

La soluzione del trust nel programma di liquidazione

A cura di *Annapaola Tonelli*

La liquidazione dell'attivo fallimentare resta una delle attività segnatamente riservate al Curatore, da condividersi con il Comitato dei Creditori. La novella del 2006 ha ampliato il novero degli strumenti possibili per la curatela, agli artt. 105 e ss l.f., inserendo alcune opzioni da leggersi in chiave non tassativa ma di mera elencazione. In altri termini alla base delle soluzioni prospettate dal legislatore deve leggersi l'intenzione, di ben altra portata, di riconoscere in capo all'ufficio della curatela la più ampia discrezionalità in ordine alle soluzioni da prescegliersi e strumenti da adottarsi.

Risultano pochi precedenti di sezioni fallimentari che abbiano fatto ricorso al trust per procedere alla liquidazione di beni facenti parte dell'attivo, due ne illustreremo alla fine della nostra relazione, probabilmente perché non è stato colto quello che invece, a nostro parere, è uno dei terreni di massima elezione per il trust, nell'ambito del concorso.

Due sono le ragioni a sostegno di questa riflessione: la prima discende dalla libertà di scelta lasciata al Curatore nella individuazione dello strumento da adottarsi, non essendo vincolato alla mera cessione di crediti, azioni o mandati. La seconda ha la sua ragione nel potere concreto che il Curatore esercita sui beni dell'attivo, sottratti alla disponibilità del fallito, non obbligandolo quindi a chiedere il suo consenso per l'istituzione del trust¹.

Tuttavia per ragioni di rigore metodologico, vorremmo preliminarmente soffermarci su alcune considerazioni pratiche che rappresentano, a nostro parere, il punto di partenza di un corretto approccio al trust che voglia istituire il curatore fallimentare, da unirsi quindi allo studio attento che la dottrina da tempo sta portando avanti sulla sinergia fra queste due realtà, una sostanziale (il trust) e l'altra processuale (il fallimento).

Se infatti è indubbio che il processo fallimentare sia sottratto all'iniziativa negoziale delle parti, fondandosi su precetti di natura pubblicistica, è altrettanto indubbio che il trust, creatura dell'*equity*, abbia altrettanti precetti, e principi, di pari importanza e valore.

A nostro avviso infatti, se non possono sacrificarsi i primi, altrettanto può dirsi dei secondi e con essa la prassi è costretta a fare i conti.

Senza quindi voler anticipare il contenuto della relazione dell'Avv. Valas che seguirà, tuttavia, nell'ambito dei trust che possano essere istituiti dal Curatore, per portare a compimento il

¹ Vale la pena di rammentare che non avendo lo Stato italiano aderito all'art 20 della Convenzione, che prevede la istituzione di trust per ordine giudiziale, è impedito al giudice italiano ordinare coattivamente l'istituzione di un trust.

programma di liquidazione, deve farsi una riflessione sulla scelta di pura opportunità di ricorrere a un trust con beneficiari o a un trust di scopo.

Valga allora l'anticipazione che formuliamo, sui casi pratici che la prassi ci consegna, si ripete nei trust istituiti dal Curatore ex art. 104 ter l.f., che vedono il ricorso a trust di scopo e non con beneficiari.

La scelta non è stata certamente casuale.

La disciplina fallimentare, in materia di liquidazione, prevede all'art. 104 ter la predisposizione, ad opera del Curatore, di un programma di liquidazione che deve essere approvato dal Comitato dei Creditori ovvero, in assenza di questo, dal Giudice Delegato ex art. 41, 4° co l.f.

Il Comitato dei Creditori delibera a maggioranza dei votanti² (art. 41, 3° co) e l'art. 40, 5° co obbliga il componente che sia in conflitto di interessi di astenersi dalla specifica votazione.

Tuttavia la dottrina³ ha suddiviso le ipotesi di conflitto di interessi nei quali si possa trovare il creditore in due precise categorie: i conflitti cosiddetti esterni, ossia tra il singolo membro e la massa dei creditori e i conflitti cosiddetti interni alla massa⁴.

Mentre consegue ai primi un preciso obbligo di astensione⁵ "allorquando si pongono conflitti interni alla massa⁶...la preminenza dell'uno o dell'altro è parimenti legittima in quanto, in ultima

² A nostro parere è significativa la scelta del legislatore di far deliberare la maggioranza dei votanti, e non dei componenti del CdC, lasciando intendere una certa malcelata sfiducia del legislatore nei confronti della capacità di attenzione del CdC

³ In questo senso C. CAVALLINI, *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, Artt. 1-63, 853 e ss;

⁴ In proposito scrivono L. A. BOTTAI e D. CRIVELLARI, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di L. GHIA, C. PICCININNI, F. SEVERINI, Torino, 2010, 3, 81 e ss: "...In ipotesi di un componente del comitato che si trovi in conflitto di interessi rispetto all'oggetto della votazione la legge prevede il normale dovere di astensione in ragione della circostanza che il comitato, per quanto costituito da soggetti espressione del ceto creditorio ed in quanto portatore di interessi particolari, è un organo della procedura e come tale deve operare e collaborare con gli altri organi del fallimento per la tutela degli interessi di tutti i creditori concorsuali interessati dal dissesto aziendale...il conflitto di interessi del componente del Comitato dei Creditori ex art. 40 l.f. che ne impone l'astensione ricorre allorquando un componente sia portatore di un interesse proprio giuridico non meramente attinente alla sfera dei motivi o stati soggettivi rispetto alla decisione da assumere di "talchè non può perseguire la difesa senza un proprio personale tornaconto" Peraltro è d'uopo chiarire che, a differenza del conflitto in ambito societario - dove rileva l'interesse economico, perché si è in presenza di vincoli contrattuali per il conseguimento di uno scopo comune -, qui difettano entrambi i presupposti e nulla lega i componenti il comitato fra loro: ecco dunque il necessario rilievo del solo interesse di natura giuridica e non è affatto semplice individuare ex ante ipotesi tipiche di conflitto anche perché la collettività dei creditori non è assimilabile a quella dei soci di società di capitali (art. 2373 cc; ogni creditore essendo in antitesi con altri). Pur tuttavia non si arriva al punto di richiedere di sacrificare il proprio interesse economico". In questo senso vd. anche M. FABIANI, *Diritto e processo a confronto sul nuovo fallimento e lo spettro dei conflitti di classe*, Fa, 2008, 8 e ss.

⁵ Si pensi al caso emblematico del Comitato che debba autorizzare un'azione revocatoria nei confronti di un componente del Comitato stesso

⁶ È il diverso esempio dell'autorizzazione, ad esempio, ad una transazione con un terzo dal quale consegue una somma sicuramente in grado di soddisfare i creditori privilegiati, ma non invece i chirografari che sarebbero invece soddisfatti nel caso di esito vittorioso dell'azione giudiziale, diversamente transatta. In questo caso il consenso alla transazione che fosse espresso dal creditore privilegiato, membro del Comitato, è perfettamente valido sebbene sia in netta contrapposizione con gli interessi dei chirografari. Scrivono infatti L. A. BOTTAI e D. CRIVELLARI, in *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., 80, in nota 46: "Non si

analisi rappresenta pur sempre un interesse meritevole di tutela da parte del comitato nel suo complesso: segue che nessun problema di astensione in capo al singolo creditore può essere posto⁷

In altri termini i componenti il Comitato dei Creditori possono validamente assumere decisioni che siano a vantaggio di parte dei creditori e a discapito di altri e, anzi, tale delibera può proprio essere assunta dallo specifico creditore che, con quel voto, risulta perseguire in modo evidente il proprio interesse.

In una realtà del tutto diversa si pone il diritto dei trust e la tutela che il trustee deve assicurare a tutte le posizioni beneficiarie che da uno specifico trust derivino.

Non è possibile in questo contesto approfondire nel dettaglio cosa si intenda con beneficiario e posizioni beneficiarie⁸, anche perché molteplici, variegate e profondamente diverse fra loro⁹, possono essere le posizioni beneficiarie ascrivibili ai beneficiari di un medesimo trust¹⁰, ma è possibile piuttosto individuare un comune denominatore per le posizioni beneficiarie che acquisterebbero i creditori di un fallimento, in favore dei quali, in fase di liquidazione dell'attivo, il Curatore decidesse di istituire un trust.

Alcune caratteristiche risultano imprescindibili e si connotano per un aspetto invero negativo risultando, in altri termini, molto più immediato individuare quali caratteristiche certo non avranno, piuttosto che stabilire a priori quelle che potrebbero essere loro riconosciute. Il primo connotato è dato dall'essere destinatari di una attribuzione non certo a titolo gratuito o liberale¹¹ ma onerosa in quanto ha titolo da una "preesistente obbligazione verso i beneficiari"¹² contratta dal fallito.

potrebbe però pretendere dai componenti il comitato di votare pensando in primo luogo all'interesse, magari contrario o differente, di altri creditori ammessi al passivo; essi come insegnano i principi liberali tramandati da Adam Smith a Stuart Mill, da von Mises ad Hayek, agiranno sulla base delle rispettive convenienze ed opportunità in difetto di diversa esplicitazione normativa..."

⁷ C. CAVALLINI, cit. 854.

⁸ In tema si rinvia a M. LUPOI, *I trust in diritto civile*, Torino, 2004, 15 e ss.

⁹ M. LUPOI, in *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, 107 e ss, scrive: La posizione soggettivamente spettante ad un beneficiario è detta posizione beneficiaria (in inglese "beneficial interest"). Il termine beneficiario include una serie di posizioni soggettive: dal diritto ad ottenere immediatamente il fondo in trust dal trustee alla semplice aspettativa di essere prescelto all'interno di una categoria...."

¹⁰ La posizione beneficiaria può intendersi come il complesso dei poteri, diritti o legittime aspettative che quello specifico atto di trust riconosce a quel determinato beneficiario con l'effetto che la posizione beneficiaria dell'uno può essere molto più ristretta, o molto più ampia, di quella dell'altro. Sulla diversificazione delle posizioni beneficiarie, e quindi anche sulla tecnica redazionale da seguire per tradurre in clausole del trust, la specifica posizione beneficiaria che il disponente intende conferire al beneficiario, si rinvia a M. LUPOI, *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario*, Milano, 2010, 129 e ss.

¹¹ Come avverrebbe invece se fossero i beneficiari di un trust di famiglia connotato da una evidente causa di solidarietà familiare

¹² Distingue la natura dell'attribuzione verso i beneficiari, M. LUPOI, *I trust in diritto civile*, cit. 317, chiarendo come la qualificazione della natura giuridica di detta attribuzione vada ovviamente fatta in relazione al rapporto sottostante fra disponente e beneficiari e non invece fra trustee e beneficiari.

Il secondo connotato è dato dall'assenza di qualsiasi discrezionalità del trustee in relazione all'individuazione dei beneficiari¹³ sia alla modifica della posizione beneficiaria riconosciuta a quello specifico creditore; la posizione beneficiaria quindi dei creditori concorsuali può definirsi stabile¹⁴, secondo una tipica terminologia in diritto dei trust.

I principi di diritto fallimentare inducono a trarre questa conclusione posto che solo e soltanto agli artt. 93 e ss della legge fallimentare è individuato il percorso da seguirsi per individuare i creditori concorsuali, ovvero con il meccanismo della formazione dello stato passivo che culmina con il decreto di esecutorietà del Giudice Delegato, che stabilisce quali siano, fra i richiedenti, quelli ammessi, e con quali specifiche ragioni creditorie.

Il terzo connotato si basa invece sulla possibilità di ritorno, in capo al fallito, della parte di attivo che residui dopo aver pagato tutti i creditori concorsuali, sicché può convenirsi sul fatto che l'attività di liquidazione dell'attivo abbia quali certi ed immediati destinatari, i creditori concorsuali, e quale possibile ulteriore destinatario il fallito che, tuttavia, non può certamente essere qualificato come creditore concorsuale.

Scrivo in proposito la dottrina: "...riflettendo su come strutturare un trust in favore dei creditori di un imprenditore (.....) emerge intuitivamente che l'indicazione dei beneficiari, coincidenti con i creditori dell'imprenditore è solo apparentemente soddisfacente; infatti può darsi che il trustee ottenga alienando il patrimonio vincolato in trust, una somma superiore a quanto complessivamente spetti ai creditori e sarà allora necessario prevedere un beneficiario ulteriore, rispetto ai creditori, al quale consegnare l'ecedenza. Infine le singole spettanze sono

¹³ In un trust della fattispecie qui in esame è evidente come manchi il cd. *power of appointment* del trustee ai sensi del quale, invece, ben può il disponente, in sede di redazione dell'atto istitutivo, lasciare alla discrezionalità del trustee, il potere di designare quali saranno i beneficiari di determinate attribuzioni, all'interno di una classe di persone identificata: ad esempio il trustee potrà riconoscere una rendita a quanti, fra i nipoti del disponente, si dimostreranno più meritevoli negli studi ovvero risulteranno essere i più bisognosi. Emblematico a riguardo l'art. 39 della Trusts Jersey Law che recita: "The terms of a trust may confer on the trustee or any other person power to appoint or assign all or any part of the trust property or any interest in the trust property to, or to trustees, for the benefit of, any person, whether or not such person was a beneficiary of the trust immediately prior to such appointment or assignment". Risulta allora evidente come secondo proprio il disposto di tale articolo, il potere discrezionale del trustee può essere talmente ampio da nominare persino una persona che, prima di tale nomina, non era un beneficiario del trust. Il che vuol in sostanza dire che tale potere del trustee parte dalla possibilità, minima, di modificare la posizione beneficiaria di quello specifico beneficiario, sino a quella massima di comprendere nelle categorie dei beneficiari chi prima ne fosse estraneo. Per una traduzione della Trusts Jersey Law si rinvia a *Trusts Jersey Law 1984*, I "Quaderni" dell'Associazione il Trust in Italia, I, 2007. Per un commentario della legge di Jersey, vd. invece E. BARLA DEL GUGLIELMI, P. PANICO, F. PIGHI, *La legge di Jersey sul Trust*, Milano, 2007.

¹⁴ P. MATTHEWS and T SOWDEN, *The Jersey law of trusts*, London, 1993, 39 e ss. scrivono: "To begin with there is the fixed trust where the interest given to each beneficiary are fixed from the outset by the terms of the settlement itself..." per poi proseguire, 90 e ss, col dire "... For the purpose of the TJJL (i.e. Trust Jersey Law) a beneficiary is a person entitled to benefit under a trust or in whose favour a discretion to distribute property held on trust may be exercised é [Art.1(1) TJJL]. The first limb of the definition is intended to cover a person having an interest under a trust which entitles him to benefit without the necessity for any discretion to be exercised in his favour, ie a fixed interest

individuabili sin dall'atto istitutivo, come nel caso del trust in favore dei creditori, senza che nulla possa accadere che modifichi i diritti dei singoli beneficiari; parleremo a questo proposito di posizioni stabili"¹⁵

In questo contesto, che fino a questo punto non parrebbe in antitesi con la procedura fallimentare, ovvero istituire trust con beneficiari con posizioni stabili, immutabili per volontà del trustee, si innestano due considerazioni importanti.

La prima trae origine dalla prassi fallimentare e ha conseguente conferma legislativa: la procedura di liquidazione può aver inizio, e completarsi, prima del decreto di esecutorietà dello stato passivo e quindi, con altre parole, prima che siano individuati i creditori concorsuali.

Ma non è tutto, il fallimento potrebbe chiudersi perché "...non sono state proposte domande di ammissione al passivo"(art. 118, 1 lf) o perché nessuna delle domande proposte è stata ammessa e quindi il fallimento potrebbe risultare del tutto privo di creditori con l'effetto della restituzione in capo al fallito di tutto l'attivo.

La seconda invece riguarda uno dei principi fondanti il diritto dei trust, ovvero il diritto di informazione dei beneficiari. Scrive autorevole dottrina sul punto: "A parte i diritti scaturenti da quanto si è appena detto circa le categorie di beneficiari e circa le obbligazioni del trustee, fondamentale è il diritto dei beneficiari di essere informati delle vicende del trust. Nei trust non di natura familiare il problema non si pone neanche perché gli interessi delle parti sono bene definiti e la trasparenza fra trustee e beneficiari è la regola"¹⁶.

Conferma di ciò si è avuta anche dalla giurisprudenza italiana che ha ritenuto, il rispetto di tale diritto, uno degli elementi determinanti dei trust, in assenza del quale, gravi potrebbero essere gli indizi di simulazione dello specifico negozio¹⁷.

Si accompagna al diritto di informazione, il parallelo diritto di rendiconto ai sensi del quale il trustee è sempre tenuto a rendicontare¹⁸ ai beneficiari l'attività svolta. Se da un canto non esiste una linea unitaria giurisprudenziale¹⁹ che indichi sino a che punto può spingersi questo diritto, a nostro parere, è verosimile ritenere che il diritto di informazione e rendiconto di beneficiari, con

¹⁵ M. LUPOLI, *L'atto istitutivo di trust*, Milano, 2005, 65.

¹⁶ M. LUPOLI, *I trust in diritto civile*, cit. 319 e ss.

¹⁷ Tribunale di Reggio Emilia 14 Maggio 2007 in T&AF, 2007, 425 e ss in materia di sospensione dell'esecuzione su beni vincolanti in un trust auto-dichiarato

¹⁸ Con rendicontare si intende non una mera ricostruzione contabile della specifica operazione ma il dover fornire una vera e propria giustificazione delle attività compiute e in tema si rinvia a M. LUPOLI, *Istituzione del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, 163 e ss.

¹⁹ Il diritto di informazione dei beneficiari e il parallelo diritto di rendiconto non ha trovato in giurisprudenza una compiuta disciplina. Una recente sentenza, High Court of Justice, Chancery Division, Briggs J., 19 febbraio 2008 [M. Breakspear, P.M. White, M. Dunning v R.C. Ackland, P.A. Dunning, in T&AF, 2009, 433 e ss, ha specificato come non esista una regola da carattere generale, dovendosi ogni qualvolta prendere in considerazione tutte le circostanze caratterizzanti la specifica situazione. Molto interessante in tema è la precisa ricostruzione giurisprudenziale resa da B. FRANCESCHINI, *Il punto della giurisprudenza inglese sul dovere del trustee di rivelare informazioni confidenziali ai beneficiari*, in T&A, 2009, 402 e ss.

posizioni stabili, possa essere molto più pregnante ed invasivo del diritto spettante a beneficiari con posizioni del tutto rimesse alla discrezionalità del trustee.

Per trarre allora una prima conclusione al ragionamento fin qui sviluppato, potremmo pensare che nei trust istituiti dal curatore per attuare il programma di liquidazione, o parte di esso, se trattasi di trust con beneficiari, costoro avranno, per il diritto fallimentare, posizioni beneficiarie stabili (*fixed*) e per il diritto dei trust, un pregnante diritto di informazione e rendiconto.

Ma non è tutto. Anzi si giunge finalmente al cuore del problema, ipotizzando un avvenimento che nella prassi di simili trust può senza dubbio presentarsi.

Si pensi alla fase liquidatoria di uno specifico bene che sia oggetto di contestazione fra il trustee e un terzo e si pensi altresì all'ipotesi, assolutamente legittima, che il trustee addivenga ad una transazione con questo terzo.

La natura di trust non discrezionale, che abbiamo detto deve caratterizzare questa fattispecie di trust, per necessità di sua pacifica convivenza con la disciplina concorsuale, impone al trustee di richiedere il previo consenso al Comitato dei Creditori e quindi, si badi bene, non al Comitato dei Beneficiari che sarebbe tutt'altra cosa.

Eccoci giunti alla forzatura che tanto ci premeva evidenziare.

Scrivo autorevole dottrina che in un trust liquidatorio, fattispecie completamente diversa da quella in esame: "...il comitato dei beneficiari includerà tutti i creditori e il numero di voti a disposizione di ciascuno sarà commisurato alla misura del rispettivo credito"²⁰.

In questa attenta considerazione c'è una precisa logica che ha il suo punto di partenza proprio nei principi fondanti il diritto dei trust ossia che, trattandosi di beneficiari con posizioni stabili e quindi immodificabili, nei meccanismi che portano alla formazione di una volontà, alla quale poi il trustee è tenuto ad adeguarsi, è comunque preservata la natura fiduciaria del rapporto di trust, da una previsione che consente a tutti coloro che ne sono coinvolti, in ogni caso, di esprimere la propria opinione, sebbene potrà poi risultare divergente da quella raggiunta dalla maggioranza.

Alla luce allora di quanto suddetto, in ordine alla possibile composizione del Comitato dei Creditori in ambito concorsuale, il cui ruolo deve per forza essere rispettato anche nel trust istituito dal Curatore, non può non cogliersi una certa divergenza fra ciò che secondo il diritto dei trust andrebbe fatto, e ciò che invece la legge fallimentare impone di fare. Ancor più rammentando che in questi trust la discrezionalità del trustee non conta nulla mentre, al contrario, se ci si potesse muovere esclusivamente in ambito di diritto dei trust ed *equity*, tanto servirebbe in quanto esercizio di un potere fiduciario nell'interesse di tutti i beneficiari.

²⁰ M. LUPOI, *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario*, cit. 192

per riassumere, possiamo allora concludere sollevando un dubbio sulla possibile quietà convivenza del trust con beneficiari, istituito dal curatore, per portare a compimento il suo programma di liquidazione, e precetti della legge fallimentare.

Infatti, se da un canto i beneficiari avranno il pregnante diritto di informazione e controllo che il diritto dei trust loro riconosce, con l'effetto di poter persino rendere più complicata e onerosa l'attività del trustee, d'altro canto gli stessi esprimeranno il loro consenso alle attività del trustee attraverso il Comitato dei Creditori, organo che può essere in palese conflitto di interessi con i diritti degli altri beneficiari.

Senza contare il paradosso al quale si potrebbe pervenire se, istituito un trust con beneficiari, l'esito della verifica dello stato passivo portasse alla dichiarazione di assenza di creditori concorsuali.

Tutte queste riflessioni, ci hanno indotto a ritenere più strategica la scelta del trust scopo. Del resto, trattandosi di trust che hanno il preciso fine di liquidare un bene al meglio possibile, per consegnarne poi l'equivalente al curatore, non si capisce in alcun modo l'utilità di prevedere posizioni beneficiarie.

È pacifico che i meccanismi proprio del concorso siano di natura pubblicistica e, in quanto tali, del tutto sottratti alla libera iniziativa negoziale dei soggetti coinvolti: ci riferiamo alla individuazione dei creditori concorsuali, attraverso il meccanismo processuale della formazione dello stato passivo, e la ripartizione fra essi dell'attivo fallimentare in base a un piano di riparto che tenga conto della natura specifica dei crediti ammessi (privilegiati, con privilegio speciale, chirografari) redatto dal Curatore.

Stante ciò, il trustee del trust con beneficiari, non potrebbe in alcun modo provvedere a pagare i creditori, dovendo passare per la struttura di formazione processuale suddetta, rimessa dalla legge al pubblico ufficiale che occupa l'ufficio della curatela, con la logica conseguenza che l'attività di detto trustee mai potrà ritenersi solutoria nei confronti dei creditori concorsuali.

In conclusione, potremmo spingerci sino al punto di far ritenere il trust con beneficiari, rappresentati dai creditori concorsuali, e istituito dalla curatela per portare a compimento la liquidazione dell'attivo, una sorta di grave contraddizione in termini, in quanto parrebbe conferire al trustee poteri che, assolutamente, la legge fallimentare vieta a chiunque non sia il Curatore.

In ogni caso, la soluzione del trust di scopo, per simili fattispecie, è certamente la più semplice e strategica dal punto di vista operativo, sgomberando il campo dalle possibili ingerenze che i creditori, in quanto beneficiari, potrebbero fare sull'attività del trustee e, d'altro canto, da un punto di vista strettamente giuridico, essa parrebbe anche la più coerente con la legge fallimentare e diritto dei trust.

Non si può qui entrare nel merito approfondito di cosa sia un trust di scopo, non volendo anticipare temi di altri relatori, ma si segnalano solo alcuni punti di estrema importanza. L'assenza

allorquando alle soluzioni civilistiche predette, gli viene offerta la diversa alternativa di ricorrere all'istituzione di un trust autodichiarato, acconsente di buon grado²⁷.

Il Curatore espone quindi al Giudice Delegato²⁸ le diverse soluzioni civilistiche, evidenziandone le specifiche criticità e chiede quindi l'autorizzazione a proporre all'acquirente la diversa opzione del trust autodichiarato e il Giudice Delegato autorizza ai sensi dell'art. 41, 4° co l.f.

La scelta del trust autodichiarato è apparsa strategica per la procedura in quanto, non dando luogo a un trasferimento della proprietà al trustee, ma l'apposizione di un solo vincolo di destinazione sui beni del disponente, non avrebbe comportato l'assunzione da parte del trustee terzo di tutte le responsabilità civilistiche e urbanistiche conseguenti la vendita di immobili.

Parimenti il vincolo di destinazione impresso sull'immobile, trascritto nei Pubblici Registri Immobiliari della Conservatoria di Bologna, che riporta l'obbligo di far intervenire al momento della compravendita il Curatore, affinché venga rimesso a sue mani il prezzo di vendita, sino alla concorrenza della somma di 100.000 euro, ha ottenuto il risultato, di riflesso, che la vendita del bene sarebbe divenuta impossibile, o per meglio dire estremamente difficile, senza assolvere a detta condizione.

La pubblicità del vincolo, infatti, produce l'effetto di rendere conoscibile ai terzi, e quindi loro opponibile, l'esistenza e il tenore del vincolo stesso, sicché il terzo, che avesse comprato senza rispettare la condizione, certo non avrebbe potuto validamente difendersi eccependo la propria buona fede²⁹.

Da ultimo, in relazione a questo primo trust, il potere di revoca del trustee da parte del guardiano-curatore, consente, in caso di inerzia del trustee, la sostituzione con un trustee terzo al quale, però, dovrà contestualmente trasferirsi in proprietà il fondo.

Nella pratica la sostituzione del trustee non è stata necessaria. Il fratello del fallito si è attivato con diligenza, il bene è stato venduto, il Curatore è intervenuto al rogito, rilasciando quietanza di avvenuto pagamento della somma e contestualmente dichiarando l'intervenuta cessazione del trust per perseguimento dello scopo.

²⁷ Abbiamo già detto, infatti, che la mancata adesione dello Stato Italiano all'art.20 della Convenzione rende impossibile la istituzione di trust per ordine giudiziale

²⁸ Si veda istanza al GD e pedissequo decreto del 2 marzo 2010 cit.

²⁹ M LUPOI, *I trust in diritto civile*, cit. precisa che laddove il trustee non comunichi la sua qualità di trustee, al terzo con il quale sta negoziando, questi potrà legittimamente opporre, alla domanda di annullabilità, la sua buona fede. Ciò tuttavia non è possibile nel caso in cui il terzo sia stato reso edotto circa tale qualifica in capo alla sua controparte posto che: "la rivendicazione convenzionalmente prevista è riconducibile nel nostro ordinamento all'azione di annullamento e l'onere di assumere informazioni è l'altra faccia della buona fede." In questo senso v. anche A TONELLI, in *I Patrimoni di destinazione*, AA.VV., Rimini, 2006, cit dove si rammenta che per il principio generale di cui all'art. 1147, 2° co. c.c. "la buona fede non giova se dipende da colpa grave". Alla luce di tale norma appare fondato sostenere che il terzo, che abbia avuto modo di verificare nei PP RR II l'esistenza del trust, non possa poi validamente eccepire di non esserne stato messo a conoscenza.

Il secondo caso è analogo al primo, pur presentando peculiari aspetti con riferimento all'art. 2645 ter cc.

Il Curatore del fallimento di una srl intende promuovere azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore, nullatenente.

Interviene un parente dell'amministratore e offre in pagamento, laddove il Curatore addivenga a transazione con questi, l'intero ricavato della vendita di un immobile suo personale e, *medio tempore*, i canoni di locazione che percepisce su detto immobile.

La transazione ha tempi lunghi per addivenire a conclusione ma il Curatore ritiene prioritario interesse per la procedura assicurarsi subito la garanzia di pagamento nei termini proposti dal terzo.

Si ricorre anche in questo caso al trust autodichiarato di scopo, sempre retto dalla legge di Jersey e con nomina del Curatore nella funzione di guardiano senza soluzione di continuità

Di rilievo è la menzione, in atto istitutivo di trust, di una condizione risolutiva del trust rappresentata dal mancato perfezionamento della transazione, fra curatore e amministratore della società fallita, entro un termine previsto.

Notoriamente la condizione non impedisce di trascrivere sin da subito il vincolo rappresentato dal trust nei PPRRII alla quale poi è seguita, a transazione conclusa, l'annotazione di mancato avveramento della condizione stessa.

Il trust ha previsto un meccanismo in grado di assicurare l'incasso dei canoni sino alla vendita, dando nella sostanza un titolo esecutivo a mano del curatore in caso di inadempimento da parte del trustee, azionabile con immediato precetto stante la forma della scrittura privata autenticata dell'atto istitutivo.

Di grande rilievo è invece un fatto sopravvenuto che ha interessato la medesima procedura fallimentare.

Istituito il trust autodichiarato, viene prospettato alla curatela un concordato fallimentare del quale sarebbe stato assuntore la società a responsabilità limitata proprietaria del 100% delle quote della fallita.

In particolare, la socia di maggioranza dell'assuntore propone di garantire la corretta esecuzione del concordato con il danaro che avrebbe ricavato dalla vendita di un bene immobile di sua esclusiva proprietà.

La vicenda è analoga ai casi prospettati e quindi senza esitazioni il Curatore propone all'assuntore la soluzione del trust autodichiarato.

L'opzione non incontra il favore dei consulenti dell'assuntore, che manifestano aperta diffidenza verso l'istituto, e propongono in alternativa di apporre sull'immobile un vincolo di destinazione ex art. 2645 ter cc.

In questa sede, solo un breve *excursus* a riguardo di questa norma, entrata nel nostro ordinamento a cavallo fra il 2005 e 2006³⁰.

L'art. 2645 ter cc è sistematicamente posto nell'ambito delle norme del codice civile che trattano della trascrizione, consentendo la trascrizione non solo dei vincoli di destinazione, che compaiono nel nostro diritto positivo per la prima volta, ma anche indirettamente dei trust³¹.

³⁰ L'articolo è stato inserito nel codice civile ad opera dell'art. 39-novies, d.l. 30 dicembre 2005, n.273, conv. in l. 23 febbraio 2006 n.51

³¹ L'avvento di questa norma diede via ad un dibattito dottrinale molto acceso posto che alcuni ritenevano enucleasse la legge italiana sul trust. M. LUPOI, in *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter cc quale frammento di Trust*, in T&AF, 2006, 2, 169 e ss., chiari subito come la norma nulla avesse a che fare con il trust in quanto carente della struttura fondante del trust rappresentata dalla obbligazione e rapporto fiduciario che lega le parti di un trust fra loro. Altra questione diruppe nei consessi scientifici quando ci si rese conto che, per la prima volta dopo quasi 50 anni di silenzio assoluto, il legislatore aveva rispolverato il concetto di "interesse meritevole di tutela". Ci si chiese allora se questa meritevolezza implicasse un'indagine di merito da parte del giudice, sulla causa specifica dell'atto di destinazione, ovvero se il criterio fosse solo da ricondurre a una semplice indagine di liceità dell'atto. Fra la prima dottrina che si espresse in tema si segnalò A. PICCIOTTO, *Brevi note sull'art. 2645 ter cc: il trust e l'araba fenice*, in Contr. Impr., 2006, 1314 e ss e G. FANTICINI, *i trust nell'ordinamento giuridico italiano, certezze e prospettive*, in AA. VV., *I patrimoni di destinazione*, cit. In particolare un efficace contributo in ordine al rapporto fra legittimazione del trust interno e meritevolezza di tutela degli interessi, fu certamente apportato da A. PICCIOTTO, *L'approccio del giudice sulla validità formale del trust in sede sommaria, cautelare e tavolare*, in *IV Congresso dell'Associazione il Trust in Italia*, Milano, 16-18 ottobre 2008, i cui Atti sono pubblicati in, *I professionisti e il trust*, Quaderni di T&AF, 10, Milano, 2009. L'Autore, in particolare, ripercorre prima la storia del nostro diritto facendo emergere come il principio della meritevolezza di tutela, di matrice corporativa, sia stato poi interpretato in modo radicalmente diverso dalla dottrina, e giurisprudenza di legittimità, anche immediatamente successiva all'avvento della Repubblica. Sottolinea infatti l'Autore come non si possa interpretare questa norma nel senso di attribuire al giudice un potere di indagine effettiva sull'interesse portato da qualsivoglia negozio giuridico. Se così avvenisse, entrerebbero in gioco i valori personali, etici, culturali o religiosi dell'interpretare i quali, squisitamente personali e soggettivi, non possono mai assurgere a oggettivo parametro di valutazione. Ne consegue come sia meritevole, per questo Autore, ma anche per G. FANTICINI cit., solo ciò che paia lecito rispetto al diritto positivo senza che all'interprete possa essere richiesto di effettuare indagini ulteriori o più specifiche. In giurisprudenza poi, il Tribunale di Reggio Emilia, con sentenza del 23-26 marzo 2007, in Guida al Diritto, 2007, 18, 58 e ss., con nota di A. TONELLI, affronta un caso di impiego di questa norma al fine di garantire la destinazione della casa coniugale ad abitazione della prole. Fra le righe del provvedimento il Tribunale dimostra di convenire con la dottrina citata, e su tutti M. LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter cc quale frammento di Trust*, cit. che aveva subito censurato la pretesa di rinvenire nell'art. 2645 ter cc la "legge italiana sul trust" (tesi sostenuta da isolata dottrina prevalentemente di matrice notarile). Ulteriore questione relativa a detta norma, e trattata da tutta la dottrina e giurisprudenza qui citata, riguardava gli effetti del trust (per loro natura dinamici e in grado di adattarsi ai fatti che sopravverranno) del tutto diversi dai meri effetti statici che realizza il vincolo di destinazione ex art. 2645 ter cc. La conclusione unanime a cui giunse detta dottrina fu quella di riconoscere alla norma civilistica la sola natura di norma sugli effetti e non di nuova tipologia d'atto, ossia l'avvento nel diritto civile dell'atto di destinazione (secondo l'interpretazione data all'art. 2645 ter dalla dottrina notarile). Le conseguenze erano, sempre per la citata dottrina, che invero si condividono pienamente, che il vincolo di destinazione, come inteso dall'art. 2645 ter cc, può ritenersi valido solo se accedente ad un negozio giuridico sottostante (vendita, permuta, trust, transazione etc.) mentre non risulta in grado di acquisire autonoma individualità giuridica di negozio a sè stante. Da ultimo detta dottrina mosse condivisibili censure sul tenore letterale dell'art. 2645 ter cc, precetto estremamente caotico, in quanto prima circoscrive la sua applicazione alle "persone con disabilità" poi la estende a una serie di ulteriori soggetti: persone fisiche e giuridiche, tali da rendere del tutto contraddittorio il limite iniziale e, in questo senso, in particolare G. FANTICINI cit. La verità è che l'art. 2645 ter cc rappresenta una norma fortemente voluta da quella parte del notariato che ancora si opponeva - e si oppone - alla trascrizione nei PP RR II del titolo di proprietà del trustee (ma anche in generale al riconoscimento dei trust interni) dimenticando tuttavia come ciò era stato possibile, ben prima

In punto ai trust è doveroso precisare che proprio non c'era necessità di alcuna norma che ne legittimasse la trascrizione posto che già veniva eseguita da anni, in forza dell'art. 12 della Convenzione in combinato disposto con gli artt 2643 e ss cc³².

Oggetto di dibattito dottrinale diffuso, soprattutto per aspetti che rilevano in questa sede, è se la norma avesse introdotto nel nostro ordinamento una nuova tipologia di atto: l'atto di destinazione o se invece, come sostenevano altri, detta norma fosse solo sugli effetti e quindi destinata ad operare in forza di un preciso negozio giuridico sottostante: permuta, vendita, transazione, trust³³.

Nel caso di specie tuttavia il problema è di immediata e banale soluzione in quanto il vincolo risultava causalmente al concordato fallimentare con l'effetto di rinvenire un valido negozio giuridico sottostante in grado di vanificare ogni possibile eccezione.

Ciò che invece risultò di tutta evidenza sin dalla prima disamina della bozza di atto di destinazione presentata alla curatela, fu l'effettiva staticità del vincolo apposto, che non garantiva in alcun modo la procedura, a differenza del trust.

Con il trust, il curatore può in qualsiasi momento sostituire il trustee inerte, con il vincolo l'opzione è preclusa senza contare le problematiche pratiche derivanti dalla possibilità che, a una certa data, vuoi per inerzia del costituente il vincolo, vuoi per altre ragioni di contingenza, l'immobile fosse risultato invenduto.

L'opzione proposta dall'assuntore per ovviare a questa criticità era rappresentata dalla possibilità offerta al curatore, al maturarsi di una detta data, di acquisire il bene nella procedura per venderlo con i meccanismi delle vendite competitive che, tuttavia, si è subito rivelata foriera di problemi e aggravati fiscali.

La soluzione invero salomonica alla quale la curatela è ricorsa e stata allora, per un verso, rappresentata dal tentativo di dare dinamicità al vincolo, ad esempio prevedendo una clausola nella quale l'assuntore si obbligava a mettere in vendita l'immobile, così provando a renderlo più simile al trust, e per altro verso enunciando sin dall'atto di costituzione del vincolo stesso, un mandato a vendere il bene, in favore del curatore o del terzo che questi a suo tempo indicherà, a decorrere da una certa data.

Con il trust sarebbe stato tutto diverso

dell'avvento della stessa, in forza del combinato disposto di cui all'art. 12 della Convenzione con gli artt. 2643 e ss come efficacemente ordinò il Tribunale di Bologna, sin dall'anno 2000, con il noto decreto dell'18 aprile, in T&AF, 2000, 372 e ss cit., con commento di A. TONELLI, in Rivista del Notariato, 2001, 45 e ss e successivamente anche per l'iscrizione di quote societarie nel Registro delle Imprese, nuovamente il Tr. Bologna 16 Giugno 2003 in T&AF, 2003, 580 e ss. con nota di A. TONELLI in Rivista del Notariato, 2003, 1.
³² Anche nel sistema tavolare era stato possibile trascrivere prima dell'art. 2645 ter cc: Tr. Trento, sez. Cavalese, 20 Luglio 2004 in T&AF, 2004, 573 e ss; Tr. Trento, sez. Cles, Giudice Tavolare, 7 Aprile 2005 in T&AF 2005, 406 e ss; Tr. Trieste Giudice Tavolare 23 Settembre 2005 in T&AF, 2006, 83 e ss
³³ Vd. note precedenti

La tipologia di crediti cedibili non conosce limiti di sorta e, a parte quelli fiscali, sono altresì cedibili anche i crediti futuri purchè sia in essere il rapporto da cui hanno titolo così da renderli determinati o determinabili⁴⁰.

Il trasferimento dei crediti in capo al cessionario avviene, secondo giurisprudenza consolidata nel momento in cui il credito viene ad esistenza⁴¹ posto che, prima di tale evento, il contratto produce solo effetti obbligatori fra le parti. Ne consegue che, con la venuta ad esistenza del credito, l'unico legittimato a ricevere il pagamento diviene il cessionario.

Per ciò che concerne invece i crediti oggetto di contestazione, la fattispecie è stata estesa anche alla cessione delle conseguenti domande di condanna o accertamento che, ovviamente, devono sempre essere cedute in uno con il credito sottostante⁴² (ad eccezione, l'unica possibile, dell'azione revocatoria).

Cedere il credito significa allora cederne i relativi privilegi, garanzie reali o personali, accessori connessi sicchè, per gli effetti di cui all'ult. co dell'art. 1263 cc., salvo patto contrario, la cessione comprenderà anche gli interessi scaduti benchè si tratti di fattispecie ontologicamente diversa dal credito in sé medesimo.

L'art. 1266 cc impone al Curatore, salvo patto contrario, di dare garanzia circa l'esistenza del credito ceduto, ferma la responsabilità del cedente per fatto proprio.

Diversamente, nel caso di cessione a titolo gratuito, la garanzia è dovuta solo nei casi e nei limiti previsti dalla legge a carico del cedente per evizione.

Autorevole dottrina⁴³ ritiene che in ambito fallimentare si debba preferire l'esclusione del patto che garantisce l'esistenza del credito da parte del cedente, stante l'incertezza sull'esatta portata dell'art. 1266 cc in questo contesto, al fine pratico di evitare alla curatela onerose chiamate in garanzia.

Per riassumere, quindi:

- il cedente – Curatore – non risponde normalmente della solvibilità del debitore ceduto
- il solo legittimato alla riscossione è il cessionario
- prima della venuta ad esistenza del credito, il contratto di cessione produce solo effetti obbligatori

Alla luce di ciò si veda come inciderebbe la diversa opzione del il trust

La cessione dei crediti è a titolo gratuito e quindi la garanzia è da escludersi, salvo che l'evizione non dipenda dal dolo o da fatto personale del soggetto.

⁴⁰ M. Ferro, La legge fallimentare, Padova, 2007, 806 e ss. che richiama anche la C.App di Milano 2 febbraio 1996.

⁴¹ Cass. 12 giugno 2007 n. 13768; Cass. 27 gennaio 2006 n. 1259; Cass. 31 agosto 2005 n. 17590; Cass. 22 aprile 2003 n. 6422; Cass. 19 giugno 2001 n. 8333.

⁴² Vd. C. CAVALLINI, *Commentario alla legge fallimentare*, Artt 64-123, 989.

⁴³ C. CAVALLINI cit. non ritiene in assoluto incompatibile con il fallimento che la cessione del credito avvenga *pro solvendo*, 989.

Rispettate forme e termini del contratto di cessione di cui agli artt. 1260 e ss cc. è comunque evidente che si produrrà l'immediata segregazione delle posizioni giuridiche cedute in un patrimonio separato, rispetto a quello personale del trustee, di talchè alcuna confusione sarà possibile in futuro.

Le fasi di recupero, o comunque di incasso del credito, sono oneri e obblighi del solo trustee, il cui risultato consegnerà al Curatore, detratte spese e onorario del trustee.

- Risultano allora di palmare evidenza le differenze fra trust e cessione del credito pura e semplice:
- il margine di recupero del credito, non più venduto al terzo, ma cedutogli a titolo gratuito, si eleva;
 - l'eventuale insolvenza del debitore ceduto, si spalma su tutto il ceto creditorio, in termini di minor incasso di somme rispetto al previsto, lasciando indenne il Curatore e la procedura da azioni di sorta;
 - gli effetti obbligatori che il contratto di cessione produce, allorché diventano reali, per venuta ad esistenza del credito, si ripercuotono su posizioni soggettive e diritti già segregati in trust con ogni conseguente impossibilità di illegittima distrazione di somme o di confusione del patrimonio;
 - il problema della compensazione, che il debitore ceduto potrebbe opporre, come accade di norma per la cessione dei crediti fiscali, viene scongiurato nel trust, posto che il trasferimento del credito in capo al trustee risulta esclusivamente funzionale alla destinazione della risorsa recuperata al ceto creditorio.

L'ultimo comma della norma in commento prevede poi, quale soluzione alternativa alla cessione dei crediti, il contratto di mandato per la riscossione dei crediti che il Curatore è chiamato a stipulare con il mandatario.

Si è quindi codificata la prassi di molti uffici giudiziari che spesso affidavano a soggetti terzi, di solito società facenti parte di gruppi bancari, il compito di trasformare in moneta fallimentare i crediti esistenti.

Questa norma è strettamente correlata con l'art. 104 ter l.f. 3° co, che consente al Curatore di affidare ad altri professionisti la liquidazione dell'attivo.

Evidenti le differenze con la cessione di credito, atteso che il mandato non ha efficacia reale ed il credito rimane in capo al mandante, mentre il mandatario diviene legittimato a riscuoterlo in nome e per conto del mandante.

La dottrina ha evidenziato come tale strumento abbia di fatto scarsa utilità pratica, servendo a mero sgravio per il Curatore senza incidere sensibilmente sui tempi di definizione della procedura.

Nuovamente i criteri generali del rapporto fra trust e cessione dei crediti accennati lasciano intuire come il trust possa risultare soluzione validamente alternativa al ricorso al mandato.

Sussiste infine un'ultima possibilità da analizzare che evidenziamo sin dall'avvento della riforma⁴⁴

Recita il penult. co. dell'art. 104 ter lf.: *il Curatore previa autorizzazione del Comitato dei Creditori, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente. In questo caso il Curatore, ne dà comunicazione ai creditori i quali in deroga a quanto previsto dall'art. 51, possono iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore.*

In presenza di simili accadimenti, si riapre la corsa personale dei creditori *uti singuli* mediante azioni esecutive individuali.

La soluzione offerta dal trust è radicalmente nuova: il bene viene trasferito dal Curatore ad un trustee, a beneficio di tutti i creditori concorsuali. Se da un canto quindi cessa la segregazione legale per effetto della cancellazione dell'annotata sentenza dichiarativa di fallimento, contestualmente sorge una segregazione volontaria effetto del trust che imprime sul bene *de quo* il vincolo di destinazione.

La *par condicio* sarebbe assicurata e si eviteranno le eventuali riduzioni, o comunque liti, che potranno derivare, in ragione dell'integrale soddisfacimento ottenuto da un solo creditore, rispetto agli altri, che veda ridotto il suo credito per il quale inizialmente era stato ammesso al passivo.

Ovviamente optare per questa soluzione, rispetto a quella ordinaria di cui all'ultimo comma della norma in commento, dipende dalla tipologia di bene e specificità del fallimento rispetto alla posizione dei creditori concorsuali.

Veniamo ora ad alcune considerazioni finali su un tema delicato che in questa sede potremo trattare solo marginalmente: la possibilità di ricorrere al trust a ridosso della chiusura della procedura come mezzo per accelerarne la definizione.

Ci sono stati alcuni esempi pratici di estremo interesse⁴⁵

⁴⁴ Ci riferiamo alla ns. relazione, *Il ruolo del trust nelle fasi successive alla chiusura del Fallimento*, al Convegno *Trust e procedure concorsuali*, Bologna 8 giugno 2007 che è oggi condivisa anche da F S FILOCAMO cit. 1126

⁴⁵ Per un caso pratico di specie si rinvia a quello esposto in nota 35 e per uno ulteriore a A. TONELLI M. MONTEFAMEGLIO, *Il trust rende possibile la chiusura in tempi rapidi della liquidazione coatta amministrativa di una cooperativa emiliana*, in T&AF, 2010, 328 e ss. La vicenda è la seguente: la procedura è ormai giunta al termine e, in ragione di riparti parziali eseguiti dal commissario liquidatore, i creditori risultano integralmente soddisfatti. Residua un attivo che per legge, in ragione della tipologia specifica della cooperativa *de qua*, deve essere devoluto ad un ente pubblico ministeriale, una sorta di fondo cooperative. Vi è altresì un contenzioso pendente fra la cooperativa e l'Inps circa alcuni crediti che, ad oggi, sono stati riconosciuti dalla Corte di Appello di Bologna di spettanza della cooperativa e quindi della procedura. La sentenza di II grado non è ancora passata in giudicato ma, verosimilmente, sarà oggetto di ricorso in Cassazione da parte dell'Inps. In ragione dell'esecutività di diritto delle sentenze di II grado, la procedura sta per incassare dalla parte soccombente la somma ingente oggetto di condanna che potrebbe divenire di definitiva spettanza della procedura nel caso in cui la Cassazione dovesse confermare la sentenza di II grado. In tale ipotesi, questa somma, insieme all'attivo attuale, dovrà comunque essere devoluta per

Una riflessione è legittimata dalla nuova formulazione dell'art. 117 l.f. che consente di effettuare accantonamenti che non impediscono la chiusura della procedura⁴⁶.
Uno fra i problemi più delicati in ordine a questa fase della procedura concorsuale è sempre stato rappresentato dalla possibilità di ultrattività degli organi concorsuali dopo la chiusura del fallimento⁴⁷.

legge al fondo cooperative. La pendenza di questa situazione, se da un canto rende impossibile per la procedura addivenire alla sua conclusione, d'altro canto appare di ostacolo all'obbligo del commissario (per questioni attinenti il caso di specie) procedere entro un termine preciso alla chiusura della liquidazione ex art. 213 lf. Il Commissario liquidatore, allo stato, non ha alcun interesse a costituirsi nell'eventuale impugnazione in Cassazione che facesse l'Inps. Certo non può ravvisarsi alcun interesse nella procedura all'acquisizione di quel credito stante l'avvenuto integrale soddisfacimento di tutto il ceto e l'impossibilità di restituire l'attivo alla cooperativa poiché spetta ad un soggetto estraneo alla procedura, appunto il fondo cooperative. In simile scenario, l'eventuale costituzione nel giudizio di cassazione da parte della procedura potrebbe addirittura essere viziata da carenza di legittimazione ad agire in quanto il commissario non rappresenterebbe certo un interesse della procedura né potrebbe patrocinare le ragioni del fondo cooperative contro l'Inps. In altri termini, le sorti di questo credito sono del tutto neutre rispetto agli interessi della procedura e del ceto creditorio. Il trust ha consentito di risolvere l'impasse. Lo scopo del trust è rappresentato evidentemente dall'interesse, se vogliamo pubblico, di concludere la procedura ex art. 213 lf. nonostante l'esistenza di una posizione processuale che di fatto lo impedirebbe. La strategia adottata è stata quella di chiedere all'Autorità di Vigilanza l'autorizzazione a istituire un trust ove far confluire la somma nel frattempo incassata, nominandone trustee il commissario liquidatore a titolo personale. Al passaggio in giudicato della sentenza che stabilirà il soggetto al quale spetterà la somma, il trustee dovrà limitarsi a trasferirgli la somma (nel frattempo segregata dagli effetti che il trust ha prodotto) incrementata dagli eventuali interessi. Ovviamente i possibili destinatari della somma sono o l'Inps o il Fondo cooperative mentre nel frattempo la procedura sarà cessata. All'evidenza si è chiusa una liquidazione coatta amministrativa che diversamente sarebbe rimasta in essere per alcuni anni solo per ragioni tecniche, di alcuna utilità pratica.

⁴⁶ La tipologia di accantonamenti che non impediscono la chiusura della procedura posso essere riassunti in a) quelli in favore di creditori oppositori, art. 113, 1° co n. 1); b) quelli relativi a giudizi di impugnazione o revocazione, art. 113, 1° co n.4); c) quelli relativi a provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora passati in giudicato che tuttavia consentono alla procedura di ricevere somme, art. 113, 3° co; d) quelli aventi titolo dalla sentenza di accertamento di un credito nel confronti del fallito, pronunciata prima della dichiarazione di fallimento, art. 96, 3° co n. 3. Sul punto si rinvia, per maggior dettaglio a C. CAVALLINI, *Commentario alla legge fallimentare*, cit., Artt. 64-123, 1327 e ss. che evidenzia altresì come possano essere oggetto di accantonamento, in base alla nuova dizione dell'art. 117, 2° co anche i crediti relativi a condizioni non ancora verificatesi e i crediti condizionati ammessi con riserva di cui all'art. 96, 3° co n. 1. Da ultimo l'Autore ritiene accantonabili anche i crediti aventi titolo da provvedimenti cautelari proprio in ragione del fatto che la mancata distribuzione degli stessi assicura per contro la opportuna garanzia di loro conservazione nelle more del passaggio in giudicato del procedimento di cognizione al quale il cautelare è strumentalmente collegato.

⁴⁷ La possibilità, o meno, fortemente dibattuta in dottrina, di ultrattività degli organi del fallimento, dopo la chiusura della procedura ha sempre visto discordanti opinioni dottrinali, pro: A CALAVAGLIO, *La chiusura del fallimento*, in *Le Procedure Concorsuali*, Trattato diretto da RAGUSA MAGGIORE, G COSTA C, III, Torino, 1997, 596 e ss, contra A BONSIGNORI, *La liquidazione dell'attivo e il riparto*, in *Le Procedure Concorsuali*, Trattato diretto da RAGUSA MAGGIORE, G COSTA C, III, Torino, 1997, 562 e ss. In giurisprudenza si riscontrano solo alcune coraggiose – e quindi isolate – pronunce a riguardo. Si segnala in particolare il Tribunale di Padova del 26 aprile 2002 che, in tema di recupero di crediti fiscali, con lungimiranza giuridica affermava: "Non è nuova al complesso fallimentare l'ipotesi della sopravvivenza degli organi della procedura per il compimento di atti specifici che non poterono essere compiuti durante la procedura stessa (e non era opportuno né necessario lasciare aperto il fallimento) o la cui necessità si manifesta solo dopo la chiusura della procedura: si vedano gli art. 18 lf. Sulla prosecuzione da parte del curatore del giudizio di opposizione al fallimento, l'art. 21 2° co sulla liquidazione delle spese della procedura e del compenso del curatore dopo la revoca del fallimento, l'art 102, 5 co, sulla prosecuzione del giudizio di revocazione contro i crediti ammessi, l'art. 117, 2° co sul riparto di quote precedentemente

Infatti proprio partendo dal citato art. 117, scrive un Autore: "L'aver generalizzato la possibilità di chiudere la procedura fallimentare in presenza di un accantonamento obbligatorio di cui all'art. 113 l.f. ha come diretta conseguenza quella di attribuire piena efficacia endofallimentare ad un accertamento giudiziale destinato a produrre i suoi effetti solo dopo la chiusura del fallimento e al verificarsi di talune condizioni. Le condizioni che discendono da tale considerazione sono tutt'altro che trascurabili. Innanzitutto si pone il problema della necessaria conservazione della legittimazione processuale in capo al curatore di tutti i giudizi aventi ad oggetto l'accertamento dello stato passivo in cui è stato disposto l'accantonamento e ciò nonostante la chiusura della procedura fallimentare. In secondo luogo e in diretta conseguenza di quanto sopra si dovrebbe stabilire che l'accantonamento dovrebbe ricomprendere non solo le somme destinate eventualmente ai creditori vittoriosi ma anche le somme necessarie per le spese legali dei relativi giudizi"⁴⁸.

Altra dottrina sembrerebbe più propensa a riconoscere la possibilità di ultrattività degli organi che la giustifica con lo: "... scopo di realizzare appieno le finalità liquidatorie che va quindi intesa non solo come un complesso di norme processuali o sostanziali di un sistema chiuso e fine a se stesso, il che potrebbe in ipotesi portare a negare l'ultrattività degli organi fallimentari fuori dei casi espressamente previsti, ma come uno strumento di attuazione del concorso dei creditori dotato di ultrattività fino alla piena realizzazione dei suoi scopi sempre entro i limiti della legge fallimentare"⁴⁹.

Lasciando allora alla dottrina fallimentarista il raggiungimento di un punto condiviso in ordine alla legittimità o meno della ultrattività degli organi concorsuali rimane il concreto dato fornito dalla norma in esame per la quale, se tali accantonamenti sono possibili, e non impediscono la chiusura della procedura, la messa in pratica di tali operazioni potrebbe nel concreto necessitare di ultrattività dell'organo concorsuale quanto meno con riferimento alle azioni giudiziali che siano pendenti e dalle quali, tuttavia, la procedura ha incassato somme che, proprio per tale pendenza, non può distribuire.

In questo contesto, di grande aiuto sarebbe il ricorso al trust

accantonate, l'art. 136, 1 co e 3 co relativamente alla sorveglianza sull'esecuzione del concordato fallimentare. E' dunque immanente al sistema, e quindi compatibile con esso la sopravvivenza degli organi fallimentari allo scopo di realizzare appieno le finalità liquidatorie della procedura fallimentare che va quindi intesa non soltanto come un complesso di norme processuali e sostanziali di un sistema chiuso e fine a sé stesso, il che potrebbe, in ipotesi a negare l'ultrattività degli organi fallimentari fuori dei casi espressamente previsti ma, come uno strumento di attuazione del concorso dei creditori dotato di ultrattività fino alla piena realizzazione dei suoi scopi, sempre entro i limiti della legge fallimentare".

⁴⁸ C CAVALLINI, Commentario alla legge fallimentare, cit., Artt. 64-123, 1328

⁴⁹ G. LIMITONE, Chiusura della procedura concorsuale ante riforma, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. FERRO, Padova 2010, III, 150 e ss.

Per non portare questo ragionamento a estreme conseguenze⁵⁰ ci limitiamo a ipotizzare la mera eventualità di accantonamento per il tramite di un trust⁵¹ il cui atto istitutivo contenga precise e dettagliate istruzioni per il trustee in ordine alla gestione di dette somme *medio tempore*. Vorremmo infatti risaltare come simile trust possa essere pensato secondo due diverse soluzioni: la prima vede nel trustee il soggetto destinato solo alla conservazione delle somme, con l'effetto che al momento in cui le medesime saranno da attribuirsi, di fatto il trustee le riconsegna solo al Curatore (in questo caso certamente si versa in ipotesi di ultrattività dell'organo della curatela) che provvederà alla distribuzione secondo quanto necessario per il caso specifico. La seconda invece, più ardita,⁵² che vede l'atto istitutivo corredato dal piano di riparto redatto dal Curatore e già approvato, al quale il trustee deve attenersi in fase di distribuzione di queste somme fra i creditori aventi diritto e secondo appunto le percentuali tassativamente già indicate dal Curatore; in questa ipotesi il trustee svolgerebbe indubbiamente un compito solutorio rispetto ai diritti dei creditori ma circoscritto ad un ambito nel quale non ci sembra vengano in essere violazioni di precetti fallimentari.

⁵⁰ Che si avrebbero laddove si ipotizzasse ad esempio nel trustee la persona deputata a portare avanti il giudizio pendente con una successione di questi nel diritto controverso, ex art. 110 cpc. Invero il dato letterale di cui all'art. 106 l.f. che legittima il curatore a cedere i crediti, anche se oggetto di contestazione, potrebbe far presumere la legittimità della cessione a titolo gratuito al trustee sia del credito sia, soprattutto dell'azione processuale sottostante, con il diverso risultato, rispetto alla cessione a titolo oneroso, dell'obbligo per il trustee di restituire alla massa, il ricavato derivate dall'esito vittorioso dell'azione che, il curatore, provvedere a gestire e suddividere fra i creditori secondo le norme concorsuali. E' ovvio che in tali ipotesi occorrerà trasferire al trustee anche le somme necessarie ad affrontare i costi dell'azione, comprendendo l'ipotesi della condanna alle spese in caso di soccombenza con l'effetto, molto più pratico che giuridico, che la valutazione sull'opportunità di simile scelta non potrà che dipendere dalle caratteristiche dello specifico fallimento

⁵¹ Il Tribunale di Roma 11 Marzo 2009, in T&AF, 2009, 541 e ss, ha trasferito a trustee delle somme del fallimento destinate a creditori irreperibili e l'atto istitutivo di trust prevedeva, in caso di reperibilità dei creditori nei 5 anni di legge, l'obbligo per il trustee di distribuirle fra costoro conformemente alle ripartizioni specifiche già individuate nel piano di riparto redatto dal Curatore, esecutivo, e allegato all'atto di trust stesso

⁵² E pare quella adottata dal tribunale romano di cui alla nota che precede