

LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE E GLI ISTITUTI DI SEGREGAZIONE DEL PATRIMONIO

A) PREMESSA

La responsabilità patrimoniale in generale

La responsabilità patrimoniale è lo strumento, previsto dalla legge, di cui il creditore può avvalersi in caso di mancato spontaneo adempimento del debitore.

Nel nostro ordinamento, la sanzione cui va incontro il debitore che non adempie alle proprie obbligazioni, è di natura esclusivamente patrimoniale.

Il principio è codificato nell'art. 2740 c.c. per il quale *"Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri"*; ne consegue che tutti i suoi beni, presenti e futuri, sono la garanzia generica per tutti i creditori del debitore.

Ma il creditore, per la tutela del suo credito in caso di mancato pagamento da parte del debitore, non agisce "automaticamente" aggredendo direttamente o impossessandosi dei beni del suo debitore.

Il più delle volte egli dovrà ottenere, preliminarmente, una pronuncia di un giudice – conseguente ad una c.d. "azione di cognizione" – che accerti l'esistenza del credito e la sussistenza dell'inadempimento, per poi promuovere un'azione di condanna c.d. "azione esecutiva" che potrà avere come conseguenza l'aggressione del patrimonio del debitore tramite l'azione esecutiva del nostro processo civile.

L'obbligazione del debitore è infatti caratterizzata da una prestazione e il dovere di prestazione del debitore è correlato alla pretesa del creditore ad un esatto adempimento: ciò significa che al diritto del creditore corrisponde l'obbligo del debitore.

Solo la mancanza dell'esatta prestazione si potrà concretizzare nella pretesa del creditore a una diversa soddisfazione patrimoniale sui beni del debitore.

La predetta distinzione tra obbligazione e responsabilità si può evincere dal fatto che, nel nostro codice civile, le due discipline sono collocate diversamente per le obbligazioni (Libro V artt. 1176 e segg. c. c.) e per la tutela dei diritti Libro VI artt. 2643 e segg. c.c.).

Al fine di meglio individuare il rapporto intercorrente tra obbligazione e responsabilità bisogna fare riferimento a :

- 1) adempimento dell'obbligazione: svolgimento del rapporto obbligatorio con l'esatto adempimento dell'obbligo da parte del debitore (artt. 1176 e segg. c.c.);
- 2) inadempimento dell'obbligazione e risarcimento del danno: possibilità che non si verifichi l'esatto adempimento spontaneo del debitore (artt. 1218 e segg. c.c.);
- 3) responsabilità patrimoniale e garanzie: sanzione e tutela del creditore per l'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione (artt. 2740 e segg. c.c.);
- 4) tutela giurisdizionale dei diritti: esecuzione " patologica " del rapporto obbligatorio (artt. 2910 e segg. c.c. e artt. 474 e 491 e segg. c.p.c per l'esecuzione forzata; artt. 2930 e segg. c.c. e 605 e segg. c.p.c. per l'esecuzione forzata in forma specifica).

In pratica, in ipotesi di mancato adempimento – imputabile al debitore – sorge l'obbligo al risarcimento del danno (danno emergente e lucro cessante) cui seguirà, per l'ipotesi del perdurare dell'inadempimento anche nei confronti della nuova obbligazione risarcitoria del danno, il diritto – in capo al creditore – di soddisfarsi sui beni (presenti e futuri) del debitore mediante l'esecuzione forzata.

La responsabilità patrimoniale quindi, quale criterio diretto a individuare il soggetto tenuto ad un determinato comportamento in presenza dell'inadempimento dell'obbligazione, costituisce il presupposto essenziale per l'esecuzione forzata, servendo a renderla possibile e a giustificarne la

pratica attuazione.

Va osservato che la sopra indicata distinzione tra obbligazione e responsabilità, può, a volte, subire delle eccezioni.

E così in ipotesi di c.d. "obbligazione naturale" (art. 2034 c.c., ove in pratica non sussiste alcuna obbligazione) si parla di "debito senza responsabilità" e, in ipotesi di fideiussione (art. 1936 c.c.), si parla di "responsabilità senza debito" (il fideiussore infatti ha una responsabilità patrimoniale verso il creditore garantito pur non essendo debitore principale dello stesso).

In forza di questa responsabilità patrimoniale, il debitore non subisce comunque alcun vincolo sopra i propri beni, che possono essere liberamente oggetto di atti di disposizione.

Infatti, il c.d. patrimonio "autonomo" del debitore costituisce una garanzia di tipo generico (e non specifico come con le cause legittime di prelazione quali sono, ad esempio, il pegno e l'ipoteca); esiste in pratica un dovere generico (non propriamente un obbligo) del debitore di mantenere integro il proprio patrimonio in favore dei suoi (presenti e/o futuri e potenziali) creditori.

Ne consegue che il debitore, nonostante la responsabilità gravante sul suo patrimonio, potrà liberamente disporre almeno fino a quando non vi sia il pericolo (attuale o futuro) che i creditori non possano più soddisfarsi a seguito di atti di disposizione sul patrimonio.

In tale ipotesi i creditori potranno esperire i c.d. "mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale" previsti dagli artt. 2900 e segg. c.c. (l'azione surrogatoria e soprattutto l'azione revocatoria e il sequestro conservativo).

Oggetto di responsabilità e quindi di esecuzione forzata, potranno essere solo i beni effettivamente compresi nel patrimonio del debitore al momento dell'inizio della procedura esecutiva diretta a colpire gli stessi, oltre ai beni (futuri) che dovessero pervenire al debitore (anche durante la procedura esecutiva): saranno pertanto oggetto di esecuzione soltanto quei beni che, pur non essendo nel patrimonio del debitore al momento della nascita della obbligazione, vi rientrano al momento in cui essa ha effettivo inizio.

Ne consegue che quanto fuoriuscito dal patrimonio del debitore non potrà più formare oggetto di esecuzione, salvo l'ipotesi prevista per la presenza di cause di prelazione (ad esempio privilegi speciali, pegno o ipoteca per il c.d. "diritto di seguito" intesi anche come eccezione alla c.d. *par condicio creditorum*, di cui vedi oltre) o per aver esperito i mezzi di tutela della garanzia patrimoniale quali l'azione revocatoria o il sequestro conservativo sui beni del debitore.

Rimane il fatto che in caso di autonomia patrimoniale perfetta, in presenza quindi di un c.d. patrimonio "autonomo", i creditori del soggetto che ne beneficia non possono aggredire il patrimonio di altri soggetti diversi dal debitore principale diretto.

È il caso, ad esempio, nelle società di capitali ove, per le obbligazioni assunte dalla società, risponde solo la stessa con il proprio patrimonio e tale regola non subisce modifiche neppure nell'ipotesi in cui le quote (di S.r.l.) o le azioni (di S.p.a.) appartengano ad un unico socio nelle società "unipersonali".

Ne consegue, d'altro canto, che in caso di c.d. autonomia patrimoniale "imperfetta" o di c.d. patrimonio "separato-segregato", la separazione con il patrimonio di altri soggetti o con il resto del patrimonio del debitore principale non è totale o definitiva.

In queste ipotesi, infatti, il nostro legislatore prevede alcune eccezioni alla regola generale dell'art. 2740 c.c.

Invero si può consentire ai creditori – quando il patrimonio del debitore non è sufficiente a garantire il pagamento del loro credito - di aggredire il patrimonio di altri soggetti anche se non direttamente obbligati.

Per la banca, ad esempio, possono essere rilevanti, in ipotesi di affidamento :

1) la possibilità della aggressione del patrimonio dei soci delle società di persone (salvo il c.d. cosiddetto "beneficio di escussione" nelle società in nome collettivo *ex art. 2304 del c.c.*) che costituiscono quasi dei "fideiussori illimitati" della loro società, con possibilità del loro fallimento

in caso di insolvenza della società;

2) la possibilità della aggressione del patrimonio del socio unico nelle società di capitali in ipotesi di violazione di obblighi di conferimento e di pubblicità (artt. 2325, 2° co. e 2475bis c.c.) che genera, comunque, sempre una responsabilità patrimoniale di natura sussidiaria ma con esclusione del fallimento del socio unico pur illimitatamente responsabile.

3) la libera scelta del patrimonio da aggredire in caso di associazione non riconosciuta (ad esempio una associazione culturale o sportiva) per la quale, *ex art.* 38 del c.c., delle obbligazioni dell'associazione rispondono personalmente e solidalmente anche coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione.

Va precisato comunque che ogni eccezione e tutte le ipotesi di estensione o limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore – anche con riferimento alla particolare esclusione di alcuni beni dalla aggressione da parte dei creditori - in caso di inadempimento dell'obbligazione, può essere riservata esclusivamente alla legge e non all'accordo tra le parti (vedi oltre).

Si può infatti distinguere un c.d. patrimonio "autonomo" del debitore (aggredibile *ex art.* 2740 c.c.) da quello che viene definito come il c.d. patrimonio "separato-segregato".

Con tale ultima espressione si fa riferimento ad una parte del patrimonio di un soggetto diversificata dal resto dello stesso patrimonio "autonomo" per esser destinata ad assolvere una determinata funzione, senza però la creazione di un nuovo soggetto giuridico cui trasferire tutto o parte del patrimonio.

Costituiscono esempi di c.d. patrimonio "separato-segregato" il fondo patrimoniale, l'eredità giacente e quella accettata con beneficio d'inventario, i beni rientranti nei vincoli di destinazione o nei patrimoni destinati della S.p.a. o nei *trust*. (di cui vedi oltre).

La c.d. *par condicio creditorum*

Si è detto che per l'art. 2740 c.c. il debitore garantisce l'adempimento delle obbligazioni con il suo patrimonio "autonomo" presente e futuro e che solo nelle ipotesi stabilite dalla legge è ammessa una eccezione al principio della responsabilità patrimoniale; di tale eccezione ne sono esempi i beni non pignorabili o parzialmente pignorabili (artt. 514,515,545 c.p.c.) o, come sopra indicato, il fondo patrimoniale (art. 170 c.c.), i patrimoni destinati nelle S.p.a. (art. 2447bis c.c.), la trascrizione degli atti di destinazione (art. 2645ter c.c.) e il *trust* (legge 364/89 e Conv. Aja 1/7/85).

La locuzione *par condicio creditorum* intesa letteralmente come la "parità di trattamento dei creditori", di cui all'art. 2741 c.c., esprime un ulteriore importante principio del nostro ordinamento per il quale – oltre a confidare sulla responsabilità del patrimonio del debitore – tutti i creditori hanno uguale diritto di essere soddisfatti sul patrimonio del comune debitore, fatte salve alcune ipotesi, previste esclusivamente dalla legge, per cui alcuni creditori sono preferiti ad altri in considerazione di particolari diritti di prelazione (le c.d. causa legittime di prelazione : i privilegi, il pegno e l'ipoteca).

Questa parità di trattamento, con le relative eccezioni previste solo *ex lege*, trova specifica applicazione nelle procedure di liquidazione del patrimonio del debitore e, in particolare, nella liquidazione derivante dalle procedure concorsuali e, nello specifico, nel fallimento.

Ne sono esempi le norme (ad es. art. 51 L.F.) che prevedono, dal giorno della dichiarazione di fallimento, che nessuna azione individuale o esecutiva può essere iniziata o proseguita dai creditori sui beni del fallito o le azioni (ad es. la revocatoria fallimentare, art. 67 L.F.) che consentano il recupero in favore della massa creditoria delle somme e dei beni usciti dal patrimonio del debitore prima del suo fallimento.

Dall'importante principio dell'art. 2741 c.c. si possono, quindi, identificare i due tipi di creditori tra loro (spesso) in concorso:

1) la prima è quella dei creditori titolari di un diritto di prelazione, i quali, in forza di tale diritto, verranno soddisfatti prima degli altri creditori e, se possibile, fino alla concorrenza dell'intero

credito vantato;

2) la seconda categoria è quella dei creditori chirografari, i quali verranno soddisfatti in subordine rispetto ai privilegiati e in proporzione e non per l'intero.

Peraltro la riforma del diritto fallimentare ha portato importanti innovazioni anche nella individuazione dei creditori e dei loro conseguenti diversi trattamenti : è infatti ora possibile (art. 160 L.F.) suddividere i creditori in "classi" secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, con trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

In sostanza per il principio della c.d. "*par condicio creditorum*", tutti i creditori, prima che inizi l'espropriazione sui beni del debitore comune (sia esecuzione "civilistica" che "fallimentare") si trovano sullo stesso piano di partenza e hanno il diritto di concorrere proporzionalmente all'entità dei rispettivi crediti sul ricavato.

Il principio della "proporzionalità" nella ripartizione del ricavato per i creditori viene quindi meno in presenza delle c.d. "cause legittime di prelazione" che costituiscono il diritto di alcuni creditori di soddisfarsi con preferenza, rispetto ad altri, su un determinato bene o su un determinato complesso di beni, mobili o immobili, del debitore: in caso di privilegi (conseguenti alla causa del credito) mentre per il pegno (su beni mobili) e per l'ipoteca (su beni immobili o mobili registrati).

In pratica, vi sono dei titoli preferenziali che accordano ad alcuni creditori, nella fase esecutiva, di ottenere la preferenza rispetto ad altri creditori c.d. "chirografari".

Qualora esista una tale clausola di prelazione, il creditore non entra in concorso con gli altri chirografari, ma ha diritto di far valere per intero il suo credito sul bene oggetto di prelazione.

Le ragioni per cui la legge riconosce questi "trattamenti di favore" possono apparire evidenti nel momento in cui si considera che i pericoli principali per un creditore sono:

1) il concorso di troppe pretese – da parte di troppi creditori – sul patrimonio del debitore che può rivelarsi insufficiente;

-2) il rischio di sottrazione, da parte del debitore, dei beni con i quali dovrebbe rispondere dei suoi debiti.

Contro questi rischi, la legge consente quindi un "diritto di prelazione" (preferenza rispetto ad altri creditori e un "diritto di seguito", cioè il procedere a esecuzione sul bene anche se questo passa nelle mani di altri soggetti diversi dal debitore originario.

Quanto sopra esposto assume un particolare rilievo in ordine alla valutazione che dovrà effettuare un istituto di credito in ipotesi di affidamento, con particolare riguardo a vari strumenti di tutela che si dovranno predisporre nei confronti dell'inadempimento o dell'insolvenza del soggetto affidato.

Sarà quindi indispensabile, ai fini di una corretta determinazione del rischio, sapere se il credito della banca possa trovare esaustiva capienza nel patrimonio del debitore o di un soggetto garante del debitore; e ciò con riferimento all'eventualità di dover ricorrere all'esecuzione forzata sui beni del debitore (o del garante) in caso di inadempimento dell'obbligazione contratta.

E così la banca troverà garanzia generica (art. 2740 c.c.) sul patrimonio dell'affidato se questo è, in ipotesi, un imprenditore commerciale individuale; ma della stessa garanzia generica si avvantaggeranno i creditori personali dell'affidato, creditori che potrebbero godere di cause legittime di prelazione per la causa del credito (es. i privilegi dei crediti dei dipendenti o per alcune imposte non pagate), per diritti di terzi sui beni del debitore (es. contratto di pegno su determinati beni mobili a garanzia di un debito personale) all'insaputa della banca stessa.

Il regime patrimoniale dei coniugi e le sue conseguenze sulla responsabilità patrimoniale

Con l'entrata in vigore della legge in materia di diritto di famiglia (n. 151 del 19/5/1975), il regime patrimoniale legale della famiglia è quello della comunione dei beni (art. 159 c.c.); occorre, invece, un'esplicita opzione dei coniugi per instaurare fra loro il regime della c.d.

“separazione” dei beni.

Il regime patrimoniale scelto dai coniugi – così come le eventuali variazioni dello stesso nel corso del matrimonio – viene reso pubblico e quindi opponibile ai terzi mediante l’annotazione a margine dell’atto di matrimonio.

La comunione legale fra coniugi, ex dell’art. 177 c.c. - per quanto interessa alla banca che finanzia o riceve garanzia da un soggetto coniugato in comunione dei beni con l’altro coniuge - comprende in particolare :

- 1) i beni acquistati dai coniugi anche separatamente, durante il matrimonio (c.d. comunione attuale);
- 2) i frutti dei beni propri di ciascuno dei coniuge e i proventi dell’attività separata del coniuge, percepiti e non consumati al momento dello scioglimento della comunione (c.d. comunione eventuale o *de residuo*).

Nonostante i coniugi abbiano adottato il regime patrimoniale delle comunione, ai sensi dell’art. 179 c.c., alcuni beni dei coniugi non entrano a far parte della comunione legale in quanto ne sono esclusi:

- 1) i beni che appartenevano al coniuge prima del matrimonio;
- 2) i beni ricevuti dal coniuge a seguito di successione ereditaria o per donazione;
- 3) i beni di uso strettamente personale o che servono all’esercizio della professione del coniuge.
- 4) i beni ottenuti a titolo di risarcimento del danno e la pensione ottenuta per la perdita totale o parziale della capacità lavorativa;
- 5) i beni acquisiti con il prezzo del trasferimento dei beni personali purchè ciò sia espressamente dichiarato nell’atto di acquisto
- 6) i beni immobili o mobili registrati sono esclusi dalla comunione se all’atto di acquisto è presente anche l’altro coniuge che ne accetta l’ intestazione all’altro coniuge in via esclusiva.

Ai sensi dell’art. 184 c.c., l’amministrazione ordinaria dei beni della comunione spetta a ciascun coniuge, anche disgiuntamente; per gli atti di straordinaria amministrazione (ad es. vendite, concessioni di ipoteche o di pegni) spetta ai coniugi un’amministrazione (e quindi una decisione) congiunta.

Ne deriva che se uno dei due coniugi compie un atto di straordinaria amministrazione, senza il necessario consenso dell’altro, interviene una tutela particolare che dimostra la singolare natura della comunione patrimoniale nel nostro regime familiare.

Invero :

- 1) se gli atti riguardano beni immobili o mobili registrati (ad es. concessione di un’ipoteca), il mancato consenso del coniuge escluso dalla decisione, non comporta la nullità dell’atto ma il suo annullamento e solo su domanda dell’altro coniuge entro un anno dalla conoscenza (o dalla trascrizione) dell’atto che ha colpito/vincolato/venduto il bene comune;
- 2) se gli atti (ad es. un pegno) riguardano beni mobili (ad es. denaro o titoli) gli atti – anche se compiuti senza il consenso dell’altro coniuge - sono validi ma obbligano il coniuge che li ha compiuti senza il necessario consenso dell’altro coniuge a ricostituire, in natura o per equivalente, la comunione.

Va rilevato che il ricavato della vendita di un bene personale di uno dei coniugi, rimane nella esclusiva disponibilità del coniuge alienante, anche quando la somma venga depositata sul proprio conto corrente.

Si ritiene, infatti, che contratti di conto corrente e/o l’instaurazione di rapporti creditizi non siano da ricomprendersi nella comunione legale di cui all’art. 177 c.c., che definisce infatti oggetto della comunione solo gli acquisti compiuti durante il matrimonio, vale a dire gli atti implicanti l’effettivo trasferimento della proprietà di un bene o la costituzione di diritti reali sullo stesso, non quindi i diritti di credito sorti dal contratto concluso da uno dei coniugi, i quali, per la loro natura relativa e personale, pur se strumentali e finalizzati all’acquisto di un bene, non sono suscettibili di rientrare in una comunione legale dei beni. Pertanto, non rientra nella comunione legale dei

beni il contratto di conto corrente concluso con la banca dal coniuge intestatario, essendo detto contratto fonte, a seguito di saldo attivo, di un diritto di credito spettante esclusivamente a quest'ultimo.

Sui beni che rientrano – per la ragioni sopra esposte - nella comunione patrimoniale fra i coniugi è impresso una specie di vincolo di destinazione in quanto i beni della comunione sono destinati, in modo prioritario, al mantenimento della famiglia e all'istruzione ed educazione dei figli.

Questo vincolo di destinazione ha efficacia esterna, è opponibile ai creditori e dà quindi luogo alla distinzione fra due "categorie" di creditori:

1) i creditori "della comunione" con ragioni di credito dipendenti da obbligazioni contratte dai coniugi, insieme o separatamente, nell'interesse della famiglia o derivanti dall'amministrazione dei beni comuni familiari (ad es. finanziamenti per bisogni familiari o per i beni comuni come la ristrutturazione della casa comune) : questi creditori possono soddisfarsi sulla totalità dei beni comuni (art. 190 c.c.) e se questi non bastano possono agire sui beni personali di ciascun coniuge, ma solo per la metà del credito;

2) i creditori "particolari" di ciascun coniuge, le cui ragioni di credito non dipendono da obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia (ad es. una fideiussione rilasciata da un soggetto coniugato per l'interesse di una società terza) : questi creditori debbono agire sui beni personali del coniuge loro debitore e, solo se questi beni sono insufficienti, possono soddisfarsi solo sul valore della quota (50%) dei beni comuni.

Se il bene comune non è però facilmente divisibile, come nel caso di una abitazione comune, l'esecuzione avrà riguardo al bene nella sua interezza con conseguente diritto di credito dell'altro coniuge non debitore alla metà della somma lorda ricavata dalla vendita del bene.

Il fondo patrimoniale

La costituzione di un fondo patrimoniale presuppone la presenza di una famiglia derivante da un matrimonio (civile o concordatario, a prescindere dal regime di comunione o separazione dei beni scelto tra i coniugi).

Invero ciascuno o ambedue i coniugi possono costituire un fondo patrimoniale con la funzione di destinare determinati beni (personali o in comunione) al soddisfacimento di quei bisogni della famiglia da intendersi necessari per la sua funzione e durata (educazione, mantenimento e salute dei componenti).

È quindi un vero e proprio patrimonio separato o di destinazione rispetto agli altri beni dei coniugi : la destinazione, di quelli inseriti dentro al fondo, è data dal far fronte a tutti i bisogni della famiglia.

Il fondo patrimoniale è una convenzione matrimoniale (cfr. art. 162 c.c.), cioè un contratto o un atto negoziale – nella forma dell'atto pubblico e deve essere annotato a margine dell'atto di matrimonio - con il quale i coniugi decidono di destinare determinati beni a far fronte a tutte le necessità familiari i seguenti beni :

1) i beni immobili;

2) i beni mobili registrati;

3) i titoli di credito, ma solo se incorporati in un titolo cartolare, che va vincolato rendendolo nominativo, con annotazione del vincolo di destinazione.

Sono quindi esclusi dal conferimento nel fondo i titoli al portatore, beni mobili non registrati e soprattutto somme di denaro.

La gestione dei beni costituenti il fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi, salvo che non sia diversamente pattuito e la loro amministrazione è regolata dalle norme sull'amministrazione dei beni della comunione.

Per l'art. 169 c.c., se non è stato espressamente previsto e disciplinato nell'atto di costituzione, non si possono alienare, ipotecare, dare in pegno o comunque vincolare i beni del fondo patrimoniale se non con il consenso di entrambi i genitori e, se vi sono figli minori, con

l'autorizzazione concessa dal giudice, con provvedimento emesso in camera di consiglio, nei soli casi di necessità o di utilità evidente.

Il fondo patrimoniale dura sino alla cessazione degli effetti civili del matrimonio (es. annullamento del matrimonio, divorzio, morte di uno dei coniugi); se vi sono figli minori il fondo dura sino al raggiungimento della maggiore età del figlio più giovane.

È ammessa la risoluzione/scioglimento del fondo patrimoniale su accordo dei due coniugi ma, in presenza di figli minori, deve intervenire il Tribunale dei minori in caso di vendita dei beni.

La possibilità di esecuzione sui beni del fondo patrimoniale; i rimedi dell'azione revocatoria ordinaria e fallimentare

L'esecuzione (pignoramento da parte dei creditori dei coniugi, come la banca) sui beni del fondo patrimoniale e sui frutti dello stesso non può aver luogo per i debiti che il creditore (es banca) conosceva essere stati contratti dai coniugi (insieme o separatamente) per i scopi estranei ai bisogni della famiglia (art. 170 c.c.).

In sostanza i beni ed i frutti del fondo patrimoniale possono essere "aggrediti" ovvero possono essere oggetto di esecuzione per i debiti e, quindi, le obbligazioni contratte esclusivamente per far fronte ai soli bisogni della famiglia costituita dai coniugi e dai figli.

La legge, quindi, prevede, nell'interesse della famiglia, un vero e proprio vincolo di destinazione sui beni che comporta la non espropriabilità degli stessi e dei loro frutti; tale non aggredibilità deriva dall'estraneità dell'obbligazione ai bisogni della famiglia e dalla conoscenza del creditore di tale situazione di estraneità.

Il limite alla espropriabilità vale sia in relazione alle obbligazioni di natura contrattuale, che quelle di fonte non contrattuale e cioè le obbligazioni extracontrattuali.

I beni costituenti il fondo patrimoniale non possono essere oggetto di esecuzione neppure se i crediti sono sorti prima della costituzione del fondo patrimoniale.

Il creditore per far valere i propri diritti, non potendo aggredire i beni dentro al fondo (salvo appartenere ai creditori che vantano ragioni creditorie per bisogni familiari), può agire solo in revocatoria ordinaria per far dichiarare inefficace nei suoi confronti la costituzione del fondo.

Il vincolo di cui all'art. 170 c.c. opera anche nei confronti del fallimento del coniuge o dei coniugi che hanno costituito il fondo patrimoniale (cfr. art. 46, n. 3 L.F.).

Ai fini della revocatoria del fondo patrimoniale in sede fallimentare, la giurisprudenza ritiene la costituzione del fondo patrimoniale inefficace ai sensi dell'art. 64 L.F. se effettuata nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, trattandosi di un atto a titolo gratuito, non compiuto in adempimento di un dovere morale (né, tantomeno, giuridico) e ciò anche quando entrambi i coniugi conferiscano beni di proprietà già comune.

Il trust

Se sotto il profilo soggettivo, il fondo patrimoniale si distingue in quanto nei coniugi può essere "confusa" la posizione gestoria, di proprietà e quella dei beneficiari del vincolo di destinazione, sotto il profilo oggettivo, nel fondo patrimoniale non possono essere conferiti, diversamente da quanto vedremo nel *trust*, titoli di credito non nominativi, né beni mobili comuni o somme di denaro.

Rileva, poi, principalmente che per la costituzione del fondo patrimoniale la coppia deve essere sposata, mentre il *trust* può essere costituito da qualsiasi persona fisica o addirittura da una persona giuridica (società di capitali, anche uninominale).

La durata del fondo patrimoniale è, poi, limitata dalla durata del matrimonio o dal raggiungimento della maggiore età dei figli, mentre il *trust* può essere costituito a tempo indeterminato.

Il *trust* è una figura giuridica (del diritto anglosassone) che permette di conferire una parte del patrimonio di una persona – senza limiti o condizioni sulla natura dei beni - per uno scopo

definito.

Il *trust* in Italia è privo di una legge che lo disciplini compiutamente e quindi bisogna applicare - anche ad un *trust* costituito in Italia (c.d. *trust* "interno") - una legge regolatrice straniera; viene solo identificato dalla legge n. 364 del 16/10/1989, con la quale è stata ratificata e data esecuzione alla Convenzione dell'Aja del 1/7/1985.

Per *trust* interno s'intende, quindi, quello costituito da cittadini italiani residente nel territorio nazionale, con beni situati in Italia, a favore di beneficiari italiani, ma con l'applicazione di una legge straniera che lo disciplina.

In base alla citata Convenzione dell'Aja si ha *trust* allorché un proprietario si spogli di tutta o parte dei suoi beni e li ponga sotto il controllo di un *trustee* con l'obbligo di amministrarli non per interesse proprio, ma di una o più persone diverse o per uno specifico fine.

Si ritiene che l'atto istitutivo del *trust* sia un atto unilaterale produttivo di effetti giuridici che, in virtù della dichiarazione di volontà del disponente, fa nascere un obbligo di amministrare e perseguire diligentemente lo scopo indicato dal disponente. Il *trust* può essere anche non recettizio: tipico *trust* non recettizio è il *trust* c.d. "autodichiarato", in cui il disponente coincide con la figura di colui (*trustee*) che amministra il patrimonio.

In pratica, con il *trust* un soggetto detto *settlor* o disponente, persona fisica o giuridica (grande differenza con il fondo patrimoniale che richiede, in Italia, il matrimonio) trasferisce ad altro soggetto detto *trustee*, anch'esso persona fisica o giuridica, i beni del suo patrimonio, di diversa natura, affinché il *trustee* - che ne diventa di fatto pieno proprietario *pro tempore* - li amministri nell'interesse di un terzo beneficiario o per un fine specifico, secondo quanto disposto dal *settlor* nell'atto costitutivo del *trust* e sotto l'eventuale vigilanza di un terzo soggetto, detto *protector*, con funzioni di controllo e di supplenza del *trustee*.

L'atto costitutivo del *trust* indica, poi, i beneficiari e stabilisce le regole di funzionamento e la durata dello stesso.

È anche previsto e consentito che il *settlor*, nominando sé stesso, *trustee*, costituisca parte del proprio patrimonio in *trust*, imprimendo al medesimo una particolare destinazione.

Natura del *trust*

Il *trust* può essere a titolo gratuito o a titolo oneroso.

Il *trust* a titolo gratuito si ha quando il *settlor* vuole esclusivamente incrementare il patrimonio dei beneficiari ovvero quando egli vuole perseguire dei fini diversi (es. di natura personale, familiare, sociale).

Il *trust* a titolo oneroso si verifica, ad esempio, quando l'istituzione di un *trust* di garanzia sia imposta al *settlor* da un finanziatore (es. banca) al fine di concedere un finanziamento/affidamento o a garanzia di un rientro.

L'istituto del *trust* ha, poi, natura patrimoniale, in quanto tutte le parti coinvolte sono portatori di interessi puramente patrimoniali; il *settlor* infatti, attraverso la costituzione dei beni in *trust*, vuole realizzare risultati economici convenienti per sé e per i propri beneficiari.

I beneficiari sono creditori del *trustee* e il contenuto del loro diritto non riguarda la diretta percezione delle rendite, ma il potere di ottenere dal *trustee* che egli eserciti il proprio ufficio traendo le utilità e destinandole secondo le disposizioni dell'atto istitutivo.

La natura del *trust* individua dei requisiti dati dal rapporto giuridico in base al quale un soggetto, *settlor*, si spoglia della proprietà di parte o di tutti i suoi beni, con atto tra vivi o *mortis causa* e li pone sotto il controllo di un *trustee* cui segue l'obbligo del *trustee* di amministrare i beni conferiti nel *trust* nell'interesse di una o più persone beneficiarie o per un fine specifico per cui :

- i beni conferiti in *trust* costituiscono una massa distinta e separata dal patrimonio del *trustee*, del quale non fanno parte e detti beni costituiscono, un patrimonio separato sia rispetto a quello del *settlor* che del *trustee*. Quest'ultimo, infatti, diventa titolare della piena proprietà dei beni anzidetti, ma al contempo, l'insieme dei beni oggetto del conferimento in *trust* è vincolato, ossia

sottoposto ad un preciso vincolo di destinazione e di separazione, con la conseguenza che i creditori personali del *trustee* non hanno alcuna possibilità di rivalersi sui beni che sono oggetto del *trust*, i quali sono giuridicamente separati dal patrimonio residuo del medesimo.

- i beni in *trust* sono intestati al *trustee* o ad altro soggetto, sempre per conto del *trustee*: in particolare il *trust* comporta una sorta di sdoppiamento della proprietà, nel senso che l'istituzione del *trust* provoca la divisione della proprietà sui beni che ne sono oggetto. Il *settlor*, con il trasferimento in *trust* di beni, perde ogni diritto sugli stessi ed è pacifico, quindi, che la proprietà conferita in *trust*, pur essendo patrimonio distinto da quello del *trustee*, resta di titolarità formale e sostanziale di quest'ultimo.

- il *trustee* deve amministrare, gestire e disporre dei beni conferiti in *trust* in conformità alle disposizioni contemplate nell'atto istitutivo e secondo le norme imposte dalla legge al *trustee*.

Vincolo di destinazione e separazione patrimoniale nel *trust*

L'effetto più rilevante che il *trust* produce è rappresentato dalla separazione patrimoniale: i beni conferiti in *trust* danno vita ad una massa distinta rispetto ai beni residui del patrimonio del *settlor*, dei beneficiari del *trust* e del *trustee*, anche se intestati a quest'ultimo.

I beni costituiti in *trust* non possono, quindi, essere aggrediti dai creditori personali di tutti e tre i soggetti coinvolti.

Gli stessi beni sono preclusi all'assoggettamento fallimentare che colpisca il patrimonio personale del *settlor*, dei beneficiari e del *trustee*.

Come per il fondo patrimoniale se la costituzione del *trust* è finalizzata a sottrarre taluni beni alla garanzia generale dei creditori, questi ultimi, sussistendone i presupposti, possono esperire l'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. o fallimentare

Peraltro, in quanto finalizzato a paralizzare qualsiasi iniziativa del creditore sul patrimonio del disponente, l'atto di conferimento di beni in *trust*, istituito successivamente al sorgere del credito ed in cui il *settlor* assume anche la qualità di *trustee* e beneficiario, è inefficace nei confronti del creditore; detto *trust* deve ritenersi altresì nullo, in quanto in contrasto con gli art. 13 e 15, lett. e, della convenzione dell'Aia del 1/7/1985, non potendosi riconoscere legittimità a un *trust* volto ad ostacolare la protezione dei creditori del *settlor* in caso di sua insolvenza.

La Convenzione dell'Aja include la segregazione patrimoniali tra gli effetti necessari del *trust* per il solo fatto della sua istituzione; sebbene i suoi effetti concreti, in Italia, dipendono anche dalla pubblicità necessaria; del resto la disciplina e la pubblicità degli atti con i quali si trasferiscono i beni in *trust* è sempre quella prevista per i beni stessi (es. trascrizione trasferimento beni immobili) e, in particolare, non vi è alcuna necessità di trascrivere l'atto istitutivo del *trust*, poiché la trascrizione riguarda il trasferimento dei beni immobili al *trustee*.

La deroga – a seguito dell'effetto segregativo del *trust* – al principio della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. presuppone, tuttavia, che il vincolo di destinazione dei beni conferiti in *trust* sia adeguatamente conoscibile da parte dei creditori del *settlor*.

I beni trasferiti in *trust* possono essere aggrediti solo dai creditori del *trust* medesimo ovvero per il soddisfacimento di quei crediti che siano originati da spese di gestione e conservazione del patrimonio conferito in *trust*.

Il c.d. *trust* liquidatorio come alternativa alle procedure concorsuali

Il *trust* liquidatorio, in presenza di uno stato preesistente di insolvenza, non è riconoscibile nell'ordinamento italiano secondo la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione che – confermando il concreto pericolo che il *trust* possa essere utilizzato al solo fine di eludere la disciplina concorsuale della legge fallimentare – ha dichiarato che non può essere riconosciuto l'effetto di segregazione desiderato, tipico del *trust*.

In pratica si tratta sempre di guardare alla causa concreta del regolamento in *trust* e, ove essa sia in concreto quella di segregare tutti i beni dell'impresa, a scapito di forme pubblicitarie quale

il fallimento, che detta procedure e requisiti a tutela dei creditori del *settlor*, l'ordinamento non può accordarvi tutela

Il *trust* sottraendo il patrimonio o l'azienda al suo titolare ed impedendo una liquidazione vigilata - in quanto rimette per intero la liquidazione dell'attivo alla discrezionalità del *trustee* - determina l'effetto, non accettabile per il nostro ordinamento, di sottrarre il patrimonio del debitore ai procedimenti pubblicistici di gestione delle crisi d'impresa ed all'attivo fallimentare della società *settlor* il patrimonio stesso.

In pratica, per la giurisprudenza anche di merito, le situazioni che si presentano possono essere le seguenti :

a) Il *trust* viene concluso, dall'imprenditore insolvente, per sostituire *in toto* la procedura liquidatoria, al fine di realizzare con altri mezzi il risultato equivalente di recuperare l'attivo, pagare il passivo, ripartire il residuo e cancellare la società insolvente.

Lo strumento è quindi vietato, in quanto la materia fallimentare è posta a tutela di interessi pubblici e del ceto creditorio.

In ogni caso l'art. 15 della Convenzione dell'Aja del 1/7/1985 annovera al punto e), tra le disposizioni inderogabili dell'ordinamento, la protezione dei creditori nei casi di insolvenza.

b) Il *trust* è concluso quale alternativa alle misure concordate di risoluzione della crisi d'impresa. Nell'ultima fattispecie la causa concreta va sottoposta ad un vaglio particolarmente attento e, in caso di esito negativo, il *trust* sarà non riconoscibile, in presenza del superamento degli interessi di alcuni beneficiari o della permanenza del controllo dei beni in capo al *settlor*.

Ciò precisato il *trust* liquidatorio ha pertanto meritevolezza laddove trova la sua utilità nell'affidare la crisi di impresa a soggetti terzi e meno interessati rispetto all'imprenditore insolvente, magari più esperti e capaci, è può naturalmente prevedere, laddove ve ne si ravvisi la possibilità e la convenienza, di proseguire l'attività e la salvaguardia dei valori aziendali.

Ne deriva che un *trust* liquidatorio dovrebbe pertanto prevedere clausole che ne limitino l'operatività in caso di insolvenza proclamata in modo da restituire i beni conferiti in *trust* alla procedura concorsuale inderogabile.

La trascrizione degli atti di destinazione ex art. 2645ter c.c.

L'art. 2645ter c.c., rubricato "*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*", prevede atti che abbiano l'effetto di realizzare una segregazione all'interno del complesso dei beni di titolarità di un unico soggetto, così da creare dei patrimoni che siano, da una parte, vincolati al perseguimento di uno scopo prefissato e, dall'altra, aggredibili soltanto per debiti assunti dal gestore del patrimonio nell'esercizio di attività strumentali al perseguimento di quello scopo .

L'art. 2645ter c.c. non contiene alcuna disposizione relativamente alla struttura dell'atto istitutivo del vincolo di destinazione; invero la disposizione di legge è infatti collocata tra le norme sulla pubblicità degli atti per la loro opponibilità ai terzi.

Il vincolo di destinazione non può quindi essere "autonomo", ma deve necessariamente collegarsi ad altra fattispecie negoziale (tipica o atipica), dotata di autonoma causa.

Ai fini della produzione dell'effetto di destinazione (e quindi segregativo), sembra sufficiente un atto unilaterale, posto che il potere di destinazione del bene compete al relativo proprietario, o al titolare di un diritto reale di godimento sullo stesso.

L'atto di destinazione può anche accompagnarsi al trasferimento del bene ad un terzo fiduciario: fattispecie nella quale si pone il problema della giustificazione causale del trasferimento, e quindi della idoneità della *causa fiduciae*, o causa di destinazione, a giustificare il trasferimento di proprietà a favore del fiduciario

Possono essere oggetto di vincolo di destinazione, ai sensi dell'art. 2645ter c.c., beni immobili o beni mobili registrati in analogia con l'art. 167 c.c. (fondo patrimoniale) che consente di

assoggettare al vincolo alcuni beni (immobili, mobili registrati, titoli di credito) dei coniugi; ma nella norma in esame non si richiede, come nel *trust*, il matrimonio come condizione per la creazione del vincolo.

L'art. 2645^{ter} c.c. pone un requisito di durata massima del vincolo di destinazione dei beni immobili o mobili registrati: tale durata non può superare i novanta anni, ovvero, in alternativa, la durata della vita della persona fisica beneficiaria del vincolo; non è contemplato - quale possibile parametro - la durata dell'eventuale persona giuridica che sia anch'essa beneficiaria in quanto quest'ultima durata potrebbe essere estremamente lunga o comunque essere prorogata (anche dai soci) e consentire quindi di eludere il fine della legge.

Ulteriore requisito del vincolo di destinazione è la finalizzazione alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela in quanto "riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche".

La norma esige quindi la presenza di uno o più soggetti beneficiari - peraltro ben diversi tra loro per caratteristiche, natura e interessi tutelabili - a favore dei quali costituire il vincolo.

L'atto di destinazione può esaurirsi nell'imposizione del suddetto vincolo, ferma la titolarità del bene in capo al costituente; questa fattispecie corrispondente al c.d. *trust* "autodichiarato" (di cui sopra) anche se la giurisprudenza di merito non è del tutto favorevole.

Gli interessi meritevoli di tutela : requisiti formali e sostanziali

Come già visto, il vincolo di destinazione ex art. 2645^{ter} c.c. deve essere finalizzato alla realizzazione di "interessi meritevoli di tutela" ai sensi dell'art. 1322, 2° co., c.c., riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche.

Dato che il vincolo di destinazione non è che uno schema astratto con un contenuto atipico e può prestarsi ad utilizzi disparati e pretestuosi - considerando che l'opponibilità a terzi e la segregazione che ne derivano danno luogo ad un fenomeno di separazione patrimoniale a danno dei creditori del proprietario del bene - con questa precisazione il legislatore ha voluto subordinare la prevalenza degli interessi del beneficiario del vincolo rispetto a quelli dei creditori del proprietario ed agli altri terzi, alla condizione che i suddetti interessi del beneficiario siano, appunto, meritevoli di tutela, e quindi che il sacrificio dei creditori sia da ciò giustificato.

In sostanza la deroga al principio della responsabilità patrimoniale (cfr. art. 2740 c.c.) presuppone sia che il vincolo sia adeguatamente conoscibile (con la prevista pubblicità della trascrizione nei pubblici registri) da parte dei creditori del disponente (requisito formale), sia che detto vincolo sia costituito sul presupposto (condizione di legge, in sostanza) di un interesse che meriti una tutela particolare rispetto all'interesse dei medesimi creditori (requisito sostanziale).

Ne deriva l'esigenza - anche da parte del notaio rogante - di operare, con riguardo all'atto di destinazione, una attenta verifica finalizzata al riscontro, nel caso concreto, di un interesse idoneo a giustificare il sacrificio sia dell'interesse dei creditori alla garanzia patrimoniale, sia dei terzi in genere alla non (pretestuosa) proliferazione di vincoli di destinazione che non siano giustificati dai predetti interessi meritevoli di tutela.

L'effetto segregativo (in particolare per i creditori del disponente)

La trascrizione dell'atto di destinazione produce, infatti, la duplice conseguenza di risolvere eventuali conflitti tra più beneficiari o comunque aventi causa del disponente e di impedire azioni esecutive sui beni vincolati, salvi i casi in cui si agisca per debiti contratti per la realizzazione del fine di destinazione, come espressamente prevede

l'ultima parte dell'art. 2645^{ter} c.c.

In altre parole i creditori del beneficiario anteriori all'atto di destinazione, per l'anzidetto effetto segregativo, non potranno mai aggredire i beni oggetto dell'atto di disposizione; i creditori successivi, invece, potranno agire esecutivamente sui beni oggetto dell'atto di destinazione solo

per i debiti inerenti l'uso e la gestione dei beni conferiti.

Il richiamo, contenuto nell'ultima parte della norma in esame, all'art. 2915 c.c. serve a dirimere il conflitto tra creditori del disponente e del beneficiario attraverso il noto principio della priorità della trascrizione: così l'eventuale pignoramento eseguito dal un creditore (es. banca) sui beni del disponente prevale sull'atto di destinazione se è stato trascritto anteriormente e, viceversa, non sarà opponibile se l'atto di destinazione è stato trascritto prima della trascrizione del pignoramento.

Effetto caratterizzante l'atto di destinazione, dunque, è quello di determinare una separazione dei beni vincolati dal restante patrimonio del destinante oppure del terzo nel caso in cui vi sia trasferimento del bene per il fine di destinazione.

In altre parole i beni destinati, pur rimanendo nella titolarità del conferente/disponente o del terzo assegnatario per la realizzazione della destinazione, vengono a formare una massa patrimoniale separata e distinta rispetto al residuo patrimonio del destinante o del terzo.

I creditori "generalisti" del disponente e del terzo beneficiario) non possono quindi soddisfarsi sui beni vincolati per la realizzazione di un interesse meritevole di tutela, ma potranno solo aggredire il patrimonio residuo (del conferente o del terzo beneficiario); viceversa i creditori particolari, le cui ragioni di credito sono invece legate al patrimonio destinato, potranno agire esecutivamente sia sui beni destinati che sul restante patrimonio residuo dei soggetti coinvolti.

Sul patrimonio residuo i creditori "da destinazione" concorreranno unitamente agli altri creditori, salvo il rispetto delle legittime cause di prelazione ai sensi dell'art. 2741 c.c. (privilegi, pegno e ipoteca).

La cessazione del vincolo

L'art. 2645^{ter} c.c. non indica espressamente i casi in cui il vincolo di destinazione può ritenersi cessato (cfr., al contrario, le ipotesi della cessazione del fondo patrimoniale ex art. 171 c.c.) anche se l'indicazione nella norma della durata dell'atto di destinazione consente di affermare che tra le cause di cessazione del vincolo di destinazione vi sia la morte della persona fisica beneficiaria, la cessazione del beneficiario (es. estinzione dell'ente o cancellazione della società) o lo spirare del termine dei 90 anni previsti *ex lege*.

Nulla esclude che in base ai principi generali dell'ordinamento la cessazione del vincolo possa avvenire per mutuo consenso delle parti coinvolte nell'atto di destinazione o perchè la estinzione (anticipata) sia già stata prevista contrattualmente e quindi inserita nelle clausole contrattuali.

Si ritiene, inoltre, che tra le cause di cessazione del vincolo vi sia poi anche la realizzazione della destinazione o l'impossibilità oggettiva di realizzazione della destinazione come prevista tra le parti.