivo inglese che, letteralmente, significa "fiducia", anche se più propriamente andrebbe inteso col significato di "affidamento"³; in quanto l'affidamento costituisce l'essenza del trust con una duplice valenza:

- il trustee ha il potere di controllo sull'oggetto del trust; pertanto non può essere data attuazione a nessun meccanismo di trasferimento di alcun diritto se non è disposto dal trustee;
- il beneficiario dovrà fare affidamento sul fatto che il trustee si comporti secondo le prescrizioni di legge.

Una prima definizione può essere circoscritta e identificata a quel rapporto fiduciario il cui fine è la segregazione patrimoniale di un determinato patrimonio,

¹ All'interno del Common law esiste un'ulteriore bipartizione tra Law ed Equity. Tale bipartizione riflette la struttura del sistema di corti inglesi e delle rispettive competenze; la distinzione è fondamentale sia nel diritto sostanziale che processuale: la differenza si sostanzia in ordine non logico ma procedurale; le azioni e i relativi diritti discendenti dal sistema di *Common law* (ad es. l'azione di responsabilità per danni) sono detti in law, mentre gli altri diritti e azioni (es. l'azione di risoluzione contrattuale) sono detti in equity.

² vedi www.soluzioni-legali.eu

³ In tal senso Lupoi.

disposta da un soggetto chiamato disponente (settlor), nell'interesse di un beneficiario (beneficiary) o per una determinata finalità. La gestione e l'amministrazione del patrimonio sono affidate ad un fiduciario (trustee). Il trustee è incaricato di un obbligo di gestione, di amministrazione a vantaggio di un terzo soggetto beneficiario o per uno scopo prestabilito dal costituente⁴, secondo quanto stabilito dal settlor nell'atto costitutivo del trust.

La caratteristica più rilevante del negozio (rispetto ai concetti di proprietà e di garanzia patrimoniale tradizionalmente conosciuti nel nostro ordinamento) è che i beni o i diritti oggetto del trust costituiscono un patrimonio separato da quello del trustee (c.d. segregazione patrimoniale), inattaccabile dai suoi creditori, oltre che, ovviamente, da quelli del disponente.

La specificità del diritto dei trust sta nel combinare un effetto reale con un effetto obbligatorio e nel rendere quest'ultimo opponibile ai terzi, il tutto secondo presupposti e con effetti diversi da quelli ai quali farebbe normalmente ricorso la cultura civilistica⁵.

E' una figura giuridica che non è possibile incardinare all'interno di schemi rigidi o di figure predeterminate, ma esistono tante possibili forme per le molteplici finalità da perseguire: da quelle legate alla mera gestione dei beni, a quelle di tutela della propria discendenza o di soggetti svantaggiati, a quelle di pura beneficenza, a quelle di garanzia del credito, ecc. I vantaggi sono molto evidenti in relazione alla flessibilità dell'istituto rispetto ai tradizionali e noti strumenti del diritto italiano nonché ai possibili vantaggi economici. Per questa sua caratteristica il trust ben si presterebbe ad un utilizzo di massa anche in sostituzione di strumenti giuridici più tradizionali e diffusi.

Il trust ha avuto il suo primo riconoscimento di rilievo nell'ordinamento italiano soltanto dopo la ratifica della "Convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento" adottata a L'Aja in data 1 luglio 1985, con la Legge 9 ottobre 1989 n. 364, entrata in vigore l'1 gennaio 1992. Prima di tale data il trust era un illustre istituto giuridico che mai è riuscito ad avere piena applicazione nei

4 P. PICCOLI, *Possibilità operative ne del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la convenzione dell'Aja*, in *Riv. Not.*, 1995, cit., pag. 38.

5 M. LUPOLI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, 2010, pag. 8.

Paesi del civil law (prima di allora il trust era pressoché sconosciuto⁶). La Convenzione non ha recepito una tipologia precisa di trust, ma lo ha identificato come una fattispecie aperta e valida anche per gli ordinamenti di civil law (c.d. Trust amorfo).

Alcune divergenze in dottrina si incontrano già in sede di definizione dell'istituto: c'è chi parla di rapporto fiduciario⁷, chi di rapporto trilaterale⁸, alcuni lo definiscono un'obbligazione non nascente dallo *ius civile*⁹, altri un'obbligazione naturale¹⁰ e per altri ancora si tratterebbe di un trasferimento di proprietà¹¹.

È doveroso precisare che la Convenzione dell'Aja è una convenzione di diritto internazionale privato, finalizzata a risolvere i conflitti tra le normative dei vari ordinamenti che conoscono il trust, individuando il diritto applicabile; si preoccupa inoltre di rendere applicabile tale istituto anche in quegli Stati in cui ancora non è stata data attuazione ad una disciplina interna.

Numerose problematiche sono riconducibili alle difficili applicazioni dell'istituto in esame, in quanto l'Italia non ha mai approvato una normativa nazionale che ne disciplini il contenuto e il regime giuridico, il quale vive, perciò, nei limiti del riconoscimento conseguente alle norme della Convenzione dell'Aja e in base al rinvio da questa disposta alle normative straniere.

Le difficoltà di adattamento di tale istituto nel nostro ordinamento consiste nel fatto che mettendo a confronto ordinamenti giuridici diversi, ci si trova spesso di fronte ad una intraducibilità di concetti. Analizzando istituti come quello in questione non dovrebbero essere utilizzate espressioni astratte, tipiche del nostro ordinamento; ma si dovrebbe tentare di osservare le forme e le manifestazioni del

6 A. TONELLI, *Il Trust familiare e la tutela del minore*, lezione tenuta nel corso di formazione in Diritto di famiglia e minorile, svoltosi a Bologna il 24 febbraio 2005.

7 P. PICCOLI, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trust dopo la Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Not.* 1995, pag. 38.

8 C. LICINI, *Una proposta per strutturare in termini monistici l'appartenenza nel rapporto di "fiducia anglosassone" (trust)*, in *Riv. Not.*, 1996, pag. 125.

9 M. LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita Not.*, 1992, pag. 973.

10 AA.VV., *Fondazione, trust ed asset protection trust: prospettive applicative per i soggetti residenti in Italia*, in *Italia oggi, documenti, parte V*, 16 luglio 1993, pag. 68.

11 R. GROSSO, *La Convenzione sulla legge applicabile ai trusts: brevi spunti di riflessione*, in *Riv. Not.*, 1991, pag. 995.

trust nel sistema in cui è stato elaborato.

Nei Paesi di civil law, per ovvie ragioni, l'istituto non è conosciuto; uno dei motivi di tale estraneità è da ricondurre all'accezione diversa del diritto di proprietà attribuibile all'esperienza romanistica rispetto alle situazioni giuridiche che si determinano nel trust di matrice anglosassone.

Al nostro ordinamento viene data la possibilità di introdurre nuovi assetti negoziali idonei a realizzare i più disparati interessi sempre che, ovviamente, quest'ultimi risultino essere leciti, e che non trovino soddisfazione con i negozi giuridici tradizionali. Molti interessi possono essere soddisfatti anche con l'utilizzo di strumenti giuridici noti, ad esempio con la costituzione di nuove persone giuridiche, di associazioni, fondazioni, tutti strumenti che, essendo utilizzati con gli schemi previsti dalla legge prevedono una serie di inconvenienti collaterali.

Considerando quanto detto si deduce che il trust¹²:

- a. fornisce una migliore garanzia rispetto all'ipoteca e al pegno nella concessione di prestiti e finanziamenti, anche obbligazionari;
- b. attua una efficace garanzia reale su beni fungibili di cui sia necessario finanziare l'acquisto e la loro trasformazione;
- c. consente la segregazione di somme ricevute per conto di terzi ed evita che siano confuse con le somme personali del ricevente;
- d. nei casi di crisi dell'impresa, è stato impiegato a supporto di concordati preventivi, ed in caso di fallimento, quale mezzo efficace per il recupero integrale dei crediti fiscali del fallimento.

Per la prima volta in Italia l'istituto è stato preso in considerazione sotto il profilo

¹² M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, 2010, pag. 56.

fiscale dalla legge finanziaria 2007 e da alcune circolari dell'Agenzia delle Entrate, prima fra tutte la n. 48/E del 2007, al solo fine di regolamentarne con chiarezza gli aspetti fiscali e tributari. La scelta del legislatore italiano, di non recepire la disciplina nell'ordinamento ha destato alcune perplessità, ed è in contrasto con quella del legislatore francese il quale ha preferito accogliere il trust nel diritto interno in modo che gli operatori nazionali potessero essere maggiormente competitivi rispetto ai Paesi del common law¹³.

Negli ordinamenti del civil law, così come in quello italiano, il principio generale è che su ciascun bene materiale non può esservi più di un diritto di proprietà¹⁴. Ben diversa è la comproprietà, in cui tutti i soggetti sono contitolari, ognuno in ragione di una propria quota, di un unico diritto di proprietà riferibile ad un'unica *res*.

Il diritto di proprietà si configura come il potere di godere e disporre della cosa in modo esclusivo, pieno ed illimitato (se non per i limiti imposti dalla legge)¹⁵ e vi è un rapporto inscindibile tra la titolarità formale e la disponibilità economica.

Focalizzando l'attenzione sul diritto inglese si può riscontrare, invece, come il trust può presupporre un concetto di "proprietà" duplice riferibile a due soggetti distinti:

- Il trustee;
- ed il beneficiary.

Il diritto di proprietà è, dunque, scisso in due parti. Il diritto inglese, in altri termini, permette che, in relazione ad un bene materiale, insistano una somma di diritti o di facoltà non ravvisabili e riferibili necessariamente ad un unico soggetto. Nei sistemi di civil law, viceversa, il diritto di proprietà ha la caratteristica della esclusività¹⁶, non è pensabile che esistano due diritti di proprietà sulla medesima

13 A. GAMBARO, *Il trust in Italia, Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, pag. 1218.

14 A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1995, pag. 416 - 417.

15 Art. 832 c.c. - *"Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico"*.

16 TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., pag. 416; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*,

res; può tuttavia essere ammesso che altri soggetti siano titolari di altri diritti reali parziari sulla stessa cosa, che comprimono il diritto di proprietà.

Il proprietario ha il potere di costituire un diritto parziario a favore di un terzo; tuttavia tale diritto non può essere considerato un diritto di proprietà, semmai una limitazione del diritto di proprietà dello stesso proprietario. La coesistenza sopra lo stesso bene della proprietà con altrui diritti reali è possibile perché la proprietà, anche con limiti, non perde né la sua natura né la prevalenza qualitativa rispetto al diritto parziario. Il carattere della pienezza della proprietà è riferibile certamente al contenuto normale del diritto; se talune facoltà vengono trasferite ad altri soggetti, non si tratta di una parte della proprietà ma della creazione di diritti autonomi che vanno a comprimere l'estensione della stessa.



Nei Paesi appartenenti al common law, ciascuno può essere invece titolare di un autonomo diritto di proprietà sullo stesso bene¹⁷; potranno insistere vari diritti di proprietà, chiaramente di diverso grado, su una medesima *res* riferibile a più soggetti in relazione ai vari interessi da perseguire, in virtù di un trust o di qualsiasi altro istituto idoneo a costituirli.

Napoli, 2001, pag. 207.

17 E. MARÈ, *Trust e scissione del diritto di proprietà*, in *Corr. Giur.*, 1995, pag.163.

Si può dunque affermare in prima approssimazione che nel trust si ha uno sdoppiamento del diritto di proprietà tra un soggetto (il trustee) che è proprietario dei beni al solo fine della gestione, ed un altro soggetto (il beneficiary) che ne è proprietario al fine del godimento.

Le applicazioni pratiche del trust sono innumerevoli e non traggono origine dall'entità e dai valori dei beni a cui si destinano. La tipologia dei trust possono essere suddivisi in tre grandi ambiti di applicazione: quelli di interesse familiare, quelli di interesse professionale ed infine aziendale¹⁸.

I trust per l'amministrazione e protezione del patrimonio familiare possono prevedere:

- La definizione in vita delle vicende successorie del proprio patrimonio personale e familiare, in modo più discreto, efficace e flessibile rispetto alle disposizioni testamentarie. Protezione di parti specifiche del patrimonio familiare e loro destinazione a qualche erede in particolare;

Esempio: Beni da destinare ad un figlio naturale o a persone estranee alla famiglia.

- La gestione separata di una parte di patrimonio mobiliare, senza che questa possa essere coinvolta dalle vicende imprenditoriali o familiari del resto del patrimonio;

Esempio: una gestione titoli da utilizzare dopo la cessazione dell'attività, ovvero destinata ad un erede in particolare.

- Tutela di minori ed incapaci;

Esempio: il trustee avrà il compito di provvedere al mantenimento e al sostentamento di "soggetti deboli", grazie alla costituzione preventiva di un fondo

¹⁸ Vedere classificazione in www.studiobisconti/trust.

patrimoniale da parte dei genitori o terzi soggetti.

In ambito professionale il trust può essere utilizzato:

- Per la separazione di somme detenute per conto dei clienti dal proprio patrimonio personale;

Esempio: apertura di conti in trust da parte di professionisti, notai, avvocati, commercialisti.

- Per le operazioni immobiliari, multi- proprietà, locazione di immobili, escrow account;

Esempio: apertura di un conto corrente bancario vincolato in trust per svariate finalità (solitamente con scopi di garanzia in una transazione economica o all'interno di un contratto).

- Per la costituzione di patrimoni di scopo, cioè di un fondo patrimoniale destinato al raggiungimento di specifici obiettivi;

Esempio: si parla in questo caso di “Purpose Trust” o “Trust di Scopo”. Questi Trust hanno frequentemente un carattere umanitario e sono spesso definiti anche “Charitable Trust”: il patrimonio detenuto in Trust viene in tali casi devoluto in beneficenza ad enti, associazioni e organizzazioni.

In ambito aziendale possono essere previsti trust:

- Per la garanzia di transazioni commerciali, prestiti obbligazionari, mutui e altre forme di finanziamento dal proprio patrimonio personale;

Esempio: un trust avente per oggetto un immobile può essere una garanzia

migliore rispetto ad un'ipoteca sull'immobile, in termini di rapidità, efficacia ed economicità.

- Per l'assegnazione di "stock options" a dipendenti e manager;

Esempio: un pacchetto di azioni dell'azienda di famiglia può essere mantenuto in un trust, i cui beneficiari sono coloro che hanno realizzato determinati obiettivi aziendali; questo schema si presta anche a risolvere questioni di successione di padre in figlio in azienda.

- Meccanismi di raggruppamento di voti più efficace dei sindacati di voto;

Esempio: se i pacchetti azionari di diversi gruppi di proprietari sono conferiti in un trust, anche solo per una specifica delibera assembleare, si ha un'unica manifestazione di volontà, più solida ed affidabile di un sindacato di voto; questa tecnica può essere d'aiuto in caso di conflitti tra diversi gruppi di azionisti, ovvero se c'è rischio di scalate.

- Pianificazione della successione aziendale, operazioni societarie straordinarie;

Esempio: passaggio generazionale dell'azienda di padre in figlio, riorganizzazione di gruppi societari tutelando gli interessi degli azionisti.

Il trust ha trovato ampi consensi nella dottrina sia commerciale che fallimentare per la sua applicazione anche in materia concorsuale, quale strumento in sede di liquidazione dell'attivo:

- conferimento in trust delle attività residue non suscettibili di

monetizzazione nel corso del fallimento;

- utilizzato negli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis l.f.*;
- ammissione alla procedura del concordato preventivo con la nomina del Commissario Giudiziale quale trustee;
- applicazione del trust avente funzione di garanzia a favore della curatela fallimentare, dopo l'accoglimento della revocatoria, con sentenza non passata in giudicato.

I beni che possono essere conferiti in trust sono sia beni mobili che immobili e tutti i diritti reali che appartengono a persone fisiche e/o società (titoli di credito, conti bancari, somme di denaro, azioni di famiglia, quote di società immobiliari, preziosi, opere d'arte, quote di fondi comuni d'investimento, azioni quotate in Italia o all'estero, immobili, autoveicoli, imbarcazioni, mobili e arredi).

Il trust pertanto potrà avere ad oggetto sia la proprietà che la nuda proprietà di un bene. Per quanto riguarda invece le modalità di trasferimento al trustee, di volta in volta dovranno essere valutate le caratteristiche dei diversi beni per applicare le giuste regole di attuazione.

La cessazione del trust – e, quindi, degli obblighi gravanti sul trustee – si ha:

- per la scadenza del termine previsto;
- per il verificarsi di una causa di scioglimento prevista nell'atto istitutivo del trust;
- oppure per il consenso di tutti i beneficiari.

Con la cessazione, i beneficiari diventano titolari della trust property e possono ottenere il trasferimento dei beni, in questo modo liberando il trustee da obblighi e responsabilità.

Il trust è un rapporto giuridico di affidamento, pertanto esso viene meno quando

vengono meno i beni affidati al trustee, vale a dire¹⁹:

- quando il trustee, titolare del potere di individuare i beneficiari del fondo o comunque di attribuire a ciascuno di essi quanto ritiene del fondo, esaurisca il fondo esercitando tale potere;
- quanto il trustee distribuisce il fondo in trust ai beneficiari del fondo al termine previsto;
- quando si verifica la sopravvenuta mancanza del fondo (ad esempio quando il fondo perisca e non sorga alcun diritto contro terzi né verso un assicuratore).

Il sopravvenire del termine finale non produce alcun effetto paragonabile alla liquidazione di una società o altro ente; semplicemente, il fondo in trust appartiene ai beneficiari del fondo e il trustee è tenuto a trasferirlo a loro. Nella pratica questo principio non è così semplice da attuare, basti pensare alle dichiarazioni fiscali relative all'ultimo anno a alle correlativa responsabilità del trustee. Inoltre, possono esistere passività non ancora manifestatesi o soggette a contestazioni.

La scelta di istituire un trust si basa sulla constatazione che tale strumento giuridico sia spesso l'unico nel nostro ordinamento che consente in modo efficace e completo di realizzare i desideri e gli interessi meritevoli di tutela di un cittadino italiano.

Affinché il trust svolga la sua funzione protettiva il trustee:

- a. non deve avere delle pregresse situazioni di debito patologiche;
- b. deve affidare al trustee;
- c. deve perseguire solo leciti interessi.

¹⁹ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, 2010, pag. 58.

La ricerca di un legittimo risparmio fiscale costituisce solo una conseguenza e non l'obiettivo dell'istituzione di un trust.

Valutando gli strumenti di tutela dei creditori predisposti dal nostro ordinamento si nota come che il trust c.d. Interno risulta essere lo strumento meno idoneo per conseguire scopi illeciti.

Il trasferimento di beni e diritti al trustee è quindi:

1. strumentale al perseguimento delle finalità del trust;
2. temporaneo, in quanto, prima o poi, le posizioni soggettive detenute in trust verranno trasferite dal trustee ai terzi beneficiari, od impiegate per il raggiungimento dello scopo del trust.

2. Le singole posizioni soggettive

All'interno del trust vi sono tre differenti posizioni giuridiche:

- Il disponente (*settlor*). Soggetto che promuove o istituisce il trust.

Il termine settlor viene spesso utilizzato come sinonimo di “disponente”, ma il significato dei due termini non è perfettamente coincidente (bisogna sempre fare attenzione alla pericolosità del veicolo linguistico). Il primo si riferisce al settlement: particolare tipo di trust, che vincola di solito, un patrimonio immobiliare. Il termine “disponente” invece è utilizzabile in via residuale per tutti gli altri tipi di trust che non sono dei settlement. Il disponente in linea generale, non è titolare di alcun diritto né di alcun potere, può tuttavia riservarsi determinati diritti di ingerenza sul patrimonio costituito in trust e può attribuirsi dei poteri di controllo sul trustee impartendo disposizioni vincolanti²⁰.

Tra il disponente e il trustee rimane un rapporto fiduciario; ad ogni modo il disponente è legittimato a far conoscere la propria volontà al trustee nel corso dell'istituzione del trust in modo tale che fra di loro possa instaurarsi un rapporto di consultazione anche permanente. Questo non deve limitare la pienezza all'affidamento ma dà invece maggiori indicazioni al trustee per poter svolgere il proprio compito.

Il costituente del trust può procedere in due modi:

1. dichiarandosi “trustee” di taluni suoi beni;
2. oppure trasferendo, o per meglio dire, porre sotto il controllo di una persona (trustee) o più persone (trustees) i beni affinché li detengano e li gestiscono in favore di uno o più beneficiari.²¹

20 M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, 2010, pag. 58.

21 “La posizione soggettiva segregata è una posizione soggettiva che il disponente trasferisce al trustee per una certa legittima finalità, alla cui realizzazione il trustee è preposto quale affidatario

- L'amministratore o il gestore (*trustee*);

L'amministratore è colui che ha il compito di gestire il patrimonio intestato secondo le regole stabilite dal disponente. Tra il disponente e il trustee esiste un rapporto di affidamento: non è possessore o detentore dei beni in trust, ma né è titolare, ha diritti pieni e incondizionati sul fondo in trust, anche se tali beni costituiscono un patrimonio separato rispetto al suo. Si impedisce che terzi contraenti possano dedurre un difetto di legittimazione negoziale del trustee, confondendolo con un gestore di beni altrui. Il trustee è un gestore di beni "propri" destinati a terzi.

Il trustee ha il potere di disporre dei beni e può anche alienarli, ma non ne ha il godimento né può distruggerli o sottrarli al soddisfacimento dello scopo a cui sono destinati²²: pure essendo titolare dei beni incontra stringenti limiti nell'esercizio dei poteri di amministrazione e di disposizione. Il primo dovere del trustee è quello di prendere possesso dei beni costituiti, tutelarne l'integrità e porre in essere tutti gli atti di amministrazione necessari per realizzare la volontà del disponente. Deve impiegare la dovuta diligenza nel conservare la trust property, ed è inoltre obbligato a tutelare i beni in trust contro i terzi, a informare e tenere un rendiconto per i beneficiari. Si tratta per il trustee di un incarico personale che non permette la delega per alcun tipo di attività a meno che non sia previsto nell'atto istitutivo. Il trustee non deve confondere i beni in trust con i propri, mantenendo quindi i primi sempre identificabili e ben distinti dai secondi.

Un ulteriore dovere è quello di lealtà, che gli impone di operare in modo da non perseguire interessi e vantaggi personali: il dovere di lealtà è da valutare nella sua accezione in senso oggettivo, con la conseguenza che nel caso di conflitto di interessi non è rilevante la buona o la mala fede.

della posizione medesima"; così M. LUPOI, *I trust in diritto civile*, relazione al Corso del Consiglio Superiore della Magistratura "I regimi dei patrimoni separati: dai trusts ai nuovi modelli di segregazione dei beni", Roma, 3 luglio 2003, disponibile sul sito Internet <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/9029.pdf>.

²² E. ANDREOLI, *Il trust nella prassi bancaria e finanziaria*, cit., pag. 53-55; P. PICCOLI, *Possibilità operative nel trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la convenzione dell'Aja*, in *Riv Not.*, 1995, cit., pag. 40.

Il trustee ha il diritto di essere ritenuto indenne dalle spese derivanti dal compimento della sua attività. La sua attività è generalmente gratuita, ma è lo stesso disponente a prevedere spesso un compenso.

Il trustee deve rispondere, in genere, per qualsiasi infrazione della fiducia che determini perdite o danni: la responsabilità è però esclusa nell'ipotesi in cui abbia agito con il consenso di tutti i beneficiari/o e conformemente alla legge, quando la violazione sia dovuta a forza maggiore o ad errore scusabile, oppure quando essa sia stata autorizzata preventivamente dall'Autorità Giudiziaria ovvero si giustifichi in base alla circostanza che, nel caso concreto, l'adempimento delle disposizioni del trust avrebbe comportato una violazione di legge²³.

Il trustee può anche essere sostituito nei casi previsti dall'atto costitutivo o da disposizioni legislative; in casi particolari può essere sostituito dall'autorità giudiziaria laddove sia inadempiente e non agisca secondo gli scopi del trust.

In passato l'ufficio di trustee veniva ricoperto esclusivamente da persone fisiche, amici di famiglia del disponente o professionisti di sua fiducia.

In Italia non è raro che venga affidato il compito di trustee a persone giuridiche specializzate: "Trust Company".

Una Trust Company è una società costituita appositamente per svolgere l'attività di trustee in modo professionale. In questo modo il disponente di un trust²⁴:

- a. desidera affidarsi ad un trustee dotato della migliore preparazione teorica ed esperienza pratica per conseguire effettivamente la protezione, la sicurezza ed il fine desiderato;
- b. richiede un trustee con competenze anche nei campi del diritto civile, tributario e commerciale, nei quali il trust produce i suoi effetti;
- c. pretende un trustee indipendente;
- d. vuole poter contare su di un soggetto professionale che si sia assunto il

²³ E. ANDREOLI, *il trust nella prassi bancaria e finanziaria*, cit., pag. 57; M. LUPOI, *Introduzione ai trust. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, diritto Italiano*, Milano, cit., pag. 59.

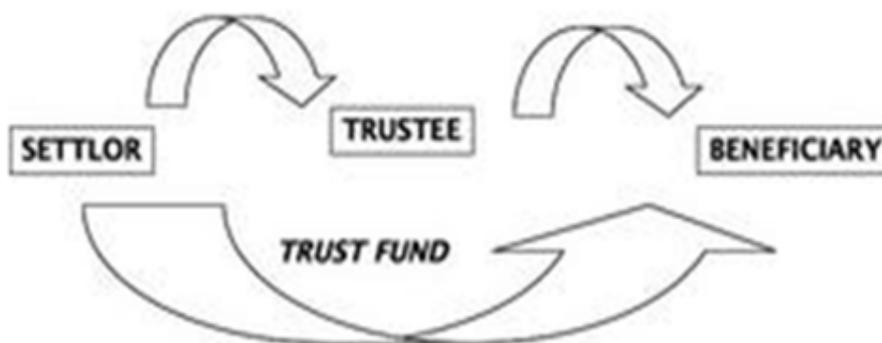
²⁴ M. LUPOI, *Atti istitutivi di Trust e contratti di affidamento fiduciario*, Milano, 2010.

compito di eseguire scrupolosamente quanto stabilito nell'atto di trust al verificarsi di determinati eventi, oppure per evitare che indesiderati eventi si verifichino.

- Il beneficiario (*beneficiary*);

E' il soggetto per il quale è stato istituito il trust per le più disparate finalità. Acquistano l'intestazione dei beni soltanto al momento di scioglimento del trust; la posizione giuridica dei beneficiari è quella di essere creditori del trustee, ma con alcune caratteristiche peculiari. Le spettanze di ciascun beneficiario possono essere quantitativamente determinate già nell'atto istitutivo o essere rimesse di volta in volta alle decisioni del trustee (o di altri soggetti come il guardiano). Beneficiario del trust è chiunque, secondo l'intento del disponente, sia destinatario di un vantaggio. È necessario che il beneficiario sia identificato o per lo meno identificabile. Il vantaggio attribuito al beneficiario deve essere una qualsiasi utilità giuridicamente apprezzabile.

Il beneficiario non può interferire sull'attività del trustee fino a quando il trust è operativo.



- Posizione solo eventuale è quella del **Protector**. “Guardiano” della gestione del patrimonio.

Il controllo dell'operato e della legittimità delle azioni poste in essere dal trustee è riservato a soggetti terzi nominati dal disponente (con la facoltà di riservare a sé alcuni poteri di controllo): i protectors o “guardiani”. Figure meramente eventuali e non necessari per l'esistenza del trust, al quale possono essere attribuiti appunto alcuni poteri di controllo, incluso quello di poter revocare il trustee e di nominarne uno nuovo, ovviamente sempre col fine di perseguire gli interessi del trust.

Può svolgere tre distinte funzioni: esercitare direttamente poteri dispositivi gestionali (comunemente revoca e nomina del trustee); prestare il consenso alle scelte di gestione adottate dal trustee; infine, impartire direttive al trustee circa il compimento di specifici atti.

"Posizioni" e "soggetti" possono non coincidere. Lo stesso soggetto può assumere più di una posizione giuridica.

Le caratteristiche tipiche ed essenziali del trust possono essere così sintetizzate:

- i beni oggetto del trust devono essere esistenti;
- i beneficiari devono essere identificati o identificabili;
- le finalità della costituzione devono risultare in modo inequivoco.

Una delle peculiarità di maggior rilievo di tale istituto è sicuramente quella che i beni di diritto oggetto del trust costituiscono un patrimonio separato da quello del gestore, configurando la c.d. segregazione patrimoniale inattaccabile dai suoi creditori oltre che naturalmente da quelli del disponente.

Sono in segregazione le posizioni soggettive che appartengono ad un soggetto (trustee), ma non si confondono rimanendo distinte alle situazioni giuridiche personali, non potendo pertanto essere oggetto di pretese dei suoi creditori.

3. La Convenzione dell'Aja

L'istituto del trust è stato introdotto nell'ordinamento giuridico italiano con la Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985 (ratificata, senza riserve, con la l. 16 ottobre 1989 n. 364²⁵).

La Convenzione dell'Aja viene unanimemente considerata una convenzione di diritto privato internazionale che, negli art. 2 e 3, definisce le fattispecie assoggettate alla sua disciplina:

- Art. 2 - *“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”;

Il trust disciplinato nella Convenzione presenta i seguenti requisiti: 1) atto *inter vivos* o *mortis causa*, col quale il costituente pone determinati beni sotto il

²⁵ L' Italia è stato il secondo paese a ratificarla dopo il Regno Unito, ma il primo tra i Paesi del civil law.

controllo di un trustee, nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico; 2) l'intestazione dei beni a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee stesso; 3) la separazione di tali beni dal residuo patrimonio personale del trustee; 4) il potere e l'obbligo del trustee di provvedere alla amministrazione, gestione e disposizione dei beni affidatigli, in conformità dell'atto istitutivo e delle norme di legge; 5) l'obbligo di rendiconto del trustee. La medesima disposizione prosegue specificando che non precludono l'applicazione della Convenzione né la clausola che prevede la conservazione in capo al costituente di alcune prerogative, né quella che concede al trustee alcuni diritti in qualità di beneficiario. L'articolo 2 risulta non essere una disposizione con efficacia prescrittiva²⁶, quanto piuttosto un'elencazione di alcune caratteristiche del trust: non viene data una definizione puntuale e sintetica dell'istituto.

La Convenzione ha creato una nozione di trust dai contorni non ben precisati. Numerosi sono gli istituti di ordinamenti civilistici che possono essere considerati simili ai trusts. Ad esempio, nell'ordinamento italiano è riscontrabile una disciplina analoga nel rapporto conseguente all'affidamento di gestioni patrimoniali alle S.I.M.²⁷: la società di intermediazione immobiliare intesta a proprio nome i titoli, ha il diritto-obbligo di amministrarli e disporne secondo il contratto stipulato con il cliente e nell'interesse di questi; i titoli sono posti sotto il suo controllo, ma non formano parte del suo patrimonio.

Si osserva che nel testo è adottato il concetto di "controllo" e non quello di trasferimento²⁸, e ciò costituirebbe un indice della volontà di confinare il profilo traslativo, tipico del trust anglosassone, tra i dati meramente eventuali della figura convenzionale.

26 M. LUPOI, *Introduzione ai trust. Diritto inglese, Convenzione dell'Aia, Diritto italiano*, Milano, 1994, cit., pag. 129; *The shapeless trust*, cit., pag. 55; *Trusts*, cit., pag.416.

27 E. ANDREOLI, *Il trust nella prassi bancaria e finanziaria*, 1998, cit., pag. 90; M. LUPOI, *Introduzione ai trust. Diritto inglese, Convenzione dell'Aia, Diritto italiano*, Milano, 1994, cit., pag.130; *Trusts*, cit., pag. 416.

28 M. LUPOI, *Trusts*, cit. pag. 416; A. BUSATO, *La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale*, in *Riv. Dir. Civ.*,1992, cit, pag. 334.

- Art. 3 - “*La Convenzione si applica ai soli trust istituiti volontariamente e provati per iscritto*”.

Il trust pertanto viene identificato come quel rapporto giuridico in cui il costituente, con atto tra vivi o *mortis causa*, pone dei beni sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico. Secondo la Convenzione dell'Aja, l'unico trust preso in considerazione è esclusivamente quello volontario, costituito per iscritto per atto negoziale; in netta contrapposizione con i modelli dei Paesi di common law che prevedono anche trust giudiziali e legali, costituiti per norma di legge o per disposizione dell'autorità giudiziale.

L'art. 3 prevede, con la dizione “comprovati per iscritto”, la forma scritta *ad probationem*; ovvero la forma richiesta per la possibilità di provare in giudizio l'esistenza del contratto. L'Italia ha introdotto, con la Legge 23 febbraio 2006 n. 51, l'art. 2645 ter titolato “Trascrizione di 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” il quale prevede che “*Gli atti in forma pubblica ...possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione*”; nel nostro ordinamento è altresì riconosciuto il principio di libertà di forma salvo quando essa sia espressamente prevista a pena di nullità (art. 1325 c). Con riguardo al nostro argomento la forma è prevista:

- scritta a pena di nullità per i negozi indicati all'art. 1350 c.c. e così sostanzialmente gli atti relativi ai beni immobili;
- per atto pubblico a pena di nullità per i patti di famiglia (art. 768 c.c. Ter);
- per atto pubblico con testimoni a pena di nullità per le donazioni (art. 782 e ss c.c);
- per atto pubblico ma ai soli fini della trascrizione, come abbiamo visto, per i “negozi di destinazione” (art. 2645 ter).

La struttura del trust convenzionale è rappresentata dagli elementi minimi indicati dagli art. 2 e 3. Il riconoscimento del negozio e la sua sussunzione sotto la disciplina convenzionale producono degli effetti minimi di legge elencati dall'art. 11 che enuncia nel suo disposto:

“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 rientrano 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”.*

Nel capitolo II, art. 6 - 10, la Convenzione inserisce i criteri di individuazione della legge applicabile al trust e mostra la sua finalità di uniformare le regole di conflitto degli Stati contraenti.

La legge applicabile al trust²⁹ deve essere liberamente scelta dal disponente; visto

29 M. LUPOI, *Trusts*, cit., pag. 427.

e considerando che negli ordinamenti di civil law non esistono norme di diritto positivo che disciplinano il trust, pare debba concludersi che non potrà mai esserci una legge regolatrice di un atto istitutivo di trust. La conseguenza diretta sarà che un trust istituito secondo le modalità previste dalla Convenzione regolato da una legge straniera rispetto all'ordinamento in cui se ne chiede il riconoscimento, dovrà necessariamente essere riconosciuto come valido e produttivo di effetti nello Stato in cui in concreto dovrà operare. Saranno quindi rese applicabili in contemporanea la legge dello Stato estero richiamata in qualità di legge applicabile, nonché la legge dello Stato nel quale si chiede il riconoscimento del trust in materia di norme inderogabili e di principi di ordine pubblico.

La libertà di scelta della legge regolatrice è incondizionata³⁰: l'unica espressa limitazione - contenuta nel secondo comma dell'articolo 6 - è che la validità della scelta effettuata è subordinata alla condizione che l'ordinamento designato preveda l'istituto del trust o la categoria del trust in questione. L'unico elemento di estraneità necessario e sufficiente, dal quale discende l'obbligatorietà del riconoscimento, è costituito dalla scelta di una legge regolatrice straniera³¹. Il disponente ha la massima libertà nella scelta della legge regolatrice senza che sia richiesto alcun legame tra il trust e la legge che lo regola. Qualora la legge scelta dal disponente conduca ad un ordinamento che non prevede l'istituto del trust è previsto un criterio sussidiario, di carattere oggettivo, introdotto dall'articolo 7, secondo il quale la legge applicabile sarà quella che in concreto risulti più legata al trust in base a dei parametri indicati dallo stesso articolo, che sono:

- il luogo di amministrazione del trust, designato dal costituente;
- il luogo in cui sono situati i beni;
- la residenza o la sede degli affari del trustee;
- gli obiettivi del trust e i luoghi in cui devono essere realizzati.

30 M. LUPOI, *Introduzione ai trust. Diritto inglese, Convenzione dell'Aia, Diritto italiano*, Milano, 1994, cit., pag. 141; L. RAGAZZINI, *Trust interno*, cit., pag. 295; E. ANDREOLI, *op. cit.*, pag. 94.

31 M. LUPOI, *Introduzione ai trust. Diritto inglese, Convenzione dell'Aia, Diritto italiano*, Milano, 1994, cit., pag. 131.

Qualora l'applicazione di questi criteri, ai sensi dell'art. 5³², porti all'individuazione³³ comunque ad un ordinamento in cui manchi una espressa disciplina del trust, la convenzione prevede la non applicabilità dell'istituto. Pertanto saranno applicati i criteri ordinari di diritto interno per risolvere i conflitti fra leggi.

Lo scopo della Convenzione è quello di assicurare che il trust venga sottoposto ad una disciplina uniforme nonostante sia previsto dalla stessa la facoltà per il costituente di frazionare la disciplina del trust, stabilendo che singoli aspetti dell'istituto, suscettibili di separata trattazione siano assoggettati ad una legge diversa.

La Convenzione non si applica al negozio avente ad oggetto il trasferimento dei beni al trustee³⁴ ed ai requisiti di capacità del disponente e del beneficiario, mentre la capacità del trustee è disciplinata dalla legge scelta dal costituente.

L'articolo 11³⁵ della Convenzione sancisce il principio di obbligatorietà del riconoscimento da parte degli stati contraenti, quando il costituente abbia istituito, in conformità alla legge straniera, un trust che sia corrispondente alle caratteristiche enunciate dall'articolo 2 della Convenzione. Nel suo primo comma l'articolo 11 stabilisce quali sono gli effetti minimi del riconoscimento: in base a tale norma, il trust riconosciuto determina sempre la creazione di un patrimonio

32 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”.*

33 E. ANDREOLLI, *Il trust nella prassi bancaria e finanziaria*, 1998, pag. 94.

34 P. PICCOLI, *Possibilità operative*, cit., pag.50; M. LUPOLI, *Introduzione ai trust. Diritto inglese, Convenzione dell'Aia, Diritto italiano*, Milano, 1994, cit., pag. 141.

35 Art. 11: *“Un trust costituito in conformità alla legge specificata al precedente capitolo dovrà essere riconosciuto come trust. Tale riconoscimento implica quanto meno che i beni del trust siano separati dal patrimonio personale del trustee, che il trustee abbia le capacità di agire in giudizio ed essere citato in giudizio, o di comparire in qualità di trustee davanti ad un notaio o altra persona che rappresenti un'autorità pubblica.*

Qualora la legge applicabile al trust lo richieda o lo preveda, tale riconoscimento implicherà, in particolare:

a) che i creditori personali del trustee non possano sequestrare i beni del trust;

b) che i beni del trust siano separati dal patrimonio del trustee in caso di insolvenza di quest'ultimo o di sua bancarotta;

c) che i beni del trust non facciano parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del trustee;

d) che la rivendicazione dei beni del trust sia permessa qualora il trustee, in violazione degli obblighi derivanti dal trust, abbia confuso i beni del trust con i suoi e gli obblighi di un terzo possessore dei beni del trust rimangono soggetti alla legge fissata dalle regole di conflitto del foro”.

separato. Il trustee, in quanto tale, indipendentemente dalla legge regolatrice, potrà sempre comparire in giudizio come attore o convenuto e davanti a notai o altre autorità pubbliche. Identica natura ha l'articolo 12, in virtù del quale il trustee è legittimato a compiere in tale qualità ogni adempimento pubblicitario richiesto nell'ordinamento in cui il trust è destinato a spiegare i suoi effetti.

Il 2° comma dell'articolo 11 stabilisce, inoltre, l'applicazione minima che gli Stati aderenti alla Convenzione devono dare alla legge regolatrice, prevedendo anche gli effetti che seguono al suo riconoscimento se la legge straniera prescelta li preveda. In base la lettera d) dell'articolo 11, è prevista, subordinatamente alla previsione nella legge regolatrice, la soggezione del trustee alla rivendicazione dei beni del trust nel caso in cui li abbia confusi con il proprio patrimonio personale, in violazione del trust, o nel caso in cui ne abbia disposto a favore di terzi.

La posizione giuridica del terzo possessore non è disciplinata dalla legge regolatrice del trust, ma rientra nella competenza della legge individuata dalle regole di conflitto del foro³⁶. Quello che emerge dalla Convenzione è una ripartizione di competenze tra la legge del trust e la legge del foro: la prima determina i poteri del trustee ed i casi in cui il suo comportamento configura un inadempimento; la seconda disciplina le conseguenze che la condotta illegittima ha determinato in relazione ai rapporti con i terzi³⁷.

Da una serie di articoli della Convenzione emerge, inoltre, un generale *favor* per il riconoscimento; in particolare, dall'articolo 21³⁸ si evince il carattere universale della Convenzione; l'articolo 14³⁹ prevede che la Convenzione venga meno di fronte a norme di Stati contraenti la cui applicazione sia più favorevole al riconoscimento del trust; in ultimo l'articolo 15, prevede che nel caso in cui sia una radicale incompatibilità con le norme imperative del foro si fa appello al giudice perché si avvalga di ogni altro mezzo giuridico idoneo a realizzare gli obiettivi del trust; Gli articoli 13, 15, 16 e 18 prevedono delle limitazioni

36 M. LUPOI, *Trusts*, cit., pag. 497; *Introduzione ai trust. Diritto inglese, Convenzione dell'Aia, Diritto italiano*, Milano, 1994, cit., pag. 145; PICCOLI, *Possibilità operative*, cit., pag. 58-59.

37 M. LUPOI, *Trusts*, cit., pag. 49.

38 "Ciascuno Stato contraente potrà riservarsi il diritto di applicare le disposizioni del capitolo III solo ai trusts la cui validità è regolata dalla legge di uno Stato contraente."

39 "La Convenzione non ostacolerà l'applicazione di norme di legge più favorevoli al riconoscimento di un trust".

all'autonomia concessa al costituente nella scelta della legge regolatrice. L'articolo 15 stabilisce che anche non si può in alcun modo derogare o disapplicare le norme imperative vigenti nell'ordinamento cui rinviano le regole di conflitto⁴⁰. Questa limitazione non costituisce un ostacolo all'applicazione della Convenzione, ma presuppone il riconoscimento ed opera nel senso di limitare alcuni effetti che il trust sarebbe idoneo a spiegare in conformità alla legge regolatrice⁴¹. La finalità della norma non è quella di disapplicare la Convenzione, paralizzandone il riconoscimento, ma quello di poter consentire all'interprete di porre dei limiti all'efficacia solo di quelle disposizioni dell'atto istitutivo che siano incompatibili con le norme imperative.

Ulteriore limite deriva dall'art. 16⁴²: la disposizione si riferisce alle norme di applicazione necessarie (cioè di diritto materiale) del foro, che devono essere applicate anche a fattispecie che presentano elementi di estraneità, quindi indipendentemente ed in precedenza rispetto alle norme di conflitto. La norma in esame - a differenza di quella contenuta nell'articolo 15 - previene il richiamo ad un ordinamento straniero e disciplina essa stessa la fattispecie.

La Convenzione prevede nel suo articolo 18⁴³ invece il limite dell'ordine pubblico: si tratta di un principio assoluto inderogabile che impedisce l'applicazione della

40 Articolo 15: *“La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie:*

- a) la protezione di minori e di incapaci;*
- b) gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio;*
- c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima;*
- d) il trasferimento di proprietà e le garanzie reali;*
- e) la protezione di creditori in casi di insolvibilità;*
- f) la protezione, per altri motivi, dei terzi che agiscono in buona fede.*

Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici.”

41 Così, LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., pag. 981; *Introduzione ai trust. Diritto inglese, Convenzione dell'Aia, Diritto italiano*, Milano, 1994, cit., pag. 147; *Trusts*, cit., pag. 455; ANDREOLI, *op. cit.*, pag. 98; BUSATO, *op. cit.*, pag. 338.

42 Articolo 16: *“La Convenzione non pregiudica le disposizioni legislative del foro che devono essere applicate anche per situazioni internazionali, indipendentemente dalla legge designata dalle regole di conflitto di leggi.*

In casi eccezionali, si può altresì dare effetto alle norme della stessa natura di un altro Stato che abbia con l'oggetto della controversia, un rapporto sufficientemente stretto.

Ciascuno Stato contraente potrà, mediante una riserva, dichiarare che non applicherà la disposizione del II paragrafo del presente articolo”.

43 Articolo 18: *“Le disposizioni della Convenzione potranno essere non osservate qualora la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico”*

Convenzione, al contrario di ciò che prevede l'articolo 15 che impedisce solo la produzione di determinati effetti. L'ultima limitazione è prevista dall'articolo 13; la disposizione prevede un limite di carattere generale per il riconoscimento del trust e all'applicazione della Convenzione⁴⁴.

La stesura della norma è stato il risultato di un *iter* complicato e travagliato. La proposta iniziale era rivolta a cercare di rendere non riconoscibili quei trust che riguardassero beni posti in uno Stato che non conoscesse il trust. Successivamente è stata prevista l'opzione di non riconoscimento ma soltanto facoltativa, da parte dei singoli stati.

La norma, al termine del suo *iter*, nella sua ultima formulazione, consente al giudice di non riconoscere un trust quando alcuni dei suoi elementi più significativi siano strettamente legati ad ordinamenti che non conoscono l'istituto del trust.

La Convenzione indica soltanto quali elementi non devono essere presi in considerazione:

- la legge scelta del disponente;
- il luogo di amministrazione del trust;
- il luogo di residenza del trustee.

Il richiamo, da parte della disposizione, del criterio dello stretto collegamento con un ordinamento che non prevede la disciplina del trust non deve indurre a far pensare che questa norma sia una ripetizione di quanto previsto e affermato dall'articolo 5: porta alla disapplicazione della Convenzione mentre l'articolo 13 prevede facoltativamente la disapplicazione. L'applicazione dell'articolo 13 dipende dalla valutazione che tutti gli elementi essenziali del trust siano connessi ad un ordinamento che non prevede l'istituto: fondamentale, quindi, affinché l'art. 13 non possa trovare applicazione, è necessario che almeno uno di questi elementi

⁴⁴ Articolo 13: “*Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust, i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del trustee, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione*”.

sia legato ad un ordinamento che disciplini l'istituto. La norma non prevede che il non riconoscimento sia automatico - come emerge dai lavori preparatori, (soluzione scartata⁴⁵) - ma rimette, sulla base di quegli elementi, alla discrezionalità del giudice la scelta di non riconoscere un trust regolato da una legge straniera.

Il banco di prova della ammissibilità di un trust interno (trust che sia caratterizzato da elementi tutti riconducibili ad un ordinamento non trust, salvo che per la legge applicabile, che il disponente sceglierebbe facendo riferimento ad un ordinamento che preveda il trust e lo disciplini espressamente⁴⁶) è da riferirsi all'art. 13. Parte della dottrina ritiene che l'articolo 13 viene invocato a riprova della configurabilità della fattispecie del trust interno mentre, un altro orientamento dottrinale ritiene invece che la stessa norma venga indicata quale espressione del divieto di detta figura. Le varie posizioni si differenziano a causa di una diversa interpretazione che viene data alla disposizione. L'opinione favorevole al trust interno, peraltro, sembra più conforme al dettato della Convenzione: come è stato osservato⁴⁷, tutte le possibili obiezioni all'ammissibilità dei trusts interni, avanzate nel corso dei lavori, non trovarono accoglimento nel testo definitivo, all'infuori di quanto previsto nell'articolo 13, il quale, prevedendo una mera facoltà di negare il riconoscimento, presuppone che, ove tale facoltà non venga esercitata, il riconoscimento debba di regola avere luogo. Deve pertanto considerarsi come norma di chiusura dell'intero sistema, rimedio ultimo ed estremo cui ricorrere quando, nonostante le limitazioni introdotte dagli articoli 15, 16 e 18, il trust risulti comunque inconciliabile con l'ordinamento in cui l'istituto dispieghi i suoi effetti. Il riconoscimento del trust interno, in forza dell'art. 13, dipende dalla valutazione e dalle considerazioni poste da una scelta discrezionale del giudice: se i redattori della Convenzione avessero

45 M. LUPOI, *Trusts*, cit., pag. 448; *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., pag. 978; *Introduzione*, cit., cap. V; FUMAGALLI, *La Convenzione dell'Aia sul trust e il diritto internazionale privato*, in *Dir. Comm. Int.*, 1992, pag. 558-562.

46 Cfr M. LUPOI, *Trusts*, cit., pag. 546: "Nasce così la nozione di trust interno: elementi soggettivi e obiettivi legati ad un ordinamento che non qualifica lo specifico rapporto quale trust (nel senso accolto dalla Convenzione), mentre esso è regolato da una legge straniera che gli attribuisce quella qualificazione".

47 M. LUPOI, *Trusts*, cit., pag. 545.

voluto vietare il riconoscimento di trusts privi di elementi di estraneità l'avrebbero disciplinato espressamente. L'utilizzo abusivo del trust dovrà essere oggetto di specifica motivazione, perché si giustifichi il diniego del riconoscimento da parte del giudice nazionale⁴⁸. Parte della dottrina⁴⁹ ritiene che la norma in esame individui solo il carattere minimo di internazionalità che un trust deve avere al fine del riconoscimento, e non anche che essa legittimi i trusts cosiddetti interni, nei quali l'unico elemento di estraneità è costituito dalla legge applicabile.

In conclusione si deve rilevare che accogliere questa obiezione (la non ammissibilità dei trust interni) porterebbe a risultati di dubbia legittimità costituzionale: si violerebbe il principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione perché sarebbe obbligatorio riconoscere in Italia trust costituiti da stranieri aventi ad oggetto beni situati in Italia e regolati da una legge estera e, al contrario, sarebbe negato il riconoscimento di un trust identico ma costituito da un cittadino italiano⁵⁰. La dottrina più attenta all'istituto non apprezza che si parli di trust al singolare, in quanto escluderebbe la sua natura polimorfica⁵¹, ma, del resto, è la stessa Convenzione dell'Aja (art. 2) che prevede l'esistenza di un trust "amorfo"; La disciplina del trust contenuta nella Convenzione dell'Aja non aiuta a superare di certo alcune difficoltà concettuali e pratiche che si incontrano nell'andare ad analizzare l'istituto. Oggetto di riflessioni sono state le seguenti problematiche:

- l'incompatibilità con l'art. 2740 cod. civ., richiamato per sostenere il divieto generale di costituzione di patrimoni separati;
- incompatibilità tra lo schema della doppia proprietà di matrice anglosassone ed i principi cardine del nostro ordinamento;
- possibile contrasto con il principio di tipicità degli atti soggetti a

48 S. M. CARBONE, *Trust interno e legge straniera*, 2003, pag. 333.

49 A. GAMBARO, *Il trust in Italia, Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, cit., pag. 1918; sulla esclusione dei trusts domestici dalla Convenzione cfr. anche LENZI, *L'operatività del trust in Italia*, in *Riv. not.*, 1995, cit., pag. 1381.

50 N. LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1996, pag. 490; M. LUPOI, *Lettera ad un notaio curioso di trust*, in *Riv. Not.*, pag. 349.

51 M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, Torino, 2004, pag. 274.

trascrizione;

- validità del trust interno;

Molte di queste problematiche sono state risolte da una copiosa giurisprudenza. Parte della dottrina maggioritaria⁵² ritiene che in materia di trust la giurisprudenza italiana possa essere suddivisa in quattro filoni principali:

- Il primo risalente alle decisioni anteriori alla Convenzione de L'Aja e all'entrata in vigore della Legge di ratifica n. 364/1989;
- Il secondo in tema di ammissibilità dell'istituto e dei suoi elementi fondamentali (in particolare, la c.d. "segregazione patrimoniale") nell'ordinamento interno e la sua compatibilità con gli schemi "tradizionali" della nostra disciplina legislativa (ad esempio, in riferimento alla trascrizione nei pubblici registri);
- Il terzo ha ad oggetto le applicazioni in concreto e pratiche del trust per risolvere e cercare soluzione delle problematiche inerenti all'applicazione in concreto dell'istituto, laddove gli strumenti di diritto interno non appaiono idonei ed adeguati alle finalità dell'operazione voluta dalle parti;
- ed infine quelle che costituiscono i nuovi orientamenti giurisprudenziali concernenti il rapporto tra il trust e le problematiche applicative col raffronto delle norme processuali italiane.

⁵² G. FANTICINI, *La giurisprudenza in tema di trust*, relazione al Corso del Consiglio Superiore della Magistratura "Fenomeno successorio e patrimoni separati", Roma, 11 giugno 2008.

4. I primi orientamenti giurisprudenziali

La prima decisione in assoluto che permette l'ingresso nel panorama giuridico italiano del trust è sicuramente la sentenza della Corte di Cassazione Roma - 21 febbraio 1899⁵³ italiano. Oggetto di tale decisione era la costituzione di un trust da parte di un cittadino straniero su beni ubicati in Sardegna. La sentenza della Corte è un alquanto evasiva, perché, nella sostanza, riporta la decisione del Giudice di merito nell'alveo del giudizio di delibazione⁵⁴ senza affrontare o approfondire le problematiche sottese; tale pronuncia, ad ogni modo, costituisce una pietra miliare in quanto dispone l'esistenza del trust in riferimento al dispiegare i suoi effetti nell'ordinamento giuridico italiano.

Tra le pronunce di maggior rilievo che hanno fatto parte dell'evoluzione giurisprudenziale riguardo a tale istituto, non si può non ricordare la sentenza del Tribunale di Oristano - 15 marzo 1956⁵⁵: un ente pubblico aveva promosso l'espropriazione nei confronti di un trustee che risultava, quindi, destinatario dell'atto di esproprio. Il giudizio aveva il compito di determinare il "vero" proprietario dei beni, individuando l'appartenenza al patrimonio del trustee o del beneficiary.

La sentenza ha comportato un notevole sforzo interpretativo, sfociato purtroppo in un fraintendimento dell'istituto stesso: l'organo giudicante sosteneva erroneamente che il trust creasse uno "sdoppiamento" tra i due soggetti. Prevedendo una proprietà "formale o nominale", riferibile al trustee (impossibilitato nel servirsi dei beni o di trarne vantaggio *pro domo sua*), e una proprietà "sostanziale e reale"⁵⁶ (contraddistinta dai poteri di godere e disporre dei beni). Secondo il Collegio giudicante si sarebbe dovuto guardare al "vero" proprietario per individuare il soggetto destinatario del procedimento espropriativo. Seppur incidentalmente il Tribunale afferma che *"l'inserzione di istituti giuridici stranieri come il trust produrrebbe nella coscienza e nella*

53 Cassazione Roma 21 febbraio 1899, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2003, pag. 45.

54 La delibazione o exequatur, è la procedura giudiziaria che serve a far riconoscere, in un determinato Paese, un provvedimento giudiziario emesso dall'autorità giudiziaria di un altro Paese.

55 Tribunale di Oristano 15 marzo 1956, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2003, pag. 294.

56 Distinzione effettuata dallo stesso Collegio giudicante.

opinione pubblica e nell'economia italiana un grave turbamento soprattutto in riferimento all'asserita tipicità dei diritti reali”.

L'errore in cui è incorso il Tribunale di Oristano è stato rettificato dopo molti anni dal decreto del Tribunale di Casale Monferrato - 13 aprile 1984⁵⁷, disponendo che non esiste uno “sdoppiamento” del diritto di proprietà perché l'executor trustee “*deve essere considerato proprietario dei beni immobili siti in Italia a tutti gli effetti*” (e come tale non necessita di autorizzazione giudiziale per la cessione degli immobili secondo il *pactum fiduciae* col disponente).

Con l'approvazione della Convenzione dell'Aja svariate furono le pronunce giurisprudenziali che trattarono l'ammissibilità e le caratteristiche fondamentali del trust in un nuovo contesto normativo.

La prima di queste decisioni è la sentenza del Tribunale di Lucca - 23 settembre 1997⁵⁸ (poi confermata dalla sentenza della Corte d'Appello di Firenze - 9 agosto 2001⁵⁹). Il trust viene considerato ammissibile nel nostro ordinamento (ma solo in forza dell'art. 11 e seguenti della Convenzione) e deve essere altresì verificata la sua conformità alla legge regolatrice straniera, dalla quale discendono la sua validità, la sua interpretazione ed anche i suoi effetti.

57 Tribunale di Casale Monferrato 13 aprile 1984, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2003, pag. 93.

58 Tribunale di Lucca 23 settembre 1997, in *Foro Italiano*, 1998, I, col. 2007.

59 Corte d'Appello di Firenze 9 agosto 2001, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2002, pag. 244.

5. L'atto istitutivo e la segregazione patrimoniale

L'atto istitutivo è l'atto di carattere programmatico con il quale si intende segregare posizioni giuridiche soggettive per il raggiungimento di uno scopo meritevole di tutela, affinché siano gestite dal trustee. L'atto istitutivo deve essere:

- A titolo gratuito o oneroso;
- Atto tra vivi o mortis causa;
- Atto unilaterale.

L'atto istitutivo deve specificare quali siano gli scopi del trust: il contenuto dell'atto istitutivo è dato dal regolamento dello stesso, cioè dal complesso di regole cui il trustee deve fare riferimento nella gestione del trust fund, e può essere il più vario.

La prassi internazionale ha tipizzato vari modelli di atto istitutivo e numerose clausole. La prassi italiana in ragione della diversità delle regole che contraddistinguono il proprio ordinamento ne ha tipizzate altre⁶⁰:

- Necessità di tenere conto della specificità del diritto italiano (per esempio: data certa, intestazione dei conti bancari, diritti successori de legittimari);
- Inidoneità di molte clausole straniere a essere riprodotte per questioni terminologiche;
- Riferimento di molte clausole stranieri a funzioni e poteri del trustee che la prassi dei trust interni non accetta volentieri (per esempio: l'assoluta discrezionalità del trustee; il potere del trustee di modificare i beneficiari);
- L'informalità di molti procedimenti previsti nei modelli stranieri, concepiti nel contesto di ordinamenti che privilegiano la prova testimoniale,

⁶⁰ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto in trust e degli affidamenti fiduciari*, pag. 34.

all'oggetto della quale non pongono limiti;

L'atto istitutivo di un trust è un negozio unilaterale, pertanto privo di ogni elemento di contrattualità⁶¹: l'accettazione del trustee avviene sempre con atto unilaterale e non in seguito ad una proposta contrattuale.

La struttura costitutiva classica del trust si articola in una duplice dichiarazione di natura negoziale⁶²:

1. un atto unilaterale istitutivo di carattere programmatico;
2. atti di disposizione (necessario per la realizzare degli effetti del trust) attraverso cui si investe il trustee della titolarità dei beni che il settlor intende costituire in trust;

L'atto istitutivo può seguire o precedere l'atto col quale si trasferiscono i diritti al trustee; viene regolato dalla legge scelta dal disponente (o determinata in base all'art. 7 della Convenzione dell'Aja), e l'atto dispositivo, con il quale vengono trasferiti i diritti, è disciplinato dalla *lex fori*; si tratta è un negozio unilaterale normalmente gratuito; gli atti dispositivi sono invece molteplici: *inter vivos* o *mortis causa*, collegati con il negozio istitutivo, ed aventi causa esterna consistente nell'attuazione del programma enunciato.

L'atto istitutivo di trust, pertanto, è stato definito come un atto la cui causa consiste nell'intento programmatico di segregare posizioni giuridiche per raggiungere uno scopo meritevole di tutela e tale effetto è soddisfatto mediante il trasferimento al trustee delle posizioni stesse⁶³.

Il negozio istitutivo, secondo la dottrina prevalente, può essere un negozio recettizio o non recettizio; tutto dipende se la figura del trustee e quella del

61 M. LUPOI, *Introduzione*, cit., p. 41; SICLARI, *Il trust nella convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, un nuovo modello negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, pag. 87; PICCOLI, *Possibilità operative*, cit., pag. 40, nota 9.

62 R. SICLARI, *Il trust nella convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, un nuovo modello negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, pag. 93.

63 S. BUTTÀ, *Introduzione ai trusts e profili applicativi tra dottrina, prassi e giurisprudenza*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002.

disponente coincidano o meno. Si avrà un negozio non recettizio nell'ipotesi in cui il disponente coincida con il trustee (cd. trust autodichiarato), mentre si tratterà di negozio recettizio qualora trustee e disponente non coincidano. In questo secondo caso sarà necessaria l'accettazione dell'incarico da parte del trustee; nel caso venga a mancare l'accettazione oppure il trustee rifiuti espressamente invece non si verificherà la caducazione del trust, purché l'atto istitutivo sia contestuale ad un negozio dispositivo in favore del trustee (sorgerà, in tal caso, la necessità di una nuova nomina fatta nelle forme stabilite dal regolamento del trust). L'atto istitutivo esplicherà i suoi effetti anche qualora la nomina del trustee non venga accettata, poiché l'atto istitutivo costituisce un programma che se da un lato vincola lo stesso trustee al momento della sua accettazione, dall'altro predetermina gli effetti segregativi dei successivi atti di disposizione, indipendentemente dall'accettazione del trustee. Il trustee non può incidere con la propria volontà sul contenuto del negozio motivo per cui la ricostruzione dell'atto istitutivo come contratto non trova fondamento.

La causa dell'atto istitutivo di trust può essere individuata *“nel programma di segregazione di una o più posizioni soggettive, o di un complesso di posizioni soggettive unitariamente considerate (beni del trust), delle quali il disponente si spogli, o trasferendole ad un terzo (il trustee), o isolandole giuridicamente nel proprio patrimonio, per la tutela di interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela”*⁶⁴.

Dal punto di vista causale, l'atto col il quale il trust viene dotato di patrimonio non è riconducibile né allo schema della compravendita (perché manca il corrispettivo) né a quella della donazione (perché manca lo spirito di liberalità). Secondo opinioni autorevoli tale atto deve essere qualificato come una obbligazione assunta dal disponente nei confronti del trustee nel momento dell'istituzione del trust⁶⁵.

64 N. CANESSA, *I trusts interni. Ammissibilità del trust e applicazioni pratiche nell'ordinamento italiano*, Milano, 2011; PICCOLI – RAITI, *Atto di costituzione in “trust”*, in *Riv. Not.*, 2000, pag. 267 – 270.

65 SCREPANTI, *Trust e tax planning*, pag. 9391 ss.; A. BUSATO, *La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale*, in *Riv. Dir. Civ.* 1992, pag. 309-357; BUTTÀ, *op cit*, pag. 126

Per quanto concerne il contenuto dell'atto istitutivo va preliminarmente precisato che non contiene indicazioni di carattere patrimoniale, ma regole di gestione del trust a cui il trustee dovrà attenersi per lo svolgimento della sua gestione. Deve pertanto come caratteri essenziali contenere:

- La descrizione delle finalità e dei compiti;
- La nomina del trustee;
- L'indicazione dei beneficiari o in essenza lo scopo del trust.

Il disponente può di trasmettere al trustee considerazioni personali e riservate che non riguardino gli aspetti tecnici della gestione ma indicazioni di vita quotidiana, e può farlo attraverso la c.d. letter of wishes ⁶⁶.

In alcuni ordinamenti stranieri sono previsti a volte dei requisiti di forma ben precisi, altre volte invece vige il principio della libertà della forma. Dato che l'Italia ha ratificato la Convenzione dell'Aja, il nostro ordinamento deve necessariamente attenersi a quanto previsto nella suddetta convenzione: vengono presi di riferimento pertanto, i soli trust risultanti da atto scritto. Per spiegare tale decisione occorre anche tener presente che in alcuni Paesi è tenuto un registro dei trust istituiti. Nella prassi italiana, nella creazione dei trust interni, si tende a sottoporre la sottoscrizione dell'atto istitutivo e delle eventuali accettazioni all'autenticazione notarile o a stipulare l'atto istitutivo nella forma dell'atto pubblico⁶⁷.

L'atto istitutivo, come detto in precedenza, è un negozio unilaterale: l'unica parte che risulta fondamentale è il disponente. La partecipazione obbligatoria da parte del trustee è necessaria soltanto quando l'atto comprende anche i singoli atti di disposizione in suo favore. La partecipazione del protector non è mai necessaria;

⁶⁶ N. CANNESSE, *I trusts interni. Ammissibilità del trust e applicazioni pratiche. nell'ordinamento italiano*, Milano, 2001, pag. 32.

⁶⁷ M. LUPOI, *Istituzione del diritto in trust e degli affidamenti fiduciari*, pag. 32.

L'accettazione può avvenire o contestualmente all'atto istitutivo o per mezzo di atto separato. Non prendono mai parte all'atto invece i beneficiari. Nel caso in cui il disponente coincida con il trustee ci troveremo di fronte al caso dei trust auto-dichiarati. Risultano infondati⁶⁸ i dubbi sull'applicabilità di questa tipologia con il rispetto di principi generali del nostro ordinamento; le obbligazioni del trustee verso i beneficiari sono le medesime, coincide o meno egli con il disponente⁶⁹. La prassi italiana ha utilizzato di frequente i trust auto-dichiarati, non per celare l'identità del disponente, ma nei casi in cui il disponente voleva provvedere direttamente al compito piuttosto di investire un terzo⁷⁰, godendo altresì della segregazione patrimoniale.

L'atto istitutivo del trust può prevedere le più varie disposizioni. Il redattore di un atto istitutivo deve scegliere con cura la legge straniera che regoli il trust e che pertanto consenta di raggiungere il fine verificando di volta in volta la compatibilità con il nostro ordinamento giuridico.

Per determinare la legge regolatrice la Convenzione dell'Aja adotta due criteri:

- La volontà del disponente (art. 6⁷¹);
- In mancanza, la legge con la quale il trust ha i contatti più stretti (art. 7⁷²).

68 M. LUPOI, *Istituzione del diritto in trust e degli affidamenti fiduciari*, pag. 33.

69 cfr. Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2007, pag. 425.

70 Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Riv. Not.*, 2002, pag. 192, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2002, pag. 241, in *Notariato*, 2002, pag. 383; in *Vita not.*, 2002, pag. 727.

71 "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".

72 "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;
- 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."

Un trust istituito in mancanza di alcun fondo è valido, ma senza che sorga alcuna obbligazione a carico del trustee: il suo compito è inattuabile e le sue obbligazioni ineseguibili.

Principale e diretta conseguenza dell'istituzione di un trust è che i beni conferiti beneficiano della segregazione patrimoniale:

- I beni non fanno parte del patrimonio del trustee;
- il trustee ha l'obbligo di amministrarli, gestirli secondo i termini del trust e le norme impostagli dalla legge regolatrice.

Il principio di segregazione patrimoniale è ben diverso dal patrimonio autonomo e separato previsto dal nostro codice civile. Nel patrimonio separato vi è un incomunicabilità assoluta tra i beni che ne costituiscono l'oggetto ed il soggetto che ne è titolare; risulta oltremodo una completa coincidenza tra proprietà e gestione, e tra titolarità e godimento; non vi è alcuna possibilità di distinzione tra gestore ed il complesso di beni, come invece risulta essere per il patrimonio autonomo.

Esistono svariate pronunce che riguardano il tema della natura della titolarità dei beni conferiti in trust al trustee.

Nell'ordinanza del Pretore di Roma - 13 aprile 1999⁷³ (poi sostituita dall'ordinanza di reclamo del Tribunale di Roma - 2 luglio 1999⁷⁴) si legge che il trustee è legittimato, nella sua qualità di possessore o comunque di detentore qualificato, ad esercitare l'azione possessoria per il recupero di certificati azionari⁷⁵.

La sentenza del Tribunale di Brescia - 12 ottobre 2004⁷⁶ coglie senza ombra di dubbio, una delle più importanti caratteristiche del trust: il bene conferito in trust non fa più parte del patrimonio del disponente, il quale ovviamente perde ogni suo

⁷³ Pretura Roma 13 aprile 1999, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 83.

⁷⁴ Tribunale di Roma 2 luglio 1999, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 85.

⁷⁵ Il trustee in realtà non è né possessore (o, almeno, non soltanto), né detentore dei beni in trust, ma ne è titolare, anche se detti beni costituiscono un patrimonio separato rispetto al suo patrimonio personale.

⁷⁶ Tribunale di Brescia 12 ottobre 2004 in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 83.

diritto sul bene ed entra nel patrimonio del trustee da cui resta separato (in forza del vincolo di destinazione impresso dal disponente stesso). La causa riguardava l'accertamento dell'obbligo del terzo pignorato (art. 548 cod. proc. civ.) che, nel caso, era un trustee al quale erano stati trasferiti dal disponente – debitore, con atto avente data certa anteriore al pignoramento *ex art. 543 cod. proc. civ.*, dei beni mobili destinati a beneficiare una ONLUS; il Giudice, valutata l'ammissibilità dell'istituto, ha deciso di respingere le istanze del creditore pignorante affermando che i beni conferiti nel trust *“sono segregati, non appartengono né al settlor né al trustee e pertanto sottratti e inattaccabili dai rispettivi creditori”*.

Anche la giurisprudenza penale si è trovata a dirimere questioni attinenti al trust e alle sue caratteristiche, tanto che – dopo la già citata sentenza del 1899 – proviene dalla Sesta Sezione Penale la pronuncia della Corte Suprema di Cassazione sull'argomento.

Inizialmente il decreto del Giudice per le Indagini Preliminari di Torino - 19 gennaio 2004⁷⁷ (poi confermato dall'ordinanza del Tribunale del Riesame di Torino - 9 febbraio 2004⁷⁸) disponeva il sequestro preventivo di immobili vincolati in trust da parte di un soggetto appena soccombente di un procedimento arbitrale: il reato ipotizzato era quello previsto dall'art. 388 comma 1° cod. pen., dato che il settlor aveva compiuto atti dispositivi (il conferimento in trust di beni immobili con tempi e modalità “sospetti”) e così sottratto fraudolentemente ai creditori la garanzia patrimoniale⁷⁹.

Successivamente gli indagati decisero di ricorrere: la sentenza n. 48708 della Corte di Cassazione (Sesta Sezione Penale) - 18 dicembre 2004⁸⁰ tratteggia gli elementi essenziali del trust (e della Convenzione de L'Aja, ratificata con Legge

⁷⁷ Giudice per le Indagini Preliminari di Torino 19 gennaio 2004, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 412.

⁷⁸ Tribunale (del Riesame) di Torino 9 febbraio 2004, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 414.

⁷⁹ Il Tribunale piemontese racchiude in una frase l'essenza dell'effetto segregativo: *“Quanto alle esigenze cautelari, la difesa ha sostenuto che manchi il periculum in mora, affermando che il bene immobile, per sua natura, è sempre reperibile. Non si condivide affatto questa impostazione posto che, se il bene – per qualifica che il trust gli attribuisce – diventa non aggredibile dai creditori, il fatto che sia reperibile si traduce in una beffa”*.

⁸⁰ Corte di Cassazione 18 dicembre 2004 n. 48708, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 574.

16 ottobre 1989 n. 364) richiamando espressamente l'effetto segregativo⁸¹, i doveri⁸² e i poteri⁸³ del trustee e la scelta della legge regolatrice⁸⁴. La Suprema Corte ha confermato il sequestro preventivo, anche perché *“affermare che i beni devoluti al trustee sarebbero pur sempre soggetti alla azione revocatoria significa confermare che quei beni sono usciti dal patrimonio del debitore ed è quindi certamente profilabile il reato di cui all'art. 388, primo comma, c.p., in quanto la deduzione implica proprio che i beni conferiti nel trust sono usciti dal patrimonio del debitore e non sono, quindi, più soggetti alla azione esecutiva sui beni del disponente devoluti al trustee”*; peraltro, *“la trascrizione dell'atto di sequestro nei registri immobiliari era certamente idonea a bloccare – di fatto – ulteriori passaggi dei beni devoluti al trustee o, comunque, altri atti di disposizione – eventualmente con l'assenso del disponente e/o del beneficiario – che avrebbero potuto rendere vana o maggiormente aleatoria ogni azione revocatoria a causa dei diritti vantabili da terzi in buona fede (art. 2901, comma primo, n. 2, cod. civ.)”*. Il sequestro preventivo è stato poi confermato dal Giudice territorialmente competente⁸⁵ con il decreto del Giudice per le Indagini Preliminari di Grosseto - 6 febbraio 2004⁸⁶.

81 *“il disponente pone determinati suoi beni sotto il controllo del trustee a beneficio di un terzo o per il raggiungimento di uno scopo, ma tali beni non entrano a far parte del patrimonio del trustee, rimanendone separati ... essi formano un patrimonio separato o di scopo”*.

82 *“il trustee è investito del potere di amministrare, gestire e disporre del bene del settlor – disponente secondo le norme dell'atto istitutivo del trust e le prescrizioni di legge, con obbligo di essere chiamato a rendere il conto”*.

83 *“il trustee può agire o essere convenuto in giudizio nella sua qualità”*.

84 *“... come risulta dai relativi atti istitutivi, tutti i trusts sono sottoposti alle norme della legge sopra richiamata e tramite essa alla legge inglese per ciò che riguarda il trust e cumulativamente alla legge italiana e a quella inglese per quanto riguarda le obbligazioni e la responsabilità del trustee”*.

85 *“in relazione al luogo di consumazione del reato, individuabile in quello ove sono stati istituiti i trusts e devoluti i beni [perché] ... le successive formalità relative alle registrazioni nonché alle trascrizioni degli atti istitutivi presso le competenti Conservatorie dei Registri Immobiliari costituiscono un'attività volta a rendere opponibili gli effetti di tali atti simulati o fraudolenti, comunque già definitivamente perfezionati e determinanti la consumazione del reato”*.

86 Giudice per le Indagini Preliminari di Grosseto 6 febbraio 2004, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 416; la pronuncia contiene un limpido estratto dei principi fondamentali del trust: *“In estrema sintesi l'istituto del trust, di derivazione anglosassone, è un negozio che ha una causa tipica di per sé del tutto lecita e neutra rispetto alle ulteriori finalità perseguite, che è quella di trasferire il c.d. trust-fund al trustee, quale unico soggetto titolare dei poteri di gestione ed amministrazione dei beni conferiti nel trust, al contempo privando, per tutta la durata del contratto, il disponente degli originari poteri di godimento e controllo del bene che egli aveva quale proprietario (e questo anche nei casi in cui il beneficiario coincida con il disponente, in*

6. Ammissibilità del Trust interno e responsabilità patrimoniale

Per molto tempo al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale si poneva la problematica circa l'ammissibilità del trust interno – quel trust che non presenta alcun elemento di estraneità con l'ordinamento italiano né dal carattere soggettivo né dal carattere oggettivo con eccezione della legge regolatrice straniera.

La principale teoria argomentativa volta al non riconoscere l'ammissibilità era orientata sul difficile coordinamento con l'art. 2740 c.c.⁸⁷, il quale prevede il principio di responsabilità patrimoniale universale del debitore per le obbligazioni contratte. Solo la legge può mitigare tale principio che, pertanto, mal si concilia con uno strumento come il trust che prevede una forte autonomia privata per costituire patrimoni separati destinati a scopi predeterminati.

Il riconoscimento dei trust interni e di quelli internazionali è stato consolidato sia dalla giurisprudenza⁸⁸ sia dalla dottrina⁸⁹ nell'interpretazione dell'art. 6 della Convenzione dell'Aja. Nel nostro ordinamento il trust interno è retto da una legge straniera scelta dal costituente, risulta essere perfettamente valido e va riconosciuto agli effetti dell'art. 11 ss. Il percorso circa l'ammissibilità effettuato dalla giurisprudenza e dalla dottrina, inizia da un ragionamento al contrario: se non si ammettesse la validità di un trust interno si violerebbe l'art. 3 della Costituzione, in quanto risulterebbe difficile consentire l'uso di un trust ad un cittadino straniero e negarlo ad un italiano. Inoltre la legge di ratifica della

quanto il beneficiario è comunque titolare di un diritto di natura obbligatoria). Nello schema tipico, pertanto, la caratteristica essenziale del trust è quella della effettiva perdita da parte del disponente dei beni conferiti, con il relativo potere di controllo e gestione e questa perdita costituisce, per così dire, la controparte per assicurare al disponente medesimo gli indubbi vantaggi connessi alla scelta di questo istituto negoziale, quale quello della non aggredibilità dei beni conferiti da parte dei creditori del disponente ovvero di quelli del trustee. Orbene, appare di tutta evidenza come l'utilizzo di questo negozio giuridico si possa prestare ad essere asservito a finalità elusive, quale quella di nascondere ai creditori la piena disponibilità di un bene ovvero di un patrimonio, con una deviazione da quella caratteristica essenziale innanzi indicata”.

87 “Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge.”

88 Trib. di Cassino 8/01/2009; Trib. di Bologna 19/9/2008; Trib. Reggio Emilia 14/05/2007; Trib. di Milano 23/02/2005; Trib. di Napoli 14//72004; Trib. di Bologna 1/10/2003 n. 4545.

89 M. LUPOI, *Effects of the Hague Convention Civil Law Country*, in *Vita not.*, 1998, pag. 19; *trust nel diritto civile*, in *Vita not.*, 2003, pag. 605 ss.; *Lettera ad un notaio conoscitore del trust*, in *Riv. Not.*, 2001, pag. 1159; *Trust*, Milano 2001.

Convenzione dell'Aja risulterebbe assolutamente superflua in quando non sarebbe efficace. I giudici italiani potranno rifiutare il riconoscimento di un trust interno laddove si ponga in concreto come elusione delle norme imperative dell'ordinamento italiano, o quando la causa del negozio non risulti essere meritevole di tutela dell'ordinamento italiano. Pertanto per la giurisprudenza la causa astratta dell'istituto è stata già riconosciuta con la ratifica della Convenzione, quella concreta va analizzata dal giudice di volta in volta (Trib. di Cass., 8/1/2009 -*"occorre esaminare la meritevolezza della causa concreta del trust, senza fermarsi allo scopo negoziale che prima facie le parti intendono perseguire, ma verificando se anche l'eventuale scopo effettivo, sotteso a quello apparente, sia conforme ai principi generali dell'ordinamento"*). Per la legittimazione dell'istituto del trust interno sia la dottrina che la giurisprudenza hanno richiamato frequentemente l'istituto del patrimonio separato, ripercorrendo le sue diverse applicazioni:

- Mandato senza rappresentanza – il mandante è ammesso a rivendicare direttamente le cose mobili acquistate dal mandatario in nome proprio, ove tali beni sono sottratti all'azione esecutiva dei creditori del mandatario (art. 1707 c.c.);
- Fondo patrimoniale – art. 167 c.c. *"Ciascuno o ambedue i coniugi, per atto pubblico, o un terzo, anche per testamento, possono costituire un fondo patrimoniale, destinando determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri, o titoli di credito, a far fronte ai bisogni della famiglia. La costituzione del fondo patrimoniale per atto tra vivi, effettuata dal terzo, si perfeziona con l'accettazione dei coniugi"*- possibilità non solo di destinare patrimoni per i bisogni della famiglia ma anche la possibilità dei creditori di agire soltanto sui beni costituenti il fondo per le obbligazioni contratte per i bisogni della famiglia;

- Art. 22 del D.Lgs. 24/2/1998, n. 58 – introduzione di nuove figure di intermediari destinati a gestire investimenti in strumenti finanziari; si prevede la separazione del patrimonio amministrato dal patrimonio dell'intermediario (principio valido anche in sede concorsuale);
- Art. 2645 ter c.c. - *“Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo”* - beni destinati ad uno scopo con conseguente separazione patrimoniale. L'interesse deve essere degno di tutela così come disciplinato dall'art. 1322 - *“Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”*;
- Art. 4, comma 2, l. 30/4/1999 n. 130 – cartolarizzazione dei crediti. Prevede che sui crediti acquistati e sulle somme corrisposte dai debitori ceduti, sono ammesse azioni solo da parte dei portatori dei diritti incorporati dei titoli ammessi dalla stessa società di cartolarizzazione o da altra società (cd. Società veicolo).

Nel regime invece di pubblicità tavolare⁹⁰ si segnalano il decreto del Tribunale di Trento - Sezione distaccata di Cavalese - 20 luglio 2004⁹¹, il decreto del Tribunale di Trento - Sezione distaccata di Cles - 7 aprile 2005⁹², il decreto del Tribunale di Rovereto - 28 ottobre 2005⁹³, il decreto del Tribunale di Trento - Sezione distaccata di Cles - 25 gennaio 2006⁹⁴ e il decreto del Tribunale di Bolzano - Sezione distaccata di Bressanone - 16 agosto 2006⁹⁵: tali provvedimenti non si limitano ad evidenziare come il trust abbia ormai “*acquisito un diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento*”, ma hanno anche previsto l'annotazione della costituzione in trust e dell'atto istitutivo di trust⁹⁶.

La sentenza n. 4545 del Tribunale di Bologna – 1 ottobre 2003⁹⁷, ha fugato ogni dubbio circa l'ammissibilità del trust c.d. Interno, contrastando le tesi dottrinali contrarie, abbracciate dalle più importanti decisioni giurisprudenziali degli anni precedenti. Il caso riguardava una controversia tra due coniugi, uno dei quali aveva costituito un trust conferendovi le proprie quote di proprietà su alcuni cespiti immobiliari in comunione legale; in via preliminare va ribadito la mancanza di ogni intento frodatore da parte del marito – convenuto, lo stesso attore aveva sostenuto che vi fosse uno scopo per così dire elusivo (era assai diversa l'opinione sul momento in cui cessa la comunione). La moglie-attrice aveva chiesto l'invalidità o l'irriconeoscibilità del trust dalla quale avrebbe voluto il

90 Sistema che in Italia vige nelle province di Trento, Bolzano, Gorizia, Trieste, in alcuni comuni della provincia di Udine, nel comune di Pedemonte (prov. Vicenza), comuni da Magasa e Valvestino (prov. Brescia) e in alcuni comuni della provincia di Belluno (come Cortina d'Ampezzo).

91 Tribunale di Trento - Sez. distaccata di Cavalese 20 luglio 2004, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2004, pag. 574.

92 Tribunale di Trento - Sez. distaccata di Cles 7 aprile 2005, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 406.

93 Tribunale di Rovereto 28 ottobre 2005, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2006, pag. 419.

94 Tribunale di Trento - Sez. distaccata di Cles 25 gennaio 2006, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2006, pag. 419.

95 Tribunale di Bolzano - Sez. distaccata di Bressanone 16 agosto 2006, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2007, pag. 60.

96 Del resto, proprio in forza della Convenzione de L'Aja (art. 12) sarebbe indispensabile consentire la pubblicità di un trust “estero” anche nel regime tavolare; se, quindi, un trust “estero” può e deve essere “intavolato”, proprio non si comprendono gli ostacoli per “intavolare” un trust “interno”; sull'argomento, PELLEGRINI, *Trust interno e pubblicità tavolare*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 565.

97 Tribunale di Bologna 1° ottobre 2003, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2004, pag. 67.

travolgimento di tutti gli atti dispositivi compiuti dal marito. Il giudizio verteva sulla presunta non riconducibilità del trust alla Convenzione dell'Aja perché trattasi di trust interno (privo di elementi di estraneità) e pertanto gli effetti dell'istituto risultavano essere in contrasto con le norme imperative ed inderogabili del sistema interno (segnatamente, l'art. 2740 cod. civ.). La base fondativa della decisione è la ratifica legislativa della Convenzione dell'Aja. Il legislatore ha inteso recepire *in toto* nell'ordinamento la Convenzione dell'Aja, per tal motivo l'organo giudicante non avrebbe potuto non attribuire importanza a tale atto. La volontà del legislatore italiano di sottoscrivere la convenzione sul trust è da ricondurre alla finalità sicuramente di attrarre investimenti dall'estero; tale finalità ovviamente verrebbe meno se proprio i cittadini italiani per poter sfruttare i vantaggi di tale istituto dovessero istituire i propri trust in un Paese straniero (utilizzando, quale elemento di estraneità, la sede/residenza del trustee) così trasferendo all'estero la gestione ed amministrazione di capitali e immobili. L'organo giudicante si trovava alla presenza di un trust interno (anche se vi erano alcuni elementi di estraneità ritenuti però minimi, come la cittadinanza e il domicilio del residente – risultante a San Marino). Il Tribunale ha ritenuto di impiegare i parametri previsti dall'art. 7 della Convenzione, anche se riguardava soltanto la scelta della legge con cui il trust ha il collegamento più stretto e solo nel caso in cui questa non sia stata individuata dal disponente, per dirimere la questione circa la qualificazione del trust come interno o esterno. Nel caso specifico risultavano essere "italiani" il luogo di amministrazione del trust designato dal disponente, l'ubicazione dei beni trasferiti, il domicilio del trustee, il luogo in cui doveva essere realizzato lo scopo del trust. Analizzando la disciplina convenzionale emerge che l'applicabilità della stessa, e quindi la possibilità del disponente di poter decidere la legge regolatrice può prescindere sia dal luogo di amministrazione del trust, sia dall'ubicazione dei beni in trust, sia dalla residenza/domicilio del trustee, sia dal luogo in cui lo scopo del trust (diversamente opinando non si riuscirebbe ad attribuire significato al rinvio effettuato dall'art. 5 all'intero capitolo II della Convenzione e alla distinzione tra le ipotesi disciplinate dagli artt. 6 e 7); pertanto la scelta della disciplina

regolatrice risulta essere assolutamente libera e la preferenza per una legge straniera costituisce di per se un sufficiente “elemento di estraneità” per l’applicazione della Convenzione⁹⁸: il Tribunale di Bologna statuisce, riprendendo quanto detto da una autorevole dottrina⁹⁹, in modo esplicito che “*non esiste il trust che, retto da una legge straniera, sia «non abbastanza straniero» per alcun effetto previsto dalla Convenzione*”.

Il Tribunale di Bologna ha fortemente negato che gli atti di conferimento di beni nel trust possano essere intesi come negozi astratti di trasferimento in quanto la causa (*causa fiduciae*) si deve rinvenire nel collegato e oramai “tipicizzato” negozio istitutivo di trust¹⁰⁰. La Cassazione¹⁰¹ stessa in precedenza non ha escluso la configurabilità di negozi traslativi atipici¹⁰², purché sorretti da causa lecita *ex*

98 Dà conferma di questa interpretazione anche l’esame dei lavori preparatori.

99 M. LUPOI, *Introduzione ai trusts: diritto inglese, Convenzione dell’Aja, diritto italiano*, Milano, 1994.

100 Dubbioso e critico (sulla possibilità di individuare nella *causa fiduciae* un’idonea causa traslativa del negozio, ma non sulla possibilità di un negozio traslativo a causa esterna) è G. OBERTO, *Il Trust familiare*, lezione tenuta presso il Master di specializzazione in diritto di famiglia e minorile, svoltosi a Milano l’11 giugno 2005, in <http://utenti.lycos.it/giacomo305604/milano11giugno2005trust/relazionemilano.htm>:

“*Il negozio traslativo a causa esterna non pare tout court incompatibile con il nostro ordinamento. Come si è esattamente rilevato in dottrina, l’art. 1376 cod. civ. agevola le parti, ma non può vincolarle contro la loro stessa volontà. Del resto, che il principio consensualistico possa essere derogato si desume anche dal secondo comma dell’art. 1465 cod. civ. (in materia di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione), che consente che l’effetto traslativo o costitutivo sia differito fino allo scadere di un termine, nonché dalla ammissibilità nel nostro ordinamento, della clausola che eleva il pagamento del prezzo a condizione sospensiva di efficacia del contratto. Come peraltro precisato in dottrina, il richiamo in parte qua alla questione del negozio traslativo astratto va riferito al tema circa la possibilità per la causa fiduciae di ergersi ad idonea causa (esterna) traslativa nel nostro ordinamento relativamente ai rapporti tra fiduciante e fiduciario*”. Tuttavia, lo stesso autore (nel medesimo testo) afferma: “*la causa esterna nella fiducia potrebbe forse rinvenirsi in un mandato senza rappresentanza tra fiduciante e fiduciario, configurando, quale negozio che il mandatario-fiduciario si obbliga ad eseguire per conto del mandante, proprio il successivo ritrasferimento al mandante o ad un terzo. A ciò s’aggiunga che oggi il D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 170, emanato in attuazione della direttiva 2002/47/CE relativa ai contratti di garanzia finanziaria, riconosce espressamente il «trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia» e ciò addirittura con espressa deroga al divieto del patto commissorio (cfr. art. 6 d.lgs. cit.)*”.

101 Sentenza n. 10612 del 1991.

102 C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1936, I, pag. 945 – che sostiene: “*In base al principio generale dell’autonomia privata, le parti possono dar luogo a negozi atipici anche con efficacia reale. La causa fiduciae, perfettamente lecita in forza della libertà di contrarre delle parti e dell’autonomia privata, è una causa idonea al trasferimento ed è una causa unitaria, perché il trasferimento è effettuato a scopo fiduciario e quindi la fiducia ne è la ragione economico-sociale (cioè la causa)*”.

art. 1322, comma 2°, cod. civ., e l'estensione di tale norma agli atti unilaterali potrebbe avvenire, secondo una corrente dottrinale, in forza dell'art. 1324 cod. civ. Del resto, nel caso di specie, il trust era stato costituito contestualmente agli atti di disposizione dei beni, pertanto, non era nemmeno necessario derivare *ab externo* la causa del trasferimento¹⁰³.

Secondo una tesi dottrinale l'art. 13 darebbe facoltà ai legislatori degli Stati aderenti di apporre riserve, non apposte dall'Italia in sede di ratifica della Convenzione (con la Legge 9 ottobre 1989, n. 364): se così fosse, proprio la disposizione invocata nel provvedimento in commento dovrebbe ritenersi inapplicabile e la motivazione su questa fondata sarebbe palesemente errata¹⁰⁴.

L'autorità giudiziaria è sottoposta sempre alla legge, e pertanto, il potere di negare il riconoscimento di un trust retto da una disciplina straniera può avvenire soltanto se conforme alla legge stessa (nel caso la Legge n. 364 del 1989, di ratifica della Convenzione) e solo qualora la scelta sia stata effettuata per operare in frode alla legge¹⁰⁵.

In virtù degli artt. 15, 16 e 18 del testo convenzionale, i trust riconosciuti (anche quelli interni) che producano effetti contrastanti con norme inderogabili o con principi di ordine pubblico (derivante dalla applicazione di una legge straniera) saranno subordinati alla legge interna. Invece nel caso in cui un trust interno (necessariamente regolato da legge straniera difettando una legge italiana

103 A. TONELLI, *Riflessioni ed esempi concreti sulla tutela processuale nei trusts*, relazione al corso di formazione decentrata "Prassi applicative dei trusts interni" svoltosi a Trieste il 17 giugno 2005 – perplessità circa la validità della disgiunzione logica tra atto istitutivo e i negozi di dotazione.

104 Tesi espressa da Tribunale di Venezia 4 gennaio 2005, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 245.

105 "Rientra anche nei poteri del giudice, dunque, fare applicazione dell'art. 13; tuttavia, l'utilizzo di detta norma, lungi dall'essere obbligatorio o – al contrario – «capriccioso», potrà avvenire soltanto in maniera conforme alla ratio del legislatore della ratifica e, quindi, anche in ossequio al principio di salvaguardia dell'autonomia privata, al solo fine di evitare il riconoscimento di trust "interni" che siano disciplinati da legge straniera con intenti abusivi e/o fraudolenti. In altri termini, non sarà sufficiente rilevare la presenza di un trust i cui elementi significativi siano più intensamente collegati con lo Stato italiano per disapplicare la legge scelta per la sua disciplina e per la sua costituzione evitando di riconoscerne gli effetti, ma sarà, invece, necessario desumere un intento in frode alla legge, volto, cioè, a creare situazioni in contrasto con l'ordinamento in cui il negozio deve operare. Proprio questa, in definitiva, pare essere l'interpretazione più corretta da dare all'art. 13 della Convenzione: quella di «norma di chiusura»".

sul trust) produca effetti ripugnanti per l'ordinamento che non siano colpiti dagli art. 15, 16 e 18, è possibile negare *tout court* il riconoscimento, il quale diviene, a tali condizioni, inesigibile¹⁰⁶

L'ultima questione affrontata dalla sentenza riguarda la presunta contrarietà all'art. 2740 cod. civ. dell'effetto segregativo tipico dei trust: si utilizzano svariate motivazioni a sostegno della soluzione adottata, non perché il Giudice non aveva un linea guida (come hanno rilevato alcuni¹⁰⁷), ma perché in realtà tutte portano alle medesime conclusioni. È la stessa Convenzione che prevede nel suo art. 11 l'effetto segregativo e, pertanto, secondo una parte della dottrina, il testo convenzionale assume sul punto la natura di norma di diritto materiale uniforme: solo così si spiega, difatti, il motivo per cui la Convenzione sancisce espressamente l'effetto minimo ed automatico della separazione del patrimonio in trust da quello del trustee (caratteristica essenziale del trust); In secondo luogo, per la sentenza in commento, la deroga all'art. 2740 cod. civ. è stata introdotta direttamente dalla Legge n. 364 del 1989, rispettando perciò il principio per cui le deroghe devono essere disposte per legge¹⁰⁸.

106 G. OBERTO, *Il Trust familiare*, lezione tenuta a Milano l'11 giugno 2005 al Master di specializzazione in diritto di famiglia e minorile, sul sito:

<http://utenti.lycos.it/giacomo305604/milano11giugno2005trust/relazionemilano.htm>: *“La scelta non potrà dunque sortire l'effetto di eludere l'applicazione delle norme cogenti (si badi: quelle cogenti e non solo quelle di ordine pubblico) del paese con cui il contratto è collegato in via esclusiva, proprio al fine di evitare che i soggetti di un rapporto giuridico privo di elementi di estraneità possano sfuggire all'applicazione delle norme imperative attraverso la designazione di una legge straniera”*.

107 In tal senso V. MARICONDA, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, in *Corriere Giuridico*, 2004, n. 1, pag. 91: *“Quanto poi all'elenco di riforme legislative proposto dalla nella decisione del Giudice di Bologna al fine di sminuire l'importanza e la portata del principio di cui all'art. 2740, comma 2°, cod. civ. ... elenco di cui non ci sarebbe stato bisogno se il Giudice fosse stato convinto sino in fondo di quanto precedentemente asserito in ordine al fatto che la stessa legge di ratifica ha introdotto nell'ordinamento una deroga all'art. 2740 cod. civ.”*.

108 *“L'effetto segregativo si verifica perché i beni conferiti in trust non entrano nel patrimonio del trustee se non per la realizzazione dello scopo indicato dal settlor e col fine specifico di restare separati dai suoi averi (pena la mancanza di causa del trasferimento). Pertanto, non può parlarsi di acquisizione al patrimonio del trustee di detti beni (nemmeno come beni futuri): si tratta, insomma, di una proprietà «qualificata» o «finalizzata», introdotta dagli artt. 2 e 11 della Convenzione de L'Aja in aggiunta a quella conosciuta dal codice civile del 1942 (che, in realtà, già prevede fattispecie analoghe nell'art. 1707, nell'istituto del fondo patrimoniale inserito con la riforma del 1975, e, infine, nel nuovo art. 2447-bis). La non applicabilità dell'art. 2740 cod. civ., dunque, emerge direttamente dagli artt. 2 e 11 della Convenzione che identificano in modo esclusivo la fonte della segregazione nella «proprietà qualificata» del trustee e forniscono una nuova lettura del concetto di «patrimonio»“*.

Ponendo l'attenzione sulle numerose deroghe legislative circa l'unitarietà della garanzia patrimoniale¹⁰⁹ invogliano nel ritenere che l'art. 2740 cod. civ. non costituisca più, da anni, un principio supremo ed inderogabile del nostro ordinamento (e, dunque, *“non può valere come un «dogma sacro ed intangibile» del nostro ordinamento”*); sono citate nella sentenza le seguenti disposizioni: art. 1707 cod. civ.¹¹⁰, art. 167 ss. cod. civ.¹¹¹, art. 1881 cod. civ.¹¹², l'art. 1923 cod. civ.¹¹³, art. 490 cod. civ.¹¹⁴, art. 2117 cod. civ.¹¹⁵, art. 3 Legge 23 marzo 1983 n. 77 (sui fondi comuni di investimento immobiliare, ora abrogato dal D.Lgs. n. 58 del 1998), art. 22 D.Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (rubricato *“Separazione patrimoniale”*), art. 4 D.Lgs. 21 aprile 1993 n. 124 (riformato dalla Legge n. 335 del 1995, relativo alla formazione di fondi pensione con un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo), artt. 3 Legge n. 130 del 1999 e 13 Legge n. 448 del 1998, come modificato dalla Legge n. 402 del 1999, (sulla cartolarizzazione dei crediti), art. 2 Legge n. 410 del 2001 (sulla privatizzazione del patrimonio immobiliare pubblico), art. 2447-bis cod. civ. (*“patrimoni destinati ad uno specifico affare”*). Si deve aggiungere anche alle disposizioni citate in precedenza l'introduzione legislativa dell'art. 2645-ter cod. civ. In riferimento alla riserva di legge posta dall'art. 2740 c.c. si era sempre escluso che si potesse costituire un patrimonio separato con la sola autonomia privata, inteso come *“un insieme di beni determinati di un soggetto, nettamente distinto dal restante patrimonio, che, pur riferibile uni-direzionalmente a quel soggetto, è insensibile alle vicende giuridico - economiche della rimanente massa dei beni”*¹¹⁶.

109 Tra le ultime la riforma del diritto societario che ha introdotto agli art. 2447-bis e seguenti del codice civile i *“patrimoni destinati ad uno specifico affare”* che presentano evidenti similitudini coi trust auto-dichiarato.

110 Prevede un meccanismo di separazione per i beni mobili o i crediti acquistati in proprio dal mandatario per conto del mandante in forza di atto avente data certa anteriore al pignoramento.

111 Vincolano alle esigenze della famiglia i beni costituiti in fondo patrimoniale.

112 Secondo il quale può divenire *“patrimonio separato”* e non aggredibile la rendita vitalizia costituita a titolo gratuito nei limiti del bisogno alimentare del beneficiario.

113 Sottrae le somme dovute dall'assicuratore per assicurazione sulla vita all'azione esecutiva dei creditori del contraente o del beneficiario.

114 *“l'effetto del beneficio d'inventario consiste nel tener distinto il patrimonio del defunto da quello dell'erede”*.

115 Richiamato dal D.Lgs. n. 124 del 1993, che consente la creazione di *“patrimoni di destinazione”* come fondi speciali per la previdenza e l'assistenza.

116 A. DE DONATO, *Destinazione di beni e opponibilità a terzi*, in *Destinazione di beni allo*

Secondo la Cassazione¹¹⁷, “non è sufficiente, per configurare un patrimonio separato, il riferimento del patrimonio stesso ad uno scopo, essendo anche necessario che intervenga una disciplina particolare, diversa da quella che regola il residuo patrimonio del soggetto, perché la separazione è uno strumento eccezionale, di cui soltanto la legge può disporre, essendo diretto ad interrompere la normale corrispondenza tra soggettività e unicità del patrimonio, per destinare una parte di questo al soddisfacimento di alcuni creditori, determinando in tal modo la insensibilità dei beni separati alla sorte giuridica degli altri, in deroga ai principi fissati dagli artt. 2740 e 2741 cod. civ.”.

L'art. 2645-ter cod. civ. ha in definitiva reso possibile nel nostro ordinamento la creazione dei più disparati atti di destinazione scaturiti dalla sola autonomia privata (senza nemmeno pretendere che gli interessi sottesi siano già stati selezionati come meritevoli di riconoscimento da una norma positiva). In altri termini la riserva di legge prevista dal comma 2° dell'art. 2740 cod. civ., è stata svuotata del suo contenuto da numerosi normative speciali ancor di più svuotato del suo significato dall'art. 2645-ter¹¹⁸.

L'attenzione del resto della sentenza è rivolto alla dimostrazione della piena compatibilità dell'istituto con l'ordinamento interno: difatti, fermo restando la validità dell'atto istitutivo¹¹⁹, il conferimento in trust dei beni della comunione

scopo, Milano, 2003, pag. 190. Richiama l' “insensibilità dei beni separati alla sorte giuridica degli altri per quanto concerne la responsabilità patrimoniale” anche L. BIGLIAZZI., GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXII, (voce Patrimonio, II), Milano, 1982, pag. 284.

117 Cass. 28 aprile 2004, n. 8090, in *Giustizia Civile*, 2005, fasc. 4, parte I, pag. 1050.

118 La menzionata disposizione ha anche scardinato il tradizionale principio del *numerus clausus* dei diritti reali, la cui logica conseguenza era costituita dall'impossibilità di configurare diritti reali atipici come, ad esempio, vincoli imposti al proprietario di un bene al di fuori delle ipotesi disciplinate dagli artt. 1027 ss. cod. civ. (Cass. 26 settembre 2000, n. 12765: “I diritti reali di godimento costituiscono un *numerus clausus*, con la conseguenza che non è configurabile un rapporto di cosiddetto dominio utile, corrispondente ad uno *ius in re aliena*, cioè al diritto di godere di un fondo altrui, in perpetuo, non essendo, tra l'altro, consentiti, al di fuori dei casi previsti dalla legge, rapporti di natura perpetua, in quanto contrari ad interessi di natura pubblicistica”). Pare invece possibile, oggi, tramite il ricorso all'art. 2645-ter cod. civ., costituire “servitù personali”, attribuendo ad un fondo, con opponibilità *erga omnes* (anche ai successivi acquirenti del fondo servente) derivante dalla trascrizione, un vincolo di destinazione (peso od onere) per l'utilità di un soggetto che non sia il “diverso proprietario di un altro fondo”.

119 M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, pag. 83: “Il negozio istitutivo di trust non è di per sé lesivo del diritto di alcuno perché per sua natura è

legale è stato annullato ai sensi dell'art. 184 cod. civ.

Sulla sentenza del Tribunale di Bologna sono stati lasciati numerosi commenti¹²⁰. Ad ogni modo l'orientamento prevalente ritiene valido il trust interno in quanto se non fosse così non si spigherebbe la ratifica da parte del legislatore italiano della Convenzione dell'Aja. Ancora meno logico sarebbe l'approvazione di un trust internazionale obbligando gli operatori del diritto a riconoscerlo insieme, ovviamente, ai suoi effetti e nel frattempo però verrebbe disapprovata la causa del medesimo negozio giuridico quando fosse privo di elementi di internazionalità (tipologia del trust interno). Il pericolo che con rendere l'ammissibilità del trust interno non si creerebbe altro che una possibilità in più per poter ledere i diritti altrui, bisogna rispondere con l'antico brocardo: *abusus non tollit usum*; anche con i negozi tipici del nostro ordinamento possono essere impiegati per finalità illecite, ma il nostro ordinamento ha anche ampi mezzi per poterli reprimere. Nel caso specifico è stato annullato l'atto di dotazione avente ad oggetto i beni della

neutro sotto il profilo dispositivo”.

120 A. BUSANI, *Ai trust passaporto di legittimità*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 ottobre 2003, pag. 28; M. LUPOI, *Stop ai dubbi su un istituto fondato sulla trasparenza*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 ottobre 2003, pag. 28; A. BUSANI, *Per il trust un futuro a tutto campo*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 ottobre 2003, pag. 29; C. CASTRONOVO, *Ma per il trust una sentenza non fa primavera*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 ottobre 2003, pag. 5; A. TONELLI, *Una nuova decisione riconosce validi i trust interni in Italia*, in *Italia Oggi*, 27 ottobre 2003, pag. 24; A. TONELLI, Nota a Trib. Bologna 1 ottobre 2003 n. 4545 (sulla validità ed efficacia dei “trust interni”), in *Rivista del Notariato*, 2003, pag. 1653; N. SOLDATI, Commento a Tribunale di Bologna, sentenza 1 ottobre 2003, in *Diritto e pratica delle società*, 2003, n. 21, pag. 82; A. BUSANI – C..M.CANALI, *Un istituto di grande flessibilità conforme al nostro ordinamento giuridico*, in *Guida al Diritto*, 2003, n. 45, pag. 68; L. SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, 2004, pag. 392; MARICONDA, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, in *Corriere Giuridico*, 2004, n. 1, pag. 91; L. SANTORO, *I traguardi della giurisprudenza italiana in materia di trust*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2004, pag. 373; G. OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, relazione al Convegno “Autonomia patrimoniale e segregazione patrimoniale nel Trust”, Torino, 24 gennaio 2004, in <http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/6218/trust/relazionetorino.htm> e in *Famiglia e diritto*, 2004, fasc. 2 - pag. 201 e fasc. 3 - pag. 310; A. MOJA, *I trusts: analisi della giurisprudenza italiana alla luce delle ultime sentenze*, relazione al Convegno “Il trust in Italia: fiscalità e applicazione”, Milano, 30 marzo 2004, in <http://www.assotrust.it/Pagine/4I%20trusts%20analisi%20della%20giurisprudenza.htm>; A. RENDA, *Ammissibilità del trust interno e questioni in materia di comunione legale*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, I, pag. 844; F. DI CIOMMO, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, in *Foro Italiano*, 2004, I, col. 1296; M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, Torino, 2004, pag. 264; G. OBERTO, *Il Trust familiare*, lezione tenuta a Milano l'11 giugno 2005 nel corso del Master di specializzazione in diritto di famiglia e minorile; F. GALLUZZO, *Il trust c.d. interno e i negozi di destinazione dei beni allo scopo*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2005, n. 2, pag. 85.

comunione legale, confutando le tesi di chi non vorrebbe l'ammissibilità del trust interno per paura di un aumento dei casi di frode della legge.

7. Problematiche inerenti alla trascrivibilità nei Pubblici registri

Ulteriore argomento di dibattito ha riguardato il tema della trascrizione degli atti di trasferimento dal disponente al trustee, o degli atti di acquisto del trustee compiuti per la sua qualità. La soluzione sembra esser stata trovata con l'introduzione del nuovo art. 2645 - ter¹²¹ cod civ.; a riguardo risultano interessanti il decreto del Tribunale di Chieti - 10 marzo 2000¹²² e il decreto del Tribunale di Bologna - 28 aprile 2000.

Per quanto riguarda la decisione del Tribunale di Chieti bisogna tenere in considerazione in via preliminare che la trascrizione concerneva una compravendita in favore di un trustee e non l'atto istitutivo; il collegio giudicante riteneva che la Conservatoria avesse impedito la trascrizione della compravendita ingiustificatamente; la pronuncia dell'organo giudicante ordinò la trascrizione dell'atto, prevedendo come contraente la persona del trustee. Parte della dottrina ritiene che, al fine di rendere conoscibile l'indisponibilità del bene e l'estraneità del patrimonio rispetto a quello del trustee, bisognerebbe trascrivere l'acquisto della disponibilità del bene (da parte del trustee) contestualmente in un nota senza indicare il beneficiario; quanto ciò detto pare in contrasto con il rispetto del principio di continuità delle trascrizioni espresso dall'art. 2650 cod. civ. sarebbe leso dai successivi atti dispositivi compiuti, anche legittimamente, dallo stesso trustee (ad esempio il trasferimento del cespite ai beneficiari del trust). Un ulteriore decisione ha preso in considerazione il problema quella del Tribunale di Bologna con decisione informata di decreto - 28 aprile 2000¹²³; l'organo giudicante

121 “Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo”.

122 Tribunale di Chieti 10 marzo 2000, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 372.

123 Tribunale di Bologna 28 aprile 2000, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 372. Si trattava della trascrizione con riserva (motivata in base al principio di tassatività degli atti assoggettabili a trascrizione e alla mancanza di effetti riconducibili alla trascrizione dell'atto) di

partiva dal presupposto che “il trustee è l’unico titolare dei beni e dei conseguenti poteri di gestione e disposizione propri del diritto di proprietà, sia pure qualificati”; di conseguenza riteneva che la trascrizione fosse necessaria a favore del trustee, in quanto non consentendola l’effetto segregativo (essenza del trust) sarebbe inopponibile ai terzi. Non avrebbe alcun senso non consentire la trascrizione (per renderla opponibile ai terzi) della costituzione di un patrimonio separato riconosciuto da una convenzione internazionale ratificata e resa esecutivo nel nostro ordinamento che prevede nel suo art. 11 il principio essenziale del trust cioè la distinzione tra i beni oggetto del trust e quelli del trustee. Anche il Tribunale di Pisa prese in esame il problema inerente la trascrivibilità nei Registri Immobiliari, che con decreto - 22 dicembre 2001¹²⁴ ne ordinò la trascrizione insieme ad altre decisioni come quella del Tribunale di Milano con decreto - 29 ottobre 2002¹²⁵, il decreto del Tribunale di Verona - 8 gennaio 2003¹²⁶ e il decreto del Tribunale di Parma - 21 ottobre 2003¹²⁷; punto focale delle decisioni era quella di muovere le proprie premesse intorno ai trust interni e quelli autodichiarati¹²⁸.

un atto istitutivo di trust: tra l’altro, il Tribunale afferma che il concetto di “trasferimento della proprietà”, di cui all’art. 2643 cod. civ., si presta ad una visione più aperta grazie allo sviluppo di nuovi istituti e pertanto non ravvisa ostacoli ad assimilare gli effetti di un atto di trust ad almeno uno di quelli conseguenti ai “contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili” (dei quali l’art. 2645 cod. civ. ammette la trascrizione). In proposito si osserva che la giurisprudenza di legittimità ammette la trascrizione ex art. 2645 cod. civ. delle obbligazioni propter rem (Cass. 22 luglio 1969 n. 2764) e delle servitù reciproche derivanti da convenzioni di lottizzazione (Cass. 25 febbraio 1980 n. 1317).

124 Tribunale di Pisa 22 dicembre 2001, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2002, pag. 241. La decisione riguardava la trascrizione di un trust autodichiarato con cui il proprietario di un bene immobile se ne dichiarava trustee in favore del fratello disabile. Il Tribunale ha, dapprima, risolto la questione della riconoscibilità del trust autodichiarato (negando la violazione dell’art. 2740 cod. civ.) e, poi, ha richiamato l’art. 12 della Convenzione de L’Aja per ordinarne la trascrizione, in quanto la norma attribuisce al trustee il diritto potestativo di chiedere la trascrizione, al quale corrisponde un obbligo di provvedere in capo ai soggetti preposti alla pubblicità (che realizza l’interesse dei terzi e l’interesse pubblico).

125 Tribunale di Milano 29 ottobre 2002, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2003, pag. 270.

126 Tribunale di Verona 8 gennaio 2003, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2003, pag. 409.

127 Tribunale di Parma 21 ottobre 2003, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2004, pag. 73; commento di M. ROSSETTI, *Sul trust*, in *I Contratti*, 2004, fasc. 7, pag. 722.

128 Le pronunce giurisprudenziali che riguardano la trascrizione di trust autodichiarati sono, in totale, sei: quattro di segno favorevole (Tribunale di Pisa - decreto 22 dicembre 2001; Tribunale di Milano - decreto 29 ottobre 2002; Tribunale di Verona - decreto 8 gennaio 2003; Tribunale di Parma - decreto 21 ottobre 2003) e due di segno contrario (Tribunale di Napoli - decreto 1° ottobre 2003; Corte d’Appello di Napoli - decreto 27 maggio 2004; a ben guardare, l’unica decisione effettivamente contraria al trust autodichiarato è la prima, in quanto la Corte d’Appello, confermando il decreto emesso dal Giudice di prime cure, ha ritenuto non trascrivibile un trust autodichiarato basandosi non già sull’inammissibilità di detta figura – il decisum non si sofferma

8. Invalidità o revocabilità dell'atto di dotazione del Trust

La sentenza del Tribunale di Firenze - 2 luglio 2005¹²⁹ ha superato la questione preliminare attinente all'ammissibilità del trust interno nell'ordinamento italiano; nella sua seconda parte tratta della nullità del trust. Il caso in esame prevedeva il trasferimento da parte del disponente di cespiti attribuitigli in una divisione giudiziale prima del passaggio in giudicato della decisione (e, quindi, prima del verificarsi degli effetti della divisione). La nullità avrebbe dovuto investire l'atto di disposizione e non l'atto istitutivo, perché il vizio concerneva esclusivamente quest'ultimo¹³⁰: il Giudice sostiene, che il trust avrebbe perso *“in radice la sua ragion d'essere, avuto riguardo allo scopo perseguito, ove fosse limitato alla somma di L. 10.000.000”* e *“non sarebbe stato istituito senza quella sua parte colpita da nullità”*.

L'errore si è ripetuto con la sentenza del Tribunale di Firenze - 19 settembre 2008¹³¹: decisione mossa da un ragionamento almeno in apparenza logico e lineare - *“se la ragione d'essere del trust è la separazione attuale dal patrimonio del disponente dei beni conferiti, i quali dal momento della costituzione formano una massa distinta posta sotto il controllo del trustee nell'interesse del terzo beneficiario, la attuale identificazione dell'oggetto è elemento necessario ai fini della opponibilità a terzi”*- in quanto il trust in questione non rendeva identificati o identificabili i beni in trust frustrando la segregazione patrimoniale, i vari atti di dotazione erano da reputarsi nulli per indeterminatezza dell'oggetto; inoltre, dato che il trust *de quo* mira a tenere unito nel tempo il patrimonio del disponente (formato dal complesso dei beni assegnatigli con la sentenza definitiva) per essere

sul punto in alcun modo – bensì sull'asserita inammissibilità tout court della trascrizione del trust, alla luce di un preteso principio di tassatività delle ipotesi di atti trascrivibili). Per un'approfondita disamina dell'argomento, si rinvia a S.BARTOLI, *Il trust autodichiarato nella Convenzione de L'Aja sui trusts*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 355.

129 Tribunale di Firenze 2 luglio 2005, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2006, pag. 89.

130 A. TONELLI, *Riflessioni ed esempi concreti sulla tutela processuale nei trusts*, relazione al corso di formazione decentrata “Prassi applicative dei trusts interni” svoltosi a Trieste il 17 giugno 2005 (disponibile su <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/13039.pdf>): *“La nullità dell'atto di trust comporterebbe, all'evidenza, anche la nullità dei singoli negozi di dotazione patrimoniale al trustee. Quello che non si coglie però, è che il rapporto non è reciproco; la nullità dei negozi di dotazione patrimoniale non implica mai la nullità dell'atto di trust”*.

131 Tribunale di Firenze 19 settembre 2008, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2009, pag. 179.

successivamente attribuito alla prole, tale scopo non potrebbe essere raggiunto con una modesta dotazione patrimoniale (Lire 10.000.000) e il trust perde in radice la sua ragione d'essere proprio con riguardo alla finalità perseguita. La prima parte della motivazione (circa l'indeterminatezza dell'oggetto e la comminatoria di nullità dell'atto di dotazione) appare condivisibile.

Quanto all'estensione della sanzione di invalidità dell'atto istitutivo (con applicazione dell'art. 1419 comma 1° cod. civ.), l'indagine del giudice travalica il limite della libertà contrattuale e il principio di conservazione del negozio¹³² non considerando, infatti, che l'atto istitutivo e il negozio di dotazione possono essere realizzati anche in momenti differenti¹³³.

In altri termini, il sindacato sulla "causa" del trust non può essere compiuto in astratto sulle finalità ma deve essere valutato in ragione della concreta meritevolezza del programma; risulta pertanto essere irrilevante l'eventuale inadeguatezza delle risorse momentanea in quanto possono essere integrate successivamente. In contrasto coi suddetti precedenti è la sentenza del Tribunale di Cassino - 8 gennaio 2009¹³⁴ limitando i propri effetti giustamente soltanto all'atto di dotazione patrimoniale del trust.

Il caso riguardava un'azione promossa da un creditore del disponente tesa ad accertare *in primis* l'invalidità del trust (asseritamente costituito al solo scopo di ledere le ragioni creditorie) e in secondo luogo ad ottenere la revoca *ex art.* 2901 cod. civ. del trasferimento al trustee (in quanto atto di riduzione della garanzia patrimoniale e pregiudizievole per i creditori). Il Giudice concentra la propria attenzione direttamente affrontando la questione di invalidità del trust per

132 Cass. 20 maggio 2005 n. 10690: "L'estensione all'intero contratto della nullità delle singole clausole o del singolo patto, secondo la previsione dell'art. 1419 cod. civ. – applicabile *ex art.* 1324 cod. civ. anche agli atti unilaterali – ha carattere eccezionale, perché deroga al principio generale della conservazione del contratto".

133 M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, pag. 39: "La sostanza del fondo in trust è sovente trasferita al trustee in un secondo tempo, cosicché il requisito legale viene rispettato anche quando contestualmente all'atto istitutivo il disponente versa al trustee solo una somma minima, rinviando il trasferimento della sostanza a un momento successivo ... Il trust istituito con atto fra vivi, accompagnato da un iniziale simbolico trasferimento al trustee, può essere sostanzialmente preordinato a fini successori. Il disponente si riserva di arricchirlo man mano che lo ritenga opportuno, ma comunque trasferisce la sostanza dei beni al trustee per mezzo di disposizione testamentaria ... Un trust istituito in mancanza di alcun fondo è valido, ma senza che sorga alcuna obbligazione a carico del trustee".

134 Tribunale di Cassino 8 gennaio 2009, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2009, pag. 419.

simulazione (sham¹³⁵) – dichiarando insufficienti gli elementi forniti dall'attore per dimostrare lo scopo di frodare e sottrarre ai creditori il patrimonio (“*to set up a screen to shield his resources from other claims*”¹³⁶).

Nel prosieguo della decisione si riscontrano però tutti i presupposti prescritti dall’art. 2901 cod. civ. per disporre la revoca dell’atto di disposizione perché in frode delle ragioni creditorie, senza con ciò intaccare la riconosciuta validità dell’atto istitutivo (il quale “*non è di per sé lesivo del diritto di alcuno perché per sua natura è neutro sotto il profilo dispositivo*”¹³⁷).

La sentenza del Tribunale di Cassino non fa ricadere gli effetti della revocatoria sull’atto istitutivo del quale era stata accertata la validità: proprio in riferimento a questo accertamento la dottrina ha espresso dubbi, perché la pronuncia “*sembra riguardare una tipologia di trust di protezione patrimoniale strutturata per compiacere un soggetto che al trust non crede, ma che ricorre al trust perché ritiene di così meglio perseguire la propria reale finalità: quella di eludere le pretese dei propri creditori*”¹³⁸; se davvero il disponente non aveva intenzione di istituire un trust, allora il trust è da reputare invalido perché viene meno la prima delle classiche “tre certezze”¹³⁹, ossia la volontà del disponente di fare nascere un rapporto giuridico inquadrabile nell’istituto del trust.

Pertanto non è sufficiente valutare il programma affidato al trustee così come astrattamente enunciato dal disponente nell’atto istitutivo ma è necessario verificare che tale programma sia attuabile (in relazione anche agli atti di disposizione): così, “*se risultasse che il programma è una mera espressione verbale, occorrerebbe concludere che il disponente non voleva fare nascere un trust [e] il negozio istitutivo sarebbe allora nullo*”¹⁴⁰. Un ulteriore provvedimento

135 La simulazione del trust (sham) – quando cioè il disponente, la cui intenzione (insieme col trustee) è quella di far sorgere un rapporto diverso dal trust ingenerando una falsa impressione nei terzi, mantiene il controllo effettivo del fondo e ne dispone come di cosa propria – contrasta col principio consuetudinario *donner et retenir ne vaut*: nel diritto anglosassone ciò comporta la nullità ab origine del trust e il fondo è da considerarsi non segregato bensì di proprietà del disponente.

136 Così la High Court of Justice of England and Wales – Family Division, sentenza del 3 dicembre 2004 *Minwalla v. Minwalla*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2006, pag. 273.

137 M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, pag. 83.

138 M. LUPOI, *Azione revocatoria e trust familiare*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2009, pag. 446

139 M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, pag. 34.

140 M. LUPOI, *Azione revocatoria e trust familiare*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2009, pag. 447.

giurisprudenziale che si è occupato del problema è da ricavare dalla sentenza del Tribunale di Torino - Sezione distaccata di Moncalieri - 15 giugno 2009¹⁴¹ dichiara l'inefficacia (*ex art. 2901 cod. civ.*) degli atti istitutivi del trust compiuti in frode ai creditori dei disponenti, precisando che la pronuncia si riferisce solamente agli atti di conferimento al fondo degli immobili¹⁴².

141 Tribunale di Torino - Sez. distaccata di Moncalieri 15 giugno 2009, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2010, pag. 94.

142 Riguardo al rapporto tra il trust e la revocatoria fallimentare sarà dedicata una sezione autonoma.

9. Conclusioni

L'istituto del trust risulta pertanto compatibile con i principi inderogabili di ordine pubblico:

1. responsabilità patrimoniale ex art. 2740;

L'art. 2740 ormai, opinione comune, non tratta più di un principio d'ordine pubblico economico. È assurdo ipotizzare una contrarietà del trust al principio di responsabilità universale patrimoniale (anche da parte della stessa Convenzione), perché lo stesso principio espresso dall'art. 2740 prevede delle eccezioni. Per questo motivo l'effetto segregativo del trust interno non differisce affatto dalle numerosi ipotesi di patrimoni separati previste dal nostro ordinamento.

2. tassatività delle sue limitazioni;

3. tipicità degli atti soggetti a trascrizione;

A favore della trascrivibilità si è espresso il Tribunale di Reggio Emilia 14/5/2007, secondo cui il trustee potrà chiederne la trascrizione non tanto quanto previsto dall'art. 2645 ter c.c., quanto invece previsto dall'art. 12 della Convenzione dell'Aja. Se non fosse così non si potrebbe attuare la segregazione patrimoniale, elemento essenziale dell'istituto, poiché in mancanza di pubblicità non si potrebbe opporre a terzi l'esistenza di un patrimonio separato (Trib. Trieste 23/9/2005; Trib. Bologna 8/4/2003; Trib. Pisa 22/12/2001; Trib. Bologna 28/4/200; Trib. Chieti 10/3/2000).

4. Concorso dei creditori ex art. 2741 c.c.;

Il nostro ordinamento crea ormai sempre più frequentemente casi di segregazione di beni o complessi di beni per il soddisfacimento di particolari interessi di

soggetti terzi. Per tanto nei casi previsti per legge determinate categorie di beni sono sottratte alla regola generale del concorso dei creditori.

I maggiori orientamenti dottrinali¹⁴³, ritengono che l'atto istitutivo di un trust sia un atto assolutamente neutro e di carattere programmatico; non rileva alcun effetto diretto o immediato se non quello di regolamentare quanto si perfezionerà successivamente con i singoli atti di disposizione dei beni.

Certamente possono essere poste delle critiche:

- Un atto istitutivo di trust che prevede tutti i suoi elementi essenziali può considerarsi veramente privo di effetti? Può davvero la segregazione patrimoniale derivare soltanto dai singoli atti di disposizione dei beni?
- Un istituto giuridico di origine anglosassone, che prevede due concetti di proprietà ben distinti, può essere adattato al nostro ordinamento modificandone alcuni tratti essenziali al punto tale da snaturare l'istituto stesso?

Attribuire un significato programmatico all'atto istitutivo probabilmente creerebbe il rischio di snaturare la finalità dell'istituto stesso: la segregazione patrimoniale immediata.

Un atto che sia completo di tutti suoi elementi (indicazione del trustee, beni, protector, beneficiary e determinazione delle regole di gestione) per quale motivo non dovrebbe produrre i suoi effetti?

Probabilmente una prima obiezione che potrebbe esser posta è quella che fino a quando il trustee non abbia accettato il suo incarico i beni non rientrano nella sfera di disposizione di alcuno; questo ragionamento risulta esser veritiero solo in parte,

¹⁴³ In tal senso M. LUPOI, *Istituzioni del diritto in trust e degli affidamenti fiduciari*, pag. 34; SICLARI, *Il trust nella convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, un nuovo modello negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, pag. 87; PICCOLI, *Possibilità operative*, cit., pag. 40, nota 9; R. SICLARI, *Il trust nella convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, un nuovo modello negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, pag. 93; Per la distinzione tra atto istitutivo del trust ed atti dispositivi v. G. DE NOVA, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, 2000, pag. 162.

probabilmente riconducibile dall'impostazione romanistica del nostro ordinamento. A tale problematica è sicuramente collegata la questione circa la proprietà dei beni in trust. I beni in trust vanno immaginati come una sorta di “*mongolfiera sospesa in aria*” in attesa di destinazione. Si necessita pertanto un approccio all'argomento spurio dai nostri principi di matrice romanistica, in modo tale da rapportarsi più flessibilmente all'istituto.

Personalmente ritengo che è con l'atto istitutivo che si dovrebbe prevedere la segregazione patrimoniale, lasciando così all'atto di accettazione dell'incarico da parte del trustee il compito di trasferire la disponibilità dei beni.

Quanto detto non porterebbe altro che ad ulteriori complicazioni:

- Cosa accadrebbe se fra l'atto istitutivo e l'accettazione (o singoli atti di disposizione) intercorresse un significativo intervallo di tempo? Bisognerebbe prevedere un termine massimo?
- Nel caso in cui non avvenisse l'accettazione dell'incarico da parte del trustee cosa accadrebbe ai beni?
- Sarebbero comunque necessari gli atti di disposizione per prevedere formalmente il passaggio della disponibilità dei beni al trustee?

Se tali osservazione fossero accolte bisogna riconoscere che l'inquadramento di tale istituto risulterebbe ancor più complesso nel nostro ordinamento.

La difficoltà di adattamento consiste nel fatto che mettendo a confronto ordinamenti giuridici diversi, ci si trova spesso di fronte ad una intraducibilità di concetti. Analizzando istituti come quello in questione non dovrebbero essere utilizzate espressioni astratte, tipiche del nostro ordinamento; ma si dovrebbe tentare di osservare le forme e le manifestazioni del trust nel sistema in cui è stato elaborato o in alternativa prevedere un disciplina *ad hoc*.

E' auspicabile, in conclusione, un intervento del nostro legislatore per la previsione di una disciplina specifica in modo tale da poter fugare ogni dubbio

applicativo e non snaturare l'istituto, consentendo lo sfruttamento pieno del suo reale potenziale.

CAPITOLO II

Il nuovo regime della revocatoria fallimentare

1. Disciplina generale

La revocatoria è quell'istituto giuridico in virtù del quale è possibile recuperare beni e diritti usciti dal patrimonio del debitore in forza di atti pregiudizievole ai creditori. Tali beni e diritti possono essere recuperati non al patrimonio del debitore, ma alla garanzia patrimoniale dei creditori, assoggettabili pertanto all'esecuzione concorsuale pur rimanendo di proprietà o nella titolarità dei terzi acquirenti¹⁴⁴.

La mini-riforma portata dal d.l. 35/2005, convertito nella legge 80/2005, ha cambiato le regole per l'applicazione della revocatoria, rivoluzionando il testo dell'art. 67 l. fall., e prevedendo inoltre un limite massimo di rientro con l'art. 70 l. fall.

La revocatoria "tradizionale" resta applicabile ai fallimenti dichiarati fino al 16 marzo 2005, oggi vi sono ancora azioni revocatorie che vengono intraprese secondo la normativa precedente al d.l. 35/2005.

È chiaro lo scopo di tale riforma: ridurre quanto più possibile il ricorso all'azione revocatoria fallimentare in quanto ritenuta lesiva del principio di stabilità, sia per ciò che concerne gli aspetti giuridici sia per quelli commerciali ed economici.

Il decreto legge del 14 Marzo 2005 ha modificato l'istituto della intervenendo quasi esclusivamente sul contenuto dell'art. 67, lasciando intatto la struttura prevista dal legislatore del 1942.

Analizzando la disciplina si possono distinguere:

¹⁴⁴ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2010, pag. 149.

1. gli atti previsti nella revocatoria di diritto, indicati dagli art. 64¹⁴⁵ e 65¹⁴⁶ l. fall.;
2. gli atti anormali (art. 67 primo comma¹⁴⁷);
3. gli atti normali (art. 67 seconda comma¹⁴⁸);

Risulta agevole ricavare che, da un esame organico della nuova normativa e dalle successive modifiche contenute del d.lgs. del 2006 n. 5, l'azione revocatoria fallimentare pare destinata, se non a scomparire, per lo meno a rivestire un ruolo meno rilevante.

I punti cardine della riforma possono essere così inquadrati:

- riduzione significativa del c.d. “periodo sospetto” - cioè l'arco temporale prima dell'apertura del fallimento in cui si presume in forma assoluta la consapevolezza da parte del debitore dello stato di insolvenza;
- introduzione di una serie di esenzioni della revocatoria, provocando un consequenziale svuotamento della applicazione dell'istituto;

145 “Sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito, esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante”.

146 “Sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente, se tali pagamenti sono stati eseguiti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento”.

147 “Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore:

1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso;

2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento;

3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti;

4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti”.

148 “Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento”.

Per effetto del d.lgs. del 2006 sono state affiancate ulteriori modifiche:

- l'introduzione di una decadenza di 3 anni per l'esercizio dell'azione calcolati dall'apertura del procedimento fallimentare;
- previsione di una decadenza di 5 anni dall'atto compiuto come impedimento per l'esercizio dell'azione revocatoria, prescindendo dalla data di dichiarazione del fallimento.

La revocatoria fallimentare è disciplinata dagli artt. 64 ss. della legge fallimentare. Strumento giuridico per la reintegrazione patrimoniale è l'inefficacia relativa degli atti dispositivi del proprio patrimonio; conseguenza dell'inefficacia è che gli atti risultano di per se giuridicamente validi ma rimangono inefficaci tra le parti.

L'inefficacia può operare:

- automaticamente in seguito alla dichiarazione di fallimento (art. 64 e 65);
- a seguito di pronuncia giudiziale di revoca (art. 66/69).

Un ulteriore strumento di reintegrazione per la garanzia patrimoniale è quello dell'azione revocatoria ordinaria: tutela affidata alle norme del codice civile ai sensi dell'art. 2901¹⁴⁹.

Le due azioni (revocatoria ordinaria e revocatoria fallimentare) differiscono su alcuni punti, tuttavia sono accomunati sostanzialmente dagli stessi obiettivi.

149 *“Il creditore, anche se il credito è soggetto a condizione o a termine, può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni, quando concorrono le seguenti condizioni:*

1) che il debitore conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore o, trattandosi di atto anteriore al sorgere del credito, l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicare il soddisfacimento;

2) che, inoltre, trattandosi di atto a titolo oneroso, il terzo fosse consapevole del pregiudizio e, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, fosse partecipe della dolosa preordinazione.

Agli effetti della presente norma, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito.

Non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto.

L'inefficacia dell'atto non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di revocazione”.

L'azione revocatoria *ex art. 2901 c.c.* risulta essere più limitata dell'azione revocatoria fallimentare¹⁵⁰:

1. Atti di disposizione – non vi rientrano gli atti dovuti nella revocatoria ordinaria in quanto è previsto che non sono soggetti a revoca “*gli adempimenti di un debito scaduto*”, mentre l'art. 67 comma 2, prevede la revoca anche dei “*pagamenti liquidi ed esegibili*”; non vengono considerati inoltre gli atti di amministrazione nella revocatoria ordinaria, cioè quelli che pur considerati come frutto di una libera scelta del debitore, costituiscono il modo ordinario di amministrare i beni; l'art. 67 invece prevede la revoca degli atti a titolo oneroso, fra i quali rientrano ad esempio anche gli atti di amministrazione quale la locazione di immobili;
2. Atti compiuti dal debitore – sono esclusi gli atti che incidono sulla garanzia patrimoniale senza il concorso del debitore. La tutela *ex art. 2901 c.c.* non è azionabile per impugnare un'ipoteca giudiziale; impugnabile invece per la disciplina prevista dall'art. 67 l. fall.

150 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 2010, pag.150.

2. La revocatoria ordinaria

“Il curatore può domandare che siano dichiarati inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori, secondo le norme del codice civile. L'azione propone dinanzi al tribunale fallimentare, sia in confronto del contraente immediato, sia in confronto dei suoi aventi causa nei casi sia proponibile contro costoro”.¹⁵¹

Gli elementi principali delle azione revocatoria ordinaria, all'interno di un fallimento, devono essere determinati e individuati in base all'art. 2901 c.c. Il primo elemento è quello del *presupposto soggettivo*, individuato dalla conoscenza della lesione della garanzia patrimoniale arrecata, dall'atto impugnato al momento del suo compimento¹⁵².

È necessaria altresì, oltre alla prova della conoscenza dell'insolvenza, la prova della conoscenza del pregiudizio arrecato dall'atto¹⁵³. Tale prova può essere fornita mediante presunzione semplice¹⁵⁴. Spetta al curatore dimostrare che i terzi fossero consapevoli delle ragioni di revocabilità dell'atto di trasferimento originario¹⁵⁵.

Per la determinazione del *presupposto oggettivo* è d'obbligo rifarsi sempre all'art. 2901 c.c. Il carattere oggettivo è caratterizzato nella lesione della garanzia patrimoniale dei beni del debitore¹⁵⁶, causata dall'atto impugnato nel momento del suo compimento e ancora sussistente nell'esercizio dell'azione¹⁵⁷. Secondo un orientamento dottrinale¹⁵⁸ il presupposto oggettivo della revocatoria ordinaria si

151 Art. 66 l. fall.

152 MAFFEI ALBERTI, *Il danno della revocatoria*, 1970, pag. 45 ss.

153 S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Cedam, 1996, pag. 256; DE SEMO, *Le procedure concorsuali*, Giuffrè, Padova, 1964, pag. 304; CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, pag. 132; Tribunale Catania 9/3/1973; *contra* PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, 1974, II, pag. 1151.

154 Le presunzioni semplici sono quelle che la legge non stabilisce espressamente, rimettendole al libero apprezzamento del giudice. In tal senso si esprime il codice civile nell'art. 2729 "*Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice*". Sono quelle che il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignoto.

155 a. JORIO, Tr. Cottino, XI, pag. 408.

156 G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, 2006, pag. 326.

157 MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, pag. 45 ss.

158 FERRARA – BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, pag. 417; SATTA, *op. cit.*, pag. 258; CORSI, *op. cit.*, 114 ss.

identificherebbe con lo stato di insolvenza, quando il debitore sia imprenditore commerciale. La giurisprudenza in materia è in linea con la dottrina dominante¹⁵⁹. Il curatore avrebbe l'onere di provare l'esistenza di ragioni creditorie, tra quelle ammesse allo stato passivo, insoddisfatte al momento del compimento dell'atto di disposizione, e la successiva consistenza quantitativa e qualitativa del patrimonio del debitore¹⁶⁰; risultando unicamente da tale raffronto l'effettivo pregiudizio arrecato ai creditori¹⁶¹.

L'*eventus damni* non si verifica soltanto quando si perde la garanzia patrimoniale offerta dal debitore, ma anche quando si verifica una maggiore difficoltà, incertezza o dispendio dell'esecuzione coattiva del credito¹⁶². Il pregiudizio si concretizza non solo nel caso di una diminuzione patrimoniale, ma anche a seguito di una sostituzione di beni reperibili e aggredibili con facilità con quelli invece che risultano essere di più difficile individuazione¹⁶³, seppur considerati di maggior valore¹⁶⁴. La valutazione in merito alla maggiore difficoltà o incertezza del recupero del credito deve essere una valutazione effettuata *ex ante*, ovvero sia avendo come tempo di riferimento il momento dell'atto di disposizione¹⁶⁵.

L'azione revocatoria ordinaria esercitata in sede fallimentare non si può estendere oltre l'applicazione prevista dall'art. 2901 c.c.

Vengono perciò esclusi dalla revocatoria:

- il pagamento di debiti scaduti;
- la costituzione di garanzie per i debiti scaduti¹⁶⁶;

L'azione revocatoria ordinaria può essere esperita anche nei confronti di atti compiuti nel periodo "sospetto" in via alternativa con la revocatoria

159 Cass. 90/2117, 90/1007, 87/9122; Trib. Firenze 17/4/1965; Appello Roma 18/10/1962.

160 MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, pag. 312.

161 Cass. 04/15257; 98/9092.

162 Cass. 99/12144, 99/2971, 90/2400, 84/402; Trib. Milano 6/12/1984; App. Trieste 6/5/1991

163 CAIAFA, *op. cit.*, pag. 319.

164 TEDESCHI, *op. cit.*, pag. 327 – 328; PATTI, *Comm. Jorio*, I, pag. 891 ss.

165 Cass. 07/16986.

166 Cass. 61/583; Jorio, *Tr. Cottino*, XI, 393; TEDESCHI, *op. cit.*, pag.327; SATTA, *op. cit.*, pag. 258.

fallimentare¹⁶⁷. La scelta tra le due azioni alternative non spetta al convenuto, bensì al curatore¹⁶⁸. La revocatoria fallimentare è altresì possibile in sede di verifica dello stato passivo, atteso il potere – dovere del giudice delegato di escludere i crediti non provati con certezza e le garanzie che possono pregiudicare e arrecare pregiudizio alla massa dei creditori, salvo successivo accertamento nell'eventuale procedimento di opposizione. Si ritiene che le esenzioni previste per la revocatoria fallimentare siano applicabili anche per la revocatoria ordinaria in sede fallimentare, giacché in tali ipotesi mancherebbe il requisito del danno¹⁶⁹. L'art. 2901 richiede che l'atto di disposizione sia concretamente *pregiudizievole* e che il patrimonio residuo sia insufficiente al soddisfacimento dei creditori, oltre al presupposto di malafede variamente configurato (conoscenza del pregiudizio, dolosa preordinazione) e del presupposto oggettivo (danno ai creditori)¹⁷⁰. L'inefficacia *ex lege* (artt. 64 e 65) e la revocabilità (art. 67) riguardano gli atti che pregiudicano la garanzia patrimoniale, qualunque sia la tipologia di appartenenza, anche se non compiuti dal debitore; rileveranno qualora siano riferibili all'anno o al semestre anteriore al fallimento¹⁷¹. Gli atti compiuti in precedenza possono essere impugnati con revocatoria ordinaria, purché proposta nel termine quinquennale che decorre dalla data di compimento dell'atto impugnato e comunque entro i tre anni dalla dichiarazione di fallimento (art. 69 bis). L'ambito di applicazione della revocatoria ordinaria è più ristretto, potendo essere impugnati soltanto gli atti di disposizione compiuti dal debitore.

Non sono revocabili *ex art. 2901 c.c.*¹⁷²:

- gli atti dovuti, che non possono essere considerati atti di disposizione: quindi l'adempimento di un debito scaduto (art. 2901 3° comma c.c.), ma anche la stipulazione di un contratto definitivo in adempimento di un preliminare. Si disputa se sia revocabile la costituzione di garanzia per

167 D'ALESSANDRO, *La revocatoria fallimentare*, pag. 114 ss.; Trib. Catania 30/11/1977.

168 MAFFEI ALBERTI, in *G. comm.* 765, I, pag. 368 ss.

169 TEDESCHI, *op. cit.*, pag. 328.

170 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 2010, pag. 152.

171 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 183.

172 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 183.

debiti scaduti;

- gli atti di amministrazione, che non possono essere considerati atti di disposizione: non è perciò revocabile la locazione immobiliare, salvo che sia di lunga durata (viene infatti revocata la locazione ultranovennale¹⁷³);
- gli atti posti in essere da terzi ed incidenti sul patrimonio del debitore, che non sono, per l'appunto, "atti di disposizione compiuti dal debitore": non sono quindi revocabili le ipoteche giudiziali, gli atti di esercizio di un diritto di prelazione o di opzione ecc.

L'applicazione nel fallimento della disciplina della revocatoria ordinaria comporta una deviazione della disciplina prevista dall'art. 2901 c.c. sotto un duplice profilo:

1. la legittimazione – spetta in via esclusiva la curatore come "azione della massa"¹⁷⁴. Se prima del fallimento è stata esperita da un creditore, si discute se il curatore possa sostituirsi a lui o debba promuovere *ex novo* l'azione a tutela della collettività dei creditori. Considerando la diversità del *petitum* pare preferibile promuovere autonomamente una nuova azione;
2. la pronuncia di inefficacia nei confronti della collettività dei creditori concorsuali è incompatibile con la disciplina preveduta dall'art. 2902 c.c.. in forza del quale il soccombente in revocatoria "*non può concorrere sul ricavato dei beni che sono stati oggetto dell'atto dichiarato inefficace, se non dopo che il creditore è stato soddisfatto*" ed infatti l'art. 70, in forza del quale il soccombente in revocatoria "*è ammesso al passivo per il suo eventuale credito*" è applicabile alla "*revoca prevista dalle disposizioni precedenti*", quindi anche a quella prevista dall'art. 66¹⁷⁵, che è per

173 Cass. 22 giugno 1985, n. 3757.

174 Cass., sez. un., 17 dicembre 2008, n. 29420.

175 "*Il curatore può domandare che siano dichiarati inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori, secondo le norme del codice civile.*

L'azione si propone dinanzi al tribunale fallimentare, sia in confronto del contraente immediato,

l'appunto azione revocatoria ordinaria.

Riassumendo la disciplina dell'azione revocatoria fallimentare si rifà alla disciplina dell'azione revocatoria ordinaria, ma se ne discosta in alcuni tratti salienti.

Gli elementi necessari per rendere inefficaci gli atti di disposizione del debitore tipici dell'azione revocatoria ordinaria, sono riconducibile a 4 punti:

- Esistenza di un credito - “*sebbene sottoposto a condizione sospensiva o a termine*”, art. 2901 c.c. primo comma;
- *Esistenza di un atto di disposizione* - effettuato dal debitore (*eventus damni*), sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito, che sia obiettivamente atto a ledere la giusta aspettativa del creditore di vedere salvaguardato il patrimonio del debitore, ponendo quindi a rischio la generica garanzia patrimoniale;
- Esistenza della *scienza damni* del debitore – consapevolezza del debitore che, attraverso il compimento dell'atto di disposizione, possa arrecare un danno al creditore;
- Esistenza del *consilium fraudis* - la norma, art 2901 c.c. comma 1, punto 2, stabilisce, per gli atti a titolo oneroso, si necessita anche della consapevolezza del terzo di pregiudicare il diritto del creditore.

sia in confronto dei suoi aventi causa nei casi in cui sia proponibile contro costoro”.

3. L'azione revocatoria fallimentare

L'art. 67 costituisce la disposizione cardine del sistema normativo delineato dagli art. 64/70 l. fall.: sezione che, a sua volta, rappresenta uno degli architravi su cui si impernia l'intera legge fallimentare¹⁷⁶. L'azione revocatoria fallimentare a differenza di quanto previsto dalla revocatoria ordinaria, che pone il danno come presupposto essenziale dell'inefficacia, ricollega l'inefficacia dell'atto al suo compimento nel cosiddetto periodo sospetto legale (6 mesi o l'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento).

Finalità primaria, ovviamente, è quella di tutelare i creditori contro il pregiudizio delle garanzie patrimoniali.

Bisogna discernere due significati di pregiudizio ben differenti:

- Idoneità astratta;
- pregiudizio in concreto;

Gli atti posti in essere dal debitore sono astrattamente idonei a cagionare un pregiudizio a creditori quando¹⁷⁷:

- comportano una diminuzione del patrimonio del debitore a *corrispettivo inadeguato*; sono pertanto ricompresi sia gli atti a titolo gratuito che a quelli a titolo oneroso. Si parla pertanto di atti pregiudizievoli diretti;
- comportano una *variazione qualitativa* lasciando inalterata la consistenza quantitativa. Vengono sostituiti beni che facilmente potrebbero essere sottoposti ad una vendita coattiva con beni che invece siano facilmente occultabili o di difficile realizzo¹⁷⁸. Si parla pertanto di pregiudizio indiretto;

176 MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, pag. 314.

177 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 151.

178 Cass. 26 Febbraio 2002, n. 2792.

- rimanendo inalterata la consistenza qualitativa e quantitativa del patrimonio del debitore determinati beni vengono utilizzati per il *soddisfacimento preferenziale o esclusivo* di determinate pretese creditorie;

Caratteristica principale della revocatoria fallimentare è il carattere astrattamente pregiudizievole, contrapponendosi a ciò che è previsto per la revocatoria ordinaria. Quest'ultima viene utilizzata come strumento di tutela contro atti del debitore *in bonis*; il presupposto del danno in concreto non è invece compreso fra i presupposti della revocatoria fallimentare: il danno corrisponde alla lesione della *par condicio creditorum*¹⁷⁹.

Per *par condicio creditorum* si intende:

- impropriamente le regole sulla collocazione dei crediti;
- occorre poi precisare che il patrimonio del debitore solo in via di approssimazione costituisce garanzia comune dei creditori e che vi è la possibilità di sottrazione di beni definitivamente alla garanzia comune degli stessi: conferimento di un bene in fondo patrimoniale, quando non è più revocabile per decorso del termine di prescrizione dell'azione revocatoria ordinaria, è destinato esclusivamente al soddisfacimento dei creditori di cui all'art. 170 c.c. ad un atto di disposizione dei beni del fondo non è nemmeno astrattamente idoneo a pregiudicare gli altri creditori¹⁸⁰.

Con la riforma è stata modificata sensibilmente l'applicazione dell'azione revocatoria fallimentare attraverso la diminuzione del periodo sospetto legale.

Lo stato soggettivo del debitore è sempre irrilevante, a differenza di ciò che avviene nell'azione revocatoria ordinaria. Lo stato soggettivo del terzo invece varia seconda della tipologia degli atti sottoposti ad osservazione: negli atti a titolo gratuito e nei pagamenti anticipati risulta irrilevante¹⁸¹. Presupposto

179 Cass. 10 settembre 1992 n. 10570.

180 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 152.

181 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 156.

necessario dell'azione revocatoria fallimentare è la malafede del terzo, nel senso che il terzo deve essere effettivamente a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore, non essendo sufficiente la dimostrazione della semplice conoscibilità¹⁸². L'onere della prova è posto a carica del curatore, salvo in particolare casi previsti per legge in cui si presuppone la conoscenza dello stato di insolvenza in considerazione della anormalità dell'atto (art. 67 1° comma) o dei rapporti esistenti tra le parti (art. 69 l. fall.).

La prova per presunzioni della *scientia decotiois* non risulta ancorata al parametro astratto del soggetto di ordinaria prudenza e avvedutezza. Il rilievo indiziario dei sintomi di insolvenza può essere contrastato dal convenuto attraverso la prova di non essere concretamente venuto a conoscenza dei sintomi di insolvenza o di avere tenuto un comportamento atto ad escludere la *scientia decotiois*¹⁸³.

Alcuni sintomi obiettivi di insolvenza possono essere così classificati¹⁸⁴:

- protesti¹⁸⁵;
- procedimenti esecutivi immobiliari;
- iscrizioni di ipoteche giudiziali;
- notizie di stampa sulla crisi dell'impresa¹⁸⁶;
- risultanze dai bilanci.

Altri sintomi invece possono essere percepiti direttamente dal convenuto in revocatoria¹⁸⁷:

182 Cass. 11 Febbraio 1995 n. 1545; Cass. 07/14978; GUGLIELMUCCI, *Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *D. fall.*, coordinato da Lo Cascio, 1996, pag. 642; TEDESCHI, *op. cit.* 274 ss.; BERTACCHINI, *Manuale di diritto fallimentare*, pag. 186; PATTI, *comm. Schiano di pepe*, 206; LIMITONE, *Comm. Ferro*, pag. 450.

183 Cass. 11 febbraio 1995, n. 1545.

184 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 156.

185 Cass. 6 novembre 1993 n. 11013.

186 Cass. 6 novembre 1993 n. 11013.

187 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 157.

- protesto di assegni per la banca trattaria o per il presentatore di titoli¹⁸⁸;
- reiterate inadempienze.

Altre volte invece la conoscenza dello stato di insolvenza è desumibile dal comportamento del convenuto in revocatoria:

- revoca di fidi;
- mutamento delle condizioni di pagamento.

Nei casi in cui la conoscenza dello stato di insolvenza è presunta per la legge il convenuto in revocatoria può fornire prova contraria. Si afferma che il convenuto in revocatoria *“può vincere la presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza .. dimostrando che al momento del compimento dell'atto impugnato non esistevano elementi rilevatori dell'insolvenza e che le circostanze erano tali da far ritenere ad una persona di ordinaria prudenza ed avvedutezza che l'imprenditore fallito si trovava in una situazione normale di esercizio di impresa”*¹⁸⁹.

In conclusione si afferma che la prova della *inscientia decotionis* debba avere ad oggetto l'insussistenza dei sintomi sopra elencati, quando l'onere della prova grava invece sul curatore avrà l'obbligo di provarne la sussistenza. Visto e considerato che la revocatoria fallimentare è esperibile solo nel fallimento e sono assoggettabili al fallimento soltanto gli imprenditori commerciali e i soci illimitatamente responsabili di società commerciali, ci si è chiesto se il convenuto in revocatoria potesse difendersi sostenendo e provando la non conoscenza della qualità di imprenditore del debitore. Manca una espressa previsione legislativa riguardo la conoscenza della qualità di imprenditore; lacuna che è stata colmata dalla giurisprudenza, facendo ricondurre detto stato soggettivo a quello della conoscenza dell'insolvenza: nell'accezione di insolvenza non come quella comune a qualsiasi imprenditore, ma proprio quella per poter essere assoggettati al

188 Cass. 29 aprile 1994 n. 4169.

189 Cass. 6 agosto 2009 n. 17998.

fallimento¹⁹⁰. In seguito si è affermato che non è “*rilevante accertare se di tale qualità fosse consapevole la parte convenuta al tempo dell'atto impugnato, trattandosi di atteggiamento soggettivo non compreso fra i requisiti occorrenti per l'accoglimento della domanda*”¹⁹¹.

La giurisprudenza maggioritaria, ritiene invece rilevante l'ignoranza della qualità del socio illimitatamente responsabile quando ad essere impugnati sono gli atti compiuti da quest'ultimo¹⁹².

Questa affermazione in una prima analisi potrebbe sembrare contraddittoria, ma soltanto in apparenza: la costante giurisprudenza di legittimità ritiene che per la revoca degli atti del socio rileva non la sua insolvenza, ma quella della società¹⁹³, risulta pertanto evidente la necessità di avere conoscenza della qualità di socio illimitatamente responsabile, in assenza della quale la conoscenza dello stato di insolvenza di un soggetto (la società) diverso da quello con il quale l'atto è stato compiuto (il socio) sarebbe del tutto priva di significato¹⁹⁴.

L'art. 67 disciplina in modo diverso gli atti a titolo oneroso in relazione al corrispettivo. Se fra le prestazioni vi è squilibrio in danno del debitore poi fallito il carattere pregiudizievole dell'atto è maggiormente accentuato; l'atto è revocabile se compiuto nell'anno anteriore; l'anormalità dell'atto fonda poi una presunzione legale di conoscenza dello stato di insolvenza e incombe quindi al terzo l'onere di provare l'*inscientia decotiois* (art. 67 comma 1 n.1)¹⁹⁵. Se viceversa tra le prestazioni non vi è squilibrio in danno del fallito, l'atto è revocabile se compiuto nei sei mesi anteriori e incombe al curatore l'onere della prova della *scientia decotiois* (art. 67 comma 2). Per determinare lo squilibrio con la riforma si è introdotto un termine numerico: sorpasso di oltre un quarto. Resta ad ogni modo l'incognita del giusto prezzo, ordinariamente affidato ad un consulente tecnico d'ufficio, accertamento che presenta spesso, in particolare per i beni che non hanno un ampio mercato, margini di opinabilità. La problematica che più spesso si

190 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 158.

191 Cass. 25 marzo 1994 n. 2911.

192 Cass. 20 giugno 1994 n.5921.

193 Cass. 21 dicembre 1990, n. 12145.

194 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 158.

195 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 176.

presentava alla giurisprudenza era quello della simulazione del prezzo. È il caso delle vendite immobiliari; spesso il prezzo dichiarato è inferiore a quello realmente pattuito e corrisposto, perché l'acquirente subisce la pretesa del venditore di ottenere il prezzo "in nero" o la recepisce di buon grado per il minor onere fiscale a suo carico¹⁹⁶. Inizialmente non era possibile porla al curatore. In seguito la parte che invoca la simulazione non può provarla con testimoni o per presunzione, e poiché il curatore non può rendere confessioni o giuramento, la simulazione del prezzo può essere provata solo con la presentazioni di documenti; dovendo la controdi chiarazione essere anteriore al fallimento può essere opposta al curatore solo se ha data certa anteriore¹⁹⁷. Spostando in tal modo il problema dell'opponibilità dall'atto al documento, il riconoscimento dell'opponibilità della simulazione del prezzo, purché risulti da scrittura avente data certa anteriore al fallimento, non offre al convenuto in revocatoria una concreta tutela¹⁹⁸. Gli atti costitutivi di diritti di prelazione per debiti altrui se non contestuali sono inefficaci *ex lege* ai sensi dell'art. 64, se contestuali sono revocabili *ex art. 67* comma 2.

Gli atti costitutivi di diritti di prelazione per debiti propri non sono mai considerati atti a titolo gratuito e sono invece solo revocabili: la contestualità o meno rileva per la qualificazione dell'atto non come oneroso o gratuito, ma come normale o anormale; ed influisce sulla disciplina dell'onere della prova del presupposto soggettivo dell'azione revocatoria, nonché su quella del periodo legale¹⁹⁹. La anormalità delle garanzie non contestuali è di palese evidenza; se risulta essere normale la costituzione di garanzia all'atto della concessione del credito (esempio mutuo ipotecario), non è normale che venga accordato credito allo scoperto e solo successivamente venga costituita una garanzia. Il creditore qualora senta l'esigenza di tutelarsi con una garanzia dopo aver assunto il rischio dell'operazione creditizia è indice evidente di ritenere il debitore in uno stato di insolvenza e vale come presunzione legale di *scientia decotiois*²⁰⁰. La garanzia non contestuale può essere costituita alla scadenza dell'obbligazione o

196 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 177.

197 Cass. 26 settembre 1996, n. 8500.

198 Cass. 6 settembre 2006, n. 19136.

199 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 178.

200 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 178.

anteriormente:

1. nel primo caso la costituzione della garanzia da parte del debitore costituisce sostanzialmente la contropartita della concessione di dilazione da parte del creditore; l'atto è perciò valutato con minor rigore ed è revocabile se intervenuto nel semestre anteriore al fallimento (art. 67 comma 1 n. 4);
2. se l'obbligazione preesistente non è ancora scaduta l'atto è valutato con maggior rigore ed è revocabile se intervenuto nell'atto (art. 67 comma 1 n. 3)²⁰¹.

La contestualità va intesa in senso funzionale, e non cronologico; sussiste quando la concessione del credito e costituzione della garanzia sono contestualmente voluti²⁰². Nella prassi sussistono molti espedienti per occultare la sostanziale non contestualità della garanzia. Il caso più frequente è quello del mutuo ipotecario accordato per estinguere esposizioni pregresse: trattasi di procedimento indiretto per sostituire esposizioni a breve con esposizioni a medio o a lungo termine, per attuare quindi una sostituzione dell'obbligazione originaria di una nuova obbligazione diversa per titolo, per attuare cioè una novazione (art. 1230 c.c.²⁰³); in giurisprudenza non si dubita della non contestualità dell'ipoteca (Cass. 29 settembre 1997, n. 9529). Altro espediente è quello di costituire una garanzia contestualmente all'aumento del fido, peraltro già utilizzato ed anche in tal caso non si dubita della non contestualità della garanzia (Cass. 29 agosto 1995, n. 9075). I diritti di prelazione sono:

- ipoteca – che può avere ad oggetto sia beni immobili che mobili registrati;
- pegno – che può avere ad oggetto beni mobili e crediti.

201 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 178.

202 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 178.

203 “L'obbligazione si estingue quando le parti sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso”.

L'art. 67 comma 1 n. 3, richiama anche le anticresi (art. 1960 c.c.²⁰⁴) istituito quasi scomparso. Bisogna ricordare invece che è possibile configurare garanzie atipiche, finalizzate a destinare diritti al soddisfacimento, in via prioritaria, del creditore garantito²⁰⁵. Queste garanzie, se pur non nominate espressamente, dovrebbero subire la disciplina prevista dall'art. 67 per gli atti costitutivi di diritti di prelazione; la conseguenza prioritaria sarà di differenziare la disciplina a seconda che la cessione di credito e mandato *in rem propriam* siano volti a garantire debiti preesistenti o debiti contestualmente creati.

²⁰⁴ “L'anticresi è il contratto col quale il debitore o un terzo si obbliga a consegnare un immobile al creditore a garanzia del credito, affinché il creditore ne percepisca i frutti, imputandoli agli interessi, se dovuti, e quindi al capitale”.

²⁰⁵ come ad esempio la cessione di credito ed il mandato *in rem propriam* a fini di garanzia.

4. Il nuovo sistema delle esenzioni

La riforma del 2005 della legge fallimentare ha ridimensionato non di poco il regime della revocatoria fallimentare e la sua applicabilità; apportando dei correttivi che, ad una analisi superficiale, potrebbero ritenersi di minima rilevanza:

- diminuzione del periodo sospetto legale;
- previsioni di una nuova serie di esenzioni.

È mutato nel tempo lo scopo che il legislatore intende tutelare di fronte alla crisi dell'impresa, rivolta oramai probabilmente verso la conservazione dell'attività produttiva o di incentivare la regolazione della crisi attraverso accordi con i creditori. Affinché si possa conservare i complessi produttivi, anche soltanto per finalità liquidative, è necessario evitare che la revocabilità dei pagamenti impedisca la prosecuzione dell'ordinaria attività d'impresa. Per tale motivo sono stati esonerati da revocatoria *i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso*. Sono stati esclusi altresì dalla previsione di esonero dalla revocatoria altri atti che fanno parte dell'ordinaria attività di impresa, ad esempio le vendite dei beni prodotti o commercializzati (es. i pagamenti per acquisire materie prima non sono revocabili, mentre risultano revocabili le vendite dei prodotti finiti).

L'espressione nei termini d'uso è riferita ai pagamenti e che essi devono essere compiuti nei termini abitualmente preveduti dagli operatori del settore o da quel determinato operatore, quando pratici abitualmente termini diversi. Sono esclusi dai pagamenti in termini d'uso quelli effettuati²⁰⁶:

- “a mano” - salvo che non siano abitualmente preveduti da quel operatore;
- i pagamenti effettuati con ritardo;

206 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 159.

Fra i pagamenti revocabili devono essere compresi quelli anormali.

L'esonero da revocatoria viene preveduto per l'ipotesi in cui i pagamenti seguano ritmi abituali, dovendo in caso diverso il debitore avviarsi verso un percorso di regolazione della crisi, e i creditori devono spingerlo a farlo per non intercorrere nel rischio di revoca dei pagamenti.

Altro caso di esonero rivolto per la conservazione dell'ordinaria attività di impresa è quello previsto per i *pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti o altri collaboratori, non subordinati, del fallito*. L'esenzione pare debba estendersi anche ai corrispettivi di lavoro domestico (se il fallito è persona fisica) ed anche ai pagamenti non effettuati "nei termini d'uso".

L'espressione "anche non subordinati, del fallito" è caratterizzata da un elevato grado di genericità probabilmente dovuto dal fatto che il legislatore volesse ricomprendere le più svariate più figure di collaborazione previste nel nostro sistema giuridico²⁰⁷; per altri collaboratori non subordinati devono quindi anche intendersi i prestatori di opera coordinata e continuativa²⁰⁸;

L'esenzione da revocatoria dei *pagamenti di debiti liquidi ed esegibili alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di..concordato preventivo*, è stato previsto dalla la lettera g dell'art. 67.

La norma si riferisce sicuramente al pagamento delle prestazioni rese dal professionista chiamato a redigere la relazione di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano presentato con la domanda di concordato preventivo (art. 161 comma 3)²⁰⁹; si riferisce anche al pagamento delle prestazioni rese dal professionista chiamato a redigere l'analoga relazione da depositare con l'accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 bis²¹⁰. In ultimo, pare che debba riferirsi anche al pagamento delle prestazioni rese dal professionista per accedere

²⁰⁷ TARZIA, *Il fallimento*, 05, pag. 843.

²⁰⁸ GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 60.

²⁰⁹ "... Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo".

²¹⁰ "...unitamente ad una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei".

alla procedura di concordato preventivo. Il termine accesso è riconducibile al suo significato non restrittivo e quindi va riferito al periodo che intercorre dalla fase iniziale fino a quella di omologazione.

Altro caso di esenzione è prevista dagli *atti, pagamenti e garanzie concesse sui beni del debitore in esecuzione di un piano di risanamento stragiudiziale, di un accordo di ristrutturazione dei debiti, di un concordato preventivo* (lett. “d” ed “e”). La protezione dei tentativi di accordo con i creditori è in tal modo assicurato a valle, mentre a monte la protezione (con il divieto di azioni esecutive e soprattutto di iscrizioni di ipoteche giudiziali) è assicurata dalla normativa sul concordato preventivo – ed ora anche da quella sugli accordi di ristrutturazione dei debiti – mentre nella composizione stragiudiziale – sin quando l'accordo non è raggiunto e si addivene alla fase (protetta) dell'esecuzione – non è eliminato il rischio di azioni di disturbo, che possono condizionare pesantemente il raggiungimento dell'accordo²¹¹.

Accogliendo le istanze delle associazioni di categoria, è stata poi prevista l'esenzione da revocatoria delle *vendite* e, con il decreto correttivo, anche dei *preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'art. 2645 bis c.c.*²¹², effetti non siano cessati ai sensi del 3° comma della suddetta disposizione, conclusi al giusto prezzo di immobili ad uso abitativo, destinati a costituire abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado (lett. c 3° comma art. 67).

L'acquirente di immobili da costruire è stato tutelato in seguito l'intervento del d.lgs. 20 giugno del 2005, n. 122 il quale, all'art. 10 prevede che “*gli atti a titolo oneroso che hanno come effetto il trasferimento della proprietà o altro diritto reale di godimento di immobili da costruire, nei quali l'acquirente si impegni a stabilire, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione degli stessi, la residenza propria o dei suoi parenti o affini entro il terzo grado, se posti in essere al giusto prezzo da valutarsi alla data della stipula del preliminare, non sono*

211 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 161.

212 “*I contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'articolo 2643, anche se sottoposti a condizione o relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione, devono essere trascritti se risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autentica o accertata giudizialmente*”.

soggetti all'azione revocatoria prevista dall'art. 67 del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267, e successive modificazioni; non sono, altresì, soggetti alla medesima azione revocatoria i pagamenti dei premi e commissioni relativi ai contratti di fideiussione e di assicurazione di cui gli art. 3 e 4, qualora effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa e i termini d'uso”.

La nuova formulazione dell'art. 67 comma 3 ha una portata più ampia in quanto è volta a tutelare gli acquisti di immobili non in corso di costruzione, ma, facendo riferimento alle vendite, sembra escludere la tutela degli interessi effettuati con strumenti diversi.

Nel silenzio della legge fallimentare del 1942, le *rimesse bancarie* erano invece state assoggettate alla medesima disciplina della revocatoria fallimentare dei pagamenti, sulla scorta dell'osservazione che, almeno in taluni casi, esse non avevano altra funzione che quella solutoria di un debito liquido ed esigibile nei confronti della banca creditrice. L'equiparazione tra rimesse e pagamenti, tuttavia, è stata via via affinata dall'analisi giurisprudenziale che, in via di assoluta sintesi, ha vissuto due diverse grandi stagioni di pensiero sul punto. Il *day after* è riconducibile al 1982, anno in cui la sentenza della corte Cassazione del 18 ottobre n. 5413²¹³, ha invertito il principio in precedenza accettato, cioè quello per cui la banca dovesse restituire tutto ciò che l'imprenditore, nel periodo sospetto, avesse versato all'istituto creditizio per ridurre il debito; trasformato poi nel principio per cui tutto ciò che è stato versato dall'imprenditore, non deve essere restituito (non opera ancora il secondo comma dell'art 67 l. fall., che ne prevedeva la revoca entro i sei mesi dalla dichiarazione di fallimento). Tale orientamento giurisprudenziale, conservato sino alla riforma del 2005, è imperniato sulla distinzione tra conti correnti c.d. passivi e conti scoperti. Questo sistema prevedeva la revocabilità delle rimesse confluite sui conti scoperti, cioè non assistiti da apertura di credito o con saldo passivo eccedente il fido concesso, ovvero le rimesse successive alla chiusura del conto o alla revoca del fido. Invece, non venivano considerate revocabili le rimesse effettuate in un conto affidato, cioè con apertura di credito, ed in cui il saldo passivo fosse rimasto nei limiti del fido:

²¹³ Cass. 18 ottobre 1982 n. 5413, in *Foro It.*, 1982, I, pag. 2779.

in tal caso le rimesse avevano infatti natura non già solutoria, ma meramente ripristinatoria, *ex art. 1843 c.c.* - “... *l'accredito può utilizzare in più volte il credito, secondo le forme di uso, e può con successivi versamenti ripristinare la sua disponibilità*”. Da una impostazione così assunta, non possono che derivare numerose difficoltà pratiche connesse in primo luogo alle diverse tipologie di saldo (contabile, disponibile, per valuta)²¹⁴ per la determinazione dello scoperto del conto; in secondo si riscontravano difficoltà riconducibili all'inquadramento dei contratti ambigui che non prevedono esplicitamente l'apertura di un credito, creando non pochi problemi interpretativi. La nuova formulazione dell'art. 67 comma 3 lett. b prevede che possono essere esonerati da revocatoria fallimentare - “... *le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca*”.

Queste le problematiche principali:

1. *Rimesse consistenti*. Quale ordine di grandezza adottare? Una prima risposta è che il concetto di consistenza può variare da caso a caso, seguendo un criterio proporzionale rispetto alle cifre movimentate nel conto corrente. Si è quindi ben lontani dal determinare una cifra di riferimento certa, oggettiva e soprattutto univoca.
2. *Rimesse durevoli*. Quale sarà la definizione di durevolezza della riduzione dell'esposizione debitoria? Potrà essere un mese, una settimana o semplicemente il fatto che non si tratti di operazione bilanciata? Oppure ci si deve riferire piuttosto al saldo finale? Anche per questo aspetto si dovranno trovare parametri ben definiti, che oggi non si conoscono.

²¹⁴ Secondo l'orientamento più recente si riteneva preferibile far riferimento al c.d. saldo disponibile nel momento della singola rimessa, che non coincide necessariamente con il saldo per valuta, né con quello contabile (Cass. 30 maggio 2008, n. 14552).

Con il decreto correttivo, pare definitivamente scongiurato, dunque, il timore delle banche di subire azioni revocatorie del tutto sproporzionate rispetto alle reali dimensioni dei rientri effettuati dai debitori poi falliti e, dunque, efficacemente superato quel rischio di uso distorto della revocatoria delle rimesse. La riforma pure se opportuna, registra una grave improprietà tecnico - giuridica riguarda il riferimento diretto dell'esenzione della revocatoria alle rimesse: essa, infatti, in quanto accredito di una posta sul conto corrente, è movimento di per sé neutro (talvolta, addirittura mera partita contabile), mentre l'azione attinge atti e pagamenti, ossia disposizioni patrimoniali effettive. Nonché le difficoltà di inquadrare gli attributi di “consistenza” e “durevolezza” delle rimesse stesse. Del resto, se è vero che ogni rimessa è costituita da un accredito, non è parimenti vero, all'inverso, che ogni accredito è costitutivo di una rimessa, giacché questa ultima è tale (ed è pertanto astrattamente revocabile) soltanto se comporta una qualche incidenza sul patrimonio del debitore²¹⁵. La nuova disciplina supera così la dicotomia tra rimesse solutorie e ripristinatorie. Sono state introdotte, per esonerare dall'azione fallimentare le rimesse bancarie su c/c, i presupposti della “consistenza” e “durevolezza”. Per cogliere meglio l'intervento del legislatore è necessario svolgere un'analisi che investa sia il piano giurisprudenziale sia quello dottrinale.

L'orientamento giurisprudenziale è ricavabile dalla con la pronuncia del Tribunale di Milano del 25 maggio 2009 (anche in precedenza la sentenza del 27 Marzo 2008 sempre del Tribunale di Milano), viene resa irrilevante le indagini relative alla tipologia e stato del conto (scoperto o affidato e nel caso in cui se le operazioni contestate ricadessero nel fido concesso). La pronuncia in esame adotta il criterio in percentuale per identificare la durevolezza e consistenza di una rimessa bancaria; pertanto vengono ritenute revocabili le rimesse che hanno ridotto l'esposizione debitoria in misura superiore alla rimesse medie effettuate (calcolate su un periodo relativamente lungo) ed aventi una giacenza media superiore alla norma. Tali modelli statistici ovviamente devono, per ragioni

215 FEDERICO, *Il fallimento*, 5/2010, pag. 604 ss.

tecniche, essere calcolati da un CTU contabile che funge da supporto all'attività decisionale del giudice. Il criterio in percentuale si preferisce in quanto calcolato in base alla situazione debitoria e non alla rimesse in se, rispetto ad un criterio assolutistico in grado sfociare in un alto tasso di discrezionalità²¹⁶.

In dottrina le opinioni sono ben diversificate. In principio con il termine consistenza si pensava che ci si riferisse in realtà ad un rafforzativo della durevolezza²¹⁷. D'altronde si è osservato che se fosse stato così non sarebbe stato difficile eludere la norma, effettuando operazioni di piccole entità²¹⁸. Per tanto si è raggiunta l'opinione condivisa per cui non si debba prender di riferimento le singole rimesse secondo un principio atomistico ma valutate "in toto" in ragione della situazione debitoria²¹⁹. Per la valutazione della situazione debitoria devono esser escluse le c.d. Partite Bilanciate²²⁰, vale a dire quelle rimesse destinate a costituire mezzi di pagamento per operazioni effettuate a breve distanza (come il pagamento a fornitori), purché mediante essi si possa escludere che la banca ne abbia beneficiato (la banca stessa deve dare prova di non averne beneficiato e che tali operazioni fossero finalizzate al pagamento di terzi)²²¹. Per ciò che riguarda il termine durevolezza possiamo distinguere due filoni. Il primo ritiene che con l'aggettivo durevole si riferisca esclusivamente al carattere definitivo dell'effetto solutorio²²². Il secondo che prende di riferimento non solo le rimesse che comportano un rientro definito della banca, ma anche quelle rispetto alle quali le successive operazioni di prelevamento o utilizzo del conto siano intervenute dopo un intervallo di tempo anomalo²²³ o comunque connotate da un'apprezzabile

216 FEDERICO, *op. cit.* pag. 606.

217 CAVALLI, *Commento all'art. 67 comma 3 lett. b, cit.*, pag. 969; Arato, *La revocatoria delle rimesse bancarie nel nuovo art. 67 l. fall.*, cit., pag. 856.

218 FEDERICO, *op. cit.*, pag. 607.

219 CASTIELLO, *La revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente e degli atti estintivi dei rapporti continuativi o reiterati*, in *Dir. Fall.*, pag. 645; SILVESTRINI, *La nuova disciplina della revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, cit., pag. 846.

220 NIGRO, *Riforma della legge fallimentare e revocatoria delle rimesse in conto corrente*, in *Dir. Banc.*, 2005, I, pag. 349.

221 In tal senso Cass. 7 Marzo 2008, n. 6190, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 3, pag. 376.

222 CAVALLI, *op. cit.*, pag. 967; SILVESTRINI, *op. cit.*, pag. 847; TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dell'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, cit., pag. 841.

223 BONFATTI, *La revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, cit., pag. 128.

stabilità nel tempo dell'effetto solutorio²²⁴. La nuova disciplina della revocatoria sembra implicare una valutazione unitaria e non atomistica del rapporto di conto corrente nel suo andamento²²⁵.

Particolare è il coordinamento con l'art. 70 comma 3 l.fall.:

“Qualora la revoca abbia ad oggetto atti estintivi di posizioni passive derivanti da rapporti di conto corrente bancario o comunque rapporti continuativi o reiterati, il terzo deve restituire una somma pari alla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato d'insolvenza, e l'ammontare residuo delle stesse, alla data in cui si è aperto il concorso. Resta salvo il diritto del convenuto d'insinuare al passivo un credito d'importo corrispondente a quanto restituito”.

Secondo il disposto normativo pare inequivocabilmente che si debba ricondurre le rimesse bancarie alla categoria dei rapporti continuativi o reiterati. Tale norma in esame deve ritenersi un vero e proprio anello di chiusura della disciplina della revocatoria fallimentare e pertanto applicabile a tutti gli atti estintivi di tutti i rapporti continuativi e reiterati²²⁶.

Le rimesse su conto corrente bancario sono sempre state al centro dell'applicazione della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, pertanto non pare evidente alcun motivo che induca ad escludere dall'ambito applicativo il contratto di conto corrente²²⁷. Il coordinamento con l'art. 67 comma 3 lett. b , se pur non agevole, va operando interpretando l'art. 70 comma 3 come il limite massimo del debito di restituzione a carico della banca, in applicazione appunto della teoria del massimo scoperto²²⁸.

La somma che la banca dovrà restituire alla curatela non potrà pertanto in ogni caso superare la differenza tra l'esposizione massima registrata dal conto corrente

224 Così Trib. Milano 27 Marzo 2008, cit., pag. 1213.

225 PATTI, *sub art. 67 l. fall.*, cit., pag. 549.

226 FEDERICO, *op. cit.*, pag. 608.

227 ARATO, *I primi orientamenti sulla revocatoria delle rimesse bancarie dopo la riforma delle legge fallimentare, Il fallimento*, 2008, pag. 1219.

228 BONFATTI, *sub art. 70*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da Jorio, coordinato da M. FABIANI, pag. 1112.

nel periodo sospetto e la residua esposizione finale del fallito nei confronti dell'istituto di credito; anche se l'importo ottenuto sommando tutte le rimesse caratterizzate da consistenza e durevolezza dovesse eccedere²²⁹ il rientro complessivo del periodo sospetto²³⁰.

Non sembra che il legislatore con la modifica dell'art. 70 avesse voluto utilizzare la teoria del massimo scoperto per la determinazione della consistenza e durevolezza, in quanto se il legislatore avesse voluto perseguire questa strada non avrebbe in alcun modo introdotto i due presupposti di consistenza e durevolezza della riduzione dell'esposizione debitoria. Detti presupposti individuano i criteri di selezione delle rimesse revocabili, mentre la art. 70, determina la soglia massima che non può mai essere superata, opera non già con riferimento alla selezione delle rimesse revocabili, bensì al limite del debito restitutorio a carico dell'istituto di credito. Il risultato è che la banca, qualora si trovi nella situazione in cui è obbligata a restituire somme di denaro, dovrà restituire non più la sommatoria delle rimesse ricevute, ma la differenza tra l'ammontare del debito alla data in cui si dimostra, che essa conosceva lo stato di insolvenza del proprio cliente e la data del fallimento. Ovviamente l'onere della prova rimane in capo al curatore la dimostrazione che l'istituto creditizio fosse a conoscenza dello stato di insolvenza in cui verteva il proprio cliente e la data di dichiarazione del fallimento.

Il cambiamento è stato registrato e disciplinato con l'inserimento dell'art. 67 comma 3, lettera b, che prevede espressamente degli atti irrevocabili: “ *le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca*” .

L'ultimo comma dell'art. 67 riprende la formulazione della norma precedente con riferimento alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario; l'art. 10 del d.lgs. 20 giugno 2005 n. 122 riguardo all'acquisto di immobili in corso di costruzione, dichiara che “*gli atti..non sono soggetti all'azione revocatoria prevista dall'art. 67..*”, il 3° comma dell'art. 67 novellato fa precedere l'elenco

229 SILVESTRINI, *op. cit.*, pag. 137

230 BONFATTI, *La revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, cit., pag. 131; in tal senso anche Tribunale di Milano 27 marzo 2008, cit., pag. 1214.

delle esenzioni dalla dicitura “*non sono soggetti all'azione revocatoria*” e per il contesto in cui è inserito non vi pare esserci dubbi che debba riferirsi alla revocatoria fallimentare.

Per quanto riguarda le esenzioni rimane il problema della revocabilità *ex art.* 2901; per ovvie ragioni non possono farsi rientrare nella revocatoria ordinaria quei casi che sono stati espressamente esclusi per la revocatoria fallimentare.

Il problema va considerato alla luce della ratio delle esenzioni. Possiamo distinguere tre macro categorie:

1. operazioni creditizie;
2. alienazioni immobiliari;
3. atti e garanzie di esecuzioni di accordi per la regolazione della crisi.

Le prime concernono operazione nelle quali le esenzioni possono essere accordate a fronte della concessione di credito, possono essere invocate “*sempre e solo a condizione si tratti di operazioni che si inquadrino nella finalità della legge e siano effettuate secondo le modalità e le condizioni da essa richieste*”²³¹: l'esenzione rimane applicabile soltanto per la revocatoria *ex art.* 67.

L'esenzione implica il disconoscimento della rilevanza del danno indiretto²³² che ordinariamente giustifica la revocatoria fallimentare non meno della revocatoria ordinaria. Il disconoscimento fondato su di una delle operazioni relative quale strumento di finanziamento. L'irrilevanza del danno indiretto per la preminenza dell'interesse alla tutela del finanziamento da revocatoria fallimentare, non può non giustificare nel contempo anche l'esenzione da revocatoria ordinaria.

²³¹ Cass. 10 giugno 1982, n. 3516.

²³² Consistente nella destinazione di beni costituiti in garanzia al soddisfacimento prioritario del creditore garantito a fronte del finanziamento, cioè di denaro facilmente occultabile e distraibile.

5. L'inefficacia *ex lege*

L'inefficacia *ex art.* 64 e 65 opera direttamente all'atto della dichiarazione di fallimento, senza bisogno di una pronuncia giudiziale.

La sentenza che riconosce tale efficacia ha carattere:

- dichiarativo²³³;
- può essere proposta senza limiti di tempo²³⁴.

Poiché l'inefficacia opera *ex lege* i beni alienati al terzo sono considerati al pari dei beni del debitore assoggettati all'esecuzione concorsuale. L'inefficacia ha carattere esclusivamente oggettivo: affinché operi non deve concorrere alcun requisito soggettivo in capo al debitore o al terzo²³⁵. Tale inefficacia si differenzia da quella *ex art.* 67 in quanto è soggetta ad una pronuncia di revoca di carattere costitutivo²³⁶: importante in quanto rilevante per la decorrenza degli interessi e dei frutti.

La competenza a conoscere sia l'inefficacia *ex lege* che la revocatoria è il tribunale fallimentare *ex art.* 24²³⁷, trattandosi di controversia che deriva dal fallimento. Anche l'azione revocatoria fallimentare esercitata dal curatore, pur trattandosi di controversia che non deriva dal fallimento, è attribuita alla competenza del tribunale fallimentare (art. 66 comma 2).

L'inefficacia *ex lege* può essere esperita senza limiti temporali, sono previsti invece dei limiti cronologici all'esercizio dell'azione revocatoria.

233 Cass. 21 novembre 1983, 6929.

234 Cass. 16 gennaio 1970, n. 93.

235 Cass. 05/6918; 01/1831; 80/3854; *Il diritto fallimentare* 61, II, pag. 335; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1961, II, pag. 1326; TEDESCHI, *op. cit.*, pag. 290; Jorio, tr. Cottino, XI, 400; GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 156; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, pag. 372.

236 Cass., sez. unit., 13 giugno 1996, n. 5443; Cass., sez. unit., 8 luglio 1996, n. 6225.

237 "Il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore".

6. Opponibilità dell'inefficacia e della revoca al terzo subacquirente

L'art. 2901 c.c. prevede che l'inefficacia dell'atto non può pregiudicare i diritti acquistati a titolo oneroso dei terzi in buona fede, rimanendo fermi gli effetti della trascrizione della domanda di revocazione. La norma, dettata per l'inefficacia conseguente a revoca *ex art. 2901 c.c.*, può esser applicata anche per quanto concerne l'inefficacia *ex art. 64* ed a quella conseguente a revoca *ex art. 67 e 69*.

Il subacquirente a titolo gratuito non risulta esser protetto. L'inefficacia *ex art. 64*, o la revoca a titolo del suo dante causa, si ripercuote automaticamente sul suo acquisto. Il subacquirente trova protezione soltanto per gli atti a titolo oneroso, sempre che risulti essere di buona fede, salvo che non abbia trascritto il proprio acquisto anteriormente alla trascrizione, contro il suo dante causa, della domanda di revoca o di quella volta a far accertare l'inefficacia *ex art. 64*²³⁸.

Il significato di malafede del terzo subacquirente va ricercata nel comune significato di consapevolezza dell'instabilità dell'acquisto del suo dante causa, cioè della revocabilità o inefficacia se questi venga dichiarato fallito²³⁹.

Se al centro dell'acquisto si pongono beni mobili non registrati, potendo il subacquirente ignorare da chi il suo dante causa abbia acquistato, la prova della malafede dovrà vertere in primo luogo sulla conoscenza, in capo al subacquirente, dell'identità dell'originario dante causa. Per invece i beni immobili o mobili registrati il subacquirente non può ignorare da chi il suo dante causa abbia acquistato, risultando il precedente acquisto dai pubblici registri.

La conoscenza del subacquirente dell'instabilità dell'acquisto deve esser considerato in maniera diversa a seconda che l'acquisto riguardi l'inefficacia *ex art. 64* o revocabile *ex art. 67,69*, l. fall., art. 3, 3° comma, l. 3 aprile 1979, n. 195:

1. Acquisto a titolo gratuito da parte del dante causa del subacquirente a titolo oneroso – si considera sufficiente la conoscenza, in capo al

238 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 167.

239 Cass. 20 marzo 1976, n. 1016.

subacquirente, del carattere gratuito dell'acquisto del suo dante causa;

2. Acquisto del dante causa a titolo oneroso – è richiesto in capo al subacquirente quella conoscenza dello stato di insolvenza del primo alienante che condiziona la stabilità dell'acquisto.

7. Effetti dell'inefficacia e della revoca

Si possono distinguere diversi effetti derivanti dall'inefficacia *ex lege* a seconda degli atti che sono colpiti²⁴⁰:

1. se si tratta di atti di assunzione di obbligazioni o di costituzione di diritti di prelazione, ne consegue l'esclusione del credito dal concorso, o, rispettivamente la collocazione del credito in chirografo;
2. se l'inefficacia o la revoca ha ad oggetto atti traslativi di beni o diritti, rimangono assoggettati all'esecuzione concorsuale i beni o diritti acquistati dal terzo;
3. se si tratta di atti costitutivi di diritti di godimento è assoggettata all'esecuzione concorsuale la proprietà piena del bene del fallito in caso di inefficacia o di revoca di atto costitutivo di diritto reale di godimento; il bene viene coattivamente alienato libero se la revoca riguarda atti costitutivi di diritti personali di godimento (locazione, affitto);
4. se, infine, si tratta di pagamenti, ne deriva l'obbligo di restituire la somma percetta in violazione della *par condicio* e la reviviscenza del credito.

Negli atti del primo gruppo l'interesse dei creditori concorsuali è tutelato in via immediata attraverso l'esclusione del credito del concorso o l'esclusione della prelazione, più problematica invece è la tutela dei creditori medesimi e la complessità degli effetti dell'inefficacia e della revoca degli atti traslativi di beni o diritti. L'inefficacia o la revoca non incidono sulla validità dell'atto traslativo *inter partes* e non implicano, quindi, il ritrasferimento al patrimonio del debitore dei beni e diritti acquistati dal terzo, ma solo la loro soggezione all'azione esecutiva dei creditori del dante causa. Il recupero del bene alla garanzia patrimoniale dei

²⁴⁰ GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 168.

creditori ne consente un valore di realizzo che esso ha al momento della vendita coattiva. Qualora sia impossibile restituire il bene, la giurisprudenza maggioritaria ritiene²⁴¹ che, il terzo debba restituire il valore che il bene aveva al momento dell'atto impugnato.

Nel caso si tratti di casi di revoca di atti costitutivi di diritti reali o personali di godimento dovrebbe applicarsi la stessa disciplina che è prevista per gli atti traslativi di beni o diritti²⁴².

Il terzo ha l'obbligo, a seguito dell'inefficacia dell'atto, di restituire la prestazione dal lui ricevuta, ma priva nel contempo di causa l'attribuzione patrimoniale da lui effettuata, non potendo l'inefficacia investire l'atto se non nella sua interezza²⁴³. Il terzo ha pertanto il diritto di ripetere la prestazione da lui eseguita. La norma dell'art. 70 comma 2° prevede che il terzo “è ammesso al passivo fallimentare per il suo eventuale credito” si applica soltanto la pretesa restitutoria per la sua natura è soggetta a regolazione concorsuale. Se la pretesa restitutoria ha invece ad oggetto una cosa determinata il terzo ha diritto alla restituzione della cosa, salvo il possesso sia andato definitivamente perduto prima del fallimento²⁴⁴. Il diritto del terzo ha dunque ad oggetto non il valore di quanto da lui restituito al curatore, ma la restituzione della prestazione da lui a suo tempo eseguita in base all'atto inefficace o revocato, sicché ove si tratti di atti a titolo gratuito non compete alcun diritto di insinuazione²⁴⁵. Il diritto può essere fatto valere dopo che il terzo ha adempiuto all'obbligazione restitutoria a suo carico.

In caso di revoca dei pagamenti si determina la reviviscenza del credito.

L'art. 64 statuisce che “sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito”. Vengono presi in considerazione tutti gli atti che importano un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo:

- donazione;

241 Cass. 18 maggio 2005, n.10432.

242 GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pag. 170.

243 Cass. 7 novembre 1985, n. 540.

244 Cass. 3 aprile 1973, n. 899.

245 Cass. 21 novembre 1983, n. 6929.

- cessioni di credito senza corrispettivo;
- remissioni di debito;
- rinunce.

Non necessariamente che l'atto comporti il trasferimento a terzi di beni o diritti, essendone sufficiente la sottrazione alla garanzia dei creditori: è considerato a titolo gratuito anche la costituzione di un fondo patrimoniale *ex art. 167 c.c.* (Cass. 23 marzo 2005, n. 6267), anche quando si stabilisce che la proprietà rimane al coniuge che ha destinato il bene al fondo.

La norma dell'art. 64 l. fall. si applica agli atti a titolo gratuito *“esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità”*.

- regali d'uso – vi rientrano certamente i regali fatti in determinate occasioni (ad esempio dono di nozze) e ricorrenze (ad esempio regali per anniversari);
- atti compiuti per adempimento di un dovere morale – si può far rientrare ad esempio la volontaria esecuzione di disposizioni testamentaria nulla (art. 590 c.c.);
- atti compiuti a scopo di pubblica utilità – rientrano le elargizioni a favore di associazioni di assistenza o di beneficenza, a favore di associazioni culturali o per il restauro di opere d'arte.

L'art. 65 stabilisce poi che *“sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono il giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente”*, se eseguiti nel biennio anteriore al fallimento. L'inefficacia *ex lege* è prevista perché il pagamento anticipato di debiti scaduti successivamente al fallimento è valso a sottrarre crediti a regolazione concorsuale; rientra ad esempio

nella casistica del pagamento anticipato anche il rimborso anticipato di un mutuo effettuato in conformità a previsione di una clausola contrattuale (Cass. 29 luglio 2009, n. 17552).

Gli atti a titolo oneroso sono quegli atti che importano un'attribuzione patrimoniale verso corrispettivo:

- atti con i quali l'imprenditore ha trasferisce a terzi beni o diritti (vendita, permuta, cessione di crediti, conferimento in società, ecc.);
- costituzione su propri beni diritti di godimento reali o personali (costituzione di usufrutto, di diritto di superficie, locazione o affitto, ecc.);
- anche la transazione è revocabile come atto a titolo oneroso in relazione alla reciprocità delle concessioni (cfr. art. 1965 c.c.).

Sono revocabili anche gli atti che non diminuiscono l'attivo patrimoniale, ma incrementano il passivo: ad esempio una fideiussione può essere revocata, con conseguente esclusione dal concorso dei creditori garantito. Quando il corrispettivo che determina l'onerosità ha carattere pecuniario di regola ad essere impugnato è l'atto con il quale l'imprenditore ha alienato beni o diritti corrispondendo danaro: così ad esempio verrà impugnato alla vendita per recuperare alla garanzia patrimoniale il bene o diritto uscito dal patrimonio del debitore per rimborsare il prezzo in moneta fallimentare *ex* art. 70. L'istituto dell'azione revocatoria fallimentare riguarda soltanto gli atti compiuti prima della sentenza dichiarativa del fallimento dell'imprenditore, considerando inefficaci *sic et simpliciter* gli atti compiuti dopo tale data. Qualora il fallito dovesse vendere dopo essere stato dichiarato tale, la disciplina applicata, per la reintegrazione dei beni ceduti o dei debiti pagati nella massa fallimentare, non è quella prevista dagli art. 64 e seguenti della Legge Fallimentare, bensì quella disciplinata all'art. 44²⁴⁶,

²⁴⁶ “Tutti gli atti compiuti dal fallito e i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori.

che rende inefficaci le operazioni compiute dal fallito anche per ciò che riguarda i pagamenti da lui eseguiti o ricevuti dopo la dichiarazione di fallimento. Il disposto dell'art. 67 legge fallimentare comma 1, evidenzia una prima sostanziale modifica alla precedente disciplina che stabiliva in due anni il termine di prescrizione degli atti a titolo oneroso. L'azione revocatoria fallimentare, nel post riforma, ha modificato il periodo sospetti degli atti dispositivi ad un anno. Il risultato è quello di sottrarre al curatore fallimentare un periodo alquanto consistente (un intero anno) di operazioni che prima erano suscettibili di revoca. Si tratta certamente del primo intervento posto in essere dal legislatore per ciò che riguarda i termini dell'azione revocatoria.

Per ciò che concerne l'ambito di applicazione sono introdotti due termini; uno di tre anni con decorrenza dalla dichiarazione di fallimento e l'altro di 5 anni con decorrenza dal compimento dell'atto di disposizione (inserito successivamente nel 2006); l'art 69 bis recita così: *"Le azioni revocatorie disciplinate nella presente sezione non possono essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell'atto"*. L'azione revocatoria fallimentare non era stata soggetta a nessun termine di decadenza in precedenza, ma soltanto ad un termine di prescrizione, neanche espressamente previsto ma ricavabile dall'istituto dell'azione revocatoria ordinaria di stampo civile. L'intento del legislatore era inequivocabile, circoscrivere l'esercizio della revocatoria entro precisi limiti temporali. Molti sostengono che la regola stabilita dall'art. 2935 c.c., per il quale *"La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può esser fatto valere"*, trovi applicazione anche alla decadenza; il che però creerebbe difficoltà per poter differenziare la prescrizione e la decadenza; e se anche fosse così le azioni revocatorie fallimentari rimarrebbero sempre esercitabili soltanto dopo la dichiarazione di fallimento.

Sono egualmente inefficaci i pagamenti ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento.

Fermo quanto previsto dall'articolo 42, secondo comma, sono acquisite al fallimento tutte le utilità che il fallito consegue nel corso della procedura per effetto degli atti di cui al primo e secondo comma".

Come può operare un termine di decadenza il cui inizio è necessariamente anteriore alla suddetta dichiarazione?

Il decorso dalla data del compimento dell'atto potrebbe giustificarsi soltanto per altro solo per l'azione ordinaria, esperibile da tale momento dai creditori pregiudicati; non invece per l'azione revocatoria fallimentare, il cui momento genetico è individuabile in quello della dichiarazione di fallimento. La norma pare escludere i dettati normativi espressi dagli art. 64 (“*Sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito, esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante*”) e 65 che riguarda l'inefficacia degli atti e pagamenti che sono conseguenti alla dichiarazione di fallimento e, pertanto, la sentenza che accoglie la domanda di inefficacia è una sentenza dichiarativa e non costitutiva come quella relativa all'azione revocatoria, con la conseguenza che l'azione volta ad un sentenza dichiarativa di inefficacia non è sottoposta a prescrizione, può esser fatta valere pertanto senza limiti di tempo, poiché gli atti sono inefficaci *ex lege*. L'esempio più vicino ed illuminante è fornito dalla disciplina della nullità delle deliberazioni assembleari introdotto dalla riforma del diritto societario: l'azione di nullità è tipicamente azione di accertamento e come tale in principio imprescrittibile (art. 1422 c.c.); ma l'impugnazione per nullità delle deliberazioni assembleari è stata sottoposta ad un articolato regime di termini sottoposte a decadenze (es. art. 2379, 2379-ter, 2434-bis), se pur tuttavia nel caso dell'inefficacia *ex lege* non c'è nessun accenno a termini di decadenza, che invece si riferiscono esclusivamente alle azioni revocatorie.

Pertanto i termini dell'art. 69 bis riguardano dunque gli art. 66, 67, 67 bis, 68, 69 con riferimento sia alla procedura fallimentare che alle altre concorsuali. La sentenza di accoglimento della domanda di revocazione fallimentare ha natura costitutiva, in quanto modifica *ex post* una situazione giuridica preesistente, privando di effetti giuridici atti che altrimenti avevano già conseguito la piena efficacia provocando la restituzione dei beni o delle somme oggetto della revoca

alla funzione di garanzia generale ed alla soddisfazione dei creditori.

La situazione giuridica vantata dalla massa ed esercitata dal curatore non attiene alla tutela di un diritto di credito (alla restituzione dei beni o dei crediti) esistente prima del fallimento, né tanto meno alla tutelato di credito che sorge all'atto di dichiarazione del fallimento, bensì attiene alla tutela di un diritto potestativo, all'esercizio dell'azione revocatoria, rispetto alla quale non è possibile configurare un'interruzione del termine per l'esercizio dell'azione a mezzo di semplice atto di costituzione di mora. Si ricorda che il diritto potestativo è il potere in virtù del quale il suo titolare può influire su situazioni giuridiche preesistenti mutandole, estinguendole o creandone di nuove, mediante una propria ed autonoma attività unilaterale, che può essere costituita in linea generale da un atto reale, da un negozio giuridico ovvero da una domanda giudiziale.

Per quanto attiene all'azione revocatoria, la tutela avanzata dalla curatela attraverso l'esercizio del diritto potestativo deve passare necessariamente per una pronuncia giudiziale che realizza la modificazione della situazione giuridica preesistente e la costituzione di una nuova. La scelta del legislatore per orientarsi verso la decadenza e non la prescrizione probabilmente è stata per levare qualsiasi dubbio di applicabilità o meno delle norme in tema di interruzione, sospensione (di norma applicabili solo alla prescrizione) e decorrenza degli interessi.

8. Conclusioni

L'azione revocatoria fallimentare a seguito della riforma, risulta essere ormai un istituto giuridico svuotato della sua portata originaria, ponendo seri dubbi sulla sua effettiva efficacia. Nei tribunali italiani è possibile scorgere una tendenza di abbandono di tale azione perché non più percorribile.

L'azione revocatoria fallimentare per anni è stata una vera spina nel fianco di soggetti, in *primis* le banche, che durante le procedure concorsuali erano costrette a veri e propri salassi ordinati dai tribunali fallimentari.

I disposti normativi sembrano rivolti alla tutela dei creditori a danno degli istituti creditori, imprescindibili invece per il corretto funzionamento del sistema economico moderno; ad una analisi più profonda, sembra palese in realtà, la volontà di difendere interessi di parte a danno del corretto funzionamento delle procedure concorsuali e di riflesso per il rispetto pieno della *par condicio creditorum* o ad ogni modo il diritto di vedersi quanto spetti ai singoli creditori. L'obiettivo primario perseguito, probabilmente, è riconducibile ad un tentativo di porre le banche su un piano di maggior tutela.

Il personalizzato esonero da revocatoria consente certamente tanto una riduzione del costo del credito (correlato alla diminuzione del rischio) quanto un ampliamento della fiducia verso le imprese in difficoltà, assumendo così una funzione di importanza sociale. La fiducia posta dal legislatore al mondo bancario avrà raggiunto il suo obiettivo qualora agiscano in modo saggio e responsabile per la funzione di cui sono stati investiti.

A lungo ci si è interrogati sulla natura dell'azione, se nell'ottica del danno, ossia del pregiudizio patrimoniale effettivo, con una più rigorosa delimitazione del suo esercizio in funzione di una maggiore stabilità dei rapporti giuridici (con particolare attenzione alla tutela del credito), ovvero se nell'ottica redistributiva della perdita da insolvenza, da ripartire sulla più ampia platea (non soltanto dei creditori concorrenti ma anche) delle parti contraenti soddisfatte (con accentuazione della tutela della *par condicio creditorum*), senza peraltro a

pervenire a conclusioni risolutive²⁴⁷.

Il nuovo volto della revocatoria fallimentare, così come ridefinito dalla riforma, non appare tuttavia né indennitario, né antindennitario.

Quanto al primo profilo, il legislatore non ha introdotto né un'esenzione *tout court* di tutti i pagamenti, né la revocabilità dei soli pagamenti effettuati allo scopo di favorire taluni creditori in danno di altri, ma non ha neppure inserito tra le ipotesi di esenzione gli atti ed i pagamenti costituenti una prestazione del debitore in corrispettivo, che prevedessero l'acquisto nel proprio patrimonio di una controprestazione di ugual valore²⁴⁸.

Il profilo antindennitario appare in particolare smentito invece dall'ampia area di esenzioni introdotte dalla nuova disciplina²⁴⁹.

L'interpretazione giurisprudenziale più recente appare, d'altro canto, attestata sulla natura redistributiva dell'azione revocatoria fallimentare²⁵⁰.

Le scelte del riformatore del 2005 e del 2007 sono ispirate da *ratio* di rimodulazione dell'azione:

*“attraverso un intervento che, da un lato, precisa meglio i presupposti per l'esercizio dell'azione (oggi sovente fonte di incertezze applicative e di contrasti giurisprudenziali) e, dall'altro, inserisce una complete disciplina di esenzione dalla revocatoria, al fine di evitare che situazioni appaiono meritevoli di tutela siano invece travolte dall'esercizio, sovente strumentale, delle azioni giudiziarie conseguenti all'accertata insolvenza del destinatario dei pagamenti”*²⁵¹.

A fronte delle segnalate modifiche normative, le quali pur senza apportare alcuna chiarificazione in ordine alla natura dell'azione, ne hanno drasticamente ridotto la concreta rilevanza nell'economia delle procedure fallimentare, occorre finalmente interrogarsi su quale ne sia la funzione odierna e addirittura se, più

247 PATTI, *La disciplina della revocatoria*, in *fallimento*, 2003, pag. 322 ss.

248 In tal senso FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *fall.*, 2005, pag. 580.

249 Cfr JORIO e FORTUNATO (a cura di), *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole ai creditori*, in Ambrosini, cavalli, jorio, *op. cit.*, pag. 390.

250 Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028, in *fall.*, 2006, pag. 1133.

251 Come si esprime la relazione ministeriale di accompagnamento al d.l. 14 marzo 2005, n. 35.

realisticamente, ne residui una effettiva nell'ordinamento concorsuale così come si rileva nel nuovo assetto normativo.

CAPITOLO III

Azione revocatoria e Trust

1. Azione revocatoria, principio di responsabilità patrimoniale e ordine pubblico

Diamo ormai superate le contestazioni di chi solo qualche anno fa aveva fatto dell'opposizione al trust quasi una vera e propria crociata²⁵²; sicuramente la diatriba è stata chiusa a seguito delle numerose decisioni a favore e sarebbe superfluo parlarne nuovamente²⁵³. Si può ritenere acquisita la conclusione sull'esistenza dei più svariati trusts tanto da non poterne prevedere una disciplina unitaria. Il dato acquisito di questo istituto è che il disponente non ha più alcun diritto sui beni attribuiti al trustee, nè un'azione contro il trustee per l'adempimento dei suoi doveri, salvo espresse riserve contenute nel trust stesso²⁵⁴.

Il trasferimento diventa definitivo anche per i suoi creditori²⁵⁵. Non sarà possibile “disporre il sequestro conservativo a favore dei creditori del disponente su beni validamente costituiti in trust”²⁵⁶ e “il creditore del disponente non può validamente esperire l'azione di espropriazione mobiliare presso terzi sui beni che il disponente abbia trasferito, precedentemente all'azione, al trustee di un trust da lui istituito a favore di una Onlus”²⁵⁷.

Ogni ordinamento deve necessariamente confrontarsi con una contraddizione fondamentale: quella tra la libertà dei singoli e gli interessi della società. Ogni individuo è libero di assumere volontariamente tra obbligazioni, di modificarle, e altresì libero di distruggerle; ed è anche libero, una volta assunte, di non

252 CASTRONOVO, *Il trust e “sostiene Lupoi”*, in *Europa dir. Priv.*, 1998, pag. 442.

253 Vedi primo capitolo di questo elaborato.

254 M. LUPOI, *Trusts*, pag. 169 ss.

255 G. SICCHIERO, *Strategie finalizzate alla tutela dei patrimoni personali*, in *Obbligazioni e Contratti*, 8-9, pag. 599 ss.

256 Trib. di Siena, 16/1/2007, in *Trusts e Attività Fiduciarie 2007*, pag. 266; il quale precisa che “sia previamente e vittoriosamente esperita un'azione revocatoria dell'atto dispositivo”.

257 Trib. di Brescia, 12/10/2004, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 83.

adempiervi.²⁵⁸ Le regole della responsabilità non bastano come deterrente, occorre che inoltre nel patrimonio del debitore ci siano sufficienti beni da sottoporre ad esecuzione forzata. L'ordinamento è ben coscio che rompere legami giuridici conservando quelli fattuali è possibile, facile e frequente, predispone quindi rimedi per permettere ai creditori di reagire quando la cesura avviene al solo scopo di arrecare loro un pregiudizio²⁵⁹.

Il diritto interno è munito di adeguati strumenti di tutela dei creditori: è stato osservato che la convenzione sul riconoscimento dei trust non si applica alle questioni inerenti la validità degli atti di conferimento, quindi, quando queste riguardino beni esistenti in Italia, gli atti di disposizione saranno soggetti al diritto italiano; pertanto è conclusione indefettibile quella per cui, sempre se vi siano i presupposti, il trasferimento di un bene al trustee è soggetto alla disciplina delle azioni revocatorie²⁶⁰.

Il trust non può essere uno strumento per violare (direttamente) o aggirare (eludere) le norme imperative ed i principi di ordine pubblico vigenti nel nostro ordinamento.

In via preliminare bisogna sciogliere il nodo della natura derogabile o inderogabile dei principi sostanziali sottesi alla procedura concorsuale:

258 A. VICARI, *Asset protection trusts: i trust per proteggere il patrimonio*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 4, 2001, pag. 540.

259 G. TUCCI, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2003, pag. 33.

260 Trib. Di Siena, 16/1/2007, cit. Trib di Firenze, 6/6/2002, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, pag. 256; per il quale “*il trust non può non sottrarsi alla legge italiana in materia di conservazione della garanzia patrimoniale del debitore nei confronti dei suoi creditori; pertanto, qualora il debitore trasferisca la quasi totalità del proprio patrimonio in un trust a beneficio solo di alcuni creditori, privandosi in questo modo della garanzia patrimoniale che assiste tutti i creditori di uno stesso soggetto, può trovare applicazione l'azione revocatoria ordinaria di cui all'art. 2901 c.c. E, conseguentemente, deve esser disposto il sequestro conservativo non solo di tutti i beni del debitore – disponente, ma anche delle azioni trasferite al trustee fino alla concorrenza del credito per cui la riscossione si agisce*”; sempre Trib Firenze, 2/7/2005, cit., rileva che l'ammissibilità del trust non impedisce tuttavia di “*procedere ad un accertamento caso per caso sia dell'eventuale violazione di norme imperative di legge non derogabili dall'autonomia privata, sia della meritevolezza dell'interesse perseguito*”; invece secondo il Trib. Venezia, 4/1/2005, pag. 254, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, “*l'art. 13 della Convenzione dell'Aja è una norma di carattere internazionale facoltativo, non direttamente utilizzabile dal giudice; ne consegue che un trust può non essere riconosciuto solo qualora esso violi i principi indicati nell'art. 15 della Convenzione*”;

Vedi M. LUPOI, *La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 333; A. NERI, *Inefficacia di un trust a danno dei creditori*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 62.

- principio di unitarietà della garanzia patrimoniale contemplato dall'art. 2740 cod. civ.;
- principio della *par condicio creditorum* enunciato dall'art. 2741 cod. civ.; nonché, più in generale, della stessa normativa concorsuale²⁶¹.

Si impone il bisogno di rievocare la relazione tra i principi suddetti ed i concetti di ordine pubblico e di norma imperativa. Nel diritto pubblico questi concetti sono inderogabili, nel senso che risulta essere del tutto irrilevante l'eventuale volontà conforme o difforme dei destinatari del comando. Nel diritto privato invece esistono anche norme c.d. inderogabili, che trovano cioè concreta manifestazione di volontà dei privati, ovvero in caso di lacuna regolamentare quando i privati hanno ommesso di regolare un aspetto dell'operazione economica²⁶². Per quanto concerne l'ambito della inderogabilità la dottrina²⁶³ suole ulteriormente distinguere:

- norme inderogabili in senso stretto – quelle cioè che attengono alla fissazione delle modalità, rispetto le quali la volontà dei privati può diventare giuridicamente rilevante (si pensi all'art. 601 s. cod. civ. che fissa la forma dei testamenti);
- norme che entrano nel merito dell'operazione privata, sindacando le scelte delle parti e non tanto inderogabili, quanto piuttosto imperative poiché pongono limiti al contenuto dell'atto privato per motivi di interesse generale (si pensi all'art. 1339²⁶⁴ cod. civ., che prevede i prezzi imposti dalla legge sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi dalle parti).

261 E. RAGANELLA - M. REGNI, *Il trust liquidatorio nella disciplina concorsuale*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 6, 2009, pag. 598.

262 E. RAGANELLA - M. REGNI, *op. cit.*, pag. 604.

263 F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, pag. 14 ss.

264 *"Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti"*.

Le fonti inderogabili vengono affiancate da un'ulteriore categoria, quella delle norme derogabili. Le differenze rispetto a quelle inderogabili consistono nel loro particolare meccanismo applicativo²⁶⁵:

- per le norme inderogabili l'applicazione avviene in modo immediato, senza rilevare un'indagine sulla volontà del privato;
- è necessaria una previa indagine circa la sussistenza di forme di volontà dei privati stessi. In questo caso, la volontà dei privati ha la precedenza.

Le disposizioni preliminari del codice civile enunciano i criteri interpretativi da applicare per risolvere il problema della riconducibilità all'una o all'altra categoria delle norme di diritto privato.

In tale sistema ha peculiare rilievo l'art. 14²⁶⁶, secondo cui le norme eccezionali non possono essere suscettibili di applicazione analogica. La norma inderogabile di diritto privato rappresenta un'interruzione della consequenzialità logica del principio che ravvisa come fonte primaria la volontà delle parti nella regolamentazione del rapporto giuridico, ponendo con essa una disciplina antinomica.

Il suo ambito applicativo dovrà essere riservato ai casi in cui vengono in rilievo profili di interesse pubblico che devono essere protetti (interessi che emergono prevalentemente in materia di persone, famiglia e successioni, mentre l'ambito concorsuale sembra essere stato sottoposto da parte delle recenti riforme ad una privatizzazione delle tecniche di tutela dei creditori d'impresa che riservano i propri effetti anche sul piano sostanziale).

265 M. LUPOI, *La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 333; A. NERI, *Inefficacia di un trust a danno dei creditori*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 62.

266 “Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati (Cost. 25; Cod. Pen. 2)”.

L'ordine pubblico c.d. interno, richiamato dagli art. 1229²⁶⁷ e 1343²⁶⁸ cod. civ, può definirsi²⁶⁹ come il complesso dei principi e valori che permeano l'organizzazione politica della società, in una certa fase della sua evoluzione storica, e che debbono perciò considerarsi immanenti nell'ordinamento giuridico che vige per quella società e per quella fase storica. La dottrina²⁷⁰, tuttavia, ha osservato come l'esigenza politica conservatrice (sottesa all'ordine pubblico) debba esser rivista alla luce dell'ingresso nel nostro ordinamento di una Costituzione rigida assai larga nell'indicare direttive, principi e valori da perseguire e da difendere. La funzione attuale dell'ordine pubblico, infatti, non è di carattere latamente politico, ma è quella di impedire che i privati possano darsi un assetto di interessi non conforme a quelle direttive e a quei principi. In questa nuova prospettiva il campo di applicazione elettivo dell'ordine pubblico diventa quello delle libertà personali e collettive, nonché quello economico.

La nozione di ordine pubblico è diventata pertanto nel tempo molto complessa, motivo per cui si parla anche di ordine pubblico economico e sociale (all'interno della quale si è ulteriormente enucleato il c.d. ordine pubblico di protezione, inteso come l'insieme dei principi e dei valori, appunto, a protezione degli interessi di categorie economico – sociali deboli, quali ad esempio i consumatori, lavoratori, etc.) e politico, anch'esso rilevante. Ai fini del discorso che qui interessa, si pongono pertanto due diversi ordini di problemi tra loro interferenti²⁷¹:

- bisogna infatti chiedersi in primo luogo se gli effetti propri dei trust, quali risultano nei loro aspetti essenziali della Convenzione dell'Aja, contrastino

267 “È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave.

È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico”.

268 “La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume”.

269 ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, pag. 168; G. CIANI – A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2007, sub art. 1353.

270 F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, pag. 801 ss.

271 Cass. civ, sez. I, 8 aprile 2003, n. 5455, in *Giur. merito* 2003, pag. 463; Cass. civ, sez. I, 19 dicembre 1996, n. 11349, in *Giust. civ. Mass.* 1996, pag. 1770.

con il principio sancito dall'art. 2740 cod. civ., e, in particolare con la riserva di legge prevista nel secondo comma di tale disposizione normativa;

- oppure se il principio desumibile dalla norma del codice sopra citata si ponga su un piano assolutamente diverso.

Ciò senza dubbio incide sul funzionamento pratico dell'azione revocatoria, anche se il ruolo di quest'ultima non riguarda il riconoscimento degli effetti dei trust nel diritto interno e la validità del negozio dispositivo dei beni da parte del disponente, ma le limitazioni che all'operatività di quegli effetti si pongono, quando si ritiene che il singolo trust, unitariamente considerato, costituisca atto di disposizione da parte del disponente debitore, lesivo eventualmente della garanzia patrimoniale del credito. Pertanto, il problema dei rapporti con il principio della garanzia generica del credito e con la regola del concorso dei creditori, si pone su un piano preliminare a quello dell'effettiva operatività dell'azione revocatoria, poiché riguarda la stessa ammissibilità, nel nostro ordinamento, della funzione economico-giuridica che i trust svolgono.

2. Convenzione dell'Aja e tutela dei creditori

L'effetto segregativo prodotto dal trust nel patrimonio del trustee è regola di diritto sostanziale, che trova una sua legittimazione in virtù di specifiche disposizioni previste nella Convenzione dell'Aja. L'art. 11 della legge 16 ottobre 1989, n. 369, successivo e speciale rispetto alla disposizione codicistica, ben può costituire dunque l'eccezione di fonte legislativa al principio della responsabilità illimitata. Se si negasse tale affermazione emergerebbe la contraddizione che lo Stato italiano da una parte si obblighi con la ratifica a riconoscere l'effetto segregativo del trust (art. 11) e nel contempo lo paralizzi con norme di diritto interno (es. art. 2740 cod. civ.), astrattamente inquadrabili nella fattispecie ostative al riconoscimento degli effetti del trust nell'ordinamento interno (art. 15,16, 18)²⁷². L'inapplicabilità dell'art. 2740 cod. civ. risulta direttamente dagli art. 2 e 11 della Convenzione che individuano, in modo esclusivo, la fonte della segregazione nella proprietà qualificata del trustee e forniscono una nuova lettura del concetto di patrimonio. Risultano sempre essere più numerose le disposizioni legislative derogatorie dell'art. 2740, tanto che non è più possibile assurgere al rango supremo e, come tale, inderogabile principio di ordine pubblico economico. La segregazione patrimoniale non solo non costituisce più un tabù, ma diventa uno strumento in mano all'autonomia privata in grado di aprire nuovi scenari ove, scardinato il dogma dell'unitarietà della garanzia patrimoniale sancito dall'art. 2740 cod. civ, sarà il giudizio di liceità e di meritevolezza dell'interesse perseguito a rappresentare l'unico presidio a tutela della invalidità del vincolo istitutivo.

L'art. 15 della Convenzione, che si inerisce all'interno della c.d. "clausola di salvaguardia"²⁷³, previsto al fine di rendere applicabili le norme convenzionali agli Stati contraenti che non conoscono la figura del trust²⁷⁴, non pone, com'è noto, *"un limite al riconoscimento al trusts, ma al riconoscimento o meno di taluni*

272 Argomento largamente approfondito nel primo capitolo di questa trattazione.

273 Insieme all'art. 16 della Convenzione, che riguarda le norme di applicazione necessaria e all'art. 18, che si riferisce all'ordine pubblico in senso restrittivo, in conformità alla prassi delle Convenzioni dell'Aja. Sul punto, M. LUPOI, in *Trusts e Attività fiduciarie*, 2001, pag. 543 ss.

274 M. B. DELI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts e sul loro riconoscimento, sub art. 15*, in *Le nuove leggi civili commentare*, 1993, pag. 1286 ss.

*effetti di uno specifico trust*²⁷⁵.

L'art. 15, lungi dal determinare la nullità del trust, implicherebbe solamente che “non sia ostacolata” l'applicazione delle norme poste a presidio dei diritti dei creditori, ossia la disciplina dell'azione revocatoria ordinaria e fallimentare²⁷⁶. Del resto la dottrina maggioritaria ritiene che l'istituzione di un trust sia insuscettibile di arrecare danno ad alcuno, riservando semmai agli atti di disposizione l'esigenza di far salva l'applicazione di norme poste a protezione dei creditori²⁷⁷.

L'art. 15, dunque, non si muove sul piano del riconoscimento del trust, ma su quello degli effetti e non può costituire il presupposto per una sua declaratoria di nullità *ex art. 1418*²⁷⁸ comma 1 c.c.²⁷⁹.

L'art. 13 invece concerne il riconoscimento del trust e si considera come una norma residuale o di chiusura della convenzione, che conferisce al giudice il potere di negare il riconoscimento di un trust quando, nonostante le limitazioni dell'art. 15 e nonostante gli ordinari rimedi del diritto interno contro gli atti dispositivi in pregiudizio dei terzi, produca effetti inaccettabili per l'ordinamento²⁸⁰.

275 M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, pag. 543.

276 M. B. DELI, *op. cit.*, pag. 1292.

277 M. LUPOI, *La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 333 ss.; G. TUCCI, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2003, pag. 33.

278 “Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346.

Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge”.

279 L. E. FIORANI, *Trust liquidatorio e tutela dei creditori*, in *rivista di diritto privato*, 3/2010, pag. 127 ss.

280 M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, Torino, 2004, pag. 267; a titolo di esempio, l'autore indica alcuni casi in cui non sia possibile esperire l'azione revocatoria o di riduzione contro chi abbia ricevuto dal settlor non nel proprio interesse, bensì nell'interesse dei beneficiari del trust: di fornire all'impossibilità che si verrebbe a determinare in capo all'attore di esercitare diritti di cui sia titolare - a causa dell'eterogeneità del trust rispetto alla fattispecie tipiche del nostro ordinamento - opererebbe il rimedio generale previsto dall'art. 13, con conseguente nullità del trust; F. GIULIANI, *Il trust interno (regolato da una legge trust) e la convenzione dell'Aja*, in *Contratto e Impresa*, 2003, pag. 441; secondo il quale l'art. 13 non si riferisce al trust interni o che produca effetti contrari a norme imperative - perché a tale scopo soccorrerebbe l'art. 15 - ma si pone come norma di chiusura “che ad altro non può non riferirsi se non al trust i cui effetti sono tali da renderne inesigibile l'obbligo di riconoscimento, in quanto esso sarebbe riprovevole pur non essendo in questione il contrasto con norme imperative”.

La più diffusa interpretazione della Convenzione sottolinea come il trust interno non possa essere ritenuto invalido per il suo contrasto con norme inderogabili, di applicazione necessaria o di ordine pubblico, rispetto alle quali operano gli art. 15, 16 e 18, che incidono sugli effetti di un trust già riconosciuto. Solo quando le modalità e gli scopi del trust, i cui effetti sfuggano alle previsioni di tali articoli, e siano comunque valutati dal giudice come ripugnanti ad un ordinamento che non conosca quella particolare figura dell'istituto (ma nel quale il negozio vada ad esplicare i suoi effetti), potranno farsi carico all'estremo ed eccezionale rimedio apprestato dall'art. 13, che consentirà di negarne *tout court* il riconoscimento²⁸¹.

Riassumendo, la ratifica della Convenzione dell'Aja ha posto come limiti all'operatività dell'istituto soltanto le regole di diritto interno ritenute di applicazione necessaria, e tra queste la riserva contenuta nell'art. 15 lettera e), riguardante la protezione dei creditori in caso di insolvenza e quindi la revocabilità²⁸². Per effetto è escluso che attraverso il riconoscimento degli effetti del trust, si possa derogare alle norme ed ai principi di ordine pubblico della legge richiamata dalle norme del foro²⁸³.

È chiaro che solo gli atti del disponente possono rientrare nell'aria della revocatoria laddove gli elementi soggettivi ed oggettivi siano collegati al diritto interno²⁸⁴; considerando che i beni in trust sono necessariamente segregati all'interno del patrimonio del fiduciario ed i creditori del beneficiario possono solo agire per i crediti che questi può vantare nei confronti del trust. In linea di principio non può aggredire i beni del trust che il beneficiario non ha diritto di ottenere anticipatamente o difformemente dalle originarie disposizioni del settlor²⁸⁵.

Il tema della revocatoria riguarda non la validità o meno degli atti di disposizione

281 Trib. Bologna, 30 settembre 2003, in *Dir. Prat. Soc.*, 21, 2003, pag. 74 ss., con nota di N. SOLDATI. A tale proposito, v. A. BRAUNN, *Trusts interni*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, II, pag. 585.

282 F. FIMMANO', *La revocatoria dei patrimoni destinati*, in *Il fallimento*, n. 10, 2005, pag. 1106.

283 L. PANZANI, *Trust e fallimento in Atti del Convegno, Il trust interno: struttura, applicazioni e aspetti fiscali*, Bologna 10 Marzo 2001; PANZANI, *Trust e concordato preventivo*, commento a Trib. Parma 3 Marzo 2005, in *Il fallimento*, 2005, pag. 553 ss.

284 G. DE MARIA, *Il trust e l'azione revocatoria ordinaria in diritto italiano*, in atti del Convegno "il trust quale legittimo strumento di tutela del patrimonio", Torino, 13 marzo 2003.

285 F. FIMMANO', *La revocatoria dei patrimoni destinati*, in *Il fallimento*, n. 10, 2005, pag. 1105.

del patrimonio o l'efficacia di un trust interno, bensì esclusivamente la possibilità di ottenere una dichiarazione di inefficacia dei singoli atti di disposizione del patrimonio che arrechino pregiudizio alla garanzia patrimoniale. Oggetto della revocatoria non può essere l'atto istitutivo del trust che non produce effetti dispositivi (opinione criticabile) ma l'atto di trasferimento al trustee, ovvero l'atto con il quale i beni posti sotto il controllo dello stesso o l'atto di segregazione nel patrimonio del disponente, nell'interesse del beneficiario o per uno scopo specifico²⁸⁶.

Ai fini della revocabilità le singole fattispecie devono essere analizzate caso per caso, prestando particolare attenzione nel distinguere il momento istitutivo con quello dispositivo.

L'azione revocatoria non ha funzione restitutoria, essendo invece idonea solo ad eliminare la situazione di pericolo cui il comportamento del debitore può aver dato luogo, in modo che il creditore agente possa promuovere nei confronti di terzi acquirenti le azioni esecutive o conservative sui beni oggetto dell'atto revocato²⁸⁷. Nel caso in cui si perfezionino contratti idonei a diminuire le garanzie patrimoniali generiche, o comunque a violare la *par condicio* favorendo nel caso determinate categorie dei creditori, con l'esperimento dell'azione revocatoria il negozio non viene posto nel nulla ma diviene relativamente inefficace o, in altri termini, inopponibile al solo creditore che abbia esperito l'azione²⁸⁸. Anche a

286 DE NOVA, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 162.

287 F. GALLUZZO, *Validità di un trust liquidatorio istituito da una società in stato di decozione*, in *Il Corriere Giuridico*, 4, 2010, pag. 522 ss.

288 "L'azione revocatoria ha una finalità cautelare e conservativa del diritto di credito, essendo diretta a conservare nella sua integrità la garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del debitore. In coerenza con tale sua unica funzione l'azione predetta, ove esperita vittoriosamente, non travolge l'atto di disposizione posto in essere dal debitore, ma semplicemente determina l'inefficacia di esso nei soli confronti del creditore che l'abbia esperita per consentire allo stesso di esercitare sul bene oggetto dell'atto, l'azione esecutiva per la realizzazione del credito": Cass. civ. sez. I, 8 aprile 2003, n. 5455, in *Giur. merito* 2003, pag. 463; "L'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c., ha solo la funzione di ricostituire la garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del debitore ex art. 2740 c.c., la cui consistenza, per effetto dell'atto di disposizione posto in essere dal debitore, si sia ridotta al punto da pregiudicare la realizzazione del diritto del creditore con l'azione espropriativa. In coerenza con tale sua unica funzione, l'azione predetta ove esperita vittoriosamente, non determina il travolgimento dell'atto di disposizione posto in essere dal debitore, ma semplicemente l'inefficacia di esso nei soli confronti del creditore che la abbia vittoriosamente esperita, per consentire allo stesso di esercitare sul bene oggetto dell'atto, l'azione esecutiva", Cass. civ. sez. I, 19 dicembre 1996, n.

seguito dell'esperimento dell'azione, dunque, il negozio pregiudizievole per la garanzia patrimoniale produce effetto *tamquam non esset* nei confronti del solo creditore che abbia agito in revocatoria. L'inefficacia relativa del negozio dispositivo riguarda dunque il “*momento marginale dell'inefficacia più generale dell'atto medesimo il quale è comunque idoneo a sottrarre il bene oggetto dell'azione esecutiva all'azione di tutti i creditori che non abbiano esperito l'azione revocatoria*”²⁸⁹. Considerando il caso in cui si agisca per la dichiarazione di nullità del negozio concluso in violazione della *par condicio*, ai sensi dell'art. 2740²⁹⁰ cod. civ., l'eventuale accoglimento dell'azione comporta la dichiarazione di nullità del negozio e, dunque, la caducazione dei suoi effetti *erga omnes*. Risulta essere evidente la diversa portata della dichiarazione di nullità del negozio istitutivo di un trust elusivo delle ragioni creditorie rispetto alla sua revocazione²⁹¹: la tutela derivante in quest'ultimo caso, difatti, è certamente minore rispetto alle conseguenze derivanti dalla dichiarazione di nullità del negozio, in quanto la prima opera solo a favore del creditore agente, mentre la dichiarazione di nullità del negozio opera a favore di tutti i potenziali interessati e garantisce, più in generale, una più ampia tenuta del principio dell'unità del patrimonio e, dunque, delle ragioni dei creditori²⁹². Per poter trattare delle problematiche inerenti all'applicazione delle azioni revocatorie (fallimentare e ordinarie) è necessario tener ben impresso gli effetti che derivano nel diritto interno determinati alla ratifica, da parte dell'Italia, della Convenzione de L'Aja²⁹³.

11349, in *Giust. civ. Mass.* 1996, pag. 1770.

289 U. NATOLI – BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (l'azione sottogatoria e revocatoria)*, appunti delle lezioni, cit. pag. 145.

290 “*Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.*”

Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge”.

291 Cfr. Cass. civ. sez. I, 17 aprile 2004, n. 5402, in *Giust. civ. Mass.* 2004, secondo cui “*l'azione revocatoria non ha carattere di azione di nullità ma solo carattere conservativo, dal momento che la sua funzione consiste nel paralizzare l'efficacia dell'atto impugnato per assicurare al creditore danneggiato l'assoggettabilità all'azione esecutiva dei beni alienati o comunque resi indisponibili dal debitore*”.

292 F. GALLUZZO, *Validità di un trust liquidatorio istituito da una società in stato di decozione*, in *Il Corriere Giuridico*, 4, 2010, pag. 522 ss.

293 Per gli effetti di diritto interno v. M. LUPOLI, *Trusts*, Milano, II ed., 2001, pag. 524 ss.; A. GAMBARO, voce “Trust”, *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. XIX, Torino, 1999, 449, a pag. 468 ss.

Importante è la riserva contenuta nell'art. 15, lett. e)²⁹⁴, relativa alla protezione dei creditori in casi di insolvibilità e, quindi, all'azione revocatoria, con cui intendendo escludere che, attraverso il riconoscimento degli effetti dei trust, si possa derogare alle norme ed ai principi di ordine pubblico della legge richiamata dalle norme di conflitto del foro. E' facile prevedere che tale disposizione avrà applicazioni frequenti, poiché la costituzione in trust di beni di un disponente, che è anche debitore, darà molte volte luogo all'esperimento dell'azione revocatoria²⁹⁵.

294 Vedi nota precedente.

295 G. TUCCI, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 1, 2003, pag. 24.

3. Garanzia patrimoniale, concorso dei creditori e autonomia privata

In realtà il principio della responsabilità patrimoniale, enunciato nell'art. 2740 cod. civ., come il simmetrico principio del concorso dei creditori, enunciato dall'art. 2741²⁹⁶ cod. civ., per una serie di complesse e diverse ragioni, è stato eccessivamente sopravvalutato nella nostra esperienza giuridica. Gli effetti si sono rivelati esagerati nello sviluppo delle cause di prelazione che vengono spesse volte riproposte nel momento in cui l'introduzione dei trust ed altre rilevanti innovazioni del nostro ordinamento giuridico impongono, senza dubbio, una rilettura di tali principi propri della nostra tradizione codicistica.

Nella prospettiva dell'art. 2740 cod. civ. il patrimonio del debitore rileva nel momento in cui bisogna rimediare agli effetti dell'inadempimento, rendendo comunque, anche se entro certi limiti, possibile una realizzazione dell'interesse del creditore grazie alle azioni di natura esecutiva, che egli può intraprendere appunto sul patrimonio del debitore, al fine di soddisfarsi malgrado l'inadempimento di quest'ultimo. Questo almeno per quanto riguarda l'esecuzione per l'espropriazione relativa alle obbligazioni aventi per oggetto somme di denaro, poiché l'esecuzione forzata in forma specifica, quando essa è possibile (artt. 2930²⁹⁷, 2931²⁹⁸, 2933²⁹⁹ cod. civ.), sfugge all'operatività del principio in esame, poiché realizza direttamente e non già per equivalente l'interesse del creditore.

Nell'inevitabile ridimensionamento, che il principio della garanzia patrimoniale e del conseguente concorso dei creditori ha conosciuto negli ultimi tempi, la lettura dello stesso in termini di ordine pubblico non appare ormai sostenibile, anche se è

296 *“I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salvo le cause legittime di prelazione.*

Sono cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e le ipoteche”.

297 *“Se non è adempiuto l'obbligo di consegnare una cosa determinata, mobile o immobile, l'avente diritto può ottenere la consegna o il rilascio forzati a norma delle disposizioni del codice di procedura civile”.*

298 *“Se non è adempiuto un obbligo di fare, l'avente diritto può ottenere che esso sia eseguito a spese dell'obbligato nelle forme stabilite dal codice di procedura civile”.*

299 *“Se non è adempiuto un obbligo di non fare, l'avente diritto può ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo.*

Non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale”.

stata responsabile, e sotto molti aspetti continua ancora ad esserlo, del particolare sistema delle nostre cause di prelazione e del mancato sviluppo di un adeguato sistema di garanzie convenzionali del credito che caratterizza la nostra esperienza giuridica³⁰⁰.

Proprio il dibattito che si svolge da tempo sul rapporto tra i principi della garanzia patrimoniale e del concorso dei creditori, da un lato, e del ruolo dell'autonomia privata nel settore delle cause di prelazione, dall'altro, ha portato ad un chiaro ridimensionamento del principio della *par condicio creditorum* o, per usare l'espressione contenuta nell'art. 2741 cod. civ. del concorso dei creditori³⁰¹; ridimensionamento da tenere senza dubbio presente in questa sede.

È certamente da escludere che il principio della responsabilità patrimoniale possa intendersi come un generale diritto di garanzia sui beni del debitore, secondo la prospettiva del pegno generale adottata dall'art. 1949 del nostro vecchio codice, sulla scia dell'art. 2093 *code civil* e della tradizione che allo stesso si richiama (v. ad esempio l'art. 2644 del riformato *code civil du Québec*)³⁰²; dipendente dalla scelta sistematica del nostro codice, che parla più correttamente di concorso e di cause di prelazione³⁰³.

Il principio della *par condicio creditorum* assume una prospettiva residuale, considerando semplicemente l'abnorme presenza delle cause di prelazione legali

300 A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001, pag. 309 ss.; A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000, pag. 67 ss.

301 P. SCHELESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, pag. 318; M. FABIANI, *Revocatoria fallimentare: attualità dell'istituto e degli aspetti processuali*, in *Il Fallimento*, 1996, pag. 105; V. COLESANTI, *Mito e realtà della "par condicio"*, in *Il Fallimento*, 1984, pag. 32; P. G. JAEGER, *Par condicio creditorum*, in *Il Fallimento*, 1984, I, pag. 51; G. TARZIA, *Parità e discriminazioni tra i creditori nelle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 1984, I, pag. 153 e in G. TARZIA (cur.), *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, Padova, 1994, pag. 555.

302 Per il nostro vecchio codice v. F. RICCI, *Diritto civile*, vol. X, Torino, 1884, pag. 139 e sui precedenti storici di tale costruzione v. A. CANDIAN, *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale*, in G. Gorla (cur.), *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gorla*, vol. III, Milano, 1994, pag. 1806. Sull'esperienza francese v. M. CABRILLAC - C. MOULY, *Droit des suretés*, Parigi, 1997, pag. 520 e, per la codificazione del Québec, v. L. Payette, *Les suretés dans le code civil du Québec*, Cowansville, 1994, pag. 4 ss.

303 L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali, artt. 2740-2744*, in P. SCHLESINGER (cur.), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1991, pag. 86; R. NICOLO', *Tutela dei diritti*, artt. 2900-2969, in A. SCIALOJA - G. BRANCA (curr.), *Commentario al codice civile*, Bologna - Roma, 1953, pag. 181.

nel nostro ordinamento³⁰⁴, esaurendo la sua portata, come precisa un'attenta indagine dedicata allo stesso³⁰⁵, nel disattendere il criterio della priorità cronologica del credito per la soddisfazione dei propri crediti sul patrimonio del debitore.

La *par condicio creditorum* si risolve, in definitiva nella possibilità di poter aggredire i beni del debitore, e nel campo delle procedure concorsuali, in primo luogo nel fallimento, come precisa espressamente l'art. 52 R. D. 16 marzo 1942, n. 267 (l. fall.)³⁰⁶, nella concreta ed effettiva parità di trattamento di tutti i creditori chirografari, titolari di crediti pecuniari, sancita espressamente, tra l'altro, dall'art. 111³⁰⁷, comma 1, n. 3 l. fall., ed operante grazie allo strumento della revocatoria fallimentare, così come disciplinato dall'art. 67³⁰⁸ l. fall., anche nel cosiddetto

304 G. ALPA, *I principi generali*, in G. IUDICA - P. ZATTI (curr.), Tratt. dir. priv., Milano, 1993, pag. 409 ss.

305 ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in P. Rescigno (cur.), Tratt. dir. priv., vol. XIX, Torino, 1997, 485, a pag. 530.

306 Per il significato di tale norma, che non trova alcun precedente nel vecchio codice di commercio, v. B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in G. RAGUSA MAGGIORE - C. COSTA (curr.), in *Il fallimento. Le procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 1997, pag. 28.

307 “Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:

1) per il pagamento dei crediti prededucibili; 2) per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge; 3) per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso, compresi i creditori indicati al n. 2, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa. Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali debiti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1)”.

308 “Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore:

1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso;

2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento;

3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti;

4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti.

Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento.

Non sono soggetti all'azione revocatoria:

periodo sospetto anteriore alla dichiarazione di fallimento³⁰⁹.

Nell'interpretazione degli artt. 2740 e 2741 cod. civ., per ciò che concerne il tema della responsabilità patrimoniale e del concorso tra i creditori³¹⁰, è mutato certamente il modo di accostarsi a queste norme.

La parità di trattamento dei creditori non risulta più essere considerato un principio rigido, ma solo un principio direttivo, variamente applicato nelle singole disposizioni di legge alle quali bisogna far riferimento³¹¹; si ammette ad ogni modo a questa regola del concorso dei creditori, basandosi sul binomio regola - deroga³¹², uno spazio di intervento all'autonomia privata: determinazione del contenuto delle cause di prelazione previste dal legislatore, secondo quanto disposto dal principio sancito nell'art. 1322³¹³ cod. civ., per creare strumenti idonei

a) i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso;

b) le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca;

c) le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'art. 2645-bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado;

d) gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) ai sensi dell'art. 2501-bis, quarto comma, del codice civile;

e) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182-bis;

f) i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito;

g) i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di amministrazione controllata e di concordato preventivo.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario; sono salve le disposizioni delle leggi speciali”.

309 Per tale profilo v. P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, pag. 326.

310 Si considerino a riguardo gli interessanti rilievi di M. RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. Civ.*, 1984, I, pag. 359; di U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. Iudica - P. Zatti (curr.), *Tratt. dir. priv.*, Milano, 1991, pag. 61 ss. e di L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, pag. 129 ss.

311 E' questo il giusto rilievo di V. ANDRIOLI, voce "Fallimento (Diritto privato e processuale)", *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 264, pag. 398 ss.

312 V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, pag. 529.

313 *“Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla*

a garantire il credito, le c. d. garanzie atipiche, ad esempio come:

- la cessione di credito a scopo di garanzia;
- il deposito a garanzia;
- il mandato irrevocabile all'incasso.

Bisogna tener in considerazione anche altre figure, quali i trust con funzione di garanzia³¹⁴. Figure, che, se strutturalmente non si configurano come cause di prelazione in senso tecnico, funzionalmente svolgono un ruolo analogo di tutela del credito, rendendo ancora più chiara la funzione residuale della c. d. garanzia generica³¹⁵.

L'espansione del diritto uniforme e la frequente circolazione dei modelli giuridici hanno comportato, come ormai si riconosce in tutte le esperienze giuridiche occidentali³¹⁶, l'adozione di un regime unificato delle cause di prelazione; non deve essere più il legislatore a scegliere la garanzia, ma deve essere l'autonomia dei privati a decidere l'opportunità, i tempi ed i modi di tutela del credito, con conseguente opponibilità al fallimento, poiché proprio in tale momento e grazie a tale effetto si realizza il fondamentale ruolo che la garanzia del credito ha nella vita commerciale³¹⁷.

Bastano già tali rilievi per dimostrare come sia non più giustificato, basandosi soltanto sulla fedeltà ad un dogma ormai superato, l'orientamento che mira a vanificare il regime pattiziamente creato tra debitore e creditori preferiti; e non a

legge.

Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”.

314 M. LUPOI, *Trusts*, pag. 714; E. ANDREOLI, *Il trust nella prassi bancaria e finanziaria*, Padova, 1998, pag. 185.

315 G. TARZIA, *Parità e discriminazioni tra i creditori nelle procedure concorsuali*, pag. 689; G. TUCCI, *I privilegi*, in P. Rescigno (cur.), *Tratt. dir. priv.*, vol. XIX, Torino, 1997, pag. 575 ss.

316 Fondamentale è, nel settore, la già richiamata Convenzione di diritto uniforme sulle garanzie mobiliari, su progetto predisposto da Unidroit, su cui v. R. Goode, *The preliminary draft UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment: the Next Stage*; Id., *Commercial Law in the Next Millennium*;

317 La considerazione è in R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, trad. it. P. M. Vecchi (cur.), Milano, 1990, pag. 167 ss.

caso quell'orientamento mira ad affermarsi proprio attraverso un'interpretazione ingiustificatamente estensiva e spesso fuorviante della disciplina della revocatoria fallimentare, proprio attraverso il richiamo al principio del concorso dei creditori. Così come egualmente superata risulta la concezione che di quel principio accoglie a volte la nostra giurisprudenza, con affermazioni che, nell'economia delle singole decisioni, risultano per lo più degli *obiter dicta*, quando afferma che esso sarebbe derogabile solo da un'esplicita norma di legge³¹⁸ o quando sostiene che le presunte deroghe allo stesso principio andrebbero interpretate in modo restrittivo e non ne sarebbe consentita l'applicazione analogica, data la loro natura di norme eccezionali³¹⁹.

318 Per tale affermazione v. Cass., 3 dicembre 1986, n. 7148, in *Foro it.*, 1987, I, pag. 39. In realtà però, al di là della massima ufficiale, la motivazione della sentenza si limita ad affermare che il principio del concorso sostanziale, sancito nel primo comma dell'art. 52 l. fall., può ben essere derogato dalle cause legittime di prelazione.

319 V. Cass., 22 luglio 1983, n. 5069, in *Il Fallimento*, 1984, pag. 438; in *Giur. comm.*, 1984, II, pag. 265, dove peraltro si esclude l'applicabilità, nella procedura fallimentare, dell'istituto dell'assegnazione dei beni, di cui alla disciplina dell'esecuzione forzata contenuta nel nostro codice di rito, poiché vi osta in particolare modo il sistema di liquidazione dell'attivo delineato dalla legge fallimentare, il quale tende a trasformare in denaro i beni del fallito per consentire il successivo riparto tra i creditori.

4. Effetto segregativo del Trust e le limitazioni legali al principio dell'universalità del patrimonio

Un problema inerente la responsabilità patrimoniale riguarda la determinazione dell'oggetto dell'azione esecutiva del creditore.

Il principio dell'universalità del patrimonio prevede che tutti i beni presenti e futuri del debitore, ovvero entrati nel patrimonio del debitore dopo il sorgere dell'obbligazione, ma prima dell'inizio del procedimento esecutivo, sono oggetto del procedimento di espropriazione³²⁰.

Risulta essere ampiamente acquisito che, al principio dell'universalità della garanzia patrimoniale, viene applicata una deroga prevista dal secondo comma dell'art. 2740 cod. civ., secondo cui le limitazioni della responsabilità patrimoniale sono ammesse solo nei casi previsti dalla legge e sono pertanto tipiche: trovano la loro origine soltanto da una espressa previsione legislativa e mai dal frutto da una attività derivante dall'autonomia dei privati. Il richiamo a tale rigoroso principio di legalità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale, parificato in maniera suggestiva a quello in tema di reati e di sanzioni penali, *ex art. 25*³²¹ Cost. e artt. 2 e 199³²² cod. pen.³²³, è stato addotto per sollevare perplessità e, molte volte, per negare la stessa possibilità di riconoscimento dei trust nel nostro ordinamento³²⁴.

Ad ogni modo, per una più completa trattazione dell'argomento, bisogna tener ben presente che le limitazioni della responsabilità patrimoniale sono ormai numerosissime e varie nel panorama legislativo tradizionale. Investono una

320 ROPPO, voce "Responsabilità patrimoniale", Enc. dir., vol. XXXIX, Milano, 1988, pag. 1041 ss.

321 *"Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.*

Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge".

322 *"Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti".*

323 L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, pag. 59.

324 G. TONDO, *Riconoscimento del trust nel nostro ordinamento*, in Aa.Vv., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991, pag. 117; C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, pag. 1323; F. GAZZONI, Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione), in *Riv. not.*, 2001, pag. 11.

casistica molto varia ad esempio³²⁵:

- l'impignorabilità assoluta, come ad esempio quella dei beni ereditari sui quali grava il vincolo di sostituzione fedecommissaria *ex artt.* 694³²⁶ e 695³²⁷ *cod. civ.*³²⁸;
- all'istituzione di un vero e proprio patrimonio autonomo, come accade nel caso dell'eredità giacente *ex artt.* 528³²⁹ *ss. cod. civ.* o dei beni delle associazioni non riconosciute³³⁰;
- alla creazione di un vero e proprio patrimonio separato, come nel caso dei beni dell'erede che ha accettato con beneficio di inventario *ex art.* 497³³¹ *cod. civ.*, beni sottratti alla garanzia dei crediti verso il defunto³³²;
- all'istituzione del fondo patrimoniale *ex artt.* 167 *ss. cod. civ.*, con le conseguenze di cui all'*art.* 170³³³ *cod. civ.* e la riconosciuta non

325 G. TUCCI, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, n.1, 2003, pag. 25.

326 “L'autorità giudiziaria può consentire l'alienazione dei beni che formano oggetto della sostituzione in caso di utilità evidente, disponendo il reimpiego delle somme ricavate. Può anche essere consentita, con le necessarie cautele, la costituzione di ipoteche sui beni medesimi a garanzia di crediti destinati a miglioramenti e trasformazioni fondiari”.

327 “I creditori personali dell'istituto possono agire soltanto sui frutti dei beni che formano oggetto della sostituzione”.

328 L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, pag. 65.

329 “Quando il chiamato non ha accettato l'eredità e non è nel possesso di beni ereditari, il tribunale del circondario in cui si è aperta la successione, su istanza delle persone interessate o anche d'ufficio, nomina un curatore dell'eredità.

Il decreto di nomina del curatore, a cura del cancelliere, è pubblicato per estratto nel foglio degli annunci legali della provincia e iscritto nel registro delle successioni”.

330 PALAZZO, voce “Successioni (parte generale)”, *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. XIX, Torino, 1999, 122, pag. 169; L. BIGLIAZZI GERI, voce “Patrimonio autonomo e separato”, *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, pag. 280 - 281.

331 “L'erede non può essere costretto al pagamento con i propri beni, se non quando è stato costituito in mora a presentare il conto e non ha ancora soddisfatto a quest'obbligo.

Dopo la liquidazione del conto, non può essere costretto al pagamento con i propri beni se non fino alla concorrenza delle somme di cui è debitore”.

332 L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, pag. 65.

333 “Quando un reato è il presupposto di un altro reato, la causa che lo estingue non si estende all'altro reato. La causa estintiva di un reato, che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende al reato complesso. L'estinzione di taluno fra più reati

opponibilità al fallimento³³⁴, ipotesi in cui pare doversi individuare una vera e propria fattispecie di segregazione patrimoniale.

Nel nostro panorama legislativo tali ipotesi risultano essere frequenti soprattutto nel settore dei mercati finanziari³³⁵.

Esse, come si è già visto, non possono racchiudersi in un unico schema, tanto che si parla a volte di patrimoni autonomi, altre volte di patrimoni separati, altre volte ancora di segregazione patrimoniale in senso tecnico, schema che ricorre nel caso dei trust³³⁶.

Nell'attuale stadio evolutivo del nostro ordinamento giuridico la legge crea ormai sempre più frequentemente casi di segregazione di beni o di complessi di beni per il soddisfacimento di particolari interessi di soggetti terzi, modificando il principio dell'unicità del patrimonio su cui si basa l'istituto della garanzia patrimoniale del credito, sancito dall'art. 2740 cod. civ. e del concorso dei creditori, sancito dall'art. 2741 cod. civ.³³⁷. E ciò per imprescindibili esigenze di tutela di ben determinati interessi sottrae determinate categorie di beni alla regola del concorso dei creditori. L'art. 4, comma 4, lett. b), della L. 3 ottobre 2001, n. 336, legge delega per la riforma del diritto societario, all'interno del diritto delle società per azioni, prevede da ultimo che la società potrà costituire patrimoni dedicati ad uno specifico affare, determinandone condizioni, limiti e modalità di rendicontazione, con la possibilità di emettere strumenti finanziari di partecipazione ad esso e disciplinando il regime di responsabilità per le obbligazioni riguardanti detti patrimoni e la relativa insolvenza³³⁸.

Su tale premessa si ritiene oramai non più sussistente un divieto per l'autonomia

connessi non esclude, per gli altri, l'aggravamento di pena derivante dalla connessione".

334 C. BIANCA, *Diritto civile*, vol. II, Milano, 1985, pag. 109 ss., e, in giurisprudenza v. Corte d'Appello di Catania, 12 giugno 1991, in *Dir. fall.*, 1991, II, pag. 819.

335 P. MANES, *La segregazione patrimoniale nelle operazioni finanziarie*, in *Contratto e impr.*, 2001, pag. 1362.

336 Per tale distinzione vedi M. LUPOI, *Trusts*, pag. 566, nonché ROPPO, *Il contratto*, in G. Iudica - P. Zatti (curr.), *Trat. Dir. priv.*, Milano, 2001, pag. 687 ss. e il lavoro di P. MANES, *La segregazione patrimoniale nelle operazioni finanziarie*, pag. 1365 ss.

337 G. TUCCI, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, n.1, 2003, pag. 25.

338 Su tale norma v. P. MANES, *La segregazione patrimoniale nelle operazioni finanziarie*, pag. 1368.

privata di conseguire la creazione dei patrimoni separati riconducibile all'art. 2740 cod. civ.³³⁹

Nel caso del trust la fattispecie risulta essere semplificata rispetto alle ulteriori ipotesi di segregazione patrimoniale previsti nel nostro ordinamento. In tali fattispecie, infatti, considerate nella loro forma basilare ed esulando quindi dalle più varie fantasiose esplicazioni pratiche, il disponente trasferisce, ma può anche disporre verso se medesimo, il bene o una massa di beni al trustee, che diventa titolare legale a tutti gli effetti dei beni; i quali risulteranno segregati nel suo patrimonio a vantaggio di eventuali beneficiari³⁴⁰.

Bisogna precisare ad ogni modo che il disponente con gli atti di disposizione viene sottoposto ai necessari controlli in sede di revocatoria secondo la legge del foro in cui esso opera, non limitando la responsabilità patrimoniale del trustee, trovando applicazione quanto previsto dall'art. 2740, comma 2; i beni oggetto degli atti dispositivi entrano a fare parte del patrimonio del trustee, o si dispongono come segregati nel patrimonio dello stesso disponente, come segregati secondo un potere riconosciuto al disponente dalla stessa Convenzione dell'Aja³⁴¹. In questa trattazione si necessita il richiamo degli artt. 2 e 11 della Convenzione dell'Aja per ricordare che sono queste le disposizioni che, senza costituire deroghe al principio della garanzia patrimoniale e del concorso, legittimano nel nostro ordinamento gli effetti segregativi sopra ricordati³⁴².

Il meccanismo del trust, pertanto, si presenta come uno strumento di disposizione dei beni del tutto nuovo. Si potrebbe anche ovviare alla forte limitazione operativa che incontra la circolazione dei beni futuri, con particolare riferimento, sul terreno delle garanzie, alle cessioni ed ai mandati all'incasso di crediti futuri che, secondo un orientamento della nostra giurisprudenza, risultano essere non opponibili al fallimento; sempre se i crediti futuri che ne sono oggetto sono venuti ad esistenza

339 V. GAMBARO, voce "Trust".

340 sulla struttura variabile dei trust vedi M. LUPOI, *Trusts*, pag. 3 ss.

341 Su tale problematica e con riferimento alla liceità dell'atto dispositivo, salvo lo strumento di tutela dell'azione revocatoria v. G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, pag. 133 ss.

342 A. BUSATO, in A. Gambaro - A. Giardina - G. Ponzanelli (curr.), *Commentario alla Convenzione relativa alla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, pag. 1211 ss.

dopo il fallimento del cedente³⁴³.

343 Le decisioni del Supremo Collegio al riguardo sono frequenti; v. Cass., 14 novembre 1996, n. 9997, in *Dir. fall.*, 1997, II, 1164; *Fallimento*, 1997, pag. 787; *Giur. it.*, 1997, I, pag. 1558. Per le prospettive di superamento del principio v. F. MACARIO, *Trasferimento del credito futuro ed efficacia verso i terzi: lo "stato dell'arte" di giudicare*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, pag. 437 ss.

5. Il vincolo dell'indisponibilità e l'inefficacia *ex lege*

La legge fallimentare nel suo articolo 42 prevede che “*la sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento*”.

La finalità della norma è quella di tutela dei creditori concorsuali. A differenza di quanto è previsto dall'espropriazione individuale, l'indisponibilità fallimentare costituisce effetto automatico della dichiarazione di fallimento.³⁴⁴

La struttura della norma è passata sostanzialmente indenne al vaglio della riforma del 2006, salvo l'addizione prevista dall'ultimo comma³⁴⁵, il quale prevede la possibilità di rinuncia all'acquisizione dei beni sopravvenuti (non ha fatto altro che recepire prassi già diffuse e adottate³⁴⁶). La norma esprime il principio della “universalità oggettiva” che a sua volta promana da uno dei principali effetti del fallimento: la privazione del soggetto fallito della disponibilità del patrimonio³⁴⁷. La sentenza di fallimento produce i suoi effetti alla data di deposito in cancelleria (art. 16 comma 2), ma per tutelare i terzi di buona fede è stato posto un limite, stabilendo che gli effetti, nei riguardi dei terzi, si producono dalla data dell'iscrizione nel registro delle imprese (art. 16 comma 2 ult. parte). Si tratta di una regola che costituisce, evidentemente, applicazione di quanto previsto dall'art. 2193 c.c.³⁴⁸: si può desumere che fino all'iscrizione nel registro delle imprese, i

344 L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2011, pag. 103.

345 “*La sentenza che dichiara il fallimento, priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento.*

Sono compresi nel fallimento anche i beni che pervengono al fallito durante il fallimento, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi.

Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può rinunciare ad acquisire i beni che pervengono al fallito durante la procedura fallimentare qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi”.

346 M. FERRO, *Commentario teorico – pratico, La legge fallimentare*, 2011, pag. 501.

347 M. FERRO, *Commentario teorico – pratico, La legge fallimentare*, 2011, pag. 502.

348 “*I fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai terzi da chi è obbligato a richiederne l'iscrizione, a meno che questi provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza.*

L'ignoranza dei fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione non può essere opposta dai terzi dal momento in cui l'iscrizione è avvenuta.

Sono salve le disposizioni particolari della legge”.

terzi possono ritenersi legittimati ad opporre l'ignoranza della intervenuta dichiarazione di fallimento e prima che gli organi della procedura possano comunque opporre loro questi effetti, qualora riescano a provare che i terzi medesimi siano già venuti a conoscenza della sentenza di fallimento³⁴⁹. *Ratio* evidente della regola è quello di tutelare i terzi che abbiano avuto rapporti con il fallito nel periodo intercorrente tra il deposito della sentenza in cancelleria e l'iscrizione della medesima nel registro delle imprese³⁵⁰.

L'art. 17³⁵¹ prevede infatti che entro il giorno successivo al suo deposito, la sentenza, oltre ad essere notificata al fallito e comunicata per estratto al p.m., al curatore e al creditore richiedente, deve essere trasmessa a cura della cancelleria, sempre in estratto, al registro delle imprese territorialmente competente per l'annotazione; si è così voluto al tempo stesso rafforzare la tutela dell'affidamento dei terzi e raccordare le disposizioni fallimentari con la regola generale di cui all'art. 2193 cod. civ.³⁵². Questa non solo non ammette l'ignoranza dei terzi sui fatti per i quali la legge prescrive l'iscrizione nel registro delle imprese, ma ne preclude anche l'opponibilità ai terzi prima dell'iscrizione medesima, a meno che non si riesca a provare che i terzi ne abbiano avuto conoscenza.

In dottrina è stata sostenuta un'interpretazione restrittiva della norma, con applicazione del principio contenuto nell'art. 2193 cod. civ., per cui il terzo avente diritto dovrà ritenersi in buona fede, per tutto il periodo che va tra il deposito della

349 MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve della legge fallimentare*, pag. 73.

350 DE SANTIS, *Comm. Jorio*, I, pag. 339; PAJARDI, PALICHOWSCHY, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 161.

351 “Entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, la sentenza che dichiara il fallimento è notificata, su richiesta del cancelliere, ai sensi dell'art. 137 del codice di procedura civile al debitore, eventualmente presso il domicilio eletto nel corso del procedimento previsto dall'art. 15, ed è comunicata per estratto, ai sensi dell'art. 136 del codice di procedura civile, al pubblico ministero, al curatore ed al richiedente il fallimento. L'estratto deve contenere il nome del debitore, il nome del curatore, il dispositivo e la data del deposito della sentenza.

La sentenza è altresì annotata presso l'ufficio del registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta.

A tale fine, il cancelliere, entro il termine di cui al primo comma, trasmette, anche per via telematica, l'estratto della sentenza all'ufficio del registro delle imprese indicato nel comma precedente”.

352 N. R. DI TORREPADULA, *Commento agli art. 42-47*, in Jorio A. - Fabiani M., *Il nuovo diritto fallimentare*, 2006, I, pag. 688 ss.

sentenza e la sua annotazione nel registro delle imprese, fatta salva però la possibilità per il curatore di fornire prova contraria.³⁵³

La formalità dell'iscrizione nel registro delle imprese potrebbe non avvenire subito dopo la trasmissione della sentenza, ma essere adempiuta addirittura con ritardo di alcuni giorni, creando un pericolo scollamento degli effetti tra i vari destinatari del provvedimento; il problema di maggior rilievo concerne sicuramente l'efficacia e la revocabilità degli atti pregiudizievoli ai creditori (rispetto ai quali potrebbe anche essere ipotizzata una responsabilità degli uffici del registro delle imprese chiamati ad eseguire l'annotazione). Peraltro, l'art. 44 (atti compiuti dal fallito), l'art. 45 (formalità eseguite dopo la dichiarazione di fallimento per rendere opponibili ai terzi), l'art. 67 (revocatoria fallimentare) e l'art. 69 (atti compiuti tra coniugi) continuano tutti a fare riferimento esclusivamente alla data di dichiarazione³⁵⁴.

In considerazione di quanto detto in precedenza, qualcuno ritiene che decorrano dall'iscrizione al registro delle imprese della sentenza i termini previsti dagli articoli 44 e 45 nonché tutti termini delle sezioni II, III, IV del Capo III del titolo II l. fall.³⁵⁵

La perdita da parte del fallito del potere di amministrare e disporre (art. 42 comma 1) implica l'inefficacia relativa degli atti da lui compiuti. La perdita della disponibilità non riguarda tanto i singoli beni quanto l'intero patrimonio, universalmente inteso³⁵⁶:

- beni immobili, mobili e immateriali;
- facoltà, diritti, poteri, potestà, aspettative e azioni;

Il fallito viene privato della legittimazione (o potere di disposizione) ma non della

353 N. R. DI TORREPADULA, *Commento agli art. 42-47*, in Jorio A. - Fabiani M., *Il nuovo diritto fallimentare*, 2006, I, pag. 696; MAFFEI ALBERTI, pag. 201, 2009.

354 M. FERRO, *Commentario teorico – pratico, La legge fallimentare*, 2011, pag. 504.

355 GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, pag. 132 ss.

356 S. PACCHI, *Commento agli art. 42 e 43*, in Nigro A. - Sandulli M.- Santoro V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, pag. 575; P. PAJARDI, *Codice del fallimento*, 2001, pag. 213; F. FERRARA, *Il fallimento*, 1995, pag. 319; G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 198, pag. 225.

capacità di agire. L'inefficacia ha carattere relativo. Gli atti del fallito sono inefficaci nei confronti dei creditori (anche se giuridicamente validi) ed il curatore può avvalersi dell'inefficacia o meno a secondo del vantaggio che comporta all'interno delle procedura concorsuali. Ad esempio se il fallito stipula una transazione vantaggiosa il curatore può non avvalersi dell'inefficacia dell'atto del fallito, ma solo previa autorizzazione del comitato dei creditori³⁵⁷. La validità dell'atto non rimane priva di effetti, infatti se il fallimento si chiude senza che venga coattivamente venduto il bene del quale il fallito ha disposto, l'acquisto rimarrà valido ed efficace; nel caso il bene venga coattivamente venduto e l'avente causa dal fallito ne perda la proprietà, il fallito può essere chiamato a rispondere di evizione.

L'art. 44³⁵⁸ statuisce l'inefficacia degli atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento, che siano pagamenti da lui eseguiti o da lui ricevuti. L'inefficacia relativa opera a prescindere dalla idoneità dei suddetti atti a recare pregiudizio ai creditori³⁵⁹. Il legislatore ha prescelto una forma di mero depotenziamento dell'attività negoziale del fallito³⁶⁰, mediante un congegno che, se su un piano dogmatico può apparire sacrificato, sul piano operativo appare certamente congeniale al fine ultimo della massima soddisfazione delle pretese dei creditori, rispetto alla quale la cristallizzazione del patrimonio del fallito è strumentale.

Legittimato a far valere l'inefficacia degli atti compiuti dopo la dichiarazione di fallimento è unicamente il curatore³⁶¹, tale legittimazione non può essere estesa né al singolo creditore né al terzo contraente.

357 L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2011, pag. 105.

358 “*Tutti gli atti compiuti dal fallito e i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori. Sono egualmente inefficaci i pagamenti ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento.*”

Fermo quanto previsto dall'articolo 42, secondo comma, sono acquisite al fallimento tutte le utilità che il fallito consegue nel corso della procedura per effetto degli atti di cui al primo e secondo comma”.

359 MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve della legge fallimentare*, pag. 221.

360 C. CACCAVALLE, *Commento all'art. 44*, in Nigro A. - Sandulli M. - Santoro V. (a cura d), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, pag. 595.

361 Trib. Genova 6/12/1994.; Trib. Torino 13/10/1987; C. CACCAVALLE, *op. cit.*, pag. 603.

Fra gli atti compiuti dal fallito sono da ricomprendere non quelli relativi a beni e diritti compresi nel fallimento (vendita di un bene, cessione di un credito ecc.), ma anche l'assunzione di debiti. Il debito così assunto rimarrebbe confinato nel patrimonio personale del fallito e destinato ad essere eventualmente soddisfatto dopo il suo ritorno *in bonis*.

L'inefficacia dei pagamenti eseguiti dal fallito implica per chi li ha ricevuti il dovere di restituirli al curatore; nel caso in cui si tratti invece di un debito pregresso potrà insinuarsi al passivo e pretendere il pagamento in “*moneta fallimentare*”.

Il pagamento ricevuto dal fallito non produce nei confronti dei creditori concorsuali, l'effetto estintivo del debito, ed il *solvens* deve eseguire nuovamente il pagamento al curatore.

I commi 1 e 2 dell'art. 44 statuiscono che gli atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci indipendentemente dall'iscrizione nel registro delle imprese; resterà però salvo quanto acquistato dai terzi in buona fede.

Riassumendo³⁶²:

- chi effettua un pagamento dopo la dichiarazione di pagamento ma prima dell'iscrizione nel registro delle imprese risulta tuttavia liberato;
- chi dopo la dichiarazione di fallimento riceve in buona fede un pagamento o acquista un bene o un diritto in base ad un atto che è inefficace *ex art. 44* comma 1, è parimenti tutelato se la sentenza non è stata trascritta nel registro delle imprese; in tal caso l'unico rimedio per i creditori è quello revocatorio che si estende agli atti successivi al fallimento non potendosi applicare l'inefficacia *ex art. 44*.

Il vincolo di indisponibilità opera dalla data di dichiarazione del fallimento. La norma dell'art. 45 prevede che “*le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi se compiute dopo la dichiarazione di fallimento, sono senza effetti*”

362 L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2011, pag. 105.

rispetto ai creditori". Sono inopponibili ai creditori concorsuali:

- le alienazioni di beni immobili o beni mobili iscritti nei pubblici registri che siano state trascritte successivamente al fallimento (cfr. art. 2914 n.1);
- le cessioni dei crediti che siano state notificate al debitore ceduto o accettate dal medesimo successivamente al fallimento (cfr. art. 2914 n. 2);
- le alienazioni di universalità di beni mobili che non abbiano data certa anteriore al fallimento (cfr. art. 2914 n. 3);
- le alienazioni di beni mobili di cui non sia stato trasmesso il possesso anteriore al fallimento, salvo che risultino da atto avente data certa (cfr. art. 2914 n. 4).

Per poter capire il rapporto che intercorre tra il trust e il vincolo dell'indisponibilità *ex art. 42 l. fall.*, risulta necessario adottare un punto di vista differente a seconda della qualità del soggetto che subisce la procedura concorsuale. Ci troveremo così davanti diverse fattispecie, tante quante sono le diverse posizioni che un soggetto può ricoprire nell'istituzione di un trust: il trustee, il disponente o il *beneficiary*.

Nel caso in cui la procedura fallimentare riguardi il disponente, non si verifica nessun problema di particolare rilevanza, in quanto i beni costituiti in trust non risultano più nella disponibilità del disponente (sempre che non si richieda l'applicazione dell'azione revocatoria da parte dei creditori che risultino essere pregiudicati dagli atti di disposizione del patrimonio del debitore).

Nel caso in cui il fallimento riguardi invece il trustee, si concretizza una fattispecie differente al caso precedente. Il *trust fund* risulta impignorabile in caso di fallimento del trustee "*in via analogica ex art. 46, n. 3 l. fall. (assimilandosi il*

trust al fondo patrimoniale), e non aggrediti dai creditori del disponente, salvo l'esperimento dell'azione revocatoria nei confronti dell'atto istitutivo nel caso ne ricorrano i presupposti. Né pare che al caso dei beni conferiti in trust possa applicarsi la diversa disposizione di cui all'art. 155 l. fall. relativa ai patrimoni destinati ad uno specifico affare che attribuisce la gestione al curatore sia pure con gestione separata stante la diversità strutturale e normativa che caratterizza i patrimoni separati rispetto al trust. In questa prospettiva, il conferimento di alcuni beni in trust astrattamente sopravvive al fallimento, salvo l'esperimento dell'azione revocatoria, laddove si dimostri che l'atto istitutivo del trust abbia impoverito il patrimonio del disponente con la consapevolezza del medesimo".³⁶³

L'ultima fattispecie riguarda il caso in cui ad essere travolto dalla procedura fallimentare risulta essere il *beneficiary*. In questo caso essendo il soggetto coinvolto anche beneficiario del trust, saranno soggetti al fallimento soltanto i beni che siano entrati a far parte nella sua disponibilità, sempre che il trust sia stato istituito (e che siano anche stati posti in essere i singoli atti di disposizione dei beni, e in tal caso anche successivi alla dichiarazione di fallimento) prima della data di dichiarazione di fallimento.

Riguardo a questo specifico caso emergono molte problematiche:

- qualora i creditori non venissero soddisfatti tutti durante il fallimento, in che rapporto si pone con un trust che non preveda un termine di conclusione?
- dovranno essere inclusi nel fallimento anche eventuali benefici periodici trasferiti dal trustee (sempre se ce ne sono, es. immobile sottoposto al trust, con cui il trustee si impegna a trasferire le somme derivanti dalla locazione al beneficiario)?
- Se il trust venisse istituito successivamente alla dichiarazione di

³⁶³ Tribunale di Milano 16 Luglio 2009, n. 43258

fallimento, in che rapporti si pone con la curatela fallimentare?

Alcune delle problematiche poste possono essere di facile soluzione, altre invece risultano essere più complesse.

Spetta alla giurisprudenza dirimere le questioni inerenti le singole problematiche applicative in attesa di un intervento legislativo chiarificatore.

6. Beni non soggetti al fallimento

Nel fallimento è tendenzialmente ricompreso l'intero patrimonio del debitore, tuttavia sono esclusi quelli elencati nell'art. 46 l. fall.³⁶⁴. Accanto al patrimonio fallimentare destinato al soddisfacimento dei creditori è configurabile un patrimonio personale, nel quale sono ricompresi beni e diritti destinati al soddisfacimento di esigenze di vita del fallito e della sua famiglia.

Pertanto tali beni risultano essere anche esclusi dal sistema delle revocatorie fallimentari in quanto non possono essere inglobati nella curatela fallimentare.

Il sacrificio dell'interesse dei creditori è giustificato dalla tutela di valori di rango costituzionale, quali sono sicuramente la famiglia (art. 29 e 31 Cost.), rinveniente anche sotto il diverso profilo della tutela del diritto all'abitazione principale, perciò sottratta alla revocatoria fallimentare *ex art. 67 lett. c*, e il lavoro (art. 1 e 4 Cost.), in relazione alle statuizioni del comma 2 n. 2, che qui trova ulteriori corrispondenze nelle forme di esenzione da revocatoria fallimentare (art. 67 lett. f). Non sono queste soltanto le uniche norme della legge fallimentare in cui la tutela dei creditori passa in secondo piano rispetto a particolari finalità etico – sociali (come gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale, o a scopo di pubblica utilità, esenti dall'inefficacia *ex art. 64*), ma anche le operazioni di credito su pegno e di credito fondiario, esenti da revocatoria fallimentare *ex art. 67* ultimo comma, ovvero dirette ad incentivare l'emersione anticipata della crisi di impresa (come ulteriori categorie di atti esenti da revocatoria fallimentare *ex art. 67 lett. d, e, g*), ritenuta ormai un obiettivo imprescindibile nel diritto dell'economia del

³⁶⁴ “Non sono compresi nel fallimento:

1) i beni ed i diritti di natura strettamente personale;

2) gli assegni aventi carattere alimentare, gli stipendi, pensioni, salari e ciò che il fallito guadagna con la sua attività entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia;

3) i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto è disposto dall'articolo 170 del codice civile; (¹)

[4) i frutti dei beni costituiti in dote e i crediti dotati, salvo quanto è disposto dall'art. 188 del codice civile;]

5) le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge.

I limiti previsti nel primo comma, n. 2), sono fissati con decreto motivato del giudice delegato che deve tener conto della condizione personale del fallito e di quella della sua famiglia”.

mercato³⁶⁵.

In una prospettiva tassonomica si sostiene che l'elencazione contenuta nella norma è per un verso tassativa³⁶⁶, trattandosi di deroga riferita alla regola generale³⁶⁷. L'esclusione dei beni dal fallimento comporta (secondo l'opinione prevalente) che la dichiarazione dei redditi ad essa relativa compete non al curatore, ma al fallito; il quale su quei beni conserva l'amministrazione e con essa la capacità d'agire³⁶⁸.

Le singole ipotesi che ne fanno parte sono:

1. beni e diritti di natura strettamente personale ;
2. gli assegni aventi carattere alimentare, gli stipendi, pensioni, salari e ciò che il fallito guadagna con la sua attività, entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia;
3. frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei suoi figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto disposto dall'art. 170 c.c.;
4. le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge.

365 M. FERRO, *Commentario teorico – pratico, La legge fallimentare*, 2011, pag. 564.

366 R. DI TORREPADULA, 2010, pag. 231; MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, 2009, pag. 233;

367 S. PACCHI, *Commento all'art. 42-50*, in Nigro A. - Sandulli M. - Santoro V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2006, pag. 299; M. R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, 2006, pag. 423.

368 MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, 2009, pag. 239 ss.

7. Il principio di terzietà del curatore

L'opinione ormai consolidata secondo cui il curatore fallimentare non è un rappresentante o un sostituto del fallito o dei suoi creditori, ma un incaricato della giustizia o ausiliario del giudice, titolare di una funzione pubblica o di un ufficio pubblico con poteri e doveri propri non surrogabili nemmeno da parte del giudice delegato³⁶⁹, pare confermata anche dopo la riforma del 2006. Il curatore pertanto è tuttora un soggetto imparziale, che opera nell'interesse generale, come incaricato giudiziario a fianco del giudice (dunque qualificabile come incaricato di pubbliche funzioni), per cui egli è terzo rispetto al fallito e ai creditori³⁷⁰.

Il curatore, che agisce in revocatoria, è ritenuto terzo rispetto al fallito ed al rapporto da questo instaurato con il creditore soddisfatto; da ciò ne discende che il curatore stesso non è tenuto, nel giudizio di revoca, a disconoscere la scrittura del fallito, ne questa, se non disconosciuta, può valere contro di lui fino a querela di falso (Cass. 69/3774).

Si ritiene che l'art. 2710 cod. civ. non trovi applicazione nei confronti del curatore del fallito che agisce in revocatoria, il quale rispetto ai rapporti tra il fallito ed il creditore ha la qualità di terzo³⁷¹.

La posizione del curatore rispetto agli atti del fallito anteriore al fallimento, risulta essere una posizione peculiare: talora considerato terzo, in quanto rappresenta gli interessi della collettività dei creditori, altre volte parte, in quanto esercita diritti e le azioni spettanti al fallito. È pacifico che il più delle volte il curatore rappresenta soprattutto gli interessi della collettività dei creditori, occorre innanzitutto considerare che i creditori quando impugnano atti del debitore assumono indiscutibilmente la posizione di terzi.

Il curatore esercita la posizione di terzo quando fa valere la pretesa espropriativa quindi:

369 P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2007, pag. 72; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006, pag. 62; C. PROTO, *Il curatore*, in Schiano di Pepe, 2007, pag. 121.

370 A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi di impresa*, Bologna, 2009, pag. 105.

371 MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve della legge fallimentare*, pag. 323.

- quando contesta l'opponibilità di un atto di disposizione anteriore al fallimento (art. 45);
- quando impugna un atto simulato (art. 1416 comma 2 c.c.) o un atto pregiudizievole ai creditori (art. 64 l. fall.);
- quando si oppone a pretese di terzi volte ad escludere dell'esecuzione concorsuale beni acquisiti al fallimento.

Il curatore invece quando esercita diritti ed azioni compresi nel fallimento si sostituisce al debitore fallito e si colloca nella sua stessa posizione nei casi in cui:

- fa valere contro un terzo pretese creditorie;
- fa valere contro terzi pretese reali;
- impugna atti compiuti dal fallito se ai creditori non è riconosciuta un'autonoma legittimazione.

Il curatore esercita poteri – doveri autonomamente inerenti al suo ufficio a tutela dell'interesse collettivo della ricostruzione del patrimonio fallimentare esercitando una azione che deriva direttamente dal fallimento, egli si pone nella posizione di terzo, così come quando tutela posizioni soggettive spettanti ai creditori (es. quando fa valere la simulazione di un contratto, o la revocatoria ordinaria); non è terzo, invece, quando è succeduto (subentro in un rapporto contrattuale in corso a norma degli art. 72 ss., o quando per i rapporti definiti, agisce per l'adempimento impiegandogli ordinari strumenti riparatori che l'ordinamento appresta in favore della parte contrattuale quali la risoluzione, rescissione, annullamento ecc.).

La posizione di terzo comporta da un lato che il curatore non è tenuto (pur potendolo fare) a disconoscere le scritture private (Cass. 20/11/1969 n. 3774) , e,

dall'altro che può contestare l'anteriorità – rispetto alla dichiarazione di fallimento – del titolo documentale prodotto dal convenuto per dimostrare una situazione differente da quella rappresentata dal curatore quale presupposto dell'azione esercitata (ad es. eccependo la data certa a norma dell'art. 2704 cod. civ., in modo che la produzione da parte del convenuto di documentazione contrattuale sia opponibile solo nei limiti di cui al combinato disposto degli art. 2704³⁷² cod. civ. e 45 l. fall.³⁷³).

372 “La data della scrittura privata della quale non è autenticata la sottoscrizione non è certa e computabile riguardo ai terzi se non dal giorno in cui la scrittura è stata registrata o dal giorno della morte o della sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l'hanno sottoscritta o dal giorno in cui il contenuto della scrittura è riprodotto in atti pubblici o, infine, dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento.

La data di scrittura privata che contiene dichiarazioni unilaterali non destinate a persona determinata può essere accertata con qualsiasi mezzo di prova.

Per l'accertamento della data nelle quietanze il giudice, tenuto conto delle circostanze, può ammettere qualsiasi mezzo di prova”.

373 “Le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento, sono senza effetto rispetto ai creditori”.

8. Azione revocatoria e Trust

Il ruolo dell'azione revocatoria non riguarda, invece, il riconoscimento degli effetti dei trust nel diritto interno, ma le limitazioni che all'operatività di quegli effetti si pongono, quando si ritiene che il singolo trust unitariamente considerato, costituisca atto di disposizione da parte del debitore, lesivo eventualmente della garanzia patrimoniale del credito³⁷⁴.

La difficile applicazione dell'azione revocatoria comporta la necessità di chiarire una serie di problemi; come può la complessa disciplina della revocatoria ordinaria, *ex art. 2901 cod. civ.*, e quella prevista in sede fallimentare, dagli art. 64 ss. l. fall., operare per un istituto che si manifesta con una notevole varietà di strutture e di funzioni, sorto peraltro in un contesto culturale completamente diverso dal nostro, caratterizzato da un'evoluzione storica del diritto dei contratti e del diritto di proprietà assolutamente eterogenea rispetto a quella che ci è familiare³⁷⁵.

Una delle problematiche più evidenti riguarda sicuramente l'individuazione dell'atto pregiudizievole impugnato con l'azione revocatoria e che costituisce l'oggetto di tale rimedio. L'atto pregiudizievole, impugnabile in sede revocatoria, non è mai un eventuale atto del trustee, ma l'atto con cui il settlor dispone dei singoli beni, poiché, essendo i beni entrati nel patrimonio di quest'ultimo già segregati, non si può mai porre per lui un problema di conservazione della garanzia patrimoniale. La complessità dei problemi sollevati dal trust comporta di individuare esattamente il meccanismo con cui l'azione revocatoria incide sugli effetti dell'atto di disposizione che con essa si impugna. La revocatoria ordinaria e la revocatoria fallimentare, pur avendo una disciplina diversa e applicata in sedi diverse, hanno le stesse finalità in quanto consentono al creditore o al curatore fallimentare di

374 G. TUCCI, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, n.1, 2003, pag. 26.

375 M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, I, pag. 425; M. LUPOI, voci "Trusts: I) Profili generali e diritto straniero"; "II) Convenzione dell'Aja e diritto italiano", *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1995; A. GAMBARO, voce "Trust", pag. 449 ss.; Id., *Il diritto di proprietà*, in A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni (curr.), *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1995, pag. 628; C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, pag. 1323.

ottenere in presenza di determinati requisiti, una dichiarazione di inefficacia relativa nei propri confronti; dichiarazioni per sua natura costitutiva, degli atti di disposizione del patrimonio, i quali anche se validi, arrecano pregiudizio alla garanzia patrimoniale del creditore. Nel caso invece delle procedure concorsuali il pregiudizio riguarda l'intero ceto dei creditori. Per quanto riguarda la determinazione degli effetti, sempre in coerenza con la natura costitutiva della sentenza, questi ultimi comportano la loro identificazione nel mutamento della situazione giuridica del destinatario dell'atto impugnato, prescindendo dalla sua collaborazione, e nel 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 revoca³⁷⁶.

Gli effetti della sentenza devono essere ricollegati a quelli previsti dall'art. 2908 cod. civ.³⁷⁷; rende inefficaci, nei confronti del fallimento e nei limiti del pregiudizio subito dalla massa dei creditori, un atto venuto ad esistenza validamente ed efficacemente la sua conseguenza patrimoniali³⁷⁸. Questo aspetto è l'effetto conseguente di quanto descritto in precedenza che deriva dalla sentenza e dalla modifica del rapporto giuridico, e non già dal fatto che un eventuale adempimento costituirebbe per sua natura un indebitto, in quanto avvenuto nel periodo sospetto³⁷⁹.

In concreto poi se si tratta di atto che abbia avuto ad oggetto il trasferimento di un bene, quest'ultimo, in conseguenza della sentenza, riacquista la sua funzione di garanzia patrimoniale generica per i creditori, determinandosi il valore del bene con riferimento non già al momento in cui è stato stipulato l'atto revocato, ma al momento in cui è stata proposta la domanda giudiziale³⁸⁰.

376 Per tali effetti v. Cass., 1_ febbraio 1995, n. 1119, in *Fallimento*, 1995, pag. 854; Cass., 17 gennaio 1995, n. 481, in *Foro it.*, 1995, I, pag. 3200.

377 “*Nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*”.

378 V. Cass., 21 giugno 1984, n. 3657, in *Fallimento*, 1984, pag. 1389; Cass., 17 marzo 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, pag. 711; in *Dir. fall.* 1982, II, pag. 910.

379 Tale ultima qualificazione era coerente con la tesi che riconosceva alla sentenza in esame natura dichiarativa. V. Cass., 13 giugno 1978, n. 2936; Cass., 19 ottobre 1977, n. 4464, in *Giust. civ.*, 1978, I, pag. 271.

380 V. Cass., 22 giugno 1985, n. 3757, in *Fallimento*, 1986, pag. 28; Cass., 13 giugno 1978, n. 2939, in *Foro it. Rep.*, 1978, voce “Matrimonio”, n. 180.

Nel caso in cui il provvedimento sia riferibile ad un pagamento, il terzo, sempre per effetto ed in conseguenza dell'inefficacia dell'atto è generalmente obbligato nel dispositivo della sentenza di revoca a restituire la somma ricevuta; conseguentemente gli interessi decoreranno non già a partire dalla data di apertura del concorso, come ritenevano alcuni sostenitori della natura dichiarativa della sentenza, ma dalla data di proposizione della domanda di revocatoria³⁸¹.

381 In questo senso v. Cass., 23 gennaio 1997, n. 699, in *Fallimento*, 1997, 825, e, nel senso della decorrenza dalla data di apertura del concorso, Trib. Napoli, 23 febbraio 1984, in *Giur. comm.*, 1985, II, pag. 705.

9. Danno e azione revocatoria nel Trust

Il presupposto giustificativo della revocatoria non può mai essere la sanzione contro un presunto vincolo di indisponibilità del patrimonio del debitore. Se la stessa non può configurarsi come la sanzione di un atto invalido o quanto meno illecito, risulta ormai superato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, nell'ipotesi di revocatoria di atti di disposizione in sede fallimentare, nella cui disciplina il requisito del pregiudizio non è espressamente richiamato, il danno alla massa sarebbe *in re ipsa*, in quanto sarebbe insito nell'alterazione della *par condicio creditorum* che l'atto verrebbe a produrre³⁸².

Il problema del ruolo che il danno svolge in genere nella revocatoria fallimentare ha comportato il generarsi di una varietà di orientamenti e opinioni nell'ambito della dottrina ed un'articolata casistica, invece, per ciò che riguarda le decisioni giurisprudenziali che richiedono quanto meno un tentativo di lettura unitaria³⁸³.

La disciplina della revocatoria ordinaria, dove l'art. 2901, comma 1, cod. civ. esplicitamente richiede che l'atto di disposizione patrimoniale da parte del debitore debba recare pregiudizio al debitore³⁸⁴; nella disciplina della revocatoria fallimentare, con l'esclusione dell'art. 67 comma 1 n. 1 l. fall. (in questo caso per la revoca degli atti a titolo oneroso compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, si richiede la notevole sproporzione tra obbligazioni assunte dal fallito e ciò che a lui è stato dato o promesso³⁸⁵), non è espressamente enunciato l'elemento del danno o del pregiudizio, anche se la disciplina in questione è considerata uno degli effetti degli atti pregiudizievoli ai creditori

382 V. Cass., 13 settembre 1997, n. 9075, in *Fallimento*, 1998, pag. 1033; in *Giur. it.*, 1998, I, 1, pag. 723.

383 G. RAGUSA MAGGIORE, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in G. Ragusa Maggiore - C. Costa (curr.), *Il fallimento. Le procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 1997, pag. 199; P. PAJARDI - M. BOCCHIOLA, *La revocatoria fallimentare*, Milano, 1998, pag. 32.

384 Sul punto, v. E. LUCCHINI - GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Milano, 1995, pag. 121 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, voce "Revocatoria (azione)", Enc. giur. Treccani, vol. XXVII, Roma, 1991; R. NICOLO', *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in A. Scialoja - G. Branca (curr.), *Commentario al Codice Civile, Libro VI, Tutela dei diritti*, artt. 2900-2969, Bologna-Roma, 1962, 1, pag. 217. In giurisprudenza v. Cass., 1^a aprile 1987, n. 3126, *Foro it. Rep.*, 1987, voce "Revocatoria (azione)", n. 5; Cass., 6 giugno 1987, n. 4945, *Foro it. Rep.*, 1987, voce "Revocatoria (azione)", n. 4.

385 U. APICE, *Atti con prestazioni sproporzionate*, in L. PANZANI (cur.), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 2000, pag. 97 ss.

stando quindi ad indicare che, anche nell'ambito del fallimento e delle altre procedure concorsuali, possono essere revocati solo gli atti dannosi per la massa dei creditori e non certo quelli che per qualsiasi ragione non risultino tali³⁸⁶.

In sede di revocatoria fallimentare, l'impugnativa del negozio o dell'atto potrebbe prescindere dall'accertare la natura pregiudizievole dello stesso per realizzare il fine di anticipare gli effetti del fallimento ad un momento precedente la dichiarazione dello stesso, realizzando non più la funzione originaria della tutela privatistica del credito, ma quella sociale di ridistribuire le perdite tra la più ampia cerchia possibile di creditori³⁸⁷.

Al risultato sopra indicato, varia un atteggiamento rigorosamente antindennitario (che ritiene di potere escludere la necessità dell'esistenza del danno nella revocatoria fallimentare³⁸⁸), ed un altro che ritiene di potere identificare il danno nella pura lesione della *par condicio creditorum*³⁸⁹, soprattutto in tema di revoca di pagamenti di debiti certi, liquidi ed esigibili, a norma dell'art. 67, comma 2, l. fall. Il dato fondamentale che emerge è che solo il verificarsi di una diminuzione patrimoniale del debitore, poi divenuto fallito, potrà sorgere³⁹⁰ un problema di

386 Per una chiara presa di posizione su tale punto v. G. RAGUSA MAGGIORE, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, pag. 200; anche G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in F. BRICOLA - F. GALGANO (curr.), *Legge fallimentare*, artt. 64-71, in A. Scialoja - G. Branca, *Commentario*, vol. I, Bologna - Roma, 1993, pag. 54-57.

387 M. FABIANI, *Revocatoria fallimentare: attualità dell'istituto e degli aspetti processuali*, pag. 108, con riferimento anche a Cass., 16 settembre 1992, n. 10570, in *Fallimento*, 1993, 270, che si riferisce peraltro all'ipotesi particolare di pagamento di debiti liquidi ed esigibili, relativi a canoni di leasing ed al riscatto finale del bene, il cui valore di vendita risultava però inferiore all'importo dei pagamenti oggetto della revocatoria.

388 V. M. MONTANARI, *Profili della revocatoria fallimentare dei pagamenti*, Milano, 1984, pag. 64 ss.; M. LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare*, Milano, 1974, pag. 73 ss., ma v. anche Id., *Sulla funzione della revocatoria 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 ss.; A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Milano, 1970, pag. 121 ss.; Id., *La "funzione" della revocatoria*, in *Giur. comm.*, 1976, I, pag. 362.

389 Si tratta comunque di decisione, che, come la già richiamata Cass., 16 settembre 1992, n. 10570, si riferisce anch'essa all'ipotesi particolare di pagamento di debiti liquidi ed esigibili, relativi a canoni di leasing ed al riscatto finale del bene, il cui valore di vendita risultava però inferiore all'importo dei pagamenti oggetto della revocatoria. V. Cass., 12 novembre 1996, n. 9908, in *Fallimento*, 1997, pag. 692. Cass., 19 aprile 1995, n. 4408, in *Fallimento*, 1995, 1194, si riferisce invece al caso di sproporzione tra le prestazioni di cui all'art. 67, I comma, n. 1, l. fall. Per la critica all'identificazione del danno con la semplice violazione del principio della *par condicio* v. L. GUGLIELMUCCI, *Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Dir. fall.*, 1996, pag. 632; G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, pag. 127-129.

390 V. Cass., 6 maggio 1987, n. 4703, in *Fallimento*, 1987, pag. 1227; Cass., 29 novembre 1978,

revoca, in presenza peraltro dell'elemento soggettivo, richiesto dalla stessa disciplina³⁹¹; sarà pertanto revocabile l'atto qualora i valori patrimoniali subiscano, per suo effetto, un deprezzamento; sarà al contrario ritenuto irrevocabile se, per suo effetto, la situazione patrimoniale del debitore, poi fallito, è rimasta immutata o se, addirittura, quei valori sono aumentati³⁹².

Trattando del trust il requisito dovrà essere accertato e valutato con riferimento al patrimonio del disponente; ed avendo sempre riguardo alla disciplina dei rapporti con l'eventuale beneficiario sottostante al trust; quest'ultima dovrà essere esattamente identificata, in quanto qualifica e determina la *causa petendi* dell'azione revocatoria³⁹³.

In questa fattispecie il creditore dovrà chiamare in giudizio:

- sia il disponente – soggetto nel patrimonio del quale i beni risultano segregati;
- sia il beneficiario essendo quest'ultimo il soggetto direttamente interessato all'operazione.

n. 5645, in *Dir. fall.*, 1979, II, pag. 23; F. FERRARA jr. - A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, pag. 384 ss.

391 A riguardo v. Cass., 28 aprile 1998, n. 4318, in *Fallimento*, 1999, 84, e Cass., 27 aprile 1998, n. 4277, in *Fallimento*, 1999, pag. 297; G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, pag. 54-57.

392 V. G. RAGUSA MAGGIORE, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, pag. 200.

393 La giurisprudenza ha infatti spesso precisato che l'intervenuta prospettazione, in grado di appello, di un pregiudizio alle ragioni creditorie diverso da quello lamentato in primo grado, risolvendosi in un mutamento della *causa petendi*, incorre nel divieto di cui all'art. 345 cod. proc. civ. A riguardo v. Cass., 30 gennaio 1998, n. 950, *Foro it. Rep.*, 1998, voce "Revocatoria (azione)", n. 21.

10. Revoca degli atti dispositivi: atti a titolo oneroso e a titolo gratuito

In materia di trust la destinazione funzionale, concepita nell'interesse di un terzo, è realizzata attraverso la separazione patrimoniale, sottoponendo un complesso di beni ad un vincolo giuridico per il raggiungimento di uno scopo³⁹⁴.

La separazione patrimoniale costituisce l'effetto dell'atto di destinazione³⁹⁵ e determina sempre una limitazione di responsabilità, giacché, il patrimonio conferito non risponde delle obbligazioni del titolare, ma solo di quelle qualificate dalla relazione con lo scopo della destinazione. Tale effetto pregiudica potenzialmente le ragioni dei creditori del conferente, diminuendo la garanzia generica³⁹⁶.

Un problema rilevante riguarda la precisa identificazione e qualificazione dell'atto di disposizione con cui il debitore (nel nostro caso il disponente) arrechi pregiudizio alla garanzia generica del suo creditore, trasferendo i beni al trustee o segregandoli nel proprio patrimonio per realizzare gli scopi del trust con gli effetti previsti dagli artt. 2 e 11 della Convenzione dell'Aja. L'azione revocatoria non può avere ad oggetto l'atto istitutivo del trust, trattandosi di atto neutro e programmatico, ma i successivi atti di disposizione con cui i beni sono trasferiti al trustee o posti sotto il controllo dello stesso, oppure segregati nel patrimonio del disponente nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico (come precisa l'art. 2 comma 2 della Convenzione dell'Aja).³⁹⁷

Dottrina e giurisprudenza si sono occupate con particolare attenzione del contratto

394 Osserva BIANCA M., voce *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Enc. giur. Treccani*, XV Aggiornamento, Roma, 2007, pag. 6, che, «*indipendentemente dalle diverse tipologie di separazione, occorre rilevare che la separazione patrimoniale...rappresenta lo strumento attraverso il quale viene data effettività alla destinazione*». Nello stesso senso, cfr. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., pag. 76 ss., secondo la quale, in presenza di una destinazione funzionale, la separazione costituisce lo strumento attraverso il quale «*il proprietario assicura il rispetto di un vincolo nei confronti di un soggetto estraneo alle decisioni concernenti l'impiego dei beni separati e, al più, titolare di un potere di controllo più o meno limitato*».

395 BIANCA M., voce *Vincoli di destinazione*, cit., pag. 7.

396 Il collegamento tra articolazione del patrimonio e limitazione della responsabilità è stato posto in evidenza da BENEDETTI, *Intervento*, in Aa.Vv., *Gli strumenti di articolazione del patrimonio*, cit. e da NUZZO M., *Intervento*, in Aa.Vv., *Gli strumenti di articolazione del patrimonio*, cit.

397 Per la distinzione tra atto istitutivo del trust ed atti dispositivi v. G. DE NOVA, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, 2000, pag. 162.

preliminare³⁹⁸, oggetto dell'azione revocatoria deve essere necessariamente un negozio che incida in maniera negativa sul patrimonio di chi lo pone in essere; a dimostrazione di ciò la revocatoria del preliminare viene ammessa da una parte della dottrina solo in base all'attuale e nuova disciplina dello stesso (artt. 2645-bis³⁹⁹, 2775-bis cod. civ.). Quest'ultima infatti, comporta il sorgere del privilegio immobiliare sul bene oggetto del contratto, in conseguenza della trascrizione, effetto che senza dubbio scompensa la posizione dei creditori⁴⁰⁰.

La distinzione tra atto istitutivo del trust e atti dispositivi si spiega, in maniera più chiara, ove si consideri che il common law non fa rientrare nell'ambito del "contract" gli effetti traslativi. Il trasferimento della proprietà non costituisce di per se stesso conseguenza automatica del contratto in quanto tale, ma richiede un apposito atto delle parti. In tale dinamica il trust si pone ai margini dell'area del contract, collocandosi nell'ambito del law of property, in quanto fonte di una trust

398 Per la non assoggettabilità del contratto preliminare alla revocatoria, nel caso di specie fallimentare, in quanto esso non comporta un danno alle ragioni dei creditori, v. Cass., 30 marzo 1994, n. 3165, in *Fallimento*, 1994, pag. 1036; per l'identificazione dell'atto di disposizione del debitore come presupposto dell'azione revocatoria v. Cass., 18 febbraio 1991, n. 1691, in *Foro it. Rep.*, 1991, voce "Revocatoria (azione)", n. 3. In dottrina v. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, parte 2, Padova, 1990, pag. 406 ss.

399 "1. I contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'articolo 2643, anche se sottoposti a condizione o relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione, devono essere trascritti se risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autentica o accertata giudizialmente. 2. La trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari di cui al comma 1, ovvero della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dei contratti preliminari predetti, prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare. 3. Gli effetti della trascrizione del contratto preliminare cessano e si considerano come mai prodotti se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione predetta, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare o della domanda giudiziale di cui all'articolo 2652, primo comma, numero 2). 4. I contratti preliminari aventi ad oggetto porzioni di edifici da costruire o in corso di costruzione devono indicare, per essere trascritti, la superficie utile della porzione di edificio e la quota del diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi. 5. Nel caso previsto nel comma 4 la trascrizione è eseguita con riferimento al bene immobile per la quota determinata secondo le modalità di cui al comma stesso. Non appena l'edificio viene ad esistenza gli effetti della trascrizione si producono rispetto alle porzioni materiali corrispondenti alle quote di proprietà predeterminate nonché alle relative parti comuni. L'eventuale differenza di superficie o di quota contenuta nei limiti di un ventesimo rispetto a quelle indicate nel contratto preliminare non produce effetti. 6. Ai fini delle disposizioni di cui al comma 5, si intende esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità, e sia stata completata la copertura".

400 G. TUCCI, *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela del promissario acquirente*, in *Riv. crit. dir. Priv.*, 1997, pag. 181.

property⁴⁰¹.

Il trust trova la sua fonte in un negozio unitario a struttura complessa⁴⁰²; nonostante la pluralità degli strumenti utilizzati (l'atto istitutivo e gli atti di dotazione), le parti realizzano un assetto di interessi unitario ed inscindibile; all'unicità della funzione corrisponde, necessariamente, l'unicità del negozio.

In altri termini, l'atto di trasferimento dei beni al trustee, sebbene contenuto in un documento separato, costituisce parte integrante del negozio costitutivo del trust che, nel suo assetto complessivo, si presenta come un negozio giuridico unitario mediante il quale il settlor individua lo scopo del trust, regolamentandone l'organizzazione. Il trustee avrà, pertanto, i mezzi necessari per l'attuazione della destinazione⁴⁰³.

Determinato l'oggetto della azione revocatoria (atti di destinazione), si deve concentrare l'attenzione sulle problematiche che riguardano la qualificazione dell'atto revocato in termini di gratuità oppure onerosità.

Sono atti a titolo gratuito, in senso lato, gli atti dispositivi attuati senza corrispettivo in assenza di un obbligo giuridico, distinguendosi a loro volta in:

- atti a titolo gratuito in senso stretto se realizzano:

401 ROPPO, *Il contratto*, pag. 689; M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, pag. 426.

402 Per la categoria del contratto a struttura complessa, cfr. CATAUDELLA, *I contratti*, Torino, 2000, pag. 177. Dello stesso a. v. anche *La donazione mista*, Milano, 1970, pag. 19 ss.

403 Parte della dottrina ha affermato che i due atti (quello istitutivo del trust e quello dispositivo) abbiano comunque una causa unitaria. Cfr., in tal senso, DI CIOMMO, *Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno*, in *Trusts*, 2003, pag. 186, secondo il quale «il trust oggetto della Convenzione dell'Aja non ammette una rigida separazione, sotto il profilo della struttura causale dell'operazione negoziale, tra atto istitutivo ed atto attributivo, in quanto – come si evince dalla lettura dell'art. 2, comma 1° 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»; PORCELLI, *Successioni e trust*, cit., pag. 124 ss., secondo il quale, dovendosi considerare il trust in termini di rapporto, deve convenirsi che «gli atti attraverso i quali lo stesso trova concreta attuazione, seppur formalmente separati, sono nondimeno inscindibilmente connessi sotto il profilo causale. È innegabile, infatti, che la causa che regge l'attribuzione che si realizza attraverso il negozio dispositivo – di per sé neutra e non astratta – sia rinvenibile nell'istituzione del trust, alla quale la stessa attribuzione è funzionale. Più precisamente trattasi di causa, evidentemente unitaria, individuabile nella sequenza “attribuzione/segregazione”, posto che tanto l'attribuzione patrimoniale al trustee, quanto la segregazione dei beni in trust rispetto al patrimonio del trustee appaiono egualmente indispensabili affinché si realizzi lo scopo del trust ».

- a) un arricchimento del patrimonio del destinatario senza che vi sia depauperamento del patrimonio del disponente, per il quale si verifica solo una “*omissio acquirendi*” (es. comodato d’uso);
- b) un arricchimento del patrimonio del destinatario cui corrisponde un depauperamento del patrimonio del disponente, ma per realizzare un interesse del disponente e solo in aggiunta, direttamente o indirettamente, un interesse del destinatario (es. cessione volontaria di un terreno al Comune in luogo di esproprio);
- atti di liberalità se realizzano esclusivamente un interesse del destinatario e mai un interesse del disponente, con depauperamento del patrimonio del disponente ed un arricchimento del patrimonio del destinatario, distinguendosi in liberalità donative, se rivestono la forma solenne della donazione *ex art. 782 del c.c.* ed in liberalità non donative se non rivestono la detta forma, ma altre forme negoziali tipiche o atipiche (ad esempio il contratto a favore del terzo per i rapporti tra disponente e beneficiario, il pagamento del terzo, la rinuncia ad un diritto reale minore, ecc.), sorretti da causa liberale (non donativa per l’appunto) che rimane spesso esterna al tipo contrattuale utilizzato.

Tali atti sono soggetti all’azione revocatoria ordinaria quinquennale *ex art. 2901 c.c.* ovvero all’azione revocatoria fallimentare se realizzati nei due anni anteriori alla sentenza di fallimento *ex art. 64 della l. fall.*

Gli atti a titolo gratuito, *ex art. 64 della l. fall.*, sono inefficaci “*de iure*” se compiuti dal fallito nel c.d. “periodo sospetto” dei due anni anteriori alla sentenza dichiarativa di fallimento, sempre che tali atti a titolo gratuito risultino sproporzionati rispetto al patrimonio del disponente.

Nel trust si impone, che le fattispecie del momento dispositivo o organizzativo, vengano necessariamente considerate in modo unitario, analizzando il collegamento che sussiste tra di esse e rendendo più complessa l’identificazione

del terzo.

La presenza di più soggetti identificabili come “l'altra parte”, rispetto al fallimento, ha sollevato più di un dubbio in ordine a quello (trustee o beneficiario) cui debba farsi riferimento per valutarne la conoscenza o meno dello stato di insolvenza del disponente. L'orientamento maggioritario propende per il beneficiario⁴⁰⁴, poiché riceve i vantaggi del trust attraverso il veicolo del patrimonio segregato e subisce, nella sua sfera patrimoniale, gli effetti negativi del vittorioso esito del giudizio revocatorio. Bisogna infine tener presente il tempo di insorgenza del credito verso il disponente (ovverosia prima o dopo l'atto di dotazione).

Possono essere posti dei rilievi per i trust solutori che riguardano sia l'adempimento di obbligazioni sinallagmatiche sia l'adempimento di obbligazioni legali⁴⁰⁵. E' evidente che, ai fini di una corretta qualificazione dell'atto revocabile, bisognerà sempre tenere conto dei rapporti sottostanti tra disponente e beneficiari del trust, a prescindere di quello che potrebbe apparire nella realtà formale dei rapporti tra disponente e trustee.

In tale prospettiva, occorre abbandonare le teorie che individuano nell'atto istitutivo e in quello dispositivo due negozi casualmente autonomi⁴⁰⁶ e quelle che ricostruiscono la struttura del negozio costituivo del trust in termini di collegamento negoziale⁴⁰⁷. Le conclusioni raggiunte si ripercuotono, inevitabilmente, sulla valutazione di siffatto negozio in termini di onerosità o

404 G. SCHIANO di PEPE, *Trust di protezione patrimoniale e fallimento*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2004, pag. 220; G. TUCCI, *Trust, concorso dei creditori ed azione revocatoria*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, pag. 34; A. BORDA, *Limiti alla azione revocatoria fallimentare in presenza del trust*, consultabile sul sito internet dell'Associazione Avvocati, distretti di Torino”, all'indirizzo <http://www.associazioneavvocati.it>, che fa salva l'ipotesi in cui i beneficiari siano ignari dei vantaggi loro attribuiti. In tal caso, bisognerà far riferimento all'elemento psicologico del trustee.

405 M. LUPOI, *Trusts*, pag. 592.

406 LUPOI, *Trusts*, cit., pag. 589; Id., *I trust nel diritto civile*, in *Tratt. dir. civ.*, 2004, pag. 278; SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002, pag. 169.

407 Sembrano ricostruire il trust in termini di collegamento negoziale DE DONATO A.- DE DONATO V.-D'ERRICO, *Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999, pag. 150, laddove affermano che «i due negozi, pur in sintesi funzionale per il nesso teleologico che li permea, restano distinti ma inscindibilmente collegati: le vicende dell'uno pertanto si ripercuotono necessariamente sull'altro negozio». Nello stesso senso, cfr. CONTRINO, *Il trust “liberale” e l'imposta sulle donazioni*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004, pag. 461.

gratuità.

Ovviamente tale qualificazione non può spettare all'atto istitutivo⁴⁰⁸: costituendo esso un mero frammento della fattispecie complessa non è suscettibile di autonoma valutazione. La qualificazione deve invece essere operata con riguardo al negozio giuridico unitario e, soprattutto, considerando il rapporto tra il *settlor* ed il beneficiario del trust: è nel patrimonio di quest'ultimo che si verificano gli incrementi patrimoniali prodotti dall'utile gestione del *trustee*⁴⁰⁹.

In dipendenza della causa sottostante, il trust costituito potrà essere oneroso, gratuito o solutorio:

- il *trust gratuito*, riconducibile alla categoria degli atti gratuiti non donativi ad effetti liberali⁴¹⁰ - è soggetto all'azione di riduzione, la quale dovrà essere esercitata nei confronti del *trustee*, se i beni sono ancora presenti nel suo patrimonio al momento dell'apertura della successione, ovvero contro il beneficiario, se i beni gli sono stati trasferiti dal *trustee*⁴¹¹;
- il *trust cd. solutorio* - posto in essere per l'adempimento di un obbligo giuridico⁴¹², essendo riconducibile la fattispecie unitaria ad un atto

408 In tal senso, invece, GATT, *La liberalità*, cit., I, pag. 330, secondo la quale gli atti di dotazione «hanno valore esecutivo rispetto al negozio istitutivo di trust e dunque sfuggono alle qualifiche in termini di onerosità o gratuità che vanno caso mai riferite al suddetto atto istitutivo»; LUPOI, *I trust*, cit., pag. 278, secondo il quale «il negozio istitutivo può essere a titolo gratuito, liberale o interessato, o a titolo oneroso ovvero corrispondere a una fattispecie solutoria». Tale a., tuttavia, in una diversa opera (*Trusts*, cit., pag. 592), riconosce correttamente che «l'istituzione di un trust è, di per sé, un atto neutro per i fini dell'azione revocatoria perché il negozio istitutivo del trust altro non è che la nascita di un rapporto, del quale il disponente detta le regole. I negozi che possono arrecare pregiudizio alle ragioni dei creditori sono unicamente quelli di trasferimento al trustee».

409 TUCCI, *Trusts, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts*, 2003, pag. 34.

410 GATT, *La liberalità*, cit., I, pag. 326 ss.

411 Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, pag. 569, secondo il quale «è ... il trasferimento al trustee che integra la sottrazione dei beni al patrimonio del defunto, mentre l'alienazione al beneficiario va considerata alla stregua di un onere, destinato a cadere, assieme al negozio dispositivo cui accede l'obbligo del trustee».

412 M. LUPOI, *I trust*, cit., pag. 239, 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 a un terzo quale trustee»; DE NOVA, *Trust, negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *Trusts Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 167.

dovuto⁴¹³, la qualificazione in termini di onerosità o gratuità non spetterà al negozio costitutivo del trust, ma all'atto che mediante la sua istituzione viene eseguito. Il comma 3° dell'art. 2901 c.c. esclude dalla revoca l'adempimento del debito scaduto. Tale norma, applicabile a tutti gli atti solutori, indipendentemente dal loro carattere negoziale o meno, presuppone la presenza di un atto attualmente dovuto⁴¹⁴, mancando in tale ipotesi l'arbitrio nella decisione del debitore che, invece, determinerebbe il carattere dispositivo dell'atto⁴¹⁵. Nel caso si tratti di un atto dovuto non

413 In via generale l'attuazione dell'obbligo può consistere nella conclusione di un negozio o di un contratto. Cfr., in tal senso, NICOLO', *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., pag. 155 ss.; M. GIORGIANNI, voce «Pagamento (diritto civile)», in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, pag. 330, secondo il quale all'adempimento non è possibile attribuire natura rigida: «data la varietà della prestazione del debitore, l'attuazione dell'obbligo può consistere in un'attività meramente materiale (addirittura negativa, in taluni casi) ovvero ancora in un negozio giuridico unilaterale o bilaterale. L'unico aspetto che distingue il pagamento – ovvero sia l'attività materiale, l'atto giuridico o il negozio giuridico unilaterale o bilaterale, posti in essere come attuazione di un obbligo – è la preesistenza dell'obbligo (causa solvendi). Il pagamento, nelle sue varie forme, può essere infatti riguardato come “attribuzione patrimoniale” – ovvero “prestazione” nel linguaggio del codice (v. art. 2034 ss.) – la quale trova giustificazione nell'obbligo preesistente: l'assenza di questo dà luogo alla *condictio indebiti* nelle sue forme restitutorie o risarcitorie ovvero all'azione di indebito arricchimento»; SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, pag. 32, secondo il quale «la solutio costituisce negozio o semplice atto esclusivamente in considerazione della prestazione dovuta»; DI MAJO, voce «Pagamento (diritto privato)», in *Enc. dir.*, XXXI, Varese, 1981, pag. 550, secondo il quale, in taluni casi, anche un comportamento negoziale può costituire lo strumento di attuazione dell'obbligo.

414 NICOLO', *Surrogatoria-Revocatoria*, cit., pag. 234; QUATRARO - 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. 1209 c.c.»; Cass., 25 novembre 2002, n. 16570; Cass., 5 agosto 1996, n. 7119, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2250 e in *Giust. civ.* 1997, I, pag. 3187, con nota di Riccardi, Intervento in appello del litisconsorte necessario pretermesso; limiti all'impugnazione incidentale tardiva; ipoteca volontaria ed azione revocatoria. In particolare, Cass., 3 ottobre 1991, n. 11025, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 1792, con nota di Ongaro, 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».

415 NICOLO', *Surrogatoria-Revocatoria*, cit., pag. 234; QUATRARO - FUMAGALLI, *Revocatoria*, cit., I, pag. 145; NATOLI, *Azione revocatoria*, cit., pag. 895, secondo il quale gli atti, per essere revocabili, devono costituire «espressione della decisione arbitraria dello stesso debitore ... Se infatti l'atto apparisse come messo in essere per una ragione di (legale) necessità, esso, nonostante la sua rilevanza modificativa della situazione patrimoniale del debitore, non sarebbe soggetto all'azione revocatoria. Ciò vale in particolare per l'adempimento di debito»; NATOLI - 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».

sono configurabili né il *consilium fraudis* né l'*eventus damni*⁴¹⁶: il creditore che riceve il pagamento esercita legittimamente il proprio diritto⁴¹⁷. Ove ne sia dimostrata la fraudolenza, è possibile, tuttavia, revocare il negozio che viene adempiuto e, unitamente ad esso, l'atto di adempimento⁴¹⁸. La revoca del trust solutorio, alla luce di quanto detto, esige necessariamente, previa valutazione dell'esistenza dei presupposti, la revoca della fonte convenzionale dell'obbligo che, mediante la sua costituzione, viene adempiuto;

- il *trust* costituito per adempiere ad un *dovere legale*⁴¹⁹ - è impensabile in questo caso pensare alla revoca della fonte dell'obbligo che viene adempiuto. L'atto di adempimento è, pertanto, irrevocabile in via ordinaria⁴²⁰, sempre che non venga provato che quanto attribuito ecceda la misura dell'obbligo legale. In quest'ultimo caso, l'attribuzione in eccesso potrà essere revocata.

Per poter valutare l'eventuale consapevolezza o la partecipazione alla dolosa preordinazione da parte del terzo, elementi richiesti per la revocabilità in via ordinaria degli atti onerosi (art. 2901 comma 1°, n. 2c.c.), ovvero il requisito soggettivo della revocatoria fallimentare (art. 67 l. fall.), bisogna fare riferimento al beneficiario del trust⁴²¹.

416 NICOLO', *Surrogatoria-Revocatoria*, cit., pag. 234.

417 C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., V, pag. 452.

418 Cfr., in tal senso, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., V, pag. 452; NICOLO', *Surrogatoria-Revocatoria*, cit., pag. 234; NATOLI, *Azione revocatoria*, cit., pag. 895, secondo il quale «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». In giurisprudenza, v. Cass., 5 agosto 1996, n. 7119, cit.

419 DE NOVA, *Trust*, cit., pag. 167, scorge «nell'istituzione del trust a favore del figlio disabile l'adempimento di un'obbligazione ex lege, quella di mantenere la prole (art. 147 c.c.)».

420 MOSCO, *Onerosità*, cit., pag. 36; OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., pag. 212 ss.

421 TUCCI, *Trusts, concorso dei creditori e azione revocatoria*, cit., p. 34 ss., secondo il quale «nel momento in cui si procede ad una valutazione della complessa fattispecie nell'ambito del giudizio revocatorio, per qualificare la stessa in termini di gratuità o di onerosità, sarà necessario considerare l'intero assetto di interessi, quale risulta dal collegamento tra il momento di organizzazione del singolo trust ed il momento dispositivo e dal coinvolgimento sia del disponente (settlor) sia del fiduciario (trustee) sia del beneficiario o dei beneficiari, che, nella logica del trust, come risulta dall'art. 2, comma 1° della Convenzione, risultano titolari di pretese e di

La natura liberale o onerosa dell'atto dispositivo deve essere verificata sulla base delle intenzioni del disponente e degli obblighi del trustee nei confronti dei beneficiari, relazionati ai rapporti negoziali o di fatto⁴²².

Cass., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538: *“Benché 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”*.

Ci sembra peraltro che, nell'ipotesi del trust solutorio, così come avviene per la revoca del fondo patrimoniale⁴²³, l'accoglimento dell'azione determini l'inopponibilità del trust nella sua interezza ai creditori istanti, a meno che la dotazione del trust sia avvenuta con atti diversi e successivi alla sua costituzione. In tal caso i creditori potrebbero limitarsi ad impugnare alcuni soltanto di tali negozi.

Il trust costituito in adempimento di un dovere morale (o di un obbligo legale rilevante anche sul piano della morale) o per finalità di pubblica utilità non sarà revocabile in via ordinaria e fallimentare (ultima parte dell'art. 64 l. fall.), sempre qualora l'attribuzione risulti essere proporzionata alla posizione economico-sociale del settlor; inoltre non risulterà soggetto a collazione, riduzione e revocazione.

Si ripropone un problema più volte affrontato in sede di revocatoria riguardante il realizzarsi effettivo del pregiudizio del patrimonio del debitore in seguito al suo atto di disposizione. In questa prospettiva, nel momento in cui si ammette generalmente che, siano revocabili i contratti con i quali il debitore abbia assunto nuove obbligazioni, le fattispecie per le quali opera il rimedio revocatorio

situazioni giuridiche protette».

422 Si vedano sul punto anche le seguenti pronunce della giurisprudenza: Trib. Cassino, 8 gennaio 2009 e Cass. Pen. n. 91/2011.

423 App. Catania, 21 dicembre 1985, in *Giur. comm.*, 1987, II, pag. 627, con nota di Auletta, *Costituzione di fondo patrimoniale e tutela dei creditori personali dei coniugi*; Id., in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, II, pag. 612.

finiscono con il riguardare sempre quelle in cui all'assunzione del debito non corrisponde l'ingresso di beni o denaro nel patrimonio del debitore; si tratta del caso di assunzione di garanzie personali, mentre si ritiene che possa escludersi, proprio per mancanza del danno al patrimonio del debitore, l'erogazione di un mutuo, poiché tale vicenda comporta l'acquisto di disponibilità economiche da parte del soggetto finanziato⁴²⁴.

Risulta essere ormai consolidato, attraverso una numerosa letteratura formatasi sul tema⁴²⁵, l'uso dei trust in sostituzione delle tradizionali garanzie mobiliari ed immobiliari come il pegno e l'ipoteca⁴²⁶; e ciò malgrado gli sforzi che, particolarmente in materia di pegno e con riferimento alla particolare configurazione del pegno rotativo⁴²⁷, hanno compiuto dottrina e giurisprudenza per adeguare le norme del codice alle esigenze del finanziamento dell'impresa⁴²⁸. Bisogna ricordare le cause di prelazione previste dal nostro codice (art. 2741 cod. civ.), richiamate in sede di revocatoria ordinaria (art. 2901 comma 2 cod. civ.) ed in sede di revocatoria fallimentare (sia nella prima che nella seconda parte dell'art. 67 l. fall.).

Nell'art. 2901, comma 2, cod. civ., in sede di revocatoria ordinaria, si precisa che, agli effetti della disciplina ivi prevista, le prestazioni di garanzia anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso quando sono contestuali al credito garantito; invece nella revocatoria fallimentare (prima parte dell'art. 67 l. fall.) rientrano i pegni, le anticresi, e le ipoteche volontarie costituite per debiti non

424 ANELLI, *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito*, in *Dir. Banc.*, 1998, pag. 155.

425 ANDREOLI, *Il Trust nella prassi bancaria e finanziaria*, pag. 232 ss.

426 Le ragioni del ricorso al trust a fini di garanzia risiedono essenzialmente nell'esigenza, particolarmente avvertita dagli operatori economici, di costituire garanzie del credito che non debbano sottostare ad eccessivi formalismi e, soprattutto, che consentano al creditore, in caso di inadempimento, l'escussione senza dover passare per una procedura esecutiva.

427 Il cosiddetto pegno rotativo è quel contratto costitutivo di garanzia reale con cui un soggetto, al fine di ottenere un'anticipazione bancaria o di costituirsi una garanzia per i propri debiti futuri, offre come oggetto di pegno una somma di denaro (non di rado depositata su un libretto di risparmio oppure merci o titoli non individuati). Se l'anticipazione non viene rimborsata, la banca incamera definitivamente l'oggetto del pegno (di cui è già proprietaria con facoltà di disporre), ovvero diversamente restituisce al debitore pignoratizio il bene. La caratteristica del pegno rotativo consiste nella "clausola di rotatività", con la quale le parti convengono sulla possibilità di sostituire il bene originariamente costituito in garanzia, senza che tale sostituzione comporti novazione del rapporto di garanzia, e sempre che il bene offerto in sostituzione abbia identico valore.

428 G. SANTO, *Trust e pegno rotativo*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 322.

scaduti, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento; sia i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie, costituite entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti; nel secondo comma della norma rientrano, invece, gli atti costitutivi di un diritto di prelazione per debiti contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento⁴²⁹.

Per qualificare l'atto costitutivo di garanzia si presume, dato l'orientamento della Corte di Cassazione, la presunzione assoluta di onerosità della prestazione di garanzia, prevista in sede di revocatoria ordinaria dall'art. 2901 comma 2 cod. civ.; non è applicabile, invece, in sede di revocatoria fallimentare. In tale sede, anche in caso di garanzia per credito altrui, contestuale al sorgere del credito garantito, il giudice dovrà valutare in concreto se la garanzia sia stata prestata a titolo gratuito, con conseguente applicazione dell'art. 64 l. fall., o a titolo oneroso⁴³⁰.

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 quanto concerne l'arco temporale del periodo sospetto) ed allo stesso comma 1 (per quanto riguarda la prova della conoscenza dello stato di insolvenza).

Oggetto dell'azione revocatoria è unicamente l'atto del disponente, non configurandosi in nessun caso un'esigenza di tutela della garanzia patrimoniale attraverso l'azione revocatoria per ciò che riguarda patrimonio del trustee.

Per l'applicazione delle azioni revocatorie, sia ordinaria che fallimentare, bisogna tener presente la diversità di struttura e di contenuto dei trust rispetto alle tradizionali cause di prelazione.

429 P. PAJARDI, *Il sistema revocatorio*, Milano, 1990, pag. 163 ss. e pag. 204 ss.

430 Cass., 28 maggio 1998, n.1320, in *Foro it.*, 1998, I, pag. 2405; in *Corriere giur.*, 1998, pag. 1320 (nota Porraro), che ha riconosciuto, almeno in linea di principio, il pegno rotativo.

I trust anche quando si sostituiscono alle tradizionali cause di prelazione (ad esempio pegno ed ipoteca) svolgono di fatto una funzione di garanzia; prevedono un assetto di interessi che li differenzia nettamente dalle cause di prelazione, tutelando in modo diverso e in maniera più articolata l'interesse del disponente e degli eventuali creditori beneficiari, rispetto a ciò che avviene quando si fa ricorso alle tradizionali cause di prelazione o alle cosiddette garanzie atipiche.

Molto spesso manca la configurazione del pregiudizio patrimoniale del debitore - disponente, mentre la maggior parte delle volte non è possibile nemmeno configurare una sua legittimazione passiva non essendo il prestito mai entrato nel suo patrimonio, in quanto affluisce con i relativi vincoli di segregazione nel patrimonio trustee.

Ai trust costituiti per adempiere un dovere morale o per realizzare uno scopo di pubblica utilità⁴³¹ sarà applicata la disciplina prevista nella parte finale dell'art. 64 l. fall.; l'atto di destinazione, a condizione che l'attribuzione sia "*proporzionata al patrimonio del donante*"⁴³², non sarà soggetto né alla sanzione dell'inefficacia di diritto, né all'azione revocatoria fallimentare ed ordinaria. In tal modo viene evidenziato il limite dei sacrifici che i creditori devono sopportare qualora un atto

431 A. M. PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contratto e Impresa*, pag. 482.

432 RAGUSA – MAGGIORE, *Costituzione di patrimonio familiare e revocatoria fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 1964, II, pag. 25; ALVINO, *Gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale*, in *Dir. Fall.*, 1964, II, pag. 19,22; DE SEMO, *Le obbligazioni naturali in relazione all'art. 64 della legge fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 1959, I, pag. 106, nota 15; DI LAURO, *Patrimonio fallimentare e sua revocabilità in sede fallimentare*, in *Dir. Fall.* 1962, II, pag. 643; MAFFEI ALBERTI, in AA. VV, *Il fallimento*, in *Giur. Sist. Di dir. Civ. comm.*, fondata da Bigiavi, II, Torino, 1978, pag. 191. CARRESI, *Obbligazioni naturali e fallimento*, in *Dir. fall.* 1959, I, pag. 9 ss., secondo il quale «*il fatto che questi atti non siano inefficaci di diritto non significa per certo che essi siano inattaccabili da parte dei creditori insoddisfatti. Diversamente opinando, si arriverebbe infatti alla inaccettabile conclusione di sottoporli ad un trattamento più favorevole di quello che la legge riserva agli atti onerosi*». Tale a. propone, pertanto, di assoggettarli alla revocatoria ordinaria in base all'art. 66 l. fall.

Cfr. anche SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, 1976, pag. 250, il quale afferma che «*il particolare valore morale non elimina il pregiudizio patrimoniale per i creditori, ma piuttosto sottrae gli atti (pur pregiudizievoli) alle norme speciali del fallimento; nulla quindi, esclude che essi siano assoggettati alle norme generali, in quanto nella previsione della revocatoria ordinaria tali tipi di liberalità non sono esclusi*»; RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, Milano, 2001, pag. 390.

Vedi anche nota 51. in *Contratto e Impresa, Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, di A. M. PINELLI;

di disposizione venga ritenuto lecito dall'ordinamento. Sull'interpretazione di tale parametro si riscontrano vari orientamenti dottrinali:

- Un primo orientamento, prende di riferimento il patrimonio netto del fallito per valutare la proporzionalità dell'atto dispositivo. Risulta evidente però, che in questo caso, gli atti compiuti in stato di insolvenza risulterebbero quasi sempre revocabili⁴³³.
- Secondo una diversa tesi, la “normalità” degli atti compiuti dal debitore deve, invece, essere valutata “*da un punto di vista sociale, prescindendo (se pure entro certi limiti) dallo sbilancio patrimoniale*», giacché proprio il «particolare grado di apprezzabilità sociale» che caratterizza tali atti “*ha indotto il legislatore a dare minore rilievo*» al loro «contenuto economico...rispetto al loro valore sociale”⁴³⁴. In tale circostanza, la proporzionalità del singolo atto deve essere misurata facendo riferimento alla posizione economico-sociale dell'imprenditore, in seguito dichiarato fallito⁴³⁵, ed anche atti perfezionati nel periodo sospetto o, addirittura, in stato d'insolvenza possono essere considerati normali e proporzionati, ove siano conformi a tale situazione⁴³⁶.

In definitiva, lo stato di insolvenza non assume una rilevanza assoluta,

433 MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970, pag. 150, nota 42. Soltanto quando l'insolvenza dipenda dall'impossibilità di smobilizzare celermente i cespiti presenti nel patrimonio del soggetto dichiarato fallito potrebbe configurarsi un'attribuzione non revocabile, in quanto il patrimonio netto del fallito è comunque attivo. Per l'affermazione secondo cui la «sufficienza dell'attivo fallimentare al pagamento del passivo» non esclude di per sé l'insolvenza, cfr. Cass., 11 novembre 2003, n. 16915, in *Foro it.*, 2004, I, c. 410.

434 SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., pag. 247 ss.

435 SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., pag. 247. Cfr ABETE, *L'inefficacia degli atti a titolo gratuito*, cit., pag. 382; RAGO, *Manuale*, cit., pag. 387 ss.

436 SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., pag. 248 ss., secondo il quale «*in sostanza, quindi, la valutazione della proporzionalità non dipende da un giudizio aritmetico, ma, piuttosto, da una complessiva valutazione tra ammontare della disposizione e situazione economica: anche atti compiuti in stato di insolvenza possono essere normali e proporzionati*»; GATT, *La liberalità*, cit., I, pag. 355; RAGO, *Manuale*, cit., pag. 387 ss.

In tal senso v. anche Cass., 10 giugno 1968, n. 1785, secondo la quale è irrilevante la sussistenza dello stato di dissesto al momento del compimento dell'atto.

«prevalendo considerazioni di natura più ampia, in ragione della componente 'morale' dell'atto compiuto»⁴³⁷, e dovranno essere prese di riferimento una pluralità di circostanza per la valutazione:

- l'entità dell'attribuzione;
- il tenore di vita del disponente;
- il motivo specifico dell'attribuzione, la capacità patrimoniale⁴³⁸.

Il problema è quello di stabilire se il singolo atto risulti sproporzionato e, pertanto, soggetto all'azione revocatoria nella sua interezza, ovvero l'azione dei creditori si debba appuntare sulla parte in eccedenza rispetto al limite posto dall'art. 64 l. fall. Teoricamente risulta non esserci nulla nell'impedire che il vincolo di destinazione venga meno rispetto a taluni beni e permanga rispetto ad altri.

La questione rimane molto controversa⁴³⁹: sembra preferibile la prima soluzione⁴⁴⁰, in quanto l'atto sproporzionato non rientra tra le ipotesi considerate dall'ultima parte dell'art. 64 l. fall. Ad escludere la frode dei creditori sono infatti il particolare valore morale o l'utilità sociale dell'attribuzione e la sua proporzione al patrimonio del fallito, giustificando l'eccezione alla regola generale, esposta nella prima parte della norma⁴⁴¹. Qualora venissero a mancare gli elementi

437 SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., pag. 249.

438 SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., pag. 249.

439 Ritengono che l'atto sia revocabile nella sua interezza, SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., pag. 251, secondo cui «un atto non proporzionato è un atto "diverso" che non può utilmente essere modificato successivamente, avendo ormai prodotto le proprie conseguenze sul patrimonio del debitore ed esaurito i propri effetti». Pertanto «in mancanza di proporzionalità l'atto sarà per intero privo di effetti, e non solo per quella parte che appaia sproporzionata, in quanto rientra ormai nella soggezione alla disciplina generale dell'art. 64»; SATTA, *Diritto fallimentare*, ed. aggiornata ed ampliata da VACCARELLA - LUISIO, Padova, 1996, pag. 224, spec. nota 33, il quale giudica inammissibile che il donatario riduca la liberalità alle proporzioni consentite dal patrimonio al tempo della donazione, giacché l'art. 64 l. fall. considera l'atto unitariamente, «non in relazione alla entità economica (oneroso fino a un certo limite, gratuito oltre questo)»; RAGO, *Manuale*, cit., pag. 389.

La tesi secondo la quale l'atto sarebbe revocabile soltanto entro i limiti della sproporzione è, invece, sostenuta da DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1964, pag. 300; BRUNETTI, *Diritto concorsuale. Lezioni*, Padova, 1944, pag. 110.

440 A. M. PINELLI, *op. cit.*, pag. 484;

441 FERRARA jr., voce *Azione revocatoria fallimentare*, in *Enc. dir.*, IV, Varese, 1959, pag. 914. Secondo tale a., quando la proporzione sussiste, «non solo non può parlarsi di frode, ma neppure di danno per i creditori».

caratterizzanti la fattispecie, la disciplina applicabile sarà necessariamente quella generale. In conclusione, gli atti di destinazione posti in essere in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, stante il loro carattere gratuito, nel caso fossero sproporzionati, saranno inefficaci nella loro integrità, ai sensi dell'art. 64 l., fall.; potranno essere revocabili anche tramite l'azione revocatoria ordinaria con l'applicazione dell'art. 2901 n. 1 cod. civ.⁴⁴² Nel caso in cui l'atto sproporzionato sia diretto ad adempiere ad un dovere legale, rilevante anche sul piano della morale (come avviene, ad esempio, quando il vincolo sia costituito per soddisfare l'obbligo di mantenimento, contemplato dagli artt. 147, 155, 155 *quinquies* e 156 c.c. ovvero 5 e 6 l. div.)⁴⁴³, sarà considerato un atto dovuto e pertanto applicabile l'art. 67 l. fall., ovvero se l'atto sia stato compiuto tra coniugi, l'art. 69 l. fall.

La revocatoria ordinaria dovrà tenere conto esclusivamente delle attribuzioni in eccesso rispetto all'obbligo legale, giacché, entro tale limite, configurandosi adempimento di debito scaduto, troverà applicazione l'art. 2901 comma 3 cod. civ.; al di là di esso, le attribuzioni saranno revocabili ai sensi dell'art. 2901 n. 1 o n. 2 cod. civ., in dipendenza del loro carattere gratuito o oneroso⁴⁴⁴.

L'atto di destinazione, posto in essere in adempimento di un dovere morale o per scopo di pubblica utilità, ove risulti «*proporzionato*» nel senso chiarito, pur avendo carattere gratuito e producendo effetti liberali non è soggetto a collazione, riduzione e revocazione per sopravvenienza di figli, non rientrando nella sfera di applicazione dell'art. 809 comma 1°, c.c.⁴⁴⁵ Appare, infatti, ragionevole ritenere

442 GAZZONI, *Osservazioni*, cit., pag. 184, secondo il quale «*resta ferma, quale difesa dei creditori, l'azione revocatoria, benché il contratto non abbia carattere dispositivo, perché quel che conta non è la disposizione in senso tecnico, quanto la destinazione, da cui discende la sottrazione del bene alla regola generale della responsabilità patrimoniale. L'azione, in ogni caso, sarebbe di esito pressoché certo, in presenza di periculum damni, perché essendo ... il contratto di destinazione necessariamente a titolo gratuito, non rilevarebbe la participatio fraudis (art. 2901, n. 2, c.c.)*».

443 Per un'ipotesi di vincolo di destinazione costituito per soddisfare il mantenimento dei figli minori, in sede di separazione consensuale, cfr. Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, cit.

444 Così, ad esempio, se l'atto di destinazione è stato posto in essere allo scopo di regolamentare una crisi matrimoniale e la disposizione in eccesso, rispetto all'obbligo legale, rappresenta comunque il corrispettivo del consenso prestato dall'altro coniuge alla separazione, essa avrà natura onerosa e sarà revocabile ex art. 2901, n. 2, c.c. Ove, invece, l'attribuzione in eccesso trovi la sua giustificazione nell'intento liberale del disponente, sarà revocabile ex art. 2901, n. 1, c.c.

445 A. M. PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della*

che «i legittimari o i coeredi o lo stesso disponente nel caso della sopravvenienza non abbiano una tutela superiore a quella dei creditori fallimentari»⁴⁴⁶.

La dottrina ha rilevato il collegamento⁴⁴⁷ esistente tra gli artt. 2034 c.c.⁴⁴⁸, 64 l. fall.⁴⁴⁹ e 742, comma 2°, c.c.⁴⁵⁰, ritenendo sostanzialmente coincidenti i criteri quantitativi indicati nelle ultime due norme⁴⁵¹ ed affermando che la proporzionalità al patrimonio del disponente costituisce un limite generale dell'attribuzione compiuta in adempimento del dovere morale⁴⁵².

Le attribuzioni previste dall'art. 742 comma 2° c.c., alla stregua delle liberalità d'uso contemplate dall'art. 770 comma 2° c.c., che parimenti non possono determinare «un depauperamento apprezzabile nel patrimonio di chi le compie», pur costituendo atti gratuiti ad effetti liberali⁴⁵³, sono escluse dalla sfera di applicazione dell'art. 809 cod. civ., prevalendo in siffatte ipotesi, in virtù della ritenuta supremazia dei valori che l'atto persegue, la tutela dell'*accipiens* rispetto alla salvaguardia dei diritti dei legittimari, dei coeredi e dei figli sopravvenuti.

Per identità di fattispecie pare estendibile l'espressa esenzione valida per le

legislazione fiscale, ed azione revocatoria, in *Contratto e Impresa*, pag. 484.

446 GATT, *La liberalità*, cit., I, pag. 373; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., IV, pag. 780, secondo il quale «qualificare un atto come adempimento di un dovere morale o sociale . . . è di particolare importanza perché vuol dire sottrarlo all'obbligo della collazione, all'azione di riduzione, alla revocatoria».

447 Per il collegamento tra gli artt. 2043 c.c. e 64 l. fall., cfr. MOSCATI, *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, Padova, 1999, pag. 491, spec. nota 166. Per l'ulteriore collegamento con l'art. 742, comma 2°, c.c., cfr. GATT, *La liberalità*, cit., I, pag. 372, nota 129.

448 che attribuisce rilevanza all'adempimento dei doveri morali e sociali;

449 che esenta dall'inefficacia di diritto gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale, ove proporzionati al patrimonio del disponente, in considerazione del particolare valore etico-sociale che essi perseguono;

450 che esclude dalla collazione alcune ipotesi di obbligazioni naturali (le spese per il corredo nuziale e per l'istruzione artistica e professionale) nella misura in cui non «eccedono notevolmente la misura ordinaria, tenuto conto delle condizioni economiche del defunto»;

451 GATT, *La liberalità*, cit., I, pag. 372, nota 129, secondo la quale «ciò significa . . . che l'interesse ad adempiere un'obbligazione naturale vale a rendere irripetibili le liberalità fatte per soddisfarlo purché esse siano di ammontare proporzionato al patrimonio del disponente e ciò senza differenza alcuna tra le varie e molteplici fattispecie di obbligazioni naturali».

452 C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., IV, pag. 788, secondo il quale il requisito della proporzionalità costituisce carattere essenziale dell'adempimento dell'obbligazione naturale, in quanto «alla stregua della coscienza sociale non è doveroso ciò che va al di là di quanto l'adempiente può ragionevolmente fare o di quanto il beneficiario abbia ragionevolmente bisogno»; GATT, *La liberalità*, cit., I, pag. 390; MOSCATI, *Fonti legali*, cit., pag. 491, spec. Nota 166. In giurisprudenza, cfr. Cass., 13 marzo 2003, n. 3713, in *Giur. it.*, 2004, c. 530; Cass., 5 aprile 1975, n. 1218.

453 GATT, *La liberalità*, cit., I, pag. 357.

obbligazioni naturali contemplate nell'art. 742 comma 2° c.c. a tutti i casi in cui venga adempiuto un dovere morale e l'«*attribuzione non ecceda la misura ordinaria*», risultando proporzionata al patrimonio del disponente, secondo il (coincidente) criterio espresso dall'art. 64 l. fall.⁴⁵⁴.

Infine, lo stretto collegamento tra l'art. 64 l. fall. e l'art. 809 c.c. induce ad escludere dalla sfera di applicazione del primo comma dell'art. 809 c.c. anche gli atti compiuti a scopo di pubblica utilità, che perseguono valori analogamente valutati come preminenti dall'ordinamento.

Riassumendo, affinché si possa applicare la disciplina della revocatoria fallimentare avrà fondamentale importanza la valutazione circa la natura gratuita od onerosa dell'atto, rilevando tale distinzione sia ai fini dell'onere della prova della *scientia decotionis* in capo al soggetto terzo, sia ai fini della decorrenza del c.d. "periodo sospetto" - in sede di revocatoria ordinaria (art. 2901 comma 1 n. 3, cod. civ.). Come già visto nel precedente capitolo, affinché l'atto a titolo oneroso possa essere revocato, il terzo deve essere consapevole del pregiudizio e, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, deve essere partecipe della dolosa preordinazione; in sede fallimentare, per gli atti a titolo oneroso, per i pagamenti e per le garanzie non si estende la presunzione di onerosità sancita dall'art. 2901 comma 2 cod. civ.⁴⁵⁵; i primi due commi dell'art. 67 l. fall. sono, invece, formulati con riferimento alla gravità degli atti compiuti dal debitore; conseguenza della gravità degli atti è la facilità della prova a carico del curatore:

- primo comma - si presume che il terzo conosca lo stato di insolvenza;

454 Cfr., in tal senso, GATT, *La liberalità*, cit., I, pag. 372 ss., spec. nota 131, secondo la quale «gli artt. 2034 e 809 non sarebbero in rapporto di regola-eccezione, e la previsione del secondo comma dell'art. 742 varrebbe solo a confermare la non soggezione agli istituti della riduzione e revocazione della liberalità derivante da adempimento di obbligazioni naturali ... In sintesi, se il fondamento giustificativo del riconoscimento degli effetti dell'obbligazione naturale (art. 2034) è lo stesso della norma che conserva efficacia agli atti compiuti dal fallito in adempimento di un dovere morale (art. 64 l. fall.) nulla impedisce di vedere il medesimo fondamento nella norma che esonera alcune fattispecie di obbligazione naturale dall'obbligo di collazione (art. 742, secondo comma) così come in quella che le eccettua dall'azione di riduzione e revocazione (art. 809, secondo comma, che a sua volta si armonizza con la previsione dell'art. 564, ultimo comma)».

455 Il principio è stato affermato da Cass., 28 maggio 1998, n. 1320, in *Foro it.*, 1998, I, pag. 2405; in *Corriere giur.*, 1998, pag. 1320 (nota Porraro), che ha riconosciuto, almeno in linea di principio, il pegno rotativo.

- secondo comma - sono considerati atti di minore gravità, che si ritengono conciliabili con il normale regime dell'onere della prova.

La valutazione sulla gratuità o onerosità dell'atto va compiuta con esclusivo riguardo alla causa concreta del negozio medesimo quale sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente volto a realizzare, irrilevante essendo quanto disciplinato dal modello astratto. Tale valutazione dovrà quindi prescindere dall'esistenza o meno sul piano tipico astratto di un rapporto sinallagmatico e di un corrispettivo tra le prestazioni; dovrà invece dipendere necessariamente dall'apprezzamento dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del debitore come emergente dall'entità dell'attribuzione, dalla durata del rapporto, dalla qualità dei soggetti e soprattutto dalla prospettiva di subire un depauperamento del patrimonio collegato o meno ad un pur indiretto guadagno o risparmio di spesa.

In particolare nei trust a titolo oneroso sarà inoltre necessario considerare, ai fini della revocabilità o meno degli atti dispositivi, l'intero assetto delle vicende in gioco, quale risultante dal collegamento tra i vari momenti (organizzativo e attuativo) e dal coinvolgimento del disponente, del trustee e del beneficiario.

11. L'opponibilità ai terzi

L'art. 2901 c.c. prevede che l'inefficacia dell'atto non pregiudica quanto acquistato a titolo oneroso dai terzi in buona fede, salvo gli effetti della trascrizione della domanda di revocazione. Pare indiscusso che sia applicabile tale principio all'inefficacia *ex art. 64* e revoca *ex art. 67, 69*.

Il subacquirente a titolo gratuito pertanto risulta non essere tutelato da tale disposizione⁴⁵⁶; mentre risulta essere protetto il subacquirente a titolo oneroso se di buona fede, sempre che non abbia trascritto il proprio acquisto anteriormente alla trascrizione della domanda di revoca o di quella volta a far accertare l'inefficacia *ex art. 64*⁴⁵⁷.

Negli altri casi per far valere la revoca dell'atto del subacquirente, occorre provare la sua malafede intesa comunemente come consapevolezza dell'instabilità dell'acquisto del suo dante causa, cioè della revocabilità o inefficacia se questi venga dichiarato fallito (Cass. 20 marzo 1976 n. 1016).

La conoscenza da parte del subacquirente dell'instabilità dell'acquisto del suo dante causa si atteggia poi in modo diverso a seconda che detto acquisto sia inefficace *ex art. 64* o revocabile *ex art. 67, 69 l. fall.*⁴⁵⁸:

- acquisto a titolo gratuito da parte del dante causa del subacquirente a titolo oneroso – sembra risultare sufficiente la conoscenza in capo al subacquirente del carattere gratuito dell'acquisto del suo dante causa;
- acquisto a titolo oneroso da parte del dante causa del subacquirente a titolo oneroso – è richiesto da parte del subacquirente la conoscenza dello stato di insolvenza del primo alienante che condiziona la stabilità dell'acquisto;

La revocatoria dei subacquirenti (cd. a cascata) può essere esercitata dal curatore davanti al tribunale fallimentare, sempre che egli non intervenga nel giudizio già

456 PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, pag. 1018.

457 L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2011, pag. 167.

458 L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2011, pag. 167.

instaurato da un creditore in sede ordinaria; in tal caso continuerà il processo pendente, secondo le proprie regole di competenza e di rito. Nei confronti dei subacquirenti del primo, il curatore dovrà provare (nei successivi subacquirenti) la loro consapevolezza della revocabilità, ai sensi dell'art. 67 l.f., del trasferimento intervenuto tra il primo dante causa ed il debitore del fallito (Cass. 18370/2010; Cass. 27239/2009), cioè la loro malafede, a nulla rilevando la sentenza dichiarativa di fallimento o la domanda revocatoria del curatore siano state trascritte prima o dopo l'atto stipulato dai terzi aventi causa dal primo acquirente (Cass. 27230/2009).

Restano resti fermi gli acquisti a titolo oneroso dei terzi in buona fede solo nel caso in cui non fossero presenti al momento dell'atto le condizioni di revocabilità dello stesso (*scientia fraudis* del debitore, *participatio fraudis* del terzo ed eventuale dolo preordinato), ed egli abbia trascritto il suo atto di acquisto prima che il creditore o il curatore abbiano trascritto la domanda di revoca. L'opponibilità dell'atto alla massa è preclusa anche dalla sua trascrizione successiva al fallimento, ai sensi dell'art. 45 l.f.

L'acquisto a titolo gratuito invece cede sempre di fronte alle pretese dei creditori e il curatore potrà in ogni caso ottenere la restituzione del bene, mediante la semplice dichiarazione di inefficacia dell'atto, trascritto dopo la sentenza di fallimento (cfr. Art. 2652 comma 1 n. 5 cod. civ.)⁴⁵⁹, previo accertamento dell'epoca dello stesso e della sua gratuità. Nel caso in cui il curatore non riesca ad ottenere la restituzione potrà chiederne il controvalore in denaro.

Argomento di dibattito ha riguardato il rapporto tra la trascrizione e il trust, in particolare la trascrizione degli atti di trasferimento dal disponente al trustee, o degli atti di acquisto del trustee compiuti per la sua qualità. La soluzione sembra esser stata trovata con l'introduzione del nuovo art. 2645 - ter⁴⁶⁰ cod civ.; a

459 P. GENOVINA, *Gli effetti dell'azione revocatoria. Osservazioni a Cass. 6 agosto 2010, n. 18370*, in *Il Fall.*, 2010, pag. 1141.

460 “Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi

riguardo, risultano fondamentali il decreto del Tribunale di Chieti - 10 marzo 2000⁴⁶¹ e il decreto del Tribunale di Bologna - 28 aprile 2000⁴⁶² che per la prima volta ammettono la trascrivibilità del trust, sia pure con motivazioni diverse.

Parte della dottrina ritiene che, al fine di rendere conoscibile l'indisponibilità del bene e l'estraneità del patrimonio rispetto a quello del trustee, bisognerebbe trascrivere l'acquisto della disponibilità del bene (da parte del trustee) contestualmente in un nota senza indicare il beneficiario; quanto ciò detto pare in contrasto con il rispetto del principio di continuità delle trascrizioni espresso dall'art. 2650 cod. civ. sarebbe lesa dai successivi atti dispositivi compiuti, anche legittimamente, dallo stesso trustee (ad esempio il trasferimento del cespite ai beneficiari del trust). Il Tribunale di Bologna con decisione informata di decreto - 28 aprile 2000⁴⁶³ prevede che non avrebbe alcun senso non consentire la trascrizione (per renderla opponibile ai terzi) della costituzione di un patrimonio separato riconosciuto da una convenzione internazionale ratificata e resa esecutivo nel nostro ordinamento che prevede nel suo art. 11 il principio essenziale del trust cioè la distinzione tra i beni oggetto del trust e quelli del trustee.

interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo“.

461 Tribunale di Chieti 10 marzo 2000, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 372.

462 Analizzati nel primo capitolo di questa trattazione.

463 Tribunale di Bologna 28 aprile 2000, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2000, pag. 372. Si trattava della trascrizione con riserva (motivata in base al principio di tassatività degli atti assoggettabili a trascrizione e alla mancanza di effetti riconducibili alla trascrizione dell'atto) di un atto istitutivo di trust: tra l'altro, il Tribunale afferma che il concetto di “trasferimento della proprietà”, di cui all'art. 2643 cod. civ., si presta ad una visione più aperta grazie allo sviluppo di nuovi istituti e pertanto non ravvisa ostacoli ad assimilare gli effetti di un atto di trust ad almeno uno di quelli conseguenti ai “contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili” (dei quali l'art. 2645 cod. civ. ammette la trascrizione). In proposito si osserva che la giurisprudenza di legittimità ammette la trascrizione ex art. 2645 cod. civ. delle obbligazioni *propter rem* (Cass. 22 luglio 1969 n. 2764) e delle servitù reciproche derivanti da convenzioni di lottizzazione (Cass. 25 febbraio 1980 n. 1317).

12. Conclusioni

Come risulta dall'intera trattazione, l'applicazione del trust nel nostro ordinamento è sì possibile, ma bisogna compiere delle osservazioni doverose ai fini del corretto utilizzo dell'istituto.

I maggiori orientamenti dottrinali⁴⁶⁴, ritengono che l'atto istitutivo di un trust sia un atto assolutamente neutro e di carattere programmatico⁴⁶⁵. E' necessario precisare poi, che oggetto di revocatoria non può essere appunto l'atto istitutivo del trust, il quale è per sua natura considerato come un negozio preparatorio: “atto di organizzazione assolutamente neutro, ovvero [...] di pianificazione dell'attività economica⁴⁶⁶”. E' pertanto intuivo non attribuire alcun effetto (oltre a quello di regolamentare quanto si perfezionerà successivamente con i singoli atti di disposizione dei beni) diretto o immediato all'atto istitutivo.

Personalmente ritengo che invece bisognerebbe dare un qualche valore all'atto istitutivo, oltre a quello meramente programmatico.

La dottrina si è ampiamente dibattuta sulla configurazione del rapporto: tra atto istitutivo e atti di disposizioni, alternando interpretazioni che prevedessero una duplicità di atti (dispositivo e costitutivo), o invece una fattispecie unitaria, ma non attribuendo però all'atto istitutivo nessun effetto particolare.

Nelle conclusioni del primo capitolo di questa trattazione, si auspicava un intervento legislativo *ad hoc* per sfruttare al meglio il potenziale del trust, operando un percorso di recepimento armonico e compatibile con i principi generali del nostro ordinamento.

Superando quanto detto in precedenza, ritengo di dover considerare l'istituto del trust come una “fattispecie a formazione progressiva”, che preveda però una

464 In tal senso M. LUPOI, *Istituzioni del diritto in trust e degli affidamenti fiduciari*, pag. 34; SICLARI, *Il trust nella convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, un nuovo modello negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, pag. 87; PICCOLI, *Possibilità operative*, cit., pag. 40, nota 9; R. SICLARI, *Il trust nella convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, un nuovo modello negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, pag. 93; Per la distinzione tra atto istitutivo del trust ed atti dispositivi v. G. DE NOVA, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, 2000, pag. 162.

465 Vedere capitolo 1 paragrafo 9 di questa trattazione;

466 L. NOCERA, *Trust e fallimento: utilizzo nelle procedure concorsuali*, in *Fallimento e crisi d'impresa*, 2008, a pag. 1006; G. DE NOVA, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi, trusts e attività fiduciarie*, 2000, pag. 162.

manifestazione di volontà ulteriore.

La dottrina maggioritaria attribuisce all'atto istitutivo un carattere programmatico⁴⁶⁷ in quanto mancherebbe l'atto col quale si dispone materialmente del bene oggetto del trust. In un primo momento ho ipotizzato di attribuire efficacia diretta e immediata all'atto istitutivo (segregazione patrimoniale del bene), per poi far dipendere dall'atto dispositivo soltanto l'onere di indicare l'intestatario del bene.

Riconsiderando i termini della questione è innegabile che ci sia un collegamento funzionale tra i due tipi di atti; collegamento che avvalorava la tesi di una fattispecie a formazione progressiva e che pertanto porta a considerare l'istituto come un *unicum*: questo collegamento tra i due atti potrebbe essere sciolto attraverso una declaratoria di nullità dell'atto istitutivo.

L'atto istitutivo dovrà essere considerato non solo come atto programmatico, ma andrebbe valutato come la causa (lecita) giustificativa degli atti di disposizioni successivi.

Si tratta di istituti tipici con causa atipica. È lasciata all'autonomia privata l'individuazione della ragione economica-sociale da perseguire, che deve essere meritevole di tutela giuridica.

Il requisito della meritevolezza degli interessi perseguiti determina l'esistenza e la validità dell'atto e giustifica la segregazione del patrimonio destinato, sottraendolo alla generica garanzia dei creditori prevista dalla norma di cui all'art. 2740 c.c.

La mancanza di meritevolezza degli interessi perseguiti determina la mancanza della causa, con conseguente nullità dell'atto dispositivo ora ai sensi dell'art. 1322 c.c. ora per frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c.

Così come è stato segnalato dalla recente sentenza del Tribunale di Mantova del 18 aprile 2011 che ha affermato la nullità del trust in funzione liquidatoria in quanto atto in frode alla legge poiché diretto ad eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale (art. 1344 c.c.), affermando che *“il Trust liquidatorio istituito quando l'impresa era già insolvente, al fine di armonizzarsi con l'art. 15 della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985 resa esecutiva con*

⁴⁶⁷ Vedere conclusioni primo capitolo.

legge n. 364 del 16 ottobre 1989, deve necessariamente contenere delle clausole che ne limitino l'operatività in caso di insolvenza conclamata, in particolare prevedendo la restituzione dei beni conferiti in Trust al curatore. In difetto l'atto deve ritenersi affetto da nullità in quanto diretto ad eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale”.

Hanno seguito questo orientamento sia il Tribunale di Milano con sentenza del 29 ottobre 2010, che afferma la nullità dell'atto costitutivo di trust liquidatorio costituito in stato di insolvenza dell'impresa, poiché avrebbe dovuto contenere clausole che prevedano la restituzione dei beni conferiti in trust al curatore fallimentare; sia il Tribunale di Reggio Emilia con sentenza del 14 marzo 2011, che dichiara la nullità del trust liquidatorio in quanto non meritevole di tutela, anche se costituito durante la fase di solvenza dell'impresa, affermando che il trust in esame non fornisce alcuna utilità aggiuntiva alla liquidazione della società se non quella di sgravare il liquidatore dei compiti ad esso imposti dalla legge e di assegnargli la posizione di trustee.

Ultimo opportuno rilievo in materia di causa del trust riguarda la possibile causa onerosa di tale atto di vincolo.

La causa gratuita o onerosa di tale atto si determina avuto riguardo al rapporto tra disponente e destinatario: è gratuita la causa se l'atto è sotteso da finalità liberali del disponente nei confronti dei beneficiari, è onerosa ove il disponente vincoli i beni all'adempimento di una obbligazione. In questo senso il Tribunale di Alessandria con sentenza del 24 novembre 2009 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. fall.

I creditori potranno essere sottoposti ad un duplice sistema di tutele complementari: la declaratoria di nullità dell'atto istitutivo in caso di violazione di norme imperative e le azioni revocatorie che ineriscono i singoli atti di disposizione.

Le problematiche applicative maggiori si riscontrano ove non ci sia contestualità tra atto istitutivo e singoli atti di disposizione. Tutto ciò influisce sull'applicazione

dell'azione revocatoria, poiché a seconda dal momento in cui viene attribuita l'efficacia all'istituto opererà l'effetto segregativo.

L'identificazione precisa del momento in cui saranno operativi gli effetti del trust risulta fondamentale: da essa dipende l'applicazione delle varie forme di tutela dei creditori previste nel nostro ordinamento, nonché tutti gli effetti poi derivanti dalla data di dichiarazione di fallimento (vincolo di indisponibilità, opponibilità ai terzi, ecc.).

Concludendo, il trust risulta essere un istituto particolarmente interessante, può però dare luogo a numerosi atti di elusione del sistema delle forme di garanzia poste a tutela dei creditori. Come spesso capita quando si propongono nuovi termini o nuove prospettive, la novità consiste soltanto nell'enunciazione e non invece nel fenomeno in quanto tale. In questo caso però l'osservazione è vera solo in parte. Innegabili sarebbero i vantaggi economici che derivano da un negozio così costruito: l'applicazione di un istituto giuridico che nulla ha a che vedere con le radici romanistiche del nostro sistema giuridico, potrà soltanto essere adattato artificialmente per via interpretativa, senza riuscire a dare libero sfogo al suo reale potenziale.

L'adattamento senza un reale recepimento organico della disciplina non permette una tutela efficace, immediata e diretta dei creditori; sarebbe utile, pertanto, che si predisponesse un sistema di norme nazionali per disciplinarne il contenuto, in modo tale da prevedere forme di tutela specifiche per i creditori, che risultino pregiudicati dagli atti di disposizione del patrimonio dei propri debitori insolventi, affinché non gravi sempre sull'attività degli interpreti l'incombenza di individuare i presupposti e le modalità di applicazione delle forme di tutela dei creditori, ricadendo a volte in inevitabili contraddizioni.

Bibliografia

- G. ALPA**, *I principi generali*, in G. Iudica - P. Zatti (curr.), Tratt. dir. priv., Milano, 1993.
- E. ALVINO**, *Gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, II, 1964.
- V. C. AMATO**, in A. Gambaro - A. Giardina - G. Ponzanelli (curr.), Commentario alla Convenzione relativa alla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento, in *Nuove leggi civ. Comm.*, 1993.
- S. AMROSINI – G. CAVALLI – A. JORIO**, in *Il Fallimento*, Cedam, 2011.
- E. ANDREOLI**, *Il trust nella prassi bancaria e finanziaria*, Cedam, Padova, 1998.
- V. ANDRIOLI**, voce "Fallimento (Diritto privato e processuale)", Enc. dir., vol. XVI, Milano, 1967.
- F. ANELLI**, *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito*, in *Diritto della Banca e del mercato finanziario*, 1998.
- U. APICE**, *Atti con prestazioni sproporzionate*, in L. Panzani (cur.), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 2000.
- M. ARATO**, *La revocatoria delle rimesse bancarie nel nuovo art. 67 l. fall.*, Giappichelli, Torino, 2006.
- M. ARATO**, *I primi orientamenti sulla revocatoria delle rimesse bancarie dopo la riforma delle legge fallimentare*, in *Il fallimento*, 2008.

AA.VV., *Fondazione, trust ed asset protection trust: prospettive applicative per i soggetti residenti in Italia, in Italia oggi, documenti*, parte V, 16 luglio 1993.

AA.VV., *Gli strumenti di articolazione del patrimonio*, Giuffrè, 2010.

T. AULETTA, App. Catania, 21 dicembre 1985, in *Giurisprudenza commerciale*, 1987, II, *Costituzione di fondo patrimoniale e tutela dei creditori personali dei coniugi*.

U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961.

L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali, artt. 2740-2744*, in P. Schelesinger (cur.), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1991.

S. BARTOLI, *Il trust autodichiarato nella Convenzione de L'Aja sui trusts*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 3, 2005.

E. BERTACCHINI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, 2007.

C. M. BIANCA, *Diritto civile, Volume II*, Giuffrè, 2005.

C. M. BIANCA, voce *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Enc. giur. Treccani*, XV Aggiornamento, Roma, 2007.

L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXII, (voce *Patrimonio*, II), Milano, 1982.

L. BIGLIAZZI GERI, voce *Revocatoria (azione)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, XXVII.

L. BIGLIAZZI GERI, *Le procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 1997.

S. BONFATTI, *La riforma della disciplina della revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006.

S. BONFATTI, *Sub art. 70*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da Jorio.

S. BONFATTI, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, Ipsoa, Milano, 2005.

A. BORDA, *Limiti alla azione revocatoria fallimentare in presenza del trust*, consultabile sul sito internet dell'Associazione Avvocati, distretti di Torino, all'indirizzo <http://www.associazioneavvocati.it>.

G. BRANCA (CURT.), *Commentario al codice civile*, Bologna - Roma, 1953.

A. BRAUNN, *Trusts interni*, in *Rivista di diritto civile*, II, 2000.

U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. Iudica - P. Zatti (curr.), *Tratt. dir. priv.*, Milano.

F. BRICOLA - F. GALGANO (CURT.), *Legge fallimentare, artt. 64-71*, in A. Scialoja - G. Branca, *Commentario*, vol. I, Bologna - Roma, 1993.

A. BRUNETTI, *Diritto concorsuale. Lezioni*, Cedam, Padova, 1944.

A. BUSANI, *Ai trust passaporto di legittimità*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 ottobre 2003.

A. BUSANI, *Per il trust un futuro a tutto campo*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 ottobre 2003.

A. BUSANI - C. M. CANALI, *Un istituto di grande flessibilità conforme al nostro ordinamento giuridico*, in *Guida al Diritto*, n. 45, 2003.

A. BUSATO, *La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto*

continentale, in *Rivista di diritto civile*, 1992.

A. BUSATO, *Commentario alla Convenzione relativa alla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento*, in A. Gambaro - A. Giardina - G. Ponzanelli (curr.), in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993.

S. BUTTÀ, *Introduzione ai trust e profili applicativi*, in *Quaderni della Rivista "Trusts e attività fiduciarie"*, II, Milano, 2002.

C. CACCAVALLE, *Commento all'art. 44*, in Nigro A. - Sandulli M. - Santoro V. (a cura d), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010.

A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta. Dalla legge 12 maggio 2005, n. 80 al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169*, Cedam, 2008.

A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Giuffrè, Milano, 2001.

N. CANESSA, *I trusts interni. Ammissibilità del trust e applicazioni pratiche nell'ordinamento italiano*, Milano, 2011.

S. M. CARBONE, *Trust interno e legge straniera*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 3, 2003.

F. CARRESI, *Obbligazioni naturali e fallimento*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciale*, I, 1959.

A. CASTIELLO - D'ANTONIO, *La revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente e degli atti estintivi dei rapporti continuativi o reiterati*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciale*, 2009.

- C. CASTRONOVO**, *Ma per il trust una sentenza non fa primavera*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 ottobre 2003.
- C. CASTRONOVO**, *Il trust e “sostiene Lupoi”*, in *Europa dir. Priv.*, 1998.
- C. CASTRONOVO**, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita notarile*, 1998.
- A. CATAUDELLA**, *I contratti*, Torino, 2000.
- A. CATAUDELLA**, *La donazione mista*, Milano, 1970 .
- G. CAVALLI**, *Commento all'art. 67, 3° comma, lett. b*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di A. Jorio, Zanichelli, Bologna, 2007.
- P. F. CENSONI**, *Manuale di diritto fallimentare*, 2007, Padova, Cedam.
- G. CIANI – A. TRABUCCHI**, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2007.
- V. COLESANTI**, *Mito e realtà della "par condicio"*, in *Il Fallimento*, 1984.
- A. CONTRINO**, *Il trust “liberale” e l'imposta sulle donazioni*, in *Dialoghi dir. Trib.*, 2004.
- F. CORSI**, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Napoli, 1965.
- F. D'ALESSANDRO**, *La revocatoria fallimentare - La revoca dei pagamenti nel fallimento*, Milano, 1972.
- A. DE DONATO**, *Destinazione di beni e opponibilità a terzi*, in *Destinazione di beni allo scopo*, Milano, 2003.

G. DE MARIA, *Il trust e l'azione revocatoria ordinaria in diritto italiano*, in atti del Convegno “*Il trust quale legittimo strumento di tutela del patrimonio*”, Torino, 13 marzo 2003.

G. DE NOVA, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, II, 2000.

C. DE SEMO, *Le procedure concorsuali*, Giuffrè, Padova, 1964.

C. DE SEMO, *Le obbligazioni naturali in relazione all'art. 64 della legge fallimentare*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciale*, I, 1959.

C. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1964.

L. DEL FEDERICO, in *Il fallimento*, 5, 2010.

F. DI CIOMMO, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, in *Foro Italiano*, I, 2004.

F. DI CIOMMO, *Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2003.

M. DI LAURO, *Patrimonio fallimentare e sua revocabilità in sede fallimentare*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciale*, II, 1962.

A. DI MAJO, voce «*Pagamento (diritto privato)*», in *Enc. dir.*, XXXI, Varese, 1981.

R. DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645 ter: considerazioni sulla fattispecie* in “*Atti di destinazione e trust (Art. 2645-ter del codice civile)*”, a cura di Giuseppe Vettori, Cedam, Padova, 2008, per i “*Quaderni di Orientamento sul*

nuovi Diritto dei Privati” di Persona e Mercato.

N. R. DI TORREPADULA, *Commento agli art. 42-47*, in Jorio A. - Fabiani M., *Il nuovo diritto fallimentare*, 2006.

M. B. DELI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts e sul loro riconoscimento, sub art. 15*, in *Le nuove leggi civili commentare*, 1993.

M. FABIANI, *Revocatoria fallimentare: attualità dell'istituto e degli aspetti processuali*, in *Il Fallimento*, 1996.

G. FANTICINI, *La giurisprudenza in tema di trust*, relazione al Corso del Consiglio Superiore della Magistratura “Fenomeno successorio e patrimoni separati”, Roma, 11 giugno 2008.

G. FEDERICO, *Consistenza e durevolezza della riduzione dell'esposizione debitoria nella revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, in *Il fallimento*, 5/2010.

F. FERRARA - A. BORGIOI, in *Il fallimento*, Milano, Giuffrè, 1995.

M. FERRO, *Commentario teorico – pratico, La legge fallimentare*, Cedam, 2011.

F. FIMMANÒ, *La revocatoria dei patrimoni destinati*, in *Il fallimento*, n. 10, 2005.

L. E. FIORANI, *Trust liquidatorio e tutela dei creditori*, in *Rivista di diritto privato*, 3, 2010.

L. FUMAGALLI, *La Convenzione dell'Aia sul trust e il diritto internazionale privato*, in *Dir. Comm. Int.*, 1992.

- F. GALGANO**, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, parte 2, Padova, 1990.
- F. GALLUZZO**, *Il trust c.d. interno e i negozi di destinazione dei beni allo scopo*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2, 2005.
- F. GALLUZZO**, *Validità di un trust liquidatorio istituito da una società in stato di decozione*, in *Il Corriere Giuridico*, 4, 2010.
- A. GAMBARO**, *Il trust in Italia, Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993.
- A. GAMBARO**, voce "Trust", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. XIX, Torino, 1999.
- L. GATT**, *La liberalità*, in *Studi di diritto privato*, Collana diretta da F. D. Busnelli, S. Patti, V. Scalisi, P. Zatti (Giappichelli), II, Torino, 2005.
- L. GATT**, *Il trust interno: una questione ancora aperta*, in *Rivista del notariato*, 3, 2011.
- F. GAZZONI**, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006.
- F. GAZZONI**, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in *Giustizia civile*, II, 2006.
- F. GAZZONI**, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Rivista del Notariato*, 2001.
- P. GENOVINA**, *Gli effetti dell'azione revocatoria. Osservazioni a Cass.*, 6 agosto 2010, n. 18370, in *Il Fallimento*, 2010.
- M. GIORGIANNI**, voce «Pagamento (diritto civile)», in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965.

- F. GIULIANI**, *Il trust interno (regolato da una legge trust) e la convenzione dell'Aja*, in *Contratto e Impresa*, 2003.
- G. GORLA** (cur.), *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gorla*, vol. III, Milano, 1994.
- C. GRASSETTI**, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, I.
- M. R. GROSSI**, *La riforma della legge fallimentare*, Giuffrè, 2006.
- R. GROSSO**, *La Convenzione sulla legge applicabile ai trusts: brevi spunti di riflessione*, in *Rivista del Notariato*, 1991.
- L. GUGLIELMUCCI**, *Diritto fallimentare*, Giappichelli, 2010.
- L. GUGLIELMUCCI**, *Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciale*, 1996.
- L. GUGLIELMUCCI**, *La nuova normativa sulla revocatoria delle rimesse in conto corrente*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciale*, 2005.
- P. IAMICELLI**, *Unità e separazione dei patrimoni*, Cedam, 2003.
- B. INZITARI**, *Effetti del fallimento per i creditori*, in G. Ragusa Maggiore - C. Costa (cur.), in *Il fallimento. Le procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 1997.
- P. G. JAEGER**, *Par condicio creditorum*, in *Il Fallimento*, I, 1998.
- L. LENZI**, *L'operatività del trust in Italia*, in *Rivista del Notariato*, 1995.

- M. LIBERTINI**, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare*, Milano, 1974.
- M. LIBERTINI**, *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e una autocritica*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 1977.
- C. LICINI**, *Una proposta per strutturare in termini monistici l'appartenenza nel rapporto di "fiducia anglosassone" (trust)*, in *Rivista del Notariato*, 1996.
- N. LIPARI**, *Fiducia statica e trusts*, in *Rivista di diritto civile*, 1996.
- E. LUCCHINI GUASTALLA**, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Milano, 1995.
- M. LUPOI**, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita notarile*, 1992.
- M. LUPOI**, *L'atto istitutivo di trust*, Giuffrè, Milano 2005.
- M. LUPOI**, *Atti istitutivi di Trust e contratti di affidamento fiduciario*, Milano, 2010.
- M. LUPOI**, *Lettera ad un notaio curioso di trust*, in *Rivista del Notariato*, 2001, I.
- M. LUPOI**, *Introduzione ai trust. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, diritto Italiano*, Milano.
- M. LUPOI**, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Cedam, 2011.
- M. LUPOI**, *Effects of the Hauge Convention Civil Law Country*, in *Vita notarile*, 1998.

M. LUPOI, *The shapeless trust*, in *Vita notarile*, 1995.

M. LUPOI, *Azione revocatoria e trust familiare*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, IV, 2009.

M. LUPOI, *Trust*, Milano, 2001.

M. LUPOI, *Stop ai dubbi su un istituto fondato sulla trasparenza*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 ottobre 2003.

M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, Utet, Torino, 2004.

M. LUPOI, *I trust in diritto civile*, relazione al Corso del Consiglio Superiore della Magistratura "I regimi dei patrimoni separati: dai trusts ai nuovi modelli di segregazione dei beni", Roma, 3 luglio 2003, disponibile sul sito Internet <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/9029.pdf>

M. LUPOI, *La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005.

M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Contratto e impresa*, 1997.

F. MACARIO, *Trasferimento del credito futuro ed efficacia verso i terzi: lo "stato dell'arte" di giudicare*, in *Riv. dir. Priv.*, 2000.

A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno della revocatoria*, Cedam, Padova, 1970.

A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, 2009.

A. MAFFEI ALBERTI, *Il fallimento*, in AA. VV, *Il fallimento*, in *Giur. Sist. Di dir. Civ. comm.*, II, Torino, 1978.

A. MAFFEI ALBERTI, *La "funzione" della revocatoria*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 1976.

P. MANES, *La segregazione patrimoniale nelle operazioni finanziarie*, in *Contratto e impresa*, 2001.

E. MARÈ, *Trust e scissione del diritto di proprietà*, in *Corriere Giuridico*, 1995.

V. MARICONDA, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, in *Corriere Giuridico*, I, 2004.

A. MOJA, *I trusts: analisi della giurisprudenza italiana alla luce delle ultime sentenze*, relazione al Convegno "Il trust in Italia: fiscalità e applicazione", Milano, 30 marzo 2004, in <http://www.assotrust.it/Pagine/4I%20trusts%20analisi%20della%20giurisprudenza.htm>

M. MONTANARI, *Profili della revocatoria fallimentare dei pagamenti*, Milano, 1984.

E. MOSCATI, *Fonti legali e fonti « private » delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 1999.

L. MOSCO, *Onerosità e gratuità negli atti giuridici*, Milano, 1942.

U. NATOLI, *Azione revocatoria*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959.

U. NATOLI, voce *Azione revocatoria (revocatoria ordinaria)*, in *Enc. dir.*, IV, Varese, 1959.

U. NATOLI – BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*

(*le azioni surrogatoria e revocatoria*), appunti delle lezioni, Milano.

A. NERI, *Inefficacia di un trust a danno dei creditori*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005.

R. NICOLÒ, *Surrogatoria-Revocatoria*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1953.

R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1936.

R. NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, artt. 2900-2969, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja, Bologna – Roma, 1959.

R. NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in A. Scialoja - G. Branca (curr.), in *Comm. cod. civ.*, Libro VI, Tutela dei diritti, artt. 2900-2969, Bologna-Roma, I.

A. NIGRO, *Riforma della legge fallimentare e revocatoria delle rimesse in conto corrente*, in *Dir. Banc.*, I, 2005.

A. NIGRO – D. VATTERMILI, *Diritto della crisi di impresa*, Bologna, 2009.

L. NOCERA, *Trust e fallimento: utilizzo nelle procedure concorsuali*, in *fallimento e crisi d'impresa*, 2008.

G. OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, relazione al Convegno “Autonomia patrimoniale e segregazione patrimoniale nel Trust”, Torino, 24 gennaio 2004, in:

<http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/6218/trust/relazionetorino.htm>
e in *Famiglia e Diritto*, fasc. 2, e fasc. 3, 2004.

G. OBERTO, *Il Trust familiare*, lezione tenuta presso il Master di specializzazione in diritto di famiglia e minorile, svoltosi a Milano l'11 giugno 2005 in:
<http://utenti.lycos.it/giacomo305604/milano11giugno2005trust/relazionemilano.htm>

N. ONGARO, nota Cass., 3 ottobre 1991 n. 11025, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, I.

G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Cedam, Milano, 1979.

S. PACCHI, *Commento agli art. 42 e 43*, in Nigro A. - Sandulli M.- Santoro V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010.

P. PAJARDI, *Il sistema revocatorio*, Milano, 1990.

P. PAJARDI, *Codice del fallimento*, Milano, 2001.

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

A. PALAZZO, voce "Successioni (parte generale)", Dig. disc. priv., Sez. civ., vol. XIX, Torino, 1999.

G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. Comm.*, 2000.

L. PANZANI, *Trust e fallimento*, Atti del Convegno *Il trust interno: struttura, applicazioni e aspetti fiscali*, Bologna, 30 marzo 2001.

L. PANZANI, *Trust e concordato preventivo*, commento a Trib. Parma 3 Marzo 2005, in *Il fallimento*, 2005.

- L. PANZANI**, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 2000.
- L. PANZANI**, *Il trust nell'esperienza giuridica italiana: il punto di vista degli operatori*, in *Giurisprudenza di merito*, 12, 2010.
- A. PATTI**, *Comm. Jorio, I - sub art. 67 l. fall. - comm. Schiano di pepe*.
- L. PELLEGRINI**, *Trust interno e pubblicità tavolare*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005.
- P. PICCOLI**, *Possibilità operative ne del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la convenzione dell'Aja*, in *Rivista del Notariato*, 1995.
- P. PICCOLI – RAITI**, *Atto di costituzione in "trust"*, in *Riv. Not.*, 2000.
- A. M. PINELLI**, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contratto e Impresa*, 2006.
- G. PORCELLI**, *Successioni e trust*, Napoli, 2005.
- D. PORRARO**, nota a Cass., 28 maggio 1998, n. 1320, in *Corriere giur.*, 1998.
- C. PROTO**, *Il curatore*, in Schiano di Pepe, 2007.
- R. PROVINCIALI**, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974.
- R. QUADRI**, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e Impresa*, 2006.

B. QUATRARO – A. FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare e gli altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, I, Milano, 2002.

E. RAGAMBELLA - M. REGNI, *Il trust liquidatorio nella disciplina concorsuale*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 6, 2009.

L. RAGAZZINI, *Trust interno e ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista del Notariato*, II, 1999.

G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, Milano, 2001.

G. RAGUSA MAGGIORE, *Costituzione di patrimonio familiare e revocatoria fallimentare*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciale*, II, 1964.

G. RAGUSA MAGGIORE, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in G. Ragusa Maggiore - C. Costa (curr.), *Il fallimento. Le procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 1997.

A. RENDA, *Ammissibilità del trust interno e questioni in materia di comunione legale*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2004.

M. RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Rivista di diritto Civile*, I, 1984.

V. RICCARDI, nota a Cass., 5 agosto 1996, n. 7119, in *Foro italiano*, 1997, I.

F. RICCI, *Diritto civile*, vol. X, Torino, 1884.

V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001.

V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in P. Rescigno (cur.), *Tratt.*

dir. priv., vol. XIX, Torino, 1997.

V. ROPPO, voce "Responsabilità patrimoniale", Enc. dir., vol. XXXIX, Milano, 1988.

M. ROSSETTI, *Sul trust*, in *I Contratti*, fasc. 7, 2004.

A. SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, 1976.

G. SANTO, *Trust e pegno rotativo*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2000.

L. SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, 2004.

L. SANTORO, *I traguardi della giurisprudenza italiana in materia di trust*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2004.

L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002.

S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1996.

P. SCHELESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Rivista di diritto processuale*, 1995.

P. SCHELESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961.

P. SCHELESINGER, *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1991.

G. SCHIANO DI PEPE, *Trust di protezione patrimoniale e fallimento*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2004.

S. SCREPANTI, *Trust e tax planning*, in *Il fisco*, 1999.

R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, trad. it. P. M. Vecchi (cur.), Milano, 1990.

G. SICCHERO, *Strategie finalizzate alla tutela dei patrimoni personali*, in *Obbligazioni e Contratti*, 8-9, 2010.

R. SICLARI, *Il trust nella convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, un nuovo modello negoziale*, in *Rass. dir. Civ.*, 2000.

A. SILVESTRINI, *La nuova disciplina della revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, in *Il Fallimento*, I, 2005.

N. SOLDATI, commento al Tribunale di Bologna, sentenza 1 ottobre 2003, in *Diritto e pratica delle società*, n. 21, 2003

G. TARZIA, *La disciplina dell'azione revocatoria*, in *Il fallimento*, 2005.

G. TARZIA, *Parità e discriminazioni tra i creditori nelle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, I, 1984.

G. TARZIA, *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, Padova, 1994.

G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dell'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, in *Il fallimento*, 2005.

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

G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna, 2002, Bologna, 2002, III, Parte speciale.

- G. TONDO**, *Riconoscimento del trust nel nostro ordinamento*, in Aa.Vv., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991.
- A. TONELLI**, *Il Trust familiare e la tutela del minore*, lezione tenuta nel corso di formazione in *Diritto di famiglia e minorile*, svoltosi a Bologna il 24 febbraio 2005.
- A. TONELLI**, *Riflessioni ed esempi concreti sulla tutela processuale nei trusts*, relazione al corso di formazione decentrata “Prassi applicative dei trusts interni” svoltosi a Trieste il 17 giugno 2005.
- A. TONELLI**, *Una nuova decisione riconosce validi i trust interni in Italia*, in *Italia Oggi*, 27 ottobre 2003.
- A. TONELLI**, nota a Trib. Bologna 1 ottobre 2003 n. 4545 (sulla validità ed efficacia dei “trust interni”), in *Rivista del Notariato*, 2003.
- A. TRABUCCHI**, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 1995.
- G. TUCCI**, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2003.
- G. TUCCI**, *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela del promissario acquirente*, in *Riv. crit. dir. Priv.*, 1997.
- G. TUCCI**, *I privilegi*, in P. Rescigno (cur.), *Tratt. dir. priv.*, vol. XIX, Torino, 1997.
- R. VACCARELLA – P. LUISIO**, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996.
- A. VENEZIANO**, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000.

A. VICARI, *Asset protection trusts: i trust per proteggere il patrimonio*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 4, 2001.

V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e e delle altre procedura concorsuali*, Torino, 2006.

Giurisprudenza

- 1899** Cassazione, Roma 21 febbraio 1899;
- 1956** Tribunale di Oristano, 15 marzo 1956;
- 1961** Cassazione, n. 583;
- 1962** Appello Roma 18/10/1962;
- 1965** Tribunale Firenze, 17/4/1965;
- 1969** Cassazione, 22 luglio 1969, n. 2764;
- 1970** Cassazione, 16 gennaio 1970, n. 93;
- 1973** Cassazione, 3 aprile 1973, n. 899; Tribunale Catania, 9/3/1973;
- 1975** Cassazione, 5 aprile 1975, n. 1218;
- 1976** Cassazione, 20 marzo 1976, n. 1016;
- 1977** Cassazione, 19 ottobre 1977, n. 4464; Tribunale Catania, 30/11/1977;
- 1978** Cassazione, 29 novembre 1978, n. 5645; Cassazione, 13 giugno 1978, n. 2936;
- 1980** Cassazione, 1980 n. 3854; Cassazione, 25 febbraio 1980, n. 1317;

1982 Cassazione, 17 marzo 1982; Cassazione, 10 giugno 1982, n. 3516; Cassazione, 18 ottobre 1982, n. 5413;

1983 Cassazione, 22 luglio 1983, n. 5069; Cassazione, 21 novembre 1983, n. 6929;

1984 Tribunale di Casale Monferrato 13 aprile 1984; Cassazione, 21 giugno 1984, n. 3657; Cassazione, 84/402; Tribunale Milano, 6/12/1984;

1985 Cassazione, 22 giugno 1985, n. 3757; Cassazione, 7 novembre 1985 n. 540; Appello Catania 21 dicembre 1985;

1986 Cassazione, 3 dicembre 1986, n. 7148;

1987 Cassazione, 1 aprile 1987, n. 3126; Cassazione, 6 maggio 1987 n. 4703; Cassazione, 6 giugno 1987, n. 4945; Cassazione, 1987 n. 9122; Tribunale Torino, 13/10/1987;

1990 Cassazione, 1990 n. 2117; Cassazione, 1990 n. 1007; Cassazione, 21 dicembre 1990, n. 12145; Cassazione, 1990 n. 2400; Appello Trieste 6/5/1991;

1991 Cassazione, 18 febbraio 1991, n. 1691; Cassazione, 3 ottobre 1991, n. 11025; Cassazione n. 10612, 1991;

1992 Cassazione, 16 settembre 1992, n. 10570; Cassazione 10 settembre 1992, n. 10570;

1993 Cassazione, 6 novembre 1993 n. 11013;

1994 Cassazione, 29 aprile 1994, n. 4169; Cassazione, 25 marzo 1994, n. 2911; Cassazione, 20 giugno 1994, n. 5921; Tribunale Genova, 6/12/1994;

1995 Cassazione, 19 aprile 1995, n. 4408; Cassazione, 17 gennaio 1995, n. 481; Cassazione, 11 Febbraio 1995 n. 1545; Cassazione, 1 febbraio 1995 n. 1119; Cassazione, 17 gennaio 1995;

1996 Cassazione, 14 novembre 1996; Cassazione, 12 novembre 1996, n. 9908; Cassazione, 5 agosto 1996 n. 7119; Cassazione, 26 settembre 1996, n. 8500; Cassazione sezione unite, 13 giugno 1996 n. 5443; Cassazione Sezioni Unite 8 luglio 1996, n. 6225; Cassazione Civ. Sezione I 19 dicembre 1996, n. 11349;

1997 Cassazione, 13 settembre 1997, n. 9075; Tribunale di Lucca 23 settembre 1997;

1998 Cassazione, 28 aprile 1998, n. 4318; Cassazione, 27 aprile 1998, n. 4277; Cassazione, 28 maggio 1998, n.1320; Cassazione, 30 gennaio 1998 n. 950; Cassazione, 1998 n. 9092;

1999 Pretura Roma, 13 aprile 1999; Tribunale di Roma, 2 luglio 1999; Cassazione, 1999 n.12144, Cassazione 1999 n. 2971;

2000 Tribunale di Bologna, 28 aprile 2000; Cassazione, 26 settembre 2000, n. 12765; Tribunale di Chieti, 10 marzo 2000;

2001 Tribunale di Pisa - decreto 22 dicembre 2001; Cassazione, 2001 n. 1831; Corte d'Appello di Firenze, 9 agosto 2001; Tribunale Pisa, 22 dicembre 2001; Tribunale di Pisa, 22 dicembre 2001;

2002 Cassazione, 25 novembre 2002, n. 16570; Tribunale di Milano - decreto 29 ottobre 2002; Cassazione, 26 Febbraio 2002, n. 2792; Tribunale di Firenze, 6/6/2002; Tribunale di Milano, 29 ottobre 2002;

2003 Tribunale Bologna, 30 settembre 2003; Cassazione, 13 marzo 2003,

n. 3713; Tribunale Bologna, 1/10/2003, n. 4545; Tribunale di Verona - decreto 8 gennaio 2003; Tribunale di Parma - decreto 21 ottobre 2003; Tribunale di Napoli - decreto 1° ottobre 2003; Cassazione Civ. sezione I, 8 aprile 2003, n. 5455; Tribunale di Bologna, 1° ottobre 2003; Tribunale di Verona, 8 gennaio 2003; Tribunale di Parma, 21 ottobre 2003;

2004 Cassazione Civ. Sezione I, 17 aprile 2004, n. 5402; Tribunale di Napoli, 14/7/2004; Corte d'Appello di Napoli - decreto 27 maggio 2004; Cassazione, 2004 n. 15257; Tribunale di Brescia, 12/10/2004; Cassazione Civ. Sezione I, 17 aprile 2004, n. 5402; Tribunale di Brescia, 12 ottobre 2004; Giudice per le Indagini Preliminari di Torino, 19 gennaio 2004; Tribunale (del Riesame) di Torino, 9 febbraio 2004; Corte di Cassazione, 18 dicembre 2004 n. 48708; Giudice per le Indagini Preliminari di Grosseto, 6 febbraio 2004; Tribunale di Trento - Sez. distaccata di Cavalese 20 luglio 2004; Cassazione, 28 aprile 2004 n. 8090;

2005 Tribunale di Milano, 23/02/2005; Cassazione, 20 maggio 2005 n. 10690; Cassazione, 18 maggio 2005, n. 10432; Cassazione, 6 settembre 2006, n. 19136; Cassazione, 21 luglio 2006, n. 16756; Cassazione, 2005 n. 6918; Tribunale di Trento - Sez. distaccata di Cles 7 aprile 2005; Tribunale di Rovereto, 28 ottobre 2005; Tribunale di Firenze, 2 luglio 2005; Tribunale di Venezia, 4 gennaio 2005;

2006 Tribunale di Trento - Sez. distaccata di Cles 25 gennaio 2006; Tribunale di Bolzano - Sez. distaccata di Bressanone 16 agosto 2006; Cassazione, 6 settembre 2006, n. 19136; Cassazione Sezioni Unite, 28 marzo 2006, n. 7028

2007 Tribunale Reggio Emilia, 14/05/2007; Cassazione, 2007 n. 14978; Tribunale Reggio Emilia, 26 marzo 2007; Tribunale di Siena, 16/1/2007; Cassazione, 2007 n. 16986;

2008 Tribunale di Bologna, 19/9/2008; Cassazione, 7 Marzo 2008, n. 6190; Cassazione Sezioni Unite, 17 dicembre 2008, n. 29420; Cassazione, 30 maggio 2008, n. 14552; Tribunale Milano, 27 Marzo 2008; Tribunale di Firenze, 19 settembre 2008;

2009 Cassazione, 6 agosto 2009, n. 17998; Tribunale di Alessandria, 24 novembre 2009; Tribunale di Cassino, 8 gennaio 2009; Tribunale di Torino - Sez. distaccata di Moncalieri 15 giugno 2009; Tribunale di Milano, 16 Luglio 2009;

2010 Cassazione, 6 agosto 2010, n. 18370; Tribunale di Milano, 29 ottobre 2010, n. 78265;

2011 Cassazione Penale n. 91/2011; Tribunale Mantova, 18 aprile 2011, n. 1075.