

L'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c. "preventivo" del debitore, di "supporto" del terzo ed il concordato...preventivo

di Antonio Pezzano

INDICE:

1. Premessa.

2. Atto di destinazione e valenza del giudizio di meritevolezza sugli interessi da tutelare.

3. Atto di destinazione e meritevolezza della finalità di salvaguardia dell'attività di impresa e/o del credito:

3.1. Atto di destinazione "preventivo" effettuato direttamente da parte del debitore.

3.2. Atto di destinazione di "supporto" effettuato da parte di un terzo.

4. Atto di destinazione ed iscrizione ipotecaria.

5. Conclusioni.

1. Premessa.

La prassi concorsualistica sta cominciando ad evidenziare atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c., sia da parte diretta del debitore sui propri beni al fine di preservarli indenni da aggressioni, prima del deposito della domanda concordataria¹, sia ad opera di terzi per offrire nuova finanza ovvero garanzie in supporto al piano del debitore concordatario.

Ma atti di tal genere, "preventivi" nel primo caso e di "supporto" nel secondo, sono validi rispetto ai concordati preventivi? O meglio, perseguono interessi meritevoli ex art. artt. 2645 ter/1322 c.c.?

2. Atto di destinazione e valenza del giudizio di meritevolezza sugli interessi da tutelare.

Al fine di verificare la legittimità/validità e quindi la fattibilità dell'atto, il problema preliminare che si pone è quello di appurare il significato da attribuire alla "meritevolezza di interessi" richiamati nell'art. 2645 ter c.c., norma che, come è noto, è stata introdotta nel nostro ordinamento attraverso

¹ In effetti il nuovo combinato disposto degli artt. 161, comma 6 e 168 L.F., dovrebbe deflazionare il ricorso a tali tipi di atti ex art. 2645 ter c.c. a diretta cura del debitore, ma non è detto che il timore di ricorrere incautamente ad una procedura concordataria che, ove anche attuata "con riserva", apre pur sempre un mondo *dai destini ignoti* (compresi quelli penalistici ex art. 236 L.F.), non induca qualche debitore in pre-crisi a farvi comunque ancora ricorso.

la novellazione del codice civile dall'art. 39 nonies del D.L. 273/2005, modificato dalla legge di conversione n. 51/2006 ed in vigore dal 1 marzo 2006².

La questione fondamentale è se il giudizio di meritevolezza, indicato dall'art. 2645 ter c.c., coincida o meno con il requisito di meritevolezza previsto dall'art. 1322, comma 2, c.c. per il riconoscimento giuridico dei contratti atipici³, ovvero se il controllo sulla meritevolezza dell'atto di destinazione abbia una diversa natura, qualificata da una maggiore intensità⁴.

A tale ultimo riguardo, si è affermato che il concetto di interesse non deve afferire esclusivamente la liceità dell'atto, ma deve andare oltre, nel senso che deve trattarsi di interessi con finalità di 'pubblica utilità'⁵, o comunque superindividuali di 'solidarietà sociale'⁶.

Sarebbe quindi da attribuire al giudizio di meritevolezza un rilievo per così dire 'relazionale', nel senso di realizzare "il risultato di una valutazione comparativa tra l'interesse sacrificato (quello dei creditori generali n.d.r.) e l'interesse realizzato con l'atto di destinazione"⁷.

Per tali autori, il parametro di riferimento è individuato nelle specificazioni dell'art. 2645 ter c.c., "persone con disabilità" e "pubbliche amministrazioni", e nelle 'classi' di interesse prese in considerazione dalle varie norme istitutive di patrimoni separati, secondo la regola generale dell'art. 2740, comma 2, c.c.

In conclusione, secondo questa posizione, il giudizio di meritevolezza consiste nel verificare se l'interesse perseguito dall'atto appartenga alla classe di interessi richiamati espressamente dalla stessa norma: finalità pubblicistiche o comunque di solidarietà.

² Recita l'art. 2645-ter c.c. ('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'): "Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo".

³ Si ricorda brevemente che, circa il significato del controllo di meritevolezza previsto dall'art. 1322, comma 2, c.c., per i contratti atipici, la dottrina ha formulato nel tempo interpretazioni contrapposte (si veda Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 399 ss., ad avviso del quale il giudizio di meritevolezza è strettamente connesso con quello di utilità sociale; Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 98-99, il quale ritiene che il giudizio di meritevolezza coincida con quello di non liceità; Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 69, secondo cui l'art. 1322 c.c. non avrebbe alcuna funzione autonoma e si risolverebbe in definitiva nell'accertamento della reale volontà delle parti di obbligarsi).

La giurisprudenza sembra accogliere la teoria che ritiene che il controllo di meritevolezza dei contratti atipici debba consistere nella della assenza di elementi di illiceità del contratto atipico, cfr. *ex multis* Cass. civ., 19 giugno 2009, n. 14343; Cass. civ., 17 giugno 1992, n. 7470.

⁴ Resta in ogni caso escluso che l'interesse meritevole, che giustifica l'effetto segregativo, coincida con il motivo del disponente.

⁵ Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 170.

⁶ Luminoso, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2008, 1000.

⁷ Così Nuzzo, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter c.c.*, a cura di Bianca, Milano, 2007, 65 ss.

Si è quindi ritenuto meritevole di tutela, ad esempio, l'interesse familiare (soprattutto con riferimento alla famiglia *more uxorio*), la realizzazione di assistenza ai disabili, assistenza sociale e sanitaria, l'istruzione, la formazione, la tutela dell'ambiente e via dicendo. In sostanza mutuando i valori di riferimento da fattispecie analoghe per le quali il legislatore stesso ha già operato una selezione (quali il fondo patrimoniale oppure i patrimoni destinati ad uno specifico affare).

Tanto che, secondo la predetta impostazione "solidaristica", l'espreso richiamo che l'art. 2645 ter c.c. fa ai soggetti disabili, così come il riferimento alle pubbliche amministrazioni, conferisce carattere superindividuale e socialmente utile all'interesse richiesto per l'opponibilità dell'atto, ed il successivo riferimento agli "altri enti o persone fisiche" va letto come completamento del precedente riferimento (ai disabili e p.a.), senza che il riferimento eticamente più forte possa ritenersi soppresso da quello successivo più generale⁸.

Ma questo metodo per così dire, "relazionale" di intendere il giudizio di meritevolezza, non è esente da critiche.

Infatti altra parte della dottrina, nonché una parte della giurisprudenza, li ritiene invece due requisiti coincidenti, partendo proprio dal rinvio testuale che l'art. 2645 ter c.c. fa all'art. 1322, comma 2, c.c.⁹.

Si può in effetti ritenere che la circostanza che la norma, prima dell'apertura ad 'altri enti o persone fisiche', si rivolga a certe categorie di beneficiari (disabili e p.a.), sia solo indicativa, ma non esaustiva di tutte le tipologie di interessi legittimanti il vincolo solidaristico, considerato il successivo espreso richiamo al secondo comma dell'art. 1322 c.c., che appunto prevede come interessi tutti quelli "meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico".

Diversamente sarebbe stato senza alcuna ragione il riferimento del legislatore all'art. 1322 c.c., essendo questa norma cogente e di chiusura dell'intero sistema dei contratti, e pertanto direttamente

⁸ De Donato, *Gli interessi riferibili a soggetti socialmente vulnerabili*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, 251; Spada, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Negozi di destinazione: percorsi*, op. cit., 132 ss.

⁹ Vettori, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 777; Falzea, *Introduzione*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2010, 33 ss.

In giurisprudenza cfr. la recente pronuncia del Trib. Lecco, 26 aprile 2012, in www.ilcaso.it, secondo cui "questo Collegio non ritiene di condividere l'assunto di partenza del ragionamento illustrato infatti il rinvio generico dell'art. 2645 ter c.c. alla meritevolezza ex art. 1322 comma 2 c.c. non legittima alcuna ulteriore delimitazione degli interessi che i privati possono perseguire costituendo un vincolo di destinazione, in questo senso parte della dottrina ha tratto argomenti dai lavori preparatori e dalla finalità perseguita di introdurre con ampiezza un istituto che potrebbe favorire investimenti nel nostro Paese; ma in questo senso depone in modo decisivo il tenore testuale e l'assenza di una definizione di solidarietà sociale, altrimenti lasciata all'assoluta discrezionalità del giudice, che avrebbe come unico criterio orientativo la ristretta menzione della disabilità e quella assolutamente ambigua di pubblica amministrazione". Nello stesso senso, attraverso una attenta lettura delle relative motivazioni, Trib. Verona, 13 marzo 2012, in *Fallim.*, 2012, 972 (con nota di Costanza, *L'atto di destinazione non consente il concordato preventivo*), nonché Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Trusts*, 2007, 419. *Contra* Trib. Vicenza, 31 marzo 2011, in *Fallim.*, 2011, 1461 (con nota di Abete, *La destinazione ex art. 2645 ter c.c. dei beni ai creditori e la proposta di concordato preventivo: riflessioni sulla fattibilità del piano*).

applicabile anche agli atti di destinazione pro persone disabili e pubbliche amministrazioni, senza che dunque vi fosse stata necessità di tale specificazione.

Quindi pare che il predetto orientamento ‘solidaristico’ non trovi fondamento né in una corretta esegesi della norma, ma neppure in indici di diritto positivo.

Oltre a tutto ciò, si può evidenziare come una lettura restrittiva dell’art. 2645 ter c.c., che ritenga utilizzabile l’atto di destinazione solo per finalità limitate alla pubblica utilità, si ponga in contrasto con le altre esperienze internazionali; basti pensare all’istituto del *trust*, che viene dai paesi anglosassoni utilizzato per le più svariate finalità, ma anche alla *fiducie*, introdotta in Francia nel *cod civil* con L. 19.02.2007, n. 2007-211 e succ. mod.¹⁰. Tanto che i primi commentatori salutarono la norma de qua, definendola come il *trust* italiano¹¹.

Non sembra pertanto persuasiva l’interpretazione restrittiva della norma ed appare invece del tutto condivisibile l’opinione di chi ritiene che il giudizio di meritevolezza, riguardo agli atti di destinazione, sia un giudizio di meritevolezza degli interessi in sé, e non comporti una valutazione comparativa in termini di prevalenza/poziorità tra l’uno e l’altro, non apparendo legittima alcuna ulteriore delimitazione degli interessi che i privati possono perseguire costituendo un vincolo di destinazione, come affermato dalla dottrina più attenta, nonché dalla prima giurisprudenza che ha esaminato più approfonditamente il tema¹².

Agli orientamenti di cui sopra, si aggiunge quello che sostiene che la “meritevolezza” non attenga alla causa dell’atto, ma piuttosto agli effetti e quindi all’opponibilità dell’atto¹³. In sostanza, secondo questa interpretazione, il giudizio di meritevolezza atterrebbe all’effetto di separazione e comporterebbe un piano di valutazione diverso ed ulteriore da quello della liceità ed, a livello operativo, comporterebbe che, in mancanza di un concreto interesse meritevole di tutela, l’atto rimarrebbe valido, ma sarebbero preclusi gli effetti di separazione e di opponibilità.

¹⁰ La legge francese sulla *fiducie*, che ha introdotto nel codice civile gli artt. 2011 ss., è reperibile in *TAF*, 2007, 469 ss., ed ivi commenti di AA.VV. Si noti che l’ordinamento francese ha fatto una precisa scelta, nel senso di ammettere l’impiego dell’istituto per finalità finanziarie ovvero commerciali.

¹¹ *Ex multis* cfr. BARTOLI, *Prime riflessioni sull’art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Corr. merito*, 2006, 697 ss.; LUPOI, *Gli “atti di destinazione” nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, 169 ss.; ci sia consentito anche il rinvio a Pezzano e Sebastiani, *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e accordo di separazione tra i coniugi*, in *Famiglia e dir.*, 2008, 1169 ss.

Sui rapporti tra *trust* ed atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c., si veda in particolare Bartoli, *Riflessioni sul nuovo art. 2645 ter cod. civ. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, 1297 ss. e, dello stesso autore, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2012.

¹² Vettori, *Atto di destinazione e trust*, cit., 777; Falzea, *Introduzione*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 33 ss. Nel senso della utilizzabilità degli atti di destinazione anche a tutela di interessi diversi da quelli espressamente menzionati nella norma *de qua*, cfr. Filocamo, *Atti di destinazione atipici (art. 2645 ter c.c.)*, in *L’accertamento del passivo*, a cura di Ferro, Bastia e Nonno, Milano, II ed., 2011.

¹³ Così Nuzzo, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, op. cit., 65 ss.; Di Raimo, *L’atto di destinazione dell’art. 2645 ter: considerazioni sulla fattispecie*, in *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, a cura di Morace Pinelli, Milano, 2007, 76.

Tuttavia la letteratura maggioritaria pare non dubitare che il giudizio di meritevolezza attenga solo al profilo causale, la cui mancanza non può che determinare la nullità dell'atto, come al contempo, la sua sussistenza, la relativa validità. Con ogni conseguente effetto, a partire da quello suo primo proprio, una volta trascritto, e cioè l'opponibilità verso i terzi¹⁴.

Ed è importante rilevare che proprio in quest'ultimo senso si esprimeva la Commissione Giustizia nel proprio parere 28 giugno 2005, ove si legge espressamente che il riferimento alla meritevolezza è stato usato per uniformarsi all'orientamento giurisprudenziale nettamente dominante, in cui il termine equivale a non illiceità¹⁵.

Pertanto la meritevolezza dell'interesse, secondo l'opinione che appare preferibile, è condizione della stessa validità del negozio, prima ancora che di generazione degli effetti propri conseguenti alla relativa successiva trascrizione.

Tra l'altro proprio per ciò, in quanto (appunto) afferente la stessa validità/nullità dell'atto, l'aspetto de quo coinvolge anche la responsabilità del Notaio, il quale pertanto, come Pubblico Ufficiale rogante, dovrà valutare previamente l'aspetto de quo e non dovrà ricevere l'atto quando non ritenga soddisfatto tale requisito di meritevolezza/liceità¹⁶.

E quindi che il Notaio abbia effettuato tale previo esame ed abbia concluso per la possibilità di stipula dell'atto, è senz'altro un primo indice di rilievo sulla validità dell'atto stesso.

3. Atto di destinazione e meritevolezza della finalità di salvaguardia dell'attività di impresa e/o del credito.

Alla luce di quanto fin qui scritto, sembrerebbe quindi evidente che anche la tutela dell'attività di impresa, come del credito, concretizzino interessi meritevoli di essere perseguiti ex artt. 2645 ter c.c./1322, comma 2, c.c., stante anche la relativa valenza costituzionalmente riconosciuta.

D'altra parte anche gli stessi lavori preparatori concernenti la norma *de qua*, sembra indirizzare in tal senso¹⁷.

Andando più specificatamente agli atti di destinazione proiettati all'interno delle procedure concorsuali, deve anzitutto ribadirsi che l'atto di destinazione/separazione (sia esso ex art. 2645 ter c.c., che un vero e proprio trust, così come una cessione dei beni ex artt. 1977 ss. c.c.)¹⁸ può

¹⁴ Tra gli studi più autorevoli si v. Oberto, *Atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contr. e impr. Europa*, 2007, 400; Luminoso, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione*, op. cit. 1001 ss.

¹⁵ Cfr. pag. 21-22 Parere espresso dalla Commissione permanente di Giustizia in data 28 giugno 2005, consultabile negli atti della camera (http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/bollet/200506/0628/pdf/02.pdf).

¹⁶ Vedi art. 28 L. 89/1913 e succ. mod.

¹⁷ Cfr. lavori della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, seduta del 28 giugno 2005, cit.

¹⁸ Quanto al regime fiscale di tali atti, va evidenziato come risulti pacifico (v. circolare A.E. 22 gennaio 2008, n. 3/AE, punto 5, nonché art. 11 della tariffa I allegata al D.P.R.131/86) che l'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e la cessione dei beni ex art. 1977 c.c., allorchè abbiano finalità meramente segregative e non direttamente traslative,

provenire sia direttamente dal debitore, sia da parte di terzi a supporto del buon esito della procedura concorsuale.

E l'atto può porsi in ausilio della procedura concorsuale, non solo in fase preventiva e di supporto, ma anche in fase liquidatoria/di chiusura; così come può divenire anche mezzo sostitutivo della stessa procedura concorsuale¹⁹.

3.1. Atto di destinazione “preventivo” effettuato direttamente da parte del debitore.

Nel primo caso - che è quello affrontato dalle uniche tre decisioni giurisprudenziali edite in argomento²⁰ - ci sembra che le considerazioni *supra* sviluppate, e che hanno trovato pieno conforto, anche nella decisione del Tribunale di Lecco²¹, siano condivisibili, essendo indubbio che la finalità perseguita da un tale atto di destinazione, e tesa a presentare *indenne* il patrimonio del debitore verso la procedura di concordato, sia meritevole di tutela.

Infatti – e per parafrasare alcune considerazioni espresse dal Tribunale di Lecco - con la trascrizione si rende conoscibile la crisi, si salvaguardia il patrimonio da atti di distrazione, e si evita finanche che alcuni creditori (segnatamente gli istituti di credito), possano avvantaggiarsi rispetto ad altri, grazie alle informazioni facilmente acquisibili dagli stessi nell'ambito della propria attività professionale.

Ovviamente il contratto di destinazione non dovrà imporre alcun vincolo o limitazione rispetto ai vari creditori (e quindi i beni del debitore ed i relativi frutti dovranno essere destinati a tutti i creditori, all'interno e secondo le regole della procedura concorsuale), per evitare che esso stesso rappresenti una violazione dei precetti di legge in tema di par condicio (artt. 2740, 2741 c.c. e art. 160, comma 2, L.F.), come ad esempio avverrebbe allorchè l'atto fosse destinato solo ai soggetti

scontino l'imposta di registro in misura fissa (e pertanto, anche sotto tale angolo visuale, appaiono istituti che il legislatore pare voler favorire), mentre il trust sembra avversato anche ove meramente segregativo (vedi la citata circolare al punto 5.4, quantunque una recente decisione della C.T. Reg. Lombardia n. 168/6/12, in *Il Sole24Ore Norme e Tributi*, 28 gennaio 2013, 4, con nota di Tomassini, *Il registro è fisso sul trust di scopo*, abbia concluso che un trust meramente segregativo soggiace anch'esso all'imposta di registro in misura fissa).

¹⁹ V. sui temi de quibus gli interessanti approfondimenti di Dimundo e Fimmanò, nei loro contributi per *Profili del trust nelle procedure concorsuali*, in *Gli Speciali, Il Fallim.*, 2010. Cfr. anche in argomento Trib. Pescara, 11 ottobre 2011, in www.ilcaso.it, e la recente decisione del Trib. Reggio Emilia, 2 maggio 2012, in www.ilcaso.it, che in parte motiva riprende le considerazioni di Cass., 15 luglio 2011, n. 15699 (in *Il Fallim.*, 2011, 129, con nota di Nisivoccia), secondo la quale “*il debitore che intende cedere i propri beni ai creditori per sdebitarsi ha due possibili scelte: procedere alla cessio bonorum ai sensi degli artt. 1977 ss. c.c. o chiedere il concordato preventivo*”.

²⁰ Vedi i citati: Trib. Lecco, 26 aprile 2012; Trib. Verona, 13 marzo 2012; Trib. Vicenza, 31 marzo 2011.

²¹ Trib. Lecco, 26 aprile 2012, cit.: “*considerato quindi senza limiti il rinvio alla meritevolezza ex art. 1322 comma 2c.c. ed evitando di addentrarsi nel dibattito sulla definizione di tale ultima nozione, questo Collegio nota che senza dubbio la finalità perseguita nel caso di specie, che consiste nell'assicurare una soddisfazione proporzionale ai creditori non ancora muniti di cause di prelazione, deve reputarsi degna di riconoscimento dall'Ordinamento; v. in senso contrario le antecedenti decisioni dei Trib. Verona, 13 marzo 2012 e Trib. Vicenza, 31 marzo 2011.*”

“che vi aderiranno”, pattuizione che tra l’altro potrebbe anche condizionare l’autenticità e genuinità del voto²².

Indubbiamente, resta da chiedersi se la presenza di una specifica norma prevista dall’ordinamento speciale concorsuale concordatario, quale è l’art. 168 L.F. (sia nel testo previgente che a maggior ragione in quello attuale²³), possa permettere un sostanziale superamento di tale disciplina speciale, attraverso l’atto di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*²⁴.

Va però detto che, a parte la diversa portata delle due norme²⁵, non si comprende la ragione per cui non risulterebbe meritevole di tutela la scelta di un debitore zelante *pro par condicio creditorum* che quindi, già allorchè dovesse trovarsi in pre-crisi, si preoccupi di creare una situazione di pariteticità fra tutti i propri vari creditori, tenendo anche conto che la regola fondamentale è che “*i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore*” (art. 2741 c.c.).

Anche perché diversamente si giungerebbe al paradosso che l’atto di destinazione potrebbe essere considerato meritevole di tutela in caso di piano attestato *ex art. 67 lettere d) L.F.* (cioè in una fattispecie che l’ordinamento non privilegia, sotto più angoli visuali, rispetto al concordato preventivo o al “182 bis”), non essendo appunto applicabile a tale istituto la disciplina dell’art. 168 L.F.

Nè potrebbe obiettarsi che l’ordinamento civilistico ha già previsto la cessione dei beni *ex artt. 1977 e seg. c.c.*, come alternativa al concordato preventivo con cessione dei beni²⁶, e quindi non è pensabile che un altro istituto, parimenti civilistico, quale è quello *ex art. 2645 ter c.c.* possa esser stato creato per lo stesso scopo.

Infatti la cessione *ex art.1977 c.c.* è integralmente sostitutiva del concordato preventivo con cessione dei beni, mentre l’atto di destinazione “preventivo” è unicamente introduttivo/propedeutico verso il concordato preventivo.

In questa prospettiva, è stato del resto ritenuto meritevole di tutela il *trust* a mezzo del quale un socio accomandatario di una S.a.s., al fine di favorire la liquidazione della società mediante un

²² Come avvenuto nel caso esaminato dal Trib. di Verona, 13 marzo 2012, cit., in cui, a differenza dell’atto di destinazione sottoposto al vaglio del Tribunale di Lecco, 26 aprile 2012, in effetti il debitore destinante aveva posto dei limiti, di dubbia liceità, in proposito: “*nell’atto costitutivo del vincolo oggetto del presente procedimento si afferma infatti espressamente che i beni immobili saranno destinati al soddisfacimento dei crediti dei soggetti <<che vi aderiranno>>*”.

²³ Ci riferiamo alla modifica della norma *de qua* intervenuta a seguito della legge 134/2012.

²⁴ Cfr. sullo specifico tema, Trib. Verona, 13 marzo 2012, cit.

²⁵ L’art. 168 L.F., oltre a rendere inopponibili le trascrizioni post presentazione domanda di concordato preventivo, impedisce, non solo l’inizio, ma anche la prosecuzione di eventuali azioni esecutive e cautelari intraprese ante pubblicazione al registro delle imprese della domanda concorsuale. Ed anche rispetto a beni mobili non iscritti in pubblici registri. Non solo: permette anche che un’ipoteca o un pegno possano essere iscritti qualora vi sia l’autorizzazione del giudice.

²⁶ Cass., 15 luglio 2011, n. 15699, cit., secondo la quale, come già visto, “*il debitore che intende cedere i propri beni ai creditori per sdebitarsi ha due possibili scelte: procedere alla cessio bonorum ai sensi degli artt. 1977 ss. c.c. o chiedere il concordato preventivo*”.

accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis L.F., aveva previamente segregato i propri beni personali nominandosi *trustee* e gestendo ed amministrando i beni nell'interesse dei creditori, che avevano così assunto la veste di beneficiari²⁷.

Ferme le considerazioni predette, è comunque indubbio che la tematica sia tutt'altro che di certa soluzione. E quindi solamente il futuro consolidamento della giurisprudenza (tra l'altro pronunciabile solo "*incidenter*" da parte del giudice concordatario) potrà farci capire quale è la giusta direzione da seguire.

3.2. Atto di destinazione di "supporto" effettuato da parte di un terzo.

Ma se mai può sussistere qualche dubbio su quanto sopra espresso circa la meritevolezza della diretta destinazione ex art. 2645 ter c.c. dei propri beni da parte del debitore in pre-crisi o crisi, certamente dubbi sulla meritevolezza dell'atto non possono sussistere nel caso di negozio di destinazione in cui sia un terzo a decidere di destinare tutto o parte del proprio patrimonio attraverso la messa a disposizione della cd. finanza terza²⁸.

Infatti, nel caso dell'atto di destinazione da parte del terzo pro massa dei creditori del debitore, non si pone quello che è forse l'argomento contrario più "pesante" allorché si parli di negozio ex art. 2645 ter c.c. ad opera del debitore: la sussistenza già nell'ordinamento di una norma speciale che mira a perseguire le stesse finalità quale è quella di cui al citato art. 168 L.F. che, come è noto, tende a preservare i beni del debitore e non certo quelli del terzo disponente pro massa dei creditori del debitore²⁹.

²⁷ Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Contratti*, 2008, 15 ss. V. anche Trib. Milano, ord. 10 giugno 2009, in www.deaprofessionale.it.

²⁸ Cfr. proprio sul tema della finanza terza la recente Cass., 8 giugno 2012, n. 9373, in *Il Fallim.*, 1409 con nota di Bianchi, *La Cassazione, la nuova finanza e l'alterazione dell'ordine dei privilegi*, e rispetto ai cui precetti forse l'atto di destinazione di "supporto" effettuato dal terzo potrebbe essere di indubbia funzionalità. In dottrina, nel senso della libera utilizzabilità della finanza proveniente dal terzo (ma non dell'eventuale *quid pluris* generato dalla particolare proposta concordataria del debitore rispetto alla ordinaria liquidazione fallimentare), v. Bozza, *L'utilizzo di nuova finanza nel concordato preventivo e la partecipazione al voto dei creditori preferenziali incapienti*, in *Il Fallim.*, 2009, 1441. Cfr. invece sulla possibilità di utilizzare il *quid pluris* generato dal debitore concordatario, Trib. Monza, 22 dicembre 2011, in www.ilcaso.it. In dottrina v. Peracini, *Concordato preventivo e cessio bonorum con classi: trattamento dei creditori privilegiati generali, inquadramento giuridico del "vantaggio differenziale"*, in *Dir. Fallim.*, 2011, I, 49-50. V. anche Guerrero, *Struttura finanziaria, classe dei creditori ed ordine delle prelazioni nei concordati delle società*, in *Dir. Fallim.*, 2010, I, 720-722; Ambrosini, in Ambrosini-De Marchi-Vitello, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Zanichelli, 2009, 43.

²⁹ Cfr., sullo specifico argomento, Cass., 8 luglio 1998, n. 6671, in *Il Fallim.*, 1999, n. 406, con nota di Cascio, *Sulla procedibilità delle azioni esecutive individuali sui beni offerti dal terzo*. Vedi però in senso contrario, Cass., 16 aprile 1996, n. 3588, in *Giust. Civ.*, 1996, I, 2246.

Nonostante sulla particolare tipologia di atto di destinazione di "supporto" da parte di un terzo, non vi sia, a quanto consta, giurisprudenza edita, comunque la dottrina rinvenuta è assolutamente autorevole e confortante, nel senso da noi propugnato³⁰.

4. Atto di destinazione ed iscrizione ipotecaria.

Tutto ciò precisato ai fini del giudizio di meritevolezza e comunque di legittimità dell'atto di destinazione, passiamo ad esaminare il consequenziale problema della prevalenza o meno del vincolo di destinazione rispetto alle eventuali successive iscrizioni ipotecarie da parte di un creditore dei concedenti, che ovviamente è cosa ben diversa delle eventuali ipoteche successive dei creditori del debitore in concordato, beneficianti di detta destinazione di patrimonio terzo.

Rispondiamo subito a tale secondo quesito, nel senso che tali eventuali ipoteche non possono essere opponibili³¹ e pertanto *resiste* l'atto di destinazione anteriormente stipulato e regolarmente trascritto. Infatti, sotto due angoli visuali può giungersi ad una tale conclusione. Anzitutto poiché, come visto e come pacifico³², la destinazione ex art. 2645 ter c.c. non comporta alcun trasferimento dei beni nella sfera giuridica dei soggetti destinatari dei relativi effetti favorevoli (creditori del debitore), così come nel patrimonio del debitore³³. E quindi ci sembra evidente che alcun vincolo ipotecario potrà mai essere acceso contro tali beni, da parte dei creditori del debitore in procedura concordataria.

In secondo luogo perché esiste un art. 168, comma 3, L.F. che è chiaro sul punto rispetto ai beni del debitore. E sarebbe paradossale che i creditori del debitore non possano utilmente accendere ipoteca sui beni del debitore, una volta che il debitore medesimo sia andato in concordato come nella specie (ed anzi anche nei tre mesi antecedenti), mentre di contro potrebbero farlo sui beni di un terzo!

³⁰ Fimmanò, *Il trust a garanzia del concordato preventivo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 90, secondo il quale la soluzione dell'atto di destinazione è più conforme al sistema della costituzione di una garanzia reale o del trust. V. anche, nello stesso senso, Ragonese, *Il piano del concordato preventivo con messa a disposizione di beni dei terzi: profili negoziali e notarili*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di Fauceglia e Panzani, Torino, 2009, III, 1633 ss.; Caprioli, *Assunzione del concordato preventivo da parte di società controllante; costituzione di trust e tutela dei creditori personali dell'assuntore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 103.

³¹ Forse più che di opponibilità, dovrebbe parlarsi di nullità, in quanto si tratterebbe di ipoteca iscritta contro bene di soggetto - il destinante terzo - che non è debitore del creditore agente, salvo che nell'atto di destinazione non abbia anche assunto obblighi di garanzia personali o di espromissione o di accollo, casi in cui quindi giova comunque l'effetto dell'opponibilità ex art. 2645 ter c.c.

³² Cfr. *ex multis*, Trib. Reggio Emilia, 7 giugno 2012, in www.ilcaso.it; Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, cit.; Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Trusts*, 2006, 417. In dottrina, Fimmanò, *Trust e procedure concorsuali*, in *Profili del trust nelle procedure concorsuali*, cit., pagg. 37 e 38.

³³ E l'aspetto è di rilevanza decisiva allorchè con detta nuova finanza/nuovo patrimonio il terzo voglia consentire al debitore concordatario di effettuare una 'classazione' dei creditori, senza dover rispettare l'ordine delle cause legittime di prelazione. Infatti l'apporto del terzo si sottrae al divieto di alterazione della graduazione dei crediti privilegiati, solo allorchè risulti neutrale rispetto allo stato patrimoniale del debitore, non comportando né un incremento dell'attivo patrimoniale, sul quale i creditori privilegiati dovrebbero in ogni caso essere collocati secondo il loro grado, né un aggravio del passivo del debitore con il riconoscimento di ragioni di credito di surroga a favore del terzo, indipendentemente dalla circostanza che tale credito sia postergato o no (abbiamo sintetizzato il principio di diritto di cui a Cass., 8 giugno 2012, n. 9373, cit.).

Ma anche al primo quesito (eventuali creditori ipotecari propri del terzo) la risposta è parimenti negativa: l'atto di destinazione regolarmente trascritto è opponibile ad eventuali successive ipoteche.

Infatti, se si conviene che l'atto di destinazione è valido ed efficace nella specie (come abbiamo cercato di argomentare fin qui), è indubbio che il primo elemento di valenza di un legittimo atto di destinazione è proprio l'opponibilità ai terzi, una volta trascritto, stante la chiara ed inequivocabile previsione dell'art. 2645 ter c.c.

Pertanto ancora una volta non possiamo che convenire con il punto di vista della più recente giurisprudenza in tema (peraltro rispetto alla segregazione effettuata dal debitore stesso sui propri beni), secondo cui *“può ritenersi fattibile il concordato preventivo laddove venga presentata una proposta concordataria che esclude l'opponibilità, all'impresa che presenta la domanda, delle ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione degli atti di destinazione posti in essere anteriormente al ricorso alla procedura ai sensi dell'art. 2645 ter c.c., al fine di assicurare la par condicio creditorum nel futuro concordato”*³⁴.

D'altra parte, nell'analogo patrimonio separato, quale è quello previsto dall'istituto del fondo patrimoniale, di cui agli artt. 167 ss. c.c., la giurisprudenza, anche di legittimità³⁵, è assolutamente all'unisono, nel considerare che solo le ipoteche, iscritte anteriormente all'adempimento dei vincoli pubblicitari previsti per legge, sono opponibili al fondo patrimoniale. Diversamente il vincolo del fondo prevale.

5. Conclusioni.

Per quanto fin qui esposto, ci sembra di poter concludere che i vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. costituiti da terzi rispetto al debitore in crisi (per supportare la relativa domanda concordataria anche sotto la forma di garanzia atipica) possano ritenersi validi in quanto miranti a perseguire interessi meritevoli di tutela ex artt. 2645 ter e 1322 c.c. ed, ove regolarmente trascritti³⁶, risultano senz'altro opponibili ai creditori ipotecari successivi, sia del debitore che dei terzi destinanti.

Per quanto concerne invece i patrimoni destinati direttamente dal debitore sui propri beni (propedeuticamente alla presentazione della domanda di concordato, e quindi a favore indistinto di tutti i creditori secondo la regola di cui al combinato disposto degli artt. 2740 e 2741 c.c. e 160,

³⁴ V. il citato Trib. Lecco, 26 aprile 2012.

³⁵ Cfr. *ex multis*, Cass., 4 giugno 2012, n. 3622; Cass., 24 gennaio 2012, n. 933; Cass., 30 settembre 2008, n. 24332.

³⁶ E' evidente che ove si tratti di atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c. del debitore sui propri beni, e la trascrizione risulti successiva a quella ex art. 166 l.F. del decreto di ammissione del concordato, l'atto di destinazione non potrà provocare gli effetti di opponibilità sopra indicati.

comma 2, L.F.), ci sentiamo di accogliere le predette conclusioni con qualche riserva, essendo questione che presenta, per tutti i motivi sopra esposti, margini di incertezza maggiori, e sarà sul punto interessante verificare come si comporterà la giurisprudenza dei nostri Tribunali.

Ci sia consentita una ulteriore riflessione. Fermo restando tutto quanto sopra, ci si può interrogare circa la soggezione o meno dell'atto di destinazione di cui all'art. 2645 ter c.c. (parimenti a qualsiasi atto di disposizione di patrimoni) all'azione revocatoria, quale mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale tipizzato dal legislatore.

Sembra infatti difficile che l'azione revocatoria ordinaria, al pari di quella fallimentare, (quantunque le revocatorie fallimentari siano state significativamente lise dalla riforma), possa essere 'neutralizzata' dal giudizio di meritevolezza dell'atto di destinazione, salvato così dall'interprete dal giudizio di invalidità³⁷.

Ci pare infatti che una prima lettura sistematica della disposizione, dovrebbe condurre a ritenere che l'atto di destinazione rimanga comunque soggetto ad una valutazione successiva (rispetto a quello della legittimità/validità dell'atto) degli effetti di segregazione risultanti dall'atto stesso, eventualmente pregiudizievoli rispetto a taluni creditori, ai fini della revocabilità ex art. 2901 c.c., in presenza del requisito dell'*eventus damni*.

Non si ritiene invece occorrente la verifica della sussistenza dell'ulteriore elemento del *consilium fraudis*, trattandosi ad avviso di chi scrive di atto a titolo gratuito (quantomeno nell'ipotesi in cui sia effettuato dal terzo)³⁸, ed essendo quindi sufficiente, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, la mera consapevolezza di arrecare pregiudizio agli interessi dei creditori (cd. *scientia damni*)³⁹.

³⁷ In questo senso cfr. anche Trib. Verona, 13 marzo 2012, in *Fallim.*, 2012, 972, cit. Sulla revocatoria dell'atto istitutivo del trust, tra le ultime pronunce si segnalano cfr. Trib. Reggio Emilia, 2 maggio 2012, cit; T. Reggio Emilia, 26 aprile 2012, in *Trusts*, 2012, 493.

³⁸ Si veda in tal senso anche GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, cit., p. 174, secondo il quale gli interessi che spingono il conferente alla destinazione non sono certo quelli di lucrare.

In senso contrario, ritiene che l'atto di destinazione abbia natura onerosa Gentili, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, in *Riv. dir. privato*, 2010, 72, nonché, in giurisprudenza, Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, in *Corr. merito*, 2010, 389, con nota adesiva di Bartoli, ove, con specifico riferimento all'azione revocatoria ordinaria di un *trust* istituito dalla stessa società debitrice sulla totalità dei propri beni, se ne afferma la natura solutoria (e quindi la natura di atto a titolo oneroso), con ciò che ne consegue in punto di prova del *consilium fraudis* in capo al terzo avente causa dalla debitrice (nel caso il *trustee*). Si segnala che per altri autori, invece, l'atto di destinazione può essere sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito, rientrando tra gli atti c.d. 'incolori' ovvero indifferenti o a causa variabile (così testualmente Baralis, *Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c.*, in *Negozi di Destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, 146. Si veda anche Gabrielli, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 3, 334; Viglione, *L'interesse meritevole di tutela negli atti di destinazione*, in *Studium iuris*, 2008, 1060).

³⁹ La giurisprudenza è costante nel ritenere insito l'*eventus damni* nella costituzione del fondo patrimoniale, quale atto a titolo gratuito di segregazione patrimoniale: Cass., 29 aprile 2009, n. 10052, in *Fam. e dir.*, 2009, 1°, con nota di Bilò, *Revocatoria ordinaria del fondo patrimoniale e legittimazione passiva alla causa del coniuge non debitore*; Cass., 17 gennaio 2007, n. 966; Cass., 14 ottobre 2005, n. 19963.

D'altro canto, che il principio della revocabilità degli atti a titolo gratuito sia un principio generale, applicabile quindi anche alla norma *de qua*, lo si desume anche dal fatto che persino gli atti giudiziali omologati possono, per la parte relativa al trasferimento del bene, essere oggetto di revocatoria⁴⁰.

Firenze, lì 29.1.2013

Antonio Pezzano

⁴⁰ “E’ suscettibile di revoca ai sensi dell’art. 2901 c.c. il contratto con cui un coniuge trasferisce all’altro un immobile, al dichiarato fine di dare esecuzione agli obblighi assunti in sede di separazione consensuale omologata”, così Cass., 13 maggio 2008, n. 11914, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 1468, con nota di Pecoriello, *Causa del trasferimento immobiliare tra coniugi in esecuzione dell’accordo di separazione ed ammissibilità dell’azione revocatoria ordinaria*.