

ROBERTO NANNELLI

Avvocato del Foro di Firenze

Le azioni dei creditori contro gli atti di protezione del patrimonio e contro altri atti di disposizione del debitore

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Gli atti di protezione del patrimonio: il fondo patrimoniale, il vincolo di destinazione e il trust – 3. Le azioni esperibili contro gli atti di protezione del patrimonio in generale – 4. Simulazione e nullità per violazione di norme imperative – 5. Abuso del diritto – 6. Azione revocatoria ordinaria – 7. Gli altri atti revocabili: la separazione consensuale con attribuzione dei beni, la doppia disposizione e il conferimento di beni in società – 8. Il contratto preliminare di compravendita – 9. Conclusioni.

1. – Premessa

La grave crisi, finanziaria prima ed economica poi, che ha pervaso il tessuto produttivo del nostro Paese, ha inevitabilmente spinto un numero elevato di persone, fisiche o giuridiche, quasi sempre imprenditori, a cercare di evitare gli effetti della congiuntura negativa sul patrimonio personale ricorrendo a vari strumenti di protezione di questo.

Si tratta sempre di creare una schermatura tale da impedire che i creditori possano aggredire uno o più beni che, strategicamente, vengono messi al riparo dalle pretese di terzi.

In alcuni casi questa schermatura viene costituita in modo legittimo, nel senso che non viene fatta in danno dei creditori e quindi senza pregiudicare nessuno; in questa ipotesi si tratta, al limite, di atti giuridici che il disponente compie in modo preventivo e cioè lo scopo di proteggere i propri beni da possibili default futuri ma ancora né immediati né tantomeno prevedibili.

Invece, in un numero sempre maggiore di casi, gli atti di protezione vengono fatti nell'imminenza della messa in riscossione o in esecuzione dei crediti di terzi e solo per cercare di interporre ostacoli ai creditori che vogliono agire a tutela dei propri diritti.

E' questa versione degli atti di protezione e di disposizione del patrimonio da parte dei debitori, quella cioè patologica, che viene trattata in questa relazione, in cui si cercherà di indicare i rimedi e cioè le azioni che i creditori possono esercitare per contrastare questi veri e propri abusi che nella casistica quotidiana, complice la grave crisi economica, ormai diventano sempre più frequenti.

La conoscenza di queste azioni, costituisce un bagaglio conoscitivo indispensabile per varie figure professionali, prime fra tutti l'avvocato e il commercialista, figure queste fondamentali nel rapporto, mai facile ma ora sempre più

problematico, tra il ceto dei creditori (in genere il mondo bancario) e quello dei debitori (in genere il mondo dell'impresa).

2. – Gli atti di protezione del patrimonio: il fondo patrimoniale, il vincolo di destinazione e il trust

Normalmente, quando si parla di atti di protezione del patrimonio, ci si riferisce a tre tipologie negoziali specifiche: il fondo patrimoniale, il vincolo di destinazione e il trust. Si tratta di strumenti diversi tra loro ma tutti con la caratteristica peculiare di separare i beni oggetto di questi strumenti dalle vicende debitorie del proprietario, anche solo iniziale, dei beni stessi.

Pur senza avere la pretesa di dare, in questa sede, un quadro completo di questi strumenti, in estrema sintesi, su di essi si possono fare le seguenti considerazioni.

1) Il fondo patrimoniale, previsto dagli artt. 167 e segg. cc e che consiste nel destinare, da parte dei coniugi, uno o più beni a far fronte ai bisogni della famiglia, realizza in pratica la creazione di un patrimonio separato o di destinazione, con limitazione dei poteri dispositivi dei costituenti¹. L'effetto più importante, almeno per quanto interessa in questa sede, è quello assicurato dall'art. 170 cc il quale appunto prevede l'impossibilità per i creditori di aggredire i beni conferiti nel fondo se costoro conoscevano che i debiti erano stati contratti dai coniugi per i bisogni estranei alla famiglia. Su questo punto autorevole dottrina ha precisato che l'impedimento all'esecuzione o all'acquisizione dei titoli di prelazione sui beni costituiti in fondo patrimoniale è subordinata a un doppio requisito: il primo, di tipo oggettivo, consistente nella estraneità dell'obbligazione contratta rispetto alla finalità del soddisfacimento dei bisogni della famiglia; il secondo, soggettivo, consistente nella conoscenza, da parte del creditore, di detta estraneità². La giurisprudenza ormai consolidata prevede che il coniuge debitore che subisca atti di aggressione del patrimonio conferito nel fondo e che a questi si opponga debba dare la prova della oggettiva estraneità del debito ai bisogni della famiglia e del fatto che il creditore conosceva detta estraneità³.

La giustificazione di una deroga così vistosa al principio della responsabilità del debitore con tutti i suoi beni sancita dall'art. 2740 cc, viene ormai ricavata nella previsione e tutela della famiglia contenuta negli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione, tutela di cui il fondo patrimoniale costituisce una espressione⁴.

Il fondo patrimoniale, che sotto pena di nullità deve essere stipulato con atto pubblico, per essere opponibile ai terzi, deve vedere rispettate due formalità: l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio (art. 162/4 cc) e la trascrizione dell'atto nei registri immobiliari (artt. 2647 e 2915 cc). Delle due però la prima è ritenuta indispensabile

¹ Romolo D'Argento - *Gli strumenti di protezione del patrimonio familiare: Fondo patrimoniale e Trust* - 10.4.2009 in www.altalex.com dove l'autore precisa che: “La funzione del vincolo è quella di destinare i beni conferiti al soddisfacimento dei diritti di mantenimento, di assistenza e di contribuzione esistenti nell'ambito della famiglia”.

² Valentina Bellomia - *La tutela dei bisogni della famiglia, tra fondo patrimoniale e atti di destinazione* - Dir. Famiglia, 2013, 02, 0698.

³ Cass. Sez. III, 15.3.2006 n. 5684; Cass. Sez. III, 30.1.2012 n. 1295; Cass. Sez. III, 5.3.2013 n. 5385.

⁴ In questo senso: Cass. Sez. I, 4.6.2010 n. 13622 - Guida al Diritto 2010, 45, 56.

essendo stata degradata la seconda a mera pubblicità - notizia⁵. Infatti una recente sentenza della Corte di Cassazione ha affermato appunto l'insostituibilità dell'annotazione, ipotizzando persino forme di responsabilità a carico del notaio, dell'ufficiale di anagrafe e del comune, ciascuna forma sotto profili diversi di colpa, in caso di ritardo nell'annotazione del fondo patrimoniale⁶.

2) Il vincolo di destinazione è previsto dall'art. 2645 ter cc, inserito dall'art. 39 novies D.L. 30.12.2005 n. 273, convertito con modificazioni in Legge 23.2.2006 n. 51. La norma si intitola **“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”** e già questo ci fa capire come non sia facile adattare questo strumento alla generica finalità della protezione dei patrimoni. La norma prevede l'esistenza di interessi “meritevoli di tutela” a favore di vari soggetti, tra cui enti o persone fisiche, con la trascrizione dell'atto e la sua opponibilità ai terzi.

Il problema fondamentale è quello di capire che cosa si intenda per interessi meritevoli di tutela e, in particolare, se tra questi possa o meno rientrare il rispetto del principio della par condicio creditorum da assicurare nell'esecuzione di una procedura concorsuale; in caso positivo infatti questo strumento può essere preparatorio all'accesso a detta procedura, così da evitare che creditori terzi possano, nelle more della predisposizione di un ricorso per l'accesso a dette procedure, o conseguire titoli di prelazione o compiere atti di esecuzione sui beni oggetto del vincolo di destinazione. La giurisprudenza di merito sul punto è finora oscillante perché a fronte di chi ha ritenuto, come il Tribunale di Lecco, applicabile questo istituto alle procedure concorsuali⁷, c'è stato chi ha ritenuto invece, come il Tribunale di Vicenza, che l'atto di destinazione costituito per tutelare interessi diversi da quelli contemplati nell'art. 2645 ter cc, che sono quelli della solidarietà sociale e non quelli dei creditori di una società insolvente, non è grado di superare il regime inderogabile della responsabilità patrimoniale previsto dall'art. 2740 cc⁸.

3) Il trust è, in estrema sintesi, un istituto giuridico con cui una o più persone - disponenti - trasferiscono beni e diritti sotto la disponibilità del trustee, il quale assume l'obbligo di amministrarli e di disporre degli stessi, nell'interesse o a favore di uno o più beneficiari o per un fine determinato. Il trust di regola non ha un'autonoma personalità

⁵ Ved. Corte Costituzionale 6.4.1995 n. 111 - Vita Not. 1996, 127.

⁶ Cass. Sez. III, 23.9.2013 n. 21725 le cui massime ricavabili recitano:

La costituzione del fondo patrimoniale è opponibile ai terzi solo se sia stata annotata a margine dell'atto di matrimonio; infatti la trascrizione del fondo alla conservatoria dei registri immobiliari prevista dall'art. 2647 cc ha una funzione di pubblicità-notizia e non sopperisce al difetto di annotazione nei registri dello stato civile, che non ammette deroghe, essendo irrilevante che i terzi conoscano il fondo in altro modo.

Sono responsabili il notaio rogante il fondo patrimoniale ex art. 1218 cc, l'Ufficiale di Stato Civile ex art. 2043 cc, ed il Comune ex art. 2049 cc, qualora non lo abbiano rispettivamente richiesto e annotato esponendo i beni alle richieste dei creditori.

⁷ Trib. Lecco, 26.4.2012 - www.unijuris.it.

⁸ Trib. Vicenza, 31.3.2011 - Il Fallimento e le altre procedure concorsuali 12/2011 - La massima recita: *“L'atto di destinazione costituito a tutela di interessi diversi da quelli meritevoli di tutela contemplati dalla norma citata - che sono solo quelli attinenti alla solidarietà sociale e non anche quelli dei creditori di una società insolvente - è insuscettibile, quindi, in assenza di espresse previsioni normative, di incidere sul regime legale inderogabile della responsabilità patrimoniale posto dagli artt. 2740 ss. cc”*

giuridica⁹, tanto è vero che la trascrizione di un pignoramento dei beni del trust va eseguita nei confronti del trustee¹⁰. Pertanto possiamo concludere che il trust è un rapporto giuridico in forza del quale determinati beni o diritti sono sottoposti al controllo del trustee affinché quest'ultimo li amministri e li destini ai beneficiari indicati dal disponente, beni che quindi sono sottratti alla disponibilità dei creditori dei disponenti prevedendo infatti la segregazione del patrimonio di costoro¹¹.

La giurisprudenza, se da una parte ormai ammette in via di principio il trust interno, come promanazione della ratifica da parte dell'Italia della XV Convenzione de l'Aja del 1.8.1985, fatta con Legge 16.10.1989 n. 364, dall'altra continua a riservarsi il diritto di sindacare — non secondo la legge richiamata nell'atto istitutivo, bensì alla luce dei principi dell'ordinamento interno — la causa « concreta » del singolo trust, ossia la meritevolezza degli interessi che l'autonomia privata intende perseguire nel caso specifico¹². In altre parole il trust è ormai ritenuto ammissibile ma con il rischio per i soggetti coinvolti che, di volta in volta, il singolo negozio possa essere, in tutto o in parte, invalidato a seconda che il fine perseguito sia meritevole di tutela oppure no o a seconda che l'istituto venga individuato come un modo, formalmente regolare ma sostanzialmente illecito, escogitato dai debitori per eludere le ragioni e i diritti dei loro creditori e di terzi.

3. – Le azioni esperibili dai terzi contro gli atti di protezione del patrimonio in generale

Richiamati così, nei loro tratti essenziali, gli atti tipici di tutela del patrimonio, possiamo ad esaminare, intanto in via generale, il novero delle azioni esperibili contro di essi da parte di creditori e di terzi che ritengano di essere pregiudicati.

Senza avere la pretesa di creare suddivisioni dogmatiche ma solo per cercare di schematizzare le domande esperibili dai creditori e dai terzi per impugnare gli atti di disposizione del patrimonio, possiamo affermare che le azioni codicistiche messe a disposizione dei terzi, purché ovviamente, siano portatori di un interesse meritevole di tutela, sono quelle di simulazione, di nullità e di revocatoria ordinaria. Non possiamo annoverare tra queste l'azione di annullamento, stante il tenore letterale dell'art. 1441/1 cc, a parte l'ipotesi, del tutto residuale ed eccezionale, della previsione contenuta nel secondo comma di detto articolo.

Le tre azioni a disposizione dei terzi possono distinguersi tra quelle finalizzate ad ottenere una sentenza dichiarativa e quelle invece finalizzate ad ottenere una

⁹ Cass. Sez. II, 22.12.2011 n. 28363 - Giust Civ. Mass. 2011, 12, 1834.

¹⁰ In questo senso Trib. Reggio Emilia, 25.3.2013.

¹¹ Trib. Modena, Sez. II, 14.3.2012 n. 495.

¹² Piergiuseppe Spolaore - *Trust come funzione liquidatoria e valutazione di meritevolezza* - Banca Borsa tit. cred. 2013, 02, 0170. L'autore in nota afferma: “*Volendosi limitare soltanto alla questione del trust liquidatorio, le pronunce riportate in nota 1; sul trust interno in generale cfr., poi, Trib. Trieste, 23 settembre 2005 (nt. 2), 1943; Trib. Urbino, 11 novembre 2011(nt. 2). Tra i commentatori provenienti dalla magistratura v., per tale precisazione, Atzori, Riflessioni finali sui trust liquidatori, in Moderni sviluppi dei Trust. Atti del V Congresso Nazionale dell'Associazione “Il Trust in Italia”, Milano, 2012, 550 s.*”

sentenza che abbia natura costitutiva.

La simulazione e la nullità sono azioni che tendono certamente a ottenere una sentenza dichiarativa poiché ci si limita a prendere atto della invalidità originaria del contratto e a travolgerlo con effetti ex tunc. L'azione revocatoria invece tende all'emissione di una sentenza che ha natura costitutiva **“poiché modifica ex post una situazione giuridica preesistente, sia privando di effetti, nei confronti del creditore attore, un atto perfettamente valido che aveva già conseguito piena efficacia tra le parti, sia determinando conseguentemente, la restituzione dei beni o delle somme oggetto di revoca alla funzione di generale garanzia patrimoniale ed alla soddisfazione del creditore di una delle parti dell'atto”**¹³. Si è aggiunto poi che l'intervento del Giudice in un'azione come questa non ha carattere necessario e la sua decisione, appunto di natura costitutiva¹⁴, comporta semplicemente l'inopponibilità nei confronti del creditore dell'atto revocato. Il carattere costitutivo dell'azione revocatoria ordinaria è ritenuto necessario poiché **“l'effetto giuridico dell'azione deve necessariamente verificarsi per via giudiziale, non potendo realizzarsi anche attraverso un accordo tra le parti”**¹⁵.

La distinzione tra decisioni dichiarative (il giudice dichiara un'illegittimità che era presente ab origine nell'atto impugnato) e costitutive (il giudice modifica, nei suoi effetti verso un creditore, un atto che di per sé era e rimane perfettamente valido) non è fine a sé stessa poiché mentre per le prime è ipotizzabile certamente una tutela cautelare anche ante causam del diritto del terzo fatto valere in giudizio, per le seconde la giurisprudenza è molto contrastata. Parte della stessa ritiene che la tutela cautelare non sia mai invocabile, neppure in corso di causa, poiché detta tutela va ritenuta ammissibile solo in presenza di diritti perfetti e preesistenti alla pronuncia richiesta dal giudice poiché diversamente si avrebbe un anomalo effetto costitutivo anticipato¹⁶. Altra parte ritiene invece che non sia consentita la tutela cautelare ante causam essendo invece possibile quella in corso di causa, e cioè che detta tutela sia consentita dopo l'instaurazione del giudizio di revocatoria¹⁷. Altra parte ancora ritiene infine che la tutela cautelare, dopo la modifica del processo cautelare uniforme sia sempre ammissibile, anche ante causam¹⁸.

L'ammissibilità o meno dell'azione cautelare può avere per la tutela dei diritti del creditore risvolti molto importanti, pensiamo ad esempio alla possibilità di ottenere, anche ante causam, un sequestro conservativo dei beni residui del debitore che abbia compiuto un atto di disposizione del suo patrimonio con cui abbia dismesso appunto parte di esso, atto che sia poi impugnabile ex art. 2901 cc, beni residui che non sempre potrebbero essere aggredibili autonomamente visto che per l'esperimento dell'azione revocatoria non è necessario disporre di un titolo che sia giudizialmente accertato con autorità di cosa giudicata. Oppure pensiamo alla possibilità di ottenere un sequestro conservativo per il risarcimento dei danni e la restituzione del prezzo nei confronti del terzo che abbia partecipato all'accordo simulatorio con il proprio debitore nel caso in cui ci sia stata da parte di costui un vendita successiva del medesimo bene e che questa

¹³ Trib. Torino 2.4.2004 - Giur. Merito 2005, 3, 576.

¹⁴ Cass. Sez. I, 23.1.2013 n. 1533, Giust. Civ. Mass. 2013.

¹⁵ Cass. Sez. I, 30.8.2007 n. 18312, Giust. Civ. Mass. 2007, 7-8.

¹⁶ Trib. Torino 2.4.2004 - Giur. Merito 2004, 1952.

¹⁷ Trib. Nola 24.11.2011 - Giur. Merito 2012, 3, 601; Trib. Monza 12.12.2001 - Rivista, 2002, 1428.

¹⁸ Trib. Catania 4.3.2004 - Giur. It. 2004, 2323; Trib. Brescia 18.9.2002 - Giur. It. 2003, 253.

vendita non sia più impugnabile a sua volta con l'azione revocatoria ex art. 2901 cc non sussistendone i presupposti nei confronti del subacquirente e cioè di colui che ha contrattato con il terzo compiacente. Poter disporre in questi casi della tutela cautelare conferisce al creditore uno strumento di notevole importanza.

4. – Simulazione e nullità per violazione di norme imperative

I creditori, quali terzi particolarmente qualificati e portatori di uno specifico interesse, non hanno sempre la possibilità di impugnare gli atti di protezione e di disposizione del patrimonio del loro debitore con l'azione di simulazione e con quella di nullità. Vediamo i singoli atti.

1) Fondo patrimoniale

La convenzione matrimoniale istitutiva del fondo patrimoniale può essere certamente impugnata con l'azione di simulazione visto che l'art. 164/1 cc prevede espressamente questa possibilità. E' un'azione non molto utilizzata nella pratica rispetto al più largo uso che viene fatto, dall'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 cc. La differenza tra l'azione di simulazione e quella revocatoria ordinaria è data dai seguenti profili:

- Mentre l'azione revocatoria ordinaria ha come scopo quello di ricostruire il patrimonio del debitore in modo che il creditore possa trovarvi soddisfazione alle proprie ragioni di credito secondo il principio generale della responsabilità con tutti i propri beni prevista dall'art. 2740 cc, l'azione di simulazione mira invece a far emergere o la circostanza che i contraenti non volevano affatto concludere il contratto simulato (simulazione assoluta) o che ne volevano effettivamente uno diverso da quello posto in essere (simulazione relativa).

- Da ciò deriva il fatto che, mentre l'azione revocatoria ordinaria può essere proposta solo dal creditore del contraente, l'azione per l'accertamento e la declaratoria della simulazione può essere proposta anche da un terzo non necessariamente creditore purché dimostri di avere un qualche interesse alla caducazione della convenzione matrimoniale¹⁹.

- Inoltre, nell'azione di simulazione, non è oggetto di accertamento l'atteggiamento soggettivo di mala fede di uno dei contraenti, come invece accade nella azione revocatoria; questo atteggiamento può essere solo un elemento rilevante per dimostrare che le parti non intendevano affatto concludere il negozio simulato.

La differenza più vistosa però tra azione revocatoria e simulazione, si ha sulla prescrizione poiché diversi sono i termini previsti dalla legge. Mentre l'azione revocatoria può essere esperita entro il termine di prescrizione di 5 anni dal compimento dell'atto; l'azione per la declaratoria della simulazione è invece soggetta a un diverso regime: la simulazione assoluta è imprescrittibile²⁰; la simulazione relativa quando è diretta a far emergere l'effettivo reale mutamento della realtà voluto dalle parti con la stipulazione del negozio simulato, si prescrive nel termine ordinario decennale; quando invece tende ad accertare la nullità tanto del negozio simulato, quanto di quello dissimulato (per la mancanza dei requisiti di sostanza o di forma), rilevando

¹⁹ Trib. Napoli 5.2.2008 - Redazione Giuffrè 2008.

²⁰ Cass. Sez. II, 18.8.1997 n. 7682 - Giust. Civ. Mass. 1443.

l'inesistenza di qualsiasi effetto tra le parti, tale azione non è soggetta a prescrizione²¹. Pertanto potrà accadere che convenzioni matrimoniali costituenti fondi patrimoniali ormai irrevocabili siano comunque impugnabili da parte dei creditori del disponente con l'azione di simulazione.

La simulazione va provata nei suoi elementi costituiti da parte di chi la aziona e la richiede ma il debitore costituente il fondo ha l'onere di allegare circostanze di fatto tali da giustificare la costituzione del fondo per sopperire ad esigenze della famiglia; la mancata allegazione può costituire la prova presuntiva della simulazione del fondo patrimoniale²².

Più rari sono i casi di impugnazione per nullità del fondo patrimoniale; questi sono legati per lo più a difetti di forma, quali, ad esempio, la stipulazione del fondo con atto pubblico ex art. 162 cc ma senza la presenza dei testimoni, prevista invece appunto a pena di nullità dagli artt. 48 e 58 Legge Notarile²³.

In dottrina si è anche sostenuto che la mancanza della causa familiare che costituisce la funzione tipica dell'istituto, provocherebbe non la simulazione ma la nullità dell'atto essendo chiaramente un contratto in frode alla legge e con la violazione dell'art. 1344 cc²⁴. Non si rinvencono però precedenti specifici in giurisprudenza. Il confine tra simulazione e nullità per negozio in frode alla legge è labile ma la differenza è molto importante. Infatti, mentre l'art. 2652 n. 4 cc prevede che la trascrizione della domanda di accertamento della simulazione non pregiudica le iscrizioni o le trascrizioni successive, il successivo n. 6 prevede invece, per la nullità, tale pregiudizio qualora la domanda sia trascritta entro cinque anni dalla trascrizione del negozio che si intende impugnare con l'azione di nullità; in altre parole, qualora il contratto sia impugnato per nullità e la domanda sia trascritta entro cinque anni dalla trascrizione del medesimo, le iscrizioni e le trascrizioni effettuate medio tempore, sebbene a favore di chi sia in buona fede, non sono opponibili a chi richiede la declaratoria di nullità, sebbene siano precedenti alla trascrizione della sua domanda.

2) Vincolo di destinazione

Per l'atto di imposizione del vincolo di destinazione ex art. 2645 ter cc non sembra esperibile l'azione di simulazione. Con questa infatti si possono impugnare i contratti oppure, ex art. 1414/3 cc, gli atti unilaterali ricettizi e cioè “destinati a una persona determinata”; in dottrina poi si aggiunge che sia possibile impugnare con l'azione di simulazione anche gli atti unilaterali non ricettizi destinati però a produrre effetti nella sfera di un soggetto giuridico determinato, quali, ad esempio, le promesse unilaterali di pagamento e la ricognizione di debito²⁵. Oltre questi limiti non è possibile andare²⁶. Poiché allora il vincolo di destinazione è considerato atto unilaterale non ricettizio²⁷, non è pensabile un'impugnazione dell'atto stesso con l'azione di simulazione.

²¹ Cass. Sez. II, 30.7.2004 n. 14562 - Giust. Civ. Mass. 2004, 7-8; conf. Cass. Sez. II, 13.11.2009 n. 24134.

²² Trib. Pescara 7.7.2008 - www.wilcaso.it.

²³ Trib. Bari, 18.5.2009 - Giurisprudenzabarese.it 2009

²⁴ L. Calvosa *Fondo Patrimoniale e Fallimento* - Giuffrè - 2003 - p. 40. L'autore afferma: “Normalmente non v'è infatti intento simulatorio perché la costituzione del fondo è voluta proprio per la destinazione che con esso viene impressa ai beni e per la insensibilità del medesimo al concorso dei creditori; ciò che in concreto può mancare è viceversa l'interesse familiare sotteso al modello causale”.

²⁵ Antonio Grumetto - *La simulazione* - Giuffrè Editore - pag. 2054.

²⁶ Cass. Sez. II, 26.8.1998 n. 8466 - Giust. Civ. Mass. 1998, 1776.

²⁷ Consiglio Nazionale del Notariato - Studio 357/2012/C, il quale recita: “L'atto presenta una struttura

Discorso diverso invece va fatto riguardo alla nullità che viene riconosciuta come applicabile.

Diciamo anzitutto che, secondo autorevole dottrina²⁸, la invalidità dell'atto di destinazione opera su due livelli: la liceità della causa e la meritevolezza degli interessi che l'atto vuole perseguire. In altre parole, non solo l'atto di destinazione deve avere una causa lecita e non deve essere stato realizzato con la violazione dell'art. 1344 cc in quanto costituito in frode alla legge, ma deve anche avere l'elemento del perseguimento di interessi meritevoli di tutela riferibili ai soggetti indicati nella norma.

La violazione del canone della liceità della causa e la conclusione del contratto in frode alla legge porta ovviamente alla declaratoria di nullità del contratto e quindi alla inopponibilità del vincolo ai creditori del disponente, facendo così venir meno anche la relativa trascrizione.

Maggiori problematicità ha sollevato in dottrina il concetto di meritevolezza dell'interesse tutelato nel senso che mentre per alcuni basta che l'intento sia lecito, sebbene non meritevole di tutela ex art. 2645 ter cc e quindi hanno affermato che la sua mancanza non può portare alla dichiarazione di nullità dell'atto²⁹, altri invece hanno sostenuto che questo requisito sia indispensabile³⁰; da ciò dovrebbe derivare che la sua mancanza comporti la nullità dell'atto di disposizione. La questione non è secondaria poiché, se si consente che il giudice possa controllare, con giudizio ex post, la presenza o meno nell'atto impugnato del requisito della meritevolezza degli interessi e la loro rispondenza al novero indicato nella norma in esame (finalità sociali) e se si ritiene che, all'esito di questo giudizio, qualora si ritenga mancante detto interesse l'atto possa essere dichiarato nullo, sebbene formalmente lecito, si mette a disposizione dei creditori una (potente) arma in più a tutela dei loro interessi. Cioè si consente ai creditori di aggredire un atto che rispetti formalmente i canoni legali ma che non abbia soltanto la finalità prevista dalla legge.

In attesa di importanti arresti giurisprudenziali, che allo stato mancano, ritengo che i creditori possano utilmente invocare la nullità dell'atto di destinazione sotto questo profilo. Vediamo perché.

Punto di partenza è l'art. 1322/2 cc, espressamente richiamato dalla norma in esame, il quale, com'è noto, consente la stipulazione di contratti atipici **“purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”**.

Gli interessi da tutelare con il contratto atipico sono stati considerati quelli parametrati ai valori costituzionali³¹ e la loro mancanza nel contratto impugnato è sempre stata considerata come causa di nullità, o per illiceità della causa³² o per la

unilaterale, derivando la funzionalizzazione del bene allo scopo da un atto di volontà del titolare, che prescinde da qualunque consenso di altri soggetti. L'atto di destinazione può essere arricchito di un ulteriore contenuto negoziale, anche bilaterale, dunque di natura più propriamente contrattuale, quale un mandato di gestione e/o un trasferimento del diritto dal disponente all'eventuale attuatore della destinazione. Tale contenuto ulteriore non altera però l'originaria natura unilaterale dell'atto destinatorio, con conseguente applicazione del disposto dell'art. 1324 codice civile”.

²⁸ Consiglio Nazionale del Notariato - op. cit.

²⁹ Giuseppe Vettori - *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645 ter, 176.*

³⁰ Valentina Bellomia - *La tutela dei bisogni della famiglia, tra fondo patrimoniale e atti di destinazione* - Dir. Famiglia, 2013, 02, 0698.

³¹ Cass. Sez. III, 19.6.2009 n. 14343 - Giust. Civ. Mass. 2009, 6, 948.

³² Cass. Sez. II, 2.4.2009 n. 8038 - Giust. Civ. Mass. 2009, 4, 571; Cass. Sez. II, 10.9.2009 n. 19577 - Giust. Civ. Mass. 2009, 9, 1295.

violazione di norme imperative³³.

Se è così, non si capisce per quale motivo la mancanza della meritevolezza dell'interesse che l'atto di destinazione voglia tutelare non comporti la nullità dello stesso; una diversa interpretazione rischierebbe di violare il parametro costituzionale di uguaglianza, visto che in pratica così facendo finiremmo per trattare in modo ingiustificatamente diverse situazioni del tutto uguali o comunque simili.

Un'ulteriore conseguenza di questo ragionamento è che, come abbiamo visto sopra, l'atto di destinazione che abbia come interesse meritevole di tutela del principio della par condicio creditorum, e quindi l'atto di destinazione effettuato in vista dell'accesso a una procedura concorsuale del disponente o di un terzo (esempio fideiussore dell'imprenditore commerciale in crisi), non è detto che rispetti il canone di meritevolezza sopra indicato. La giurisprudenza di merito sul punto è, come si è fatto presente, oscillante. In caso di accertato mancato rispetto allora potrebbe aprirsi la strada, per le considerazioni sopra formulate, alla dichiarazione di nullità del vincolo di destinazione.

3) Trust

Prima di parlare di simulazione e di nullità del trust, occorre fare una breve premessa sulla sua struttura giuridica.

Il Trust normalmente è un negozio giuridico complesso composto da tre atti giuridici, o gruppi di atti giuridici, distinti tra loro:

- il contratto di fiducia tra il disponente (settlor) e il fiduciario (trustee) mediante il quale il secondo si impegna verso il primo ad amministrare o a destinare i beni che faranno parte del trust, cioè del fondo di gestione;
- gli atti di conferimento con cui il disponente conferisce nel trust, cioè nel fondo amministrato dal trustee, i singoli beni da amministrare e/o destinare da costui;
- gli atti di disposizione del trustee a favore dei beneficiari secondo appunto le regole istitutive del trust.

In pratica, il negozio di fiducia è il contratto-quadro, con la definizione delle regole dell'amministrazione e della destinazione che il trustee dovrà rispettare, e gli atti di conferimento e di disposizione dei beni nel trust sono gli atti dispositivi dei beni (il primo dal disponente al trust e il secondo da questo ai beneficiari) che dovranno appunto essere amministrati ed essere destinati ai beneficiari finali secondo le regole del negozio di fiducia.

Al creditore che voglia impugnare il trust interessano solo i secondi e i terzi atti giuridici e cioè gli atti di conferimento e quelli di disposizione, e non tanto il negozio di fiducia. Questa precisazione è importante poiché la proposizione di un'azione di simulazione o di nullità con cui si impugni il negozio di fiducia, potrebbe essere respinta per la mancanza del requisito dell'interesse ad agire ex art. 100 cpc.

Questa precisazione è poi importante perché delimita il campo di applicazione della simulazione. L'atto di conferimento infatti è un atto unilaterale nel quale il trustee, normalmente, si limita a prendere atto e a ricevere i beni in gestione; quindi alla simulazione dell'atto di conferimento si applica l'art. 1414/3 cc che consente di impugnare con l'azione di simulazione gli atti unilaterali ricettizi. Da questo punto di vista l'azione di simulazione è astrattamente proponibile ma non si rinvengono precedenti in termini. Naturalmente il creditore terzo che agisca in simulazione dovrà

³³ Cass. Sez. III, 23.2.2004 n. 3545 - Giust. Civ. Mass. 2004, 2.

dare la prova del mancato affidamento dei beni al trustee e del fatto che il disponente abbia continuato, anche dopo l'atto di disposizione, a gestirli autonomamente, prova questa che avrà quasi sempre un contenuto indiziario.

Più difficile è esperire l'azione di simulazione degli atti di disposizione anche se non è da escludere in via di principio l'ipotesi in cui il beneficiario sia d'accordo con il disponente e con il trustee nel simulare la disposizione a suo favore dei beni.

Molto più sperimentata appare invece la strada della nullità.

Ci sono infatti già alcuni precedenti i quali ritengono che il conferimento di beni in trust, qualora ciò avvenga per interessi che siano abusivi o fraudolenti, sia nullo e quindi impugnabile dal terzo³⁴. Inoltre è stato di recente precisato che il conferimento dei beni costituisce un atto in frode alla legge e quindi come tale nullo ex art. 1344 cc (norma applicabile anche agli atti unilaterale ex art. 1324 cc) qualora il disponente fosse già insolvente al momento del conferimento dei beni anche se questo sia dichiarato in beneficio dei creditori, realizzando in questo caso il trust l'interesse opposto e cioè comportando di fatto l'elusione delle norme imperative sulla procedure concorsuali³⁵. In altre parole, qualora il creditore riesca a dimostrare che al momento dell'atto di disposizione patrimoniale a favore del trust il disponente fosse insolvente (o lo fosse il debitore principale e la circostanza fosse conosciuta dal medesimo), la schermatura che intende costituire con questo istituto è destinata ad essere rimossa e a far rientrare i beni nella disponibilità del disponente e quindi aggredibili da parte dei creditori.

Ovviamente, la dichiarazione di nullità dell'atto di conferimento comporta la conseguente caducazione per nullità anche degli atti di disposizione successivi nei limiti e con gli effetti di cui all'art. 2652 n. 6 cc.

5. – Abuso del diritto

Merita una trattazione a parte, il problema relativo all'abuso del diritto che di recente ha avuto, nella giurisprudenza della Cassazione, una interessante evoluzione.

³⁴ Trib. Bologna, 30.9.2003 - Giust. Civ. 2004, I, 3183.

³⁵ Trib. Milano, 16.6.2009 - Giur Merito 2010, 6, 1584; conf. Trib. Milano, 30.7.2009 e Trib. Milano 22.10.2009. La massima recita: "In caso di scioglimento volontario di una società, il trust con funzione liquidatoria, nel quale venga conferita la totalità dei beni aziendali, deve ritenersi nullo se, al momento della sua istituzione, l'impresa era già insolvente, non rilevando la circostanza che quali beneficiari del trust vengano indicati i creditori aziendali. Tale tipologia di trust, infatti, si pone in contrasto con l'ordine pubblico e con la funzione della disciplina fallimentare in quanto l'effetto di segregazione del patrimonio che ne consegue, al di là del dichiarato scopo di protezione dei creditori-beneficiari, persegue proprio l'opposto obiettivo, trattandosi di atto negoziale in frode alla legge. L'assenza di interessi meritevoli di tutela rivela, quindi, un utilizzo abusivo del trust, avente la finalità di sottrarre il disponente alle norme imperative previste in materia di procedura concorsuale, così danneggiando i creditori che si vedono privati dell'intera garanzia patrimoniale (nella fattispecie, il giudice, dopo aver rilevato la nullità del trust, ha rigettato, in difetto del "fumus boni iuris", la domanda cautelare proposta in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c. dal trustee nominato dal guardiano del trust, con la quale si chiedeva la conferma del trustee in persona della ricorrente, l'accertamento dell'inefficacia della sostituzione del trustee in precedenza effettuata dal curatore, nonché l'inibitoria in danno del trustee nominato dalla curatela dal compiere atti che presuppongano la qualità di trustee).

L'abuso del diritto, come figura patologica degli atti giuridici, venne elaborata nella giurisprudenza di legittimità come violazione dei doveri di correttezza e di buona fede previsti dagli artt. 1175 cc e 1375 cc nella seconda metà degli anni settanta del secolo scorso³⁶. L'elaborazione giurisprudenziale era però nel senso che non si aveva comunque abuso del diritto qualora il comportamento contrario a correttezza e buona fede non comportasse la violazione di un diritto del terzo. In altre parole, per avere abuso del diritto, quale violazione dei canoni di correttezza e buona fede, occorreva non solo un comportamento abusivo ma anche la violazione di un altrui diritto riconosciuto da una norma giuridica.

Con una sentenza del 2009, nel famoso caso dei concessionari della Renault Italia spa, la Cassazione arriva a formulare un concetto di abuso del diritto completamente diverso e avulso dalla infrazione o meno di diritti di terzi. Infatti la Corte Suprema afferma che **“Si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti”**³⁷. Con questa sentenza si dà al giudice di merito il potere di sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto. In altre parole, con questa sentenza siamo arrivati ad un concetto opposto dell'abuso del diritto e cioè a un comportamento che, pure formalmente rispettoso dei diritti altrui, sia tenuto in modo tale da violare il principio della correttezza e della buona fede.

Il concetto di abuso del diritto come sopra inteso è stato poi ripreso da molte sentenze della Sezione Tributaria della Cassazione la quale lo ha qualificato come: **“L'abuso del diritto è ravvisabile in tutte quelle pratiche che, pur formalmente rispettose del diritto interno o comunitario, siano mirate principalmente ad ottenere benefici fiscali contrastanti con la ratio delle norme che introducono il tributo”**³⁸. Anche in questo caso abbiamo il rispetto della forma ma l'elusione della pretesa tributaria nella sostanza.

Anche il trust è finito nel mirino della Cassazione la quale, sempre da un punto di vista tributario, ha ritenuto che costituisse abuso del diritto se non giustificata da ragioni economico-sociali diverse dal mero vantaggio economico³⁹. Anche in questo caso allora l'approccio seguito è stato lo stesso: il trust deve avere un interesse economico - sociale diverso da quello che può essere il mero vantaggio fiscale.

Ma allora lo stesso può dirsi nei confronti del terzo creditore. Cioè, se il trust deve avere una sua finalità autonoma pena l'essere considerato come forma di abuso del diritto ai fini del credito tributario, la stessa identica sorte deve avere ai fini del credito di un terzo, anche perché spesso questo credito concorre quasi sempre con la pretesa tributaria e non avrebbe senso prevedere un'esclusione del diritto di impugnazione del trust per abuso di diritto da parte del semplice creditore privato riservando invece questa possibilità solo al creditore della pretesa tributaria.

Ma quali sono allora le conseguenze? Sempre la giurisprudenza tributaria ha

³⁶ Cass. 20.7.1977 n. 3250.

³⁷ Cass. Sez. III, 18.9.2009 n. 20106 - Giust Civ. Mass. 2009, 9, 1331.

³⁸ Cass. Sez. Trib. 28.6.2012 n. 10807 - Riv. Giur. Edilizia 2012, 4, 977.

³⁹ Cass. Sez. VI, 19.11.2012 n. 20254 - Diritto & Giustizia 2012.

precisato che i contratti realizzati con abuso del diritto sono da considerarsi nulli perché considerati in frode alla legge⁴⁰.

I tempi allora sembrano maturi affinché sia consentito ai creditori, quali terzi qualificati, di poter impugnare con l'azione di nullità per abuso del diritto il conferimento dei beni in trust e la loro disposizione ai beneficiari (ma lo stesso discorso può valere per il fondo patrimoniale e il vincolo di destinazione), avvenuto con il rispetto delle formalità e dei criteri previsti dalla legge, dimostrando che ciò però sia stato un abuso del diritto nel senso che sia stato realizzato con modalità tali da pregiudicare i canoni di correttezza e buona fede che, ex art. 1175 cc, i debitori devono comunque osservare nei rapporti con i loro creditori.

6. – Azione revocatoria ordinaria

Lo strumento di gran lunga più utilizzato dai creditori per impugnare gli atti di protezione del patrimonio dei loro debitori è e rimane l'azione revocatoria ordinaria prevista, com'è noto, dall'art. 2901 cc.

La norma, giova solo ripeterlo brevemente, consente al creditore di chiedere che siano dichiarati nei suoi confronti inefficaci gli atti di disposizione del patrimonio del debitore con i quali costui abbia pregiudicato le ragioni del primo. Questa tutela è accordata al creditore se dimostra che il debitore conosceva il pregiudizio arrecato o, se l'atto da revocare era anteriore al credito, se questo fosse stato dolosamente preordinato dal debitore a pregiudicare il successivo soddisfacimento del credito. Per i soli atti a titolo oneroso è richiesta anche la dimostrazione della conoscenza da parte del terzo del pregiudizio che si voleva arrecare o, se l'atto è anteriore al credito, del fatto che con questo si partecipasse con il debitore alla dolosa preordinazione del pregiudizio per il soddisfacimento del credito.

La norma, per la sua vastità di azione, si applica a tutti gli atti di protezione del patrimonio con molti tratti comuni.

1) Fondo patrimoniale

Da tempo ormai si riconosce il diritto del creditore di impugnare con l'actio pauliana il fondo patrimoniale⁴¹. La particolarità è che, da sempre, il fondo patrimoniale è stato considerato atto a titolo gratuito e questo esonera il creditore dal dover dimostrare il consilium fraudis e cioè il doloso coinvolgimento dell'altro coniuge nel disegno fraudolento del debitore dovendo solo provare, anche in via indiziaria, la scintia danni e cioè la consapevolezza del debitore di pregiudicare le ragioni del creditore⁴².

C'è da fare solo un'importante precisazione.

Per cercare di evitare le conseguenze negative di questo indirizzo giurisprudenziale, si è invocata da alcuni la inespugnabilità dell'azione revocatoria ordinaria nei confronti del fondo patrimoniale ritenendo che, poiché lo stesso attua gli

⁴⁰ Cass. Sez. Un. 26.6.2009 n. 15029 - Giust Civ. 2010, 2848; conf. Cass. Sez. Trib. 14.11.2005 n. 22932, Cass. Sez. Trib. 11.3.2010 n. 5929, Cass. Sez. Trib. 4.4.2008 n. 8772.

⁴¹ Ex pluribus, Cass. 27.1.2012 n. 1242; Cass. 18.10. 2011 n. 21494; Cass. 8.8.2007 n. 17418; Cass. 17.1.2007 n. 966.

⁴² Ex pluribus, Cass. Sez. VI, 12.12.2012 n. 22878 - Diritto & Giustizia 2012.

interessi della famiglia riconosciuta dall'art. 29 della Costituzione, nel bilanciamento con gli interessi del creditore, vanno preferiti i primi con impossibilità di quest'ultimo di poter rendere inefficace nei suoi confronti questa convenzione matrimoniale. La tesi però è stata respinta da una recente sentenza della Cassazione la quale, nel marzo 2013, ha affermato l'inesistenza del contrasto tra l'esperibilità dell'azione ex art. 2901 cc nei confronti del fondo patrimoniale e la tutela costituzionale della famiglia “*atteso il carattere facoltativo del fondo, la cui eventuale costituzione è rimessa alla libera scelta dei coniugi, o di un terzo*”⁴³.

2) Vincolo di destinazione

Anche in questo caso è certamente applicabile l'azione revocatoria. La dottrina, pressoché unanime, riconosce questa possibilità al creditore rimasto insoddisfatto. Pertanto l'atto dispositivo che produca pregiudizio potrà essere dichiarato affetto da inefficacia relativa, in modo da consentire al creditore di aggredire il bene con l'azione esecutiva qualora il proprio credito rimanga insoddisfatto⁴⁴. L'effetto segregativo, in altri termini, non pregiudica in ogni caso i diritti dei creditori del disponente, ai quali sarà sempre lasciata la possibilità di esperire l'azione revocatoria ordinaria⁴⁵.

Poiché l'atto di destinazione generalmente non prevede alcun corrispettivo, sarà considerato come atto a titolo gratuito e quindi, come abbiamo visto sopra, non sarà necessario dimostrare il consilium fraudis del terzo beneficiario essendo sufficiente sotto il profilo dell'elemento soggettivo la mera consapevolezza del disponente di arrecare pregiudizio agli interessi del creditore ("scientia damni") la cui prova può essere fornita anche tramite presunzioni. In questo modo gli interessi dei creditori del disponente, attraverso lo strumento di protezione della revocatoria ordinaria, prevalgono sulle aspettative del beneficiario.

In giurisprudenza, a conferma di quanto elaborato dalla dottrina, si segnala una importante sentenza del Tribunale di Verona. Il Tribunale Scaligero, nel revocare l'ammissione di una società a una procedura di concordato preventivo, ha precisato, in un obiter dictum, che certamente i creditori possono agire con l'azione revocatoria contro il vincolo di destinazione a tutela dei loro crediti⁴⁶.

3) Trust

Anche al trust è riconosciuta come applicabile l'azione revocatoria ordinaria. Si segnalano in proposito solo decisioni di merito ma tutte univoche sulla generale applicabilità dell'azione a questo istituto. Naturalmente si tratta di fare sempre la solita distinzione tra costituzione del trust, singoli atti di conferimento e singoli atti di disposizione a favore dei beneficiari; gli effetti dell'azione revocatoria tendono a colpire gli atti di conferimento e di disposizione.

La base giuridica di partenza secondo la quale l'azione revocatoria sia applicabile al trust è considerata l'art. 15 della Legge 16.10.1989 n. 364 intitolata “Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985 (TRUST)”. Questa norma infatti prevede che la stessa non possa essere di ostacolo all'applicazione di leggi nazionali

⁴³ Cass. Sez. III, 22.3.2013 n. 7250 - Giust. Civ. 2013, 5-6, 971.

⁴⁴ Di Landro - *L'art. 2645 ter c.c. e il trust. Spunti per una comparazione* - Rivista del Notariato, 2009, 3, p. 593.

⁴⁵ Sicchiero - *Commento all'art. 2645 ter cc* - Commentario compatto al codice civile, p. 2666.

⁴⁶ Trib. Verona, 13.3.2012 - www.ilcaso.it.

inderogabili che comprendono, per espressa previsione alla lettera e), le norme in materia di protezione dei creditori in caso di insolvenza.

Passando velocemente in rassegna le motivazioni di queste decisioni vediamo che: il trust viene visto come atto di segregazione del patrimonio e, se ha l'effetto distorsivo di limitare la responsabilità ex art. 2740 cc dei debitori, è revocabile⁴⁷; il trust, per gli effetti distorti e abusivi a cui può dare luogo, va analizzato con cautela e se è stato costituito per frodare i creditori, è soggetto l'azione revocatoria⁴⁸; Il trust non può essere impiegato in violazione dei diritti dei creditori personali del terzo e, pertanto, costoro potranno esercitare l'azione revocatoria dell'atto di costituzione dello stesso⁴⁹.

Sulla revocabilità del trust però è sorta discussione a proposito della natura gratuita od onerosa dello stesso. Infatti, qualora si acceda alla prima soluzione, il creditore potrà disinteressarsi delle intenzioni del trustee e del beneficiario; qualora invece se segua la seconda tesi, andrà provato il consilium fradis tra costoro e il disponente.

La dottrina, pressoché unanime, ritiene che occorre indagare la natura del trust e, in particolare, se questo abbia natura liberale o natura solutoria: nel primo caso sarà a titolo gratuito nel secondo invece a titolo oneroso⁵⁰. Occorrerà allora guardare al rapporto tra disponente e beneficiari per determinare la natura gratuita od onerosa del trust⁵¹. Se infatti tra costoro preesisteva un rapporto di debito credito, il trust avrà probabilmente natura onerosa; nel caso contrario la natura sarà gratuita.

La giurisprudenza di merito sembra avallare questa soluzione poiché si segnala un'ordinanza del Tribunale di Alessandria il quale, nel respingere una richiesta cautelare per mancanza del fumus boni juris del consilium fraudis, ha ritenuto che avesse “**natura onerosa l'atto di dotazione effettuato dal disponente di un trust liquidatorio istituito con lo scopo di destinare i beni al soddisfacimento primario dei creditori sociali e di favorire il superamento della crisi dell'impresa**”⁵².

Si è anche discusso su chi sia il terzo dell'azione revocatoria e cioè su chi debba partecipare al giudizio. Normalmente si ritiene che il terzo di cui parla l'azione revocatoria non sia il trustee ma il beneficiario che quindi subirà, dall'esercizio e dall'accoglimento di detta azione, la conseguente diminuzione patrimoniale. Ma non sempre costui avrà la legittimazione processuale per resistere alla azione revocatoria proposta dal creditore: l'avrà solo dopo l'attribuzione dei singoli beni da parte del trustee. In altre parole occorre distinguere qual'è l'atto che viene impugnato: se sarà impugnato l'atto di conferimento nel trust, probabilmente il terzo sarà solo il trustee; se invece dovesse essere impugnato l'atto di destinazione al beneficiario, il terzo sarà anche costui.

Riepilogando, le soluzioni più corrette sono le seguenti:

- a) atti istitutivi del trust: normalmente non sono di per sé revocabili, essendo atti neutri per i creditori; pertanto essi non sono di regola autonomamente impugnabili;
- b) atti di dotazione del trust di singoli beni del disponente: sono atti revocabili perché

⁴⁷ Trib. Modena 14.3.2012 n. 495 - Giurisprudenza locale - Modena 2012.

⁴⁸ Trib. Cassino 1.4.2009 - Dir. Famiglia 2009, 3, 1266.

⁴⁹ Trib. Napoli 19.11.2008 - Banca Borsa Titoli Credito 2010, 1, 56.

⁵⁰ Maurizio Lupoi - *Trust* - Giuffrè, 592 ss.

⁵¹ Marco Tita - *Rimedi processuali ai trust in frode ai creditori* - Atti IV Congresso Nazionale dell'Associazione “Il Trust in Italia”.

⁵² Trib. Alessandria, 24.11.2009 - Guida al Diritto 2011, 77.

comportano la sottrazione dei beni dal disponente al trust con trascrizione degli stessi, se riguardano beni immobili, a favore del trustee⁵³; possono essere o a titolo gratuito (se trust liberale) o a titolo oneroso; se l'azione è proposta subito dopo gli atti di dotazione e prima delle attribuzioni ai beneficiari, non occorre citare in giudizio questi ultimi poiché costoro non sono parte dell'atto;

c) atti di attribuzione dei beni ai beneficiari: sono anch'essi revocabili; possono essere a titolo gratuito (se fatti per liberalità) o a titolo oneroso qualora siano stati eseguiti come controprestazione in adempimento di un obbligo gravante sul beneficiario; in caso di impugnazione degli atti di attribuzione, gratuiti od onerosi che siano, anche il beneficiario deve partecipare al giudizio. Non si tratta, a mio avviso, di una doppia disposizione patrimoniale (ipotese questa trattata più avanti) vista l'unitarietà del negozio istitutivo e attuativo del trust.

Si è infine discusso di quale sia la legge applicabile alle controversie suddette (ma lo stesso discorso può valere per l'azione di simulazione e quella di nullità) e cioè se le stesse siano regolabili dalla legge italiana o da quella prescelta per il trust dalle parti che, eventualmente, fosse molto più restrittiva di quanto previsto dall'art. 2901 cc e, cioè, fosse più favorevole per i debitori disponenti il trust, come spesso succede quando il trust ha appunto la finalità precipua di impedire ai creditori di impugnare gli atti di conferimento e di disposizione dei beni. Si è però ritenuta applicabile la legge italiana in forza del disposto di cui all'art. 4 della legge di ratifica suddetta posto che qui è espressamente previsto che la legge prescelta dalle parti non si applica alle questioni preliminari relative alla validità degli atti di trasferimento dei beni, quali sono appunto gli atti di conferimento dei beni nel trust. La giurisprudenza di merito ha confermato questa soluzione⁵⁴ e quindi possiamo affermare che le controversie di impugnazione degli atti saranno regolati dalla legge italiana.

7. Gli altri atti revocabili: la separazione consensuale con attribuzione dei beni, la doppia disposizione e il conferimento di beni in società

L'azione revocatoria ordinaria si presta ad essere utilizzata per impugnare altri atti, cd. atipici, di disposizione del patrimonio. Vediamo le ipotesi più importanti e statisticamente più numerose.

La prima ipotesi da considerare è la separazione consensuale dei coniugi con attribuzione di beni. Questa attribuzione è stata ritenuta impugnabile con l'azione revocatoria per via giurisprudenziale. Infatti una delle prime sentenze che consentì espressamente questa possibilità fu una decisione della Cassazione del 2004 la quale aprì la strada alla giurisprudenza successiva e si interrogò per la prima volta sul carattere oneroso o gratuito delle singole attribuzioni, giungendo ad affermare che non era possibile reperire una regola generale ma che andava visto caso per caso⁵⁵; seguirono altre sentenze di identico tenore⁵⁶.

Chiarita l'impugnabilità, restava da chiarire l'oggetto dell'impugnazione e cioè se

⁵³ Trib. Reggio Emilia, 25.3.2013 - Redazione Giuffrè 2013.

⁵⁴ Trib. Firenze 5.6.2002 - Foro Toscano 2003, 17.

⁵⁵ Cass. Sez. I, 23.3.2004 n. 5741 - Giust. Civ. Mass. 2004, 3; conf. Cass. Sez. III, 26.7.2005 n. 15603.

⁵⁶ Cass. Sez. III, 14.3.2006 n. 5473 - Guida al Diritto 2006, 21, 51; Cass. Sez. II, 3.5.2010 n. 10623 - Giust. Civ. Mass. 2010, 5, 664.

era possibile o meno impugnare direttamente gli accordi contenuti nella separazione, qualora questi avessero un contenuto obbligatorio e non traslativo della proprietà, oppure fossero impugnabili solo i contratti definitivi attuativi di detti accordi, tenuto conto che la giurisprudenza ha negato la revocabilità del contratto preliminare. In altre parole, occorre chiarire la natura degli accordi di separazione e se questi, qualora rimandassero a un atto di trasferimento successivo, fossero o meno assimilabili a un contratto preliminare.

Il punto di arrivo di questa elaborazione giurisprudenziale è dato da una sentenza del 2008⁵⁷ la quale ha riconosciuto l'impugnabilità degli accordi definitivi successivi e attuativi di quelli preliminari della separazione con estensione alla cognizione del giudice anche della validità di questi ultimi sebbene non espressamente impugnati dal creditore. In altre parole, qualora le parti in sede di separazione consensuale abbiano assunto obblighi di successivo trasferimento della proprietà dei beni, siamo in pratica di fronte ad accordi che hanno natura di contratti atipici, assimilabili ai contratti preliminari e come tali suscettibili di sentenza costitutiva ex art. 2932 cc con il trasferimento coattivo della proprietà dei beni oggetto degli accordi stessi, come confermato da una recente sentenza⁵⁸.

Un altro aspetto interessante che ha dato origine a dibattiti è la possibilità di impugnare con l'azione revocatoria ordinaria la doppia (o ancora più) disposizione patrimoniale, cioè quando l'acquirente del bene mediante l'atto astrattamente da revocare abbia a sua volta trasferito a terzi il medesimo bene prima che l'azione revocatoria ordinaria fosse esperita dal creditore o comunque prima della trascrizione dell'atto introduttivo. La possibilità della impugnazione di tutti gli atti di disposizione è stata ammessa da una recente sentenza della Cassazione la quale, nel luglio del 2013, ha precisato che anche verso i subacquirenti, per i quali il creditore deve dare la prova del *consilium fraudis*, è comunque utilizzabile la prova indiziaria⁵⁹.

Nel caso invece in cui non sia possibile impugnare il secondo trasferimento, il problema che si pone è quello di stabilire se il creditore, a fronte del fatto che il bene non sia più nella disponibilità del terzo acquirente, abbia ancora interesse ad agire in revocatoria e possa in ogni caso impugnare il primo atto, quello posto in essere dal suo debitore.

Questa ipotesi, in senso positivo e cioè della sussistenza dell'interesse del creditore comunque a impugnare il primo atto di disposizione, è stata contemplata dalla Cassazione la quale, con una sentenza del 2010, ha precisato che l'interesse sussiste, che il creditore può esperire anche in questo caso l'azione revocatoria e che può chiedere, anche in corso di causa, il risarcimento del danno e la restituzione del prezzo⁶⁰. Nella sentenza si è anche chiarito che le domande di risarcimento del danno e di restituzione

⁵⁷ Cass. Sez. III, 13.5.2008 n. 11914 - Guida al Diritto, 2008, 27, 71.

⁵⁸ Cass. Sez. II, 23.9.2013 n. 21736.

⁵⁹ Cass. Sez. III, 25.7.2013 n. 18034.

⁶⁰ Cass. Sez. III, 6.8.2010 n. 18369 - Giust. Civ. Mass. 2010, 7-8, 1005 - La massima recita: “*L'interesse del creditore ad agire in revocatoria sussiste anche quando il bene oggetto dell'atto di cui si chiede la revoca non sia più nella disponibilità dell'acquirente, per essere stato da questo alienato a terzi con atto trascritto anteriormente alla trascrizione dell'atto di citazione in revocatoria. Anche in tal caso, infatti, l'eventuale accoglimento dell'azione revocatoria consentirà all'attore di promuovere nei confronti del convenuto le azioni di risarcimento del danno o di restituzione del prezzo dell'acquisto, e ciò quand'anche le relative domande non siano state formulate congiuntamente alla domanda revocatoria, potendo queste ultime essere formulate anche successivamente*”.

del prezzo non necessariamente debbono essere proposte con l'atto introduttivo assieme a quella di revocatoria ma possono essere formulate anche successivamente in corso di causa, senza quindi violare il principio del divieto di proposizione di domande nuove.

Per quanto riguarda infine l'impugnabilità con l'azione revocatoria del conferimento dei beni in società, anche in questo caso si ritiene che sia validamente esperibile l'azione revocatoria ordinaria.

Infatti da sempre si è ritenuto il conferimento dei beni in una società sia idoneo a pregiudicare le ragioni del creditore non essendo dubitabile che la sostituzione nel patrimonio del debitore con una quota societaria realizzi una modifica peggiorativa e pertanto idonea a giustificare il ricorso all'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 cc⁶¹.

Da questo filone giurisprudenziale, sono sorti, essenzialmente, tre problemi degni di nota: il primo attiene alla natura, gratuita od onerosa, del conferimento del bene; il secondo attiene alla possibilità che il consilium fraudis dei soci sia utilizzabile come prova, di per sé, anche della simulazione dell'atto di conferimento del bene in società e il terzo attiene invece alle ripercussioni che può avere all'interno della società l'esperimento e l'accoglimento dell'azione revocatoria e, in particolare, se questa possa provocare la declaratoria di nullità della società.

Sulla prima questione la giurisprudenza di merito ha ritenuto che il conferimento di beni in società sia atto a titolo oneroso e non gratuito⁶²; ciò comporta inevitabilmente che il requisito soggettivo del consilium fraudis va allegato e provato da parte del creditore nei confronti di tutti i soci fondatori della società a cui il bene sia stato conferito⁶³

Ci si è chiesto poi (e questa è la seconda questione a cui sopra abbiamo accennato) se il consilium fraudis necessario per la revocatoria potesse essere utilizzato anche per dimostrare la simulazione assoluta dell'atto di conferimento. La Cassazione ha ritenuto di dare risposta negativa a questa domanda dicendo che la revocatoria dell'atto non porta necessariamente anche alla dichiarazione di simulazione assoluta dell'atto di conferimento del bene in società, posto che le presunzioni in base alle quali il terzo può dimostrare la fondatezza dell'azione revocatoria non sempre possono comportare anche la dichiarazione di simulazione assoluta, anch'essa peraltro dimostrabile dal terzo con la prova presuntiva. In altre parole può accadere che ci siano terzi creditori che, sfruttando la prova della malafede dei soci raggiunta da un creditore in una causa di revocatoria ordinaria dell'atto di conferimento del bene in società, proponano nei confronti del medesimo atto domanda di simulazione assoluta, eventualmente perché ormai, per loro, si è prescritta l'azione revocatoria. La Cassazione, con un ragionamento forse un po' troppo formale ma comunque ineccepibile da un punto di vista giuridico ha chiarito che l'azione revocatoria, mirando a rendere inefficace nei confronti di un creditore un atto che è di per sé valido, ha finalità diverse dall'azione di simulazione che invece tende a dichiarare inesistente perché simulato un atto che le parti non avevano mai realmente dovuto; inoltre, mentre la prima azione ha come elemento fondamentale il consilium fraudis, la seconda invece prescinde da tale presupposto e quindi l'intento fraudolento di sottrarre i beni conferiti in società alla garanzia dei creditori può essere un elemento concorrente ma non unico della prova

⁶¹ Ex pluribus Cass. Sez. I, 18.2.2000 n. 1804 - Giur. Comm. 2001, II, 783.

⁶² Trib. Verona 13.8.2003 - Giur. Merito 2004, 1140.

⁶³ Trib. Napoli 6.2.2008 - Banca Borsa Titoli di Credito 2009, 5, 589.

della simulazione⁶⁴.

Il terzo aspetto (le ripercussioni sul contratto sociale) è stato esaminato anch'esso dalla Cassazione la quale ha escluso, per il conferimento di beni in una società per azioni, che la declaratoria di inefficacia per revocatoria dell'atto di conferimento del bene in società possa comportare la nullità della società sia perché l'atto di per sé resta valido, anche se è venuto bene un elemento essenziale, sia per il numero chiuso delle cause di nullità della società previsto dall'art. 2332 cc che non contempla questa ipotesi⁶⁵. La sentenza è riferita alla versione precedente la riforma del diritto societario della norma sopra indicata ma non risultano motivi per addivenire a una soluzione contraria con il nuovo testo.

Questo principio è certamente applicabile anche ai conferimenti di beni in società a responsabilità limitata, visto il richiamo fatto dall'art. 2463/3 cc alla norma sopra citata prevista per le società per azioni.

8. – Il contratto preliminare di compravendita

Aspetti particolari e degni di nota riguardano il contratto preliminare di compravendita sulla cui base sia iniziata una causa di trasferimento coattivo ex art. 2932 cc con trascrizione del relativo atto di citazione ex art. 2652 n. 2 cc la quale comporta la prevalenza sulle trascrizioni o iscrizioni successive a quella della domanda.

Il contratto preliminare di compravendita azionato come sopra di per sé è stato ritenuto non direttamente impugnabile con l'azione revocatoria; infatti la giurisprudenza più recente della Cassazione ha escluso la sua impugnabilità in quanto si ritiene che non sia un atto di disposizione patrimoniale ma solo un contratto con effetti obbligatori⁶⁶.

In questo caso il creditore dispone di rimedi diversi per contrastare il trasferimento di proprietà a favore di un terzo del bene che così viene sottratto alla garanzia del creditore medesimo.

La giurisprudenza della Cassazione nella sentenza sopra richiamata ha intravisto due strade diverse che il creditore può intraprendere:

- prima dell'emanazione della sentenza ex art. 2932 cc il creditore può intervenire nel giudizio promosso dal promittente l'acquisto ex art. 2932 cc per paralizzare nei suoi confronti gli effetti della emananda sentenza di trasferimento coattivo della proprietà del bene; l'intervento è adesivo autonomo perché introduce una nuova domanda di opposizione al trasferimento della proprietà⁶⁷;

⁶⁴ Cass. Sez. I, 5.5.2010 n. 10909 - Diritto & Giustizia 2010. La motivazione sul punto recita: “L'azione di simulazione e quella revocatoria sono del tutto diverse per contenuto e finalità: infatti la prima mira ad accertare l'esistenza di un negozio apparente in quanto insussistente (simulazione assoluta) o la declaratoria di nullità; la seconda tende ad ottenere la declaratoria di inefficacia di un contratto esistente e realmente voluto, previo accertamento dell'eventus damni e, nei negozi a titolo oneroso, anche dell'esistenza del consilium, elementi da cui si prescinde nella simulazione”; sicché l'intento fraudolento di sottrarre i beni alla garanzia del credito può essere elemento concorrente, ma non unico, della prova della simulazione”.

⁶⁵ Cass. Sez. I, 19.2.2000 n. 1904 - Riv. Notariato 2001, 497.

⁶⁶ Cass. Sez. III, 28.9.2011 n. 19804 - Resp. Civ. e Prev. 2012, 3, 877.

⁶⁷ La prima parte della massima recita: “È indiscusso il potere di intervento del creditore nel giudizio ex art. 2932 c.c. instaurato sulla base di un contratto preliminare di vendita, al fine di paralizzare, nei suoi confronti, gli effetti depauperativi dell'emananda sentenza. Tale intervento va qualificato quale

- dopo l'emanazione della sentenza che trasferisce la proprietà del bene il creditore non può impugnare la sentenza stessa ex art. 2901 cc perché l'azione revocatoria non è esperibile nei confronti di una sentenza ma può esperire l'opposizione di terzo revocatoria ex art. 404/2 cpc⁶⁸.

In sostanza, secondo la recente giurisprudenza della Cassazione, l'azione ex art. 2901 cc non è mai esperibile ma il creditore può o intervenire nel giudizio per evitare che il Giudice, ai suoi danni, emetta una sentenza di trasferimento della proprietà del bene dal suo debitore al terzo oppure, emanata la sentenza, può proporre contro di essa il mezzo di impugnazione straordinario dell'opposizione di terzo ex art. 404/2 cpc. Naturalmente il creditore dovrà dimostrare che la sentenza emessa ex art. 2932 cc sia l'effetto del dolo o della collusione tra debitore e terzo acquirente a suo danno.

Si tratta come detto di un mezzo di impugnazione straordinario che quindi non risente del giudicato formatosi ma sottostà alla condizione che chi la propone non abbia partecipato al giudizio nel quale si è formata la sentenza impugnata⁶⁹. Ciò significa che i rimedi a disposizione del creditore sono alternativi tra loro e non sono cumulabili.

9. – Conclusioni

Non resta che trarre le conclusioni di questo excursus sulle azioni che i creditori possono intraprendere contro gli atti di protezione e di disposizione del patrimonio del loro debitore.

Abbiamo detto in premessa che la crisi, finanziaria prima ed economica poi, ha moltiplicato la casistica delle scelte dai debitori (o possibili e potenziali tali) finalizzate a proteggere il loro patrimonio; con l'aumento della casistica ne è seguito l'aumento dell'interesse a conoscere questi aspetti da parte dei professionisti che si occupano della materia.

Stiamo certamente vivendo un momento straordinario, che con ogni probabilità, sarà ricordato sui libri di storia come un periodo attraversato da una grande crisi economica; stiamo assistendo, specialmente da parte degli imprenditori, a scelte completamente diverse del solito e nel quale i soggetti economici sperimentano vie nuove nei loro rapporti con il mondo bancario. Di questo dobbiamo tutti essere pienamente consapevoli.

Questa situazione ha completamente cambiato il modo di lavorare dei professionisti che, com'è noto, sono l'anello di congiunzione tra l'insieme dei creditori (costituiti generalmente dal ceto bancario) e quello dei debitori (composti di regola dagli

intervento adesivo autonomo, poiché con esso viene introdotta una nuova domanda di inefficacia della vicenda traslativa, per come attuata, dalla sentenza di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto”.

⁶⁸ La seconda parte della massima recita: “L'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. non è esperibile, da parte del creditore del promittente venditore, contro le sentenze emesse, ai sensi dell'art. 2932 c.c., nei confronti del debitore, sulla base di un preliminare stipulato preordinatamente o scientemente in suo danno, essendo il creditore medesimo soggetto all'efficacia della sentenza. Il creditore, tuttavia, può svolgere intervento adesivo autonomo nel giudizio instaurato in vista dell'adempimento coattivo degli impegni assunti nel preliminare, al fine di paralizzare, nei propri confronti, gli effetti depauperativi dell'emananda pronuncia, ovvero, in mancanza di intervento, esperire l'opposizione di terzo revocatoria ex art. 404, comma 2, c.p.c., per rimuovere l'efficacia della sentenza”.

⁶⁹ Cass. Sez. VI, 19.3.2012 n. 4327 - Giust. Civ. Mass. 2012, 3, 360.

imprenditori commerciali).

I professionisti quindi dispongono di un osservatorio molto particolare e devono mediare, nel pieno rispetto delle regole, anche deontologiche, tra queste due diverse categorie (gli imprenditori e il ceto bancario) che spesso, in questo momento, hanno esigenze completamente divergenti tra loro. La conoscenza di queste regole è questione determinante per un corretto operare da parte di chi presta professionalmente la propria opera a favore di una delle due categorie suddette.

La crisi che stiamo vivendo avrà comunque una soluzione e arriveremo prima o poi alla sua conclusione; i rapporti tra ceto bancario e ceto imprenditoriale torneranno quindi alla loro fisiologica normalità. Però dalla esperienza di questi anni difficili banche, imprenditori e professionisti, avranno trovato nuova linfa vitale e nuove conoscenze per affrontare le sfide future, rafforzati dalla esperienza maturata sul campo in questo periodo.

Le crisi in generale hanno sempre maturato e, forse, migliorato gli operatori economici e professionali che hanno avuto la capacità di superarle.

Chiudo questo mio scritto richiamando le parole di un famosissimo scienziato che aveva davanti agli occhi gli effetti devastanti della grande depressione seguita alla crisi del 1929; Albert Einstein nel 1934 scriveva infatti: ***“La crisi può essere una vera benedizione per ogni persona e per ogni nazione, perché è proprio la crisi a portare progresso. La creatività nasce dall'angoscia, come il giorno nasce dalla notte oscura. È nella crisi che nasce l'inventiva, le scoperte e le grandi strategie. Chi supera la crisi supera sé stesso senza essere superato. Chi attribuisce le proprie sconfitte e i propri errori alla crisi, violenta il proprio talento e mostra maggior interesse per i problemi piuttosto che per le soluzioni. La vera crisi è l'incompetenza”***⁷⁰.

Queste parole di speranza, ma anche di ammonimento, ci fanno capire il valore della competenza e della crescita professionale, qualità queste indispensabili per consentire a chi assiste banche o imprenditori di essere culturalmente e tecnicamente attrezzato e di affrontare con competenza le sfide che ogni giorno si trova di fronte nell'interesse delle parti assistite ma nel pieno rispetto delle regole.

Dopo questo momento di crisi, forse, ci sentiremo tutti più preparati e più competenti.

E' un impegno per il presente e un investimento per il futuro.

⁷⁰ Albert Einstein, *Come io vedo il mondo*, 1934.