

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Obiettivi dell’elaborato.

1. PREMESSA

Il principio della responsabilità patrimoniale del debitore, fondamentale per la conservazione del diritto positivo moderno¹, è oggi sottoposto a forti tensioni, in numerosi ordinamenti occidentali. Esso è sotto assedio, negli Stati Uniti d’America, dove peraltro il debitore può, già da molto tempo, ricorrere a strategie di protezione patrimoniale preliminari al fallimento (*pre-bankruptcy planning*), prima di sottoscrivere un accordo con i suoi creditori insoddisfatti e, previa autorizzazione giudiziale, pagare solo parte dei suoi debiti, per avviare nuove attività imprenditoriali².

¹ Cfr. L.M. LOPUCKI, *The Death of Liability*, in 106 (1996) *The Yale Law Journal* 1, p. 3: “*Law is a system for controlling human behavior. In contemporary society, governments enforce law by essentially two mechanisms: incarceration and liability. These roughly correspond to the two spheres of the legal system: the criminal and the civil. In the criminal sphere, the wrongdoer is threatened with imprisonment; in the civil sphere, the wrongdoer is threatened with deprivation of wealth. Liability is crucial because it is one of only two principal means by which government enforce law*”.

² Infatti, negli U.S.A., il diritto fallimentare è disciplinato, a livello federale, dal BANKRUPTCY CODE, che stabilisce la procedura che si deve seguire, di fronte alle corti competenti (le *United States Bankruptcy Courts*), per risolvere le fattispecie loro sottoposte (che possono essere promosse con ricorso per ‘giurisdizione volontaria’ del debitore – *voluntary bankruptcy petition* – o con richiesta di fallimento dei creditori – *involuntary bankruptcy petition*). Nondimeno, è il diritto statale di uno dei cinquanta Stati in cui una delle parti è residente o domiciliata (segnatamente, il debitore nel caso, più frequente, delle *voluntary petitions*) a dover essere di regola applicato ai fini dell’effettiva risoluzione della fattispecie. Come accade quando si tratta di stabilire se un accordo tra il debitore e uno dei creditori sia valido; se una garanzia prestata sia legittima; e *last but not least*, quali siano i beni (come la casa, la macchina, gli arredamenti, eccetera) che il debitore (che può essere una persona fisica o giuridica o anche un’amministrazione

Strategie di protezione patrimoniale, ai fini delle quali, lo stesso debitore può, per tradizione, inserire, in un sistema giuridico che contempla da secoli l'uso dei *trusts*³, il proprio *interest* di beneficiario di uno *Spendthrift Trust*⁴, istituito a suo favore da un *settlor* terzo, tra le *exempted properties* non aggredibili dai creditori⁵.

Negli U.S.A., il principio della responsabilità patrimoniale del debitore è in crisi perché, in una realtà che si contraddistingue per la crescente litigiosità e per l'esistenza di un diritto degli atti illeciti

pubblica) può esimersi dall'assoggettare alle pretese dei creditori (*exempted properties*). Il BANKRUPTCY CODE prevede, invero, una lista di *exemptions*, ma consente ai singoli Stati di soprassedere (nel rispetto della regola del *favor debitoris*) a tale lista. Così, dato che le *exemptions* sono regolate diversamente da Stato a Stato, anche con notevoli differenze tra l'uno e l'altro, il debitore può 'negoziare' il regime di *exemption* che intenderebbe applicare e, a condizione che non abbia compiuto atti in frode ai creditori, disciplinare sulla base di tale regime la natura, il numero e il valore dei beni da proteggere dai creditori. Quest'attività, che è stata ritenuta legittima dal Congresso e dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, viene denominata *pre-bankruptcy planning*. Per inciso, per l'analisi di due casi di *pre-bankruptcy planning*, discussi ai fini della frode ai creditori, cfr. *Norwest Bank Nebraska v Tveten*, in 848 (1988) *Federal Reporter, Second Series* 871 e *Panuska v. Johnson*, in 880 (1989) *Federal Reporter, Second Series* 78.

³ Invita a ragionare sulle singole *species* di *trusts* piuttosto che sul *genus* 'trust', M. LUPOI, *Trusts*, Giuffrè, Milano 1997, p. 6 ss.

⁴ Per capire cosa sia e come operi uno *Spendthrift Trust*, cfr. CAPITOLO I, paragrafo 4 (*Il concetto di Spendthrift Trust*). Peraltro, ai fini del discorso in *fieri*, cfr. anche nota 5.

⁵ Cfr. UNITED STATES CODE, TITLE 11 (BANKRUPTCY CODE), *section* (§) 541. Norma che alla *subsection* (a) stabilisce che, salvo quanto previsto nelle *subsections* (b) e (c)(2), devono essere inclusi nel patrimonio da destinarsi ai creditori (*bankruptcy estate*), "all legal or equitable interests of the debtor in property". La *subsection* (c)(2) prevede però che una "restriction on the transfer of a beneficial interest of the debtor in a trust that is enforceable under applicable nonbankruptcy law is enforceable in a case under this title". Così, nella misura in cui tale 'restriction', che crea una *spendthrift trust provision* (e, di conseguenza, uno *Spendthrift Trust*), sia ritenuta valida ai sensi della legge statale applicabile nella fattispecie, essa resta valida anche ai fini del BANKRUPTCY CODE. Sicché, l'*interest* del beneficiario di uno *Spendthrift Trust*, istituito in uno dei 50 Stati degli U.S.A. che ammette il ricorso a tale strumento (dove, per inciso, come si vedrà nel CAPITOLO I, esso è oggi pressoché riconosciuto ovunque), resta escluso dal patrimonio da destinarsi ai creditori.

(*law of torts*) ritenuto ormai fuori controllo⁶, è addirittura la sua sopravvivenza a essere in discussione.

Infatti, la responsabilità patrimoniale del debitore si fonda per lo più sull'esecuzione coattiva delle sentenze di condanna al pagamento dei debiti; esecuzione che ai nostri giorni è messa costantemente in discussione dal sempre maggior impiego, da parte dei debitori, di strutture legali che li rendono *judgment proof*.

Strutture che, di fatto, sono sempre esistite, ma che adesso sono facilmente accessibili, a costi contenuti e in tempi brevi⁸.

⁶ Cfr. E. MARTY-NELSON, *Offshore Asset Protection Trusts: Having Your cake and Eating It Too*, in 47 (1994) *Rutgers Law Review* 11, p. 14; D. CHAPNICK & P. HAUSER, *More on the hornet's nest: attacking asset protection trusts in practice*, in 1994 *Private Client Business* 378, p. 378; *Roundtable Discussion*, in 32 (1999) *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 779, p. 793; R.E. SILVERMAN, *Litigation Boom Spurs Efforts to Shield Assets*, in *WALL STREET JOURNAL*, 14th October 2003; R.W. NENNO, *Planning with Domestic Asset Protection Trusts: Part I*, in 40 (2005-2006) *Real Property Probate & Trust Journal* 263, p. 270.

⁷ Cfr. LOPUCKI, *The Death of Liability* (1), p. 4: "The liability system enforces liability through the entry and forcible collection of judgments for the payment of money. [...] The liability system currently is mired in controversy over who should be liable, for what conduct, and for how much money. [...] The system by which money judgments are enforced is beginning to fail. The immediate cause is the deployment of legal structures that render potential defendants judgment proof".

⁸ *Idem*, pp.4-5: "The liability system has long accepted that those who do not have the financial ability to pay judgments do not pay them. The system employs a complex web of social, economic, and legal constructs to determine who can or cannot pay. Those constructs can be, and are, manipulated by potential defendants to create judgment-proof structures. [...] These constructs have existed in their current form for a considerable period. Their strategic manipulation has long been regarded as a problem for the liability system. [...] The system has nevertheless been able to function passably well. [...] Transaction costs, public relation considerations, and social norms have kept the largest businesses from judgment proofing themselves. Although those businesses could avoid liability if they so chose, they find it more cost effective to pay. In recent years, the introduction of computer technology has dramatically altered the equation by reducing the costs of recordkeeping. Judgment-proofing strategies have become cheaper and easier to execute. Some large businesses now employ them and market forces are driving their competitors to do the same. The social norms that prohibit their use among reputable businesses have begun to erode". Per l'Autore, a incrinare oggi il principio per il quale ciascun debitore deve rispondere dei suoi debiti, è la possibilità di pianificare una serie di strategie debitorie. Strategie debitorie fondate,

Così, nell'ambito dell'ordinamento americano, si discute oggi, con fervore, sulla legittimità dei *self-settled Spendthrift Trusts*, ammessi espressamente dalle leggi di otto Stati degli U.S.A.

Leggi che hanno creato il fenomeno dei c.d. *Domestic Asset Protection Trusts*⁹, i quali consentono a una persona di assumere il ruolo di *settlor*, per istituire un *trust* a proprio favore e proteggere, in qualità di beneficiario, il relativo *beneficial interest* dalle pretese dei creditori.

Segnatamente, negli U.S.A., si dibatte sulla validità di questi *trusts*, perché, a prescindere dalla disciplina delle singole *fraudulent transfer laws* statali applicabili, autorizzarne l'istituzione significherebbe abbattere, per *facta concludentia*, l'ultimo ostacolo all'irresponsabilità patrimoniale *pro futuro*; e quindi, abdicare in via definitiva, scaduto il termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione revocatoria, alla responsabilità patrimoniale del debitore nei confronti di tutti i creditori (soprattutto involontari) futuri¹⁰.

rispettivamente, sull'assunzione di debiti assistiti da garanzie reali (*Secured Debt Strategies*) o strutturati con la tecnica della proprietà altrui (*Ownership Strategies*, quali la *Parent-Subsidiary* e l'*Asset Securitization*), nonché sulla possibilità di far ricorso sia ai sopra citati regimi statali per la determinazione dei beni esclusi dal pagamento dei creditori, in caso di fallimento (*Exemptions Strategies*), che ai vari strumenti di protezione patrimoniale offerti dalle giurisdizioni *offshore* (*Foreign Haven Strategies*) (cfr. LOPUCKI, *The Death of Liability* (1), pp. 14-38).

⁹ Cfr. CAPITOLO I, paragrafo 2.

¹⁰ LYNN LOPUCKI ha infatti rilevato che a essere, oggi, particolarmente a rischio, è la responsabilità patrimoniale del debitore nei confronti dei c.d. *involuntary creditors* (ovverosia i creditori involontari, quali i soggetti danneggiati dagli atti illeciti altrui e quelli la cui tutela si fonda sulle leggi). Mentre non è, in senso stretto, a repentaglio la responsabilità del debitore nei confronti dei c.d. *voluntary creditors* (e cioè i creditori volontari, quali le controparti contrattuali), dato che quest'ultima può essere sempre negoziata (cfr. LOPUCKI, *The Death of Liability* (1), p. 7: "*Finally, it should be noted that only tort and statutorily imposed liability are at risk of death. Contract liability can be preserved through private contracting. The paradigmatic transaction is one in which a closely held corporation seeks a bank loan. Banks routinely condition such loans on personal guarantees from the owners. The result*

Tuttavia, questo genera, in un sistema giuridico che autorizza la costituzione di varie tipologie di *trusts* di protezione patrimoniale¹¹, la necessità di distinguere, in modo chiaro e preciso, ciascuna fattispecie di *trust* dall'altra; e in particolare, di comprendere quando si abbia a che fare con un vero e proprio *Asset Protection Trust*, piuttosto che (ad esempio) con un *trust* discrezionale genuino, da ritenersi di per sé legittimo.

Fermo quanto sopra, come accennato, il principio della responsabilità patrimoniale del debitore è oggigiorno sottoposto a profonde tensioni anche in altri Paesi, al di fuori degli Stati Uniti d'America.

Infatti, in virtù della globalizzazione dei mercati, esso è a rischio in quasi tutti gli Stati che hanno ratificato la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 *relativa alla legge applicabile e al riconoscimento dei trusts* (CAT).

Innanzitutto, nel Regno Unito d'Inghilterra e Irlanda del Nord. Il quale ha ratificato la Convenzione *de qua*, senza esercitare (al pari della Svizzera e dell'Italia, di cui *infra*) la riserva prevista dall'art 21 CAT¹²; e perciò riconosce, in astratto, tutti gli *express trusts* istituiti scegliendo, quale *proper law*, la legge di qualsiasi Stato del mondo che contempla, nel proprio diritto interno, l'istituto '*trust*'.

Come gli Stati Uniti d'America (che sono comunque parte contraente della CAT) e tutte le giurisdizioni *offshore*, che non hanno, invece,

is a system in which shareholders of closely held companies have limited liability to their tort creditors, but unlimited liability to their bank lenders"

¹¹ Senza contare che "*Trusts are a traditional asset protection tool*" (cfr. J.D. ADKISSON & C.M. RISER, *ASSET PROTECTION (concepts and strategies for protecting your wealth)*, McGraw-Hill, New York 2004, p. 119).

¹² Il quale stabilisce che "*Any Contracting State may reserve the right to apply the provisions of Chapter III (il capitolo sul riconoscimento dei trusts istituiti nel rispetto delle norme della Convenzione, Ndr) only to trusts the validity of which is governed by the law of a Contracting State*".

aderito alla Convenzione. Giurisdizioni *offshore*, che hanno dato vita al fenomeno dei c.d. *Offshore Asset Protection Trusts*¹³.

Nondimeno, come si vedrà, in Inghilterra (che è universalmente ritenuta la patria del *trust*¹⁴), la giurisprudenza ha sviluppato un sistema di regole coerente, tramite il quale, vietando lo schema dello *Spendthrift Trust*¹⁵, si è evitato di incorrere nei problemi del diritto dei *trusts* americano.

Detto questo, il principio della responsabilità patrimoniale del debitore può dirsi oggi in discussione in Svizzera.

Infatti, la Confederazione elvetica ha ratificato, nel 2007, la Convenzione de L'Aja sui *trusts*¹⁶; e il Consiglio federale, quando ha valutato la compatibilità dei *trusts* con la disciplina dell'art. 335 CCS (che regola le fondazioni di famiglia¹⁷ e il divieto del fedecommesso di famiglia¹⁸), ha dichiarato che questa norma non avrebbe creato

¹³ Cfr. CAPITOLO I, paragrafo 2.

¹⁴ *Contra* peraltro cfr. G.L. GRETTON, *Trusts*, in K. REID & R. ZIMMERMANN (EDS.), *A History of Private Law in Scotland, Vol. 1, Introduction and Property*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2003, p. 480 ss.

¹⁵ Cfr. *Roundtable Discussion*, in 32 (1999) *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 779, p. 827, là dove, nel contesto della discussione sul rapporto di valore, all'interno del sistema U.S.A., tra l'ammissibilità dei *self-settled Spendthrift Trusts* e il riconoscimento degli *Spendthrift Trusts* in generale, l'avvocato GIDEON ROTHSCHILD (specializzato nell'istituzione degli *ATPs*) ha affermato che: "(And just to add to that), it's interesting to note that in the research I did recently discovered that, in England, they still to this day invalidate spendthrift trusts for a third party beneficiary. So we have a dichotomy here between English law and American Law, and who's to say who's public policy is right or wrong".

¹⁶ Cfr. RU 2007 2849.

¹⁷ Cfr. art. 335 cpv. 1 CCS: "Possono essere erette delle fondazioni di famiglia secondo le norme del diritto delle persone o del diritto successorio, nel senso che si possono dedicare dei beni a beneficio di una famiglia per le spese di educazione, dotazione o assistenza dei suoi membri o per altro simile fine".

¹⁸ Cfr. art. 335 cpv. 2 CCS: "L'erezione di fedecommessi di famiglia non è più permessa".

difficoltà, sul territorio, sia ai fini del riconoscimento dei *trusts esteri* che dell'utilizzo dei *trusts interni*¹⁹.

L'atteggiamento liberale che il Tribunale federale ha assunto, di recente, sulla validità delle fondazioni di famiglia di mantenimento del Liechtenstein²⁰ (che possono avere caratteristiche analoghe a quelle degli *APTs*²¹) ha generato, però, un problema di coordinamento giuridico.

Problema che può essere risolto, solo rivedendo il valore odierno del principio locale della responsabilità patrimoniale del debitore e comprendendo la funzione sussidiaria di tutela, di tale principio, che sono oggigiorno chiamate a svolgere norme quali l'art. 335 cpv. 1 CCS.

Per concludere, la responsabilità patrimoniale del debitore è, allo stato dell'arte, in dubbio anche in Italia. Dove si è acconsentito, da poco, all'ingresso dei *trusts* e dove, sulla loro scia, sono stati da ultimo introdotti gli atti di destinazione, di cui all'art. 2645-ter CC.

Nell'ordinamento italiano, il principio della responsabilità patrimoniale del debitore è in discussione, perché dev'essere prima di tutto rivisitato e adeguato alla realtà odierna.

Infatti, l'origine della regola per la quale, ai sensi dell'art. 2740 CC, *“Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi*

¹⁹ Cfr. *Messaggio concernente il decreto che approva e attua la Convenzione dell'Aja relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento*, 2 dicembre 2005, in FF 2006 517, p. 530 (il passaggio integrale del Messaggio è riportato nel CAPITOLO IV, paragrafo 1, nota 8). Si noti che i *trusts interni* sono espressamente ammessi in Svizzera, ai sensi dell'art. 149c cpv. 2 LDIP (LEGGE DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO), il quale statuisce che *“Il diritto applicabile designato dalla Convenzione è determinante anche per i trust per i quali [...] in virtù dell'articolo 13 della Convenzione, non vi è obbligo di riconoscimento”*.

²⁰ Cfr. ATF 135 III 614.

²¹ Cfr. CAPITOLO IV, paragrafo 5.4.

beni presenti e futuri” (art. 2740 CC comma 1) e “*le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge*” (art. 2740 CC comma 2), è legata a filosofie di pensiero proprie della seconda metà del XIX secolo – prima metà del XX secolo.

Tempi in cui, anche a fronte dell'affiorare dei primi patrimoni destinati (c.d. *Zweckvermögen*²²), si ammetteva, nel contesto di un mondo focalizzato sulla persona fisica, l'esistenza di un solo patrimonio, unico e indivisibile, in capo a ogni soggetto²³.

In altri termini, il principio della responsabilità patrimoniale del debitore, unitariamente intesa, è il prodotto di una tradizione che accordava a ciascuna persona un patrimonio e uno soltanto²⁴.

²² Patrimoni che la *Zweckvermögenstheorie*, data anche l'assenza a quel tempo di una disciplina positiva delle persone giuridiche, qualificava come patrimoni privi di un titolare, da accomunarsi in ragione dello scopo cui erano indirizzati (cfr. A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Band I, Erlagen U. Leipzig, 1884 e Band III, Erlagen U. Leipzig, 1889).

²³ Cfr. P. ESMEIN, *AUBRY & RUY – Droit Civil Français*, Sixième Édition, Paris 1953, Tome Neuvième, p. 305, § 573 (*Notion du patrimoine*): «*Le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit, c'est-à-dire une masse de biens qui, de nature et d'origine diverses, et matériellement séparés, ne sont réunis par la pensée qu'en considération du fait qu'ils appartiennent à une même personne. [...] De la conception énoncée il résulte que, dans notre société, qui exclut l'esclavage, tout être humain a un patrimoine. Même la mort civil autrefois, et aujourd'hui la confiscation générale de tous les biens présent et à venir, ne supprime pas la personnalité, et par suite n'empêche pas d'avoir un patrimoine. Il en résulte encore que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'actuellement elle ne posséderait aucun bien et n'aurait aucune dette. Et ce patrimoine est inaliénable entre vifs. Il ne peut être perdu par prescription. Il en résulte enfin que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine*».

²⁴ *Idem*, § 575, p. 310: «*Axé sur la personne humaine, qui est une et indivisible, le patrimoine a logiquement le même caractère*». Fattore che, per quanto concerne il problema dell'esistenza dei sopra citati patrimoni destinati, tenuto conto dell'inquadramento del patrimonio tra i requisiti della persona, dell'unicità e indivisibilità dello stesso, e della negazione dell'appartenenza di più patrimoni in capo a un medesimo soggetto, produsse “*l'effetto estremo della personificazione del patrimonio, quale scappatoia concettuale per spiegare fenomeni di separazione patrimoniale, salvando tuttavia il principio dell'indivisibilità del patrimonio*” (cfr. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, CEDAM, Padova 1996, p. 151).

Tradizione che, dall'assioma rappresentato dall'equazione "*una persona = un patrimonio*", faceva discendere il corollario descritto dall'equazione "*un debito = responsabilità generale/universale del debitore*". Dove, con l'aggettivo 'generale/universale', si intendeva far riferimento a un concetto che comprendesse, oltre a tutti i beni presenti del debitore, anche quelli futuri, in forza dell'ordinaria fungibilità e surrogabilità dei beni che compongono un patrimonio²⁵.

E' in quest'ottica che si deve leggere l'art. 2740 comma 2 CC, che è stato introdotto nel rispetto della logica secondo cui, ogni tecnica di limitazione concretizza una frammentazione della soggettività; ed è nella stessa ottica che si deve leggere anche l'art. 2741 comma 1 CC, che sancisce la *par condicio creditorum* e dispone che "*I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione*".

Peraltro, oggi esistono, in Italia, così tanti patrimoni destinati, molti dei quali sono disciplinati dalla legge (mentre altri sono reperibili sul mercato internazionale e la Corte di Cassazione li ha ammessi, espressamente²⁶), che parlare ancora di unicità del patrimonio del debitore appare *naïve*.

²⁵ Sulla surrogazione reale, cfr. sempre ESMEIN, *AUBRY & RUY – Droit Civil Français* (23), p. 313, § 576: «*On dit qu'il y a subrogation réelle quand, un objet ayant été aliéné à titre onéreux, ou ayant subi une destruction ou une détérioration qui ouvre à son propriétaire un droit à indemnité, ceux qui avaient des droits sur cet objet voient leurs droits transportés sur la chose, le prix ou l'indemnité qui remplacent cet objet dans la patrimoine du propriétaire. Il n'est pas besoin de faire appel à l'idée de subrogation réelle pour expliquer que, quand le propriétaire d'une chose en reçoit le prix, en cas d'aliénation, u une indemnité en cas de détérioration, ce prix ou cette indemnité sont comprises dans son patrimoine. Cela résulte de l'idée même de patrimoine, qui entraîne la fongibilité de ses éléments*».

²⁶ Cfr. Cassazione 21 gennaio 1985 n. 198, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1986, p. 353 ss; Cassazione 15 febbraio 1993 n. 1853, in *Giurisprudenza Italiana*, 1993, I, 1, c. 1661 ss; Cassazione 16 novembre 2000 n.

Trusts, fondi patrimoniali, atti di destinazione, polizze vita, negozi fiduciari, fondazioni di famiglia e *Anstalten* del Liechtenstein, sono solo alcuni degli strumenti legali (che rilevano in questa sede), che concretizzano tecniche di frammentazione e separazione dei patrimoni individuali e dimostrano il superamento, nei fatti, del principio della responsabilità patrimoniale del debitore tradizionalmente inteso²⁷.

Ne consegue che il principio in questione dev'essere riveduto e attualizzato. Nel rispetto della regola secondo la quale, l'ordine pubblico, sotto la cui voce rientra *in re ipsa* il principio della responsabilità patrimoniale del debitore²⁸, rappresenta un limite all'autonomia privata, variabile in relazione ai tempi, ai luoghi e alle caratteristiche dei rapporti giuridici su cui è chiamato a esercitare la sua funzione²⁹.

14870, in *Giurisprudenza Italiana*, 2001, c. 306 ss. Queste tre decisioni hanno tutte avuto a oggetto la *quaestio* del riconoscimento dell'operatività sul territorio di una Anstalt del Liechtenstein. La quale aveva dato vita, nell'ultima fattispecie, a una forma acclarata di separazione del patrimonio di una persona fisica, riconosciuta 'socio tiranno' (e quindi unico titolare sostanziale, tramite la predetta Anstalt) di una società a responsabilità limitata di diritto interno. Forma di separazione patrimoniale che è stata ammessa, perché, per la Corte di Cassazione, la confusione del patrimonio della società con quello del socio, tale da comportare l'attribuzione *tout court*, al secondo, della proprietà dei beni della prima, per renderli aggredibili dai suoi creditori personali, creerebbe la grave conseguenza di sottrarre detti beni alla loro funzione principale. Ovverosia, quella di garantire l'adempimento delle obbligazioni sociali.

²⁷ Tanto che la dottrina ha già rilevato che, poiché si sta invertendo il rapporto tra regola ed eccezioni, si potrebbe parlare ormai di esistenza, nel sistema, di un principio di separabilità del patrimonio (cfr. A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 118-119). Cfr. inoltre sul punto Tribunale di Bologna, 1° ottobre 2003, in *Giurisprudenza di Merito*, 2004, p. 469.

²⁸ Cfr. nota 1.

²⁹ Come insegna G.B. FERRI, *Ordine Pubblico (Voce)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano 1980, Vol. XXX, p. 1046 ss.

Detto questo, nel solco di quanto accennato, ai fini della tutela sostanziale della responsabilità patrimoniale del debitore, si dovrebbe fare, ai nostri giorni, un ragionamento analogo a quello che si sta facendo negli Stati Uniti d'America.

Anche se le prospettive sono chiaramente diverse, considerato che, negli U.S.A., il *trust* è operativo da più di tre secoli, mentre, in Italia, è in uso da meno di vent'anni.

In sintesi, la riflessione che si dovrebbe fare è la seguente.

Il *trust interno* è indiscutibilmente ammissibile di principio; anche perché lo strumento *trust* disciplina, di per sé, una serie d'interessi più che meritevoli di tutela³⁰.

Nondimeno, riconoscere che un cittadino italiano possa istituire un *trust* per conferirvi tutti i suoi beni o la maggior parte di essi, significa mettere in dubbio, soprattutto una volta scaduti i termini di prescrizione per l'esercizio dell'azione revocatoria, il principio della responsabilità patrimoniale del debitore, con riguardo a tutti i creditori (involontari) futuri del disponente.

Sicché, in un sistema di *civil law*, qual è l'Italia, che si fonda, al contrario di quelli di *common law*, su norme codificate³¹, si può discutere se occorra individuare, oggi, riferimenti scritti, che possano svolgere la funzione di parametro di confronto e di baluardo

³⁰ Cfr. CAPITOLO V, paragrafo 1, passaggio di cui alle note da 13 a 19.

³¹ In tema di fonti del diritto si distingue comunemente tra sistemi giuridici di *civil law* (come il nostro e la maggior parte di quelli degli Stati dell'Europa continentale, quali la Francia, la Germania e la Spagna su tutti) e sistemi giuridici di *common law*. I primi rivendicano la loro provenienza dal diritto romano e sono detti 'codificati', perché le loro leggi si sono evolute attraverso i codici. I secondi discendono invece dal diritto inglese (esportato al di fuori dei suoi confini isolani a partire dal primo colonialismo del Regno d'Inghilterra, iniziato agli albori del XVII secolo), che ha formato le proprie norme positive sui precedenti giurisprudenziali.

sostanziale per la sopravvivenza, nei fatti, del principio della responsabilità patrimoniale del debitore³².

D'altra parte, si devono fare due considerazioni integrative.

La prima è che, anche in Italia, si può affermare, com'è già stato evidenziato altrove, che il principio della *par condicio creditorum* è ormai pressoché un mito³³; e rilevare, al contempo, che sono utilizzabili, sul nostro territorio, quasi tutte le tecniche di *judgment proofing* che possono essere adottate negli Stati Uniti d'America³⁴.

La seconda è che, se si riflette attentamente, è in sostanza per la ragione appena esposta, che si dibatte così tanto sul valore che dev'essere attribuito all'espressione "*interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, secondo comma*", di cui all'art. 2645-ter CC.

Perché, i beni conferiti in un atto di destinazione, possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, primo comma CC, solo per i debiti contratti per lo scopo per il quale l'atto di destinazione è stato istituito.

Cosicché, anch'essi diventano inaggregabili dai personali creditori del costituente, una volta che siano scaduti i termini per l'esercizio dell'azione revocatoria.

³² Funzione che dovrebbe essere adesso chiamato a rivestire, in Svizzera, nei termini *infra* illustrati al CAPITOLO IV, l'art. 335 cpv. 1 CCS, nei confronti delle fondazioni di famiglia di mantenimento del Liechtenstein.

³³ Si veda, per il diritto inglese, il cui diritto fallimentare si fonda sugli stessi principi di pagamento dei creditori propri di quello italiano, quanto scritto sul punto da R.J. MOKAL, *Priority as Pathology: The Pari Passu Myth*, in (2001) *Cambridge Law Journal* 581. Per inciso il principio della *pari passu* è, in *common law*, l'equivalente del principio della *par condicio creditorum* in *civil law*.

³⁴ Segnatamente, quelle richiamate alla nota 8 in fondo.

Tuttavia, tra il *trust* e l'atto di destinazione, esiste una differenza di spessore.

Infatti, mentre per gli strumenti separati previsti dall'art. 2645-ter CC, data la formulazione della norma, è possibile svolgere un giudizio preventivo di meritevolezza degli interessi sottesi al singolo atto, non si può fare la stessa cosa con riguardo ai *trusts*, tenuto conto della ratifica della Convenzione de L'Aja³⁵.

2. OBIETTIVI DELL'ELABORATO

Il presente lavoro non promette di offrire una soluzione universale per risolvere, nel contesto descritto, il problema della responsabilità patrimoniale futura del debitore nel nostro ordinamento.

Anche soltanto tenuto conto che, già per quanto concerne l'interpretazione del concetto di '*interessi meritevoli di tutela*' di cui all'art. 2645-ter CC, dottrina più che autorevole ha avuto il suo da fare³⁶; senza aver raggiunto, almeno fino a oggi, uniformità di pensiero.

³⁵ Vedasi in questo senso, A. GAMBARO, *Trust (Voce)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, UTET, Torino 1999, Vol. XIX, p. 449 ss, p. 466, dove l'Autore, con riferimento alla *quaestio* del riconoscimento dei *trusts interni* (ai sensi del testo dell'art. 13 CAT) riferisce chiaramente che non è possibile "*ripiegare su concetti aperti come la meritevolezza dell'interesse perseguito, nell'intento di passare al vaglio delle categorie nazionali tradizionali gli effetti di un atto di costituzione di trust, il quale rimane ovviamente un atto di autonomia privata. Una volta riconosciuto che il trust fa parte del nostro ordinamento, la meritevolezza degli interessi che esso promuove deve essere data per acquisita*". Ne deriva che, per inciso, non può dirsi corretto, sia pur considerate le circostanze del caso (ovverosia, la trascrizione del conferimento di un bene immobile in un *trust* nel registro fondiario, che ammette l'analisi preventiva della causa dell'atto di conferimento), un provvedimento avente il contenuto di quello emesso dal Giudice Tavolare del Tribunale di Trieste, il 19 settembre 2007 (cfr. Tribunale di Trieste, Giudice Tavolare, 19 settembre 2007, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2008, p. 42 ss).

³⁶ Cfr. sul tema, *ex multis*, A. FUSARO, *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645-ter c.c.*, in AA.VV., *Negoziato di destinazione: percorsi verso*

Il presente elaborato, che non vuol essere, peraltro, un lavoro sul *trust* in generale, si propone invece di analizzare, nei termini di cui *infra*, alcune tipologie di *trusts*, ritenute di principio in frode ai creditori; e nel presupposto della necessità di distinguere caso per caso, di verificarne il possibile impatto sul territorio.

Questo, peraltro, mentre si propone di esaminare anche altre tipologie di *trusts*, già operative in Italia, espressioni di *species* del *genus* 'trust' a noi più usuali, e per questo motivo considerate, in astratto, meno pericolose.

Tutto ciò, anche perché si ritiene che l'approccio alla materia debba essere, essenzialmente, di tipo casistico.

In primo luogo, perché, alla luce del *forum shopping* previsto dalla Convenzione de L'Aja sui *trusts* e delle svariate fattispecie di *trusts* istituibili in *common law*, lo studio dell'istituto del *trust* dovrebbe essere strutturato su base concreta.

un'espressione sicura dell'autonomia privata (I QUADERNI DELLA FONDAZIONE ITALIANA PER IL NOTARIATO), Il Sole 24 Ore, Milano 2007, p. 30 ss; G. BARALIS, *Prime riflessioni in tema di art. 2645-ter c.c.*, in AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata* (CIT), p. 131 ss; S. TONDO, *Appunti sul vincolo di destinazione. L'art. 2645-ter c.c.*, in AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata* (CIT), p. 168 ss; M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in M. BIANCA (CUR.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Giuffrè, Milano 2007, p. 59 ss; G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in BIANCA (CUR.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione* (CIT), p. 73 ss; A. ZOPPINI, *Prime (e provvisorie) considerazioni sulla nuova fattispecie*, in BIANCA (CUR.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione* (CIT), p. 99 ss; M. D'ERRICO, *La trascrizione del vincolo di destinazione nell'art. 2645-ter c.c.: prime riflessioni*, in BIANCA (CUR.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione* (CIT), p. 121 ss; G. VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-ter*, in BIANCA (CUR.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione* (CIT), p. 171 ss; F. GAZZONI, *Osservazioni*, in BIANCA (CUR.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione* (CIT), p. 209 ss; F. BENATTI, *Vincoli di destinazione*, in A. GAMBARO – U. MORELLO (CURR.), *Trattato dei Diritti Reali*, Vol. II, Giuffrè, Milano 2011, p. 349 ss.

In secondo luogo, perché, a dispetto del fatto che, nei sistemi di *civil law*, non si ripone nei giudici, *bouche de la lois* (e non *law-makers*), la stessa fiducia che si ripone nei sistemi di *common law*, introdurre in un ordinamento un istituto tipico di un altro ordinamento, significa accettarne, in qualche modo, anche il suo *background*.

Infine, perché chi scrive agisce in ossequio a quella filosofia di pensiero che, in luogo del metodo tipico di analisi dei problemi giuridici (ovverosia, quello che, operando secondo le tecniche della logica formale, elabora le regole generali da applicarsi per la soluzione del caso operativo) predilige un altro metodo. Vale a dire, quello che, facendo perno sulla comparazione e dando per scontata la possibilità di più soluzioni per la medesima fattispecie, analizza la prassi degli operatori, individua i problemi e le soluzioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza e seleziona la scelta ritenuta più opportuna tra le varie possibili³⁷.

Riassumendo, quindi, l'obiettivo di questo lavoro è, innanzitutto, esanimare i c.d. *Asset Protection Trusts (APTs)*. *Trusts* che sono noti da qualche tempo, nei loro ordinamenti d'origine (così come, oggi, in quelli di relativa importazione³⁸), come strumenti giuridici in frode ai creditori.

Tuttavia, l'etichetta non rende sempre merito alla realtà sottostante.

Così, dopo aver chiarito in cosa consista un *APT*, come si strutturi e quali effetti generi rispetto alle tipologie di *trusts* a noi più familiari, si

³⁷ Cfr. U. MORELLO, *Fiducia e negozio fiduciario: dalla «riservatezza» alla «trasparenza»*, in I. BENEVENTI (CUR.), *I trusts in Italia oggi*, Giuffrè, Milano 1996, Capitolo VIII, p. 81 ss, p. 81, nota 116. Conforme nell'approccio, segnatamente proprio con riferimento al *trust* (e alla fiducia), A. GAMBARO, *La proprietà fiduciaria*, in *Il diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano 1995, Cap. IX, p. 609 ss.

³⁸ Cfr. Tribunale di Trieste, Giudice Tavolare, 19 settembre 2007 (35).

cercherà di spiegare che singoli *trusts* ritenuti espressione della categoria *APTs*, meritano di essere esaminati nei dettagli, per comprenderne l'operatività e, in ragione di ciò, la loro reale (e non solo presunta) illegittimità.

Mentre, altri *trusts*, riconducibili a categorie più consuete nella nostra letteratura (e perciò, ipoteticamente dotati dei crismi per la piena legittimità), possono facilmente celare strumenti in frode ai creditori³⁹.

Si proverà poi ad analizzare la categoria degli *APTs* dal punto di vista dell'analisi economica del diritto. Per capire se, alla luce dell'odierno *status* delle ratifiche della Convenzione de L'Aja *sui trusts*, l'omesso riconoscimento degli *APTs*, possa generare, in Italia, un'efficiente allocazione (o meno) delle risorse interne, sia dal punto di vista microeconomico che da quello macroeconomico.

A seguire, in ottica comparatistica, si guarderà come gli *Asset Protection Trusts* (e i loro derivati) sono percepiti in un'altra realtà di *common law* (diversa da quella americana), qual è il Regno Unito d'Inghilterra e Irlanda del Nord.

Regno Unito che è oggi sottoposto, nel contesto della globalizzazione dei mercati, al pari dell'Italia, all'ingresso sul territorio di questi nuovi strumenti legali⁴⁰.

Infine, sempre in ottica comparatistica, ma in questo caso di *civil law*, si verificherà qual è l'approccio che ha finora assunto la Svizzera (che

³⁹ Cfr. CAPITOLO V, paragrafo 2, nota 49 e paragrafo 3 (Tribunale di Reggio Emilia, Giudice delle Esecuzioni, 14 maggio 2007, in *I Contratti*, 2008, p. 15 ss).

⁴⁰ Cfr. M. STEINER & D. CITRON, *Asset protection trusts – promise or threat?*, in 1994 *Private Client Business* 96, p. 96: “*Most fashion which originate in the United States eventually cross the Atlantic. The latest fashion is the Asset Protection Trust, sometimes known, perhaps more accurately, as the Creditor Protection Trust*”.

ha ratificato la CAT), sia nei confronti del *trust* in generale, che delle fondazioni di famiglia di mantenimento del Liechtenstein. Fondazioni che, si ribadisce, sono equiparate ai *trusts* e sono per lo più utilizzate per finalità di protezione patrimoniale.

L'obiettivo finale è quello di offrire, senza alcuna pretesa di esaustività, il maggior numero di elementi perché si possano oggi giudicare con la debita razionalità, anche tramite il confronto con gli istituti di diritto interno, alcune peculiari applicazioni domestiche del *trust*; e ciò, sia ai fini del rispetto del principio della responsabilità patrimoniale del debitore che a prescindere da esso.

Infatti, il *trust*, mentre è uno strumento legale che è conosciuto, in *common law*, da quasi un millennio, ed è perciò approcciato (nelle sue svariate applicazioni pratiche) con il giusto distacco, in Italia, è a tutt'oggi ancora percepito in modo ambiguo.

Perché, alcuni Autori lo considerano soltanto (espressamente o implicitamente) un meccanismo per eludere i divieti legislativi di turno; mentre altri lo ritengono la panacea della maggior parte delle lacune del nostro diritto civile.

Ne consegue che il *fil rouge* di questo elaborato, sarà la regola secondo la quale ciascun *trust*, dovrebbe, a priori, essere considerato valido, ma a posteriori suscettibile di ogni valutazione.

Sia ai sensi degli artt. 15, 16 e 18 della Convenzione de L'Aja sui *trusts*, per dovere e costume; sia, meno usualmente, alla luce del principio della responsabilità patrimoniale del debitore.

Tutto questo, per la precisione, a prescindere dall'etichetta che il disponente gli abbia attribuito, tanto in senso positivo quanto in senso negativo.

Ovverosia, nel primo caso, nell'ipotesi in cui il *trust* sia stato qualificato come *fixed interest trust*, piuttosto che come *trust* discrezionale, eccetera.

Mentre nel secondo caso, anche qualora il *settlor* lo abbia impropriamente definito come *Asset Protection Trust*.

Nel rispetto del principio sostanziale di *common law*, secondo il quale è la *certainty of intention* a dover costituire l'unico parametro di riferimento per l'individuazione della volontà del *settlor* in sede d'istituzione del *trust*⁴¹.

Infine, sempre a proposito della *quaestio* della responsabilità patrimoniale del debitore, si cercherà di capire se possa avere un senso creare, oggi, in Italia, un atto istitutivo di *trust* contenente una *spendthrift provision* a favore di terzi.

Ciò tenuto conto che, da un lato, esistono, in astratto, nel nostro ordinamento, vari meccanismi, per tutelare, anche in relazione a un *trust*, gli stessi interessi che si intendono di regola proteggere, negli Stati Uniti d'America, con una clausola come quella in oggetto.

Mentre dall'altro, si può ragionevolmente ritenere che una persona che voglia eludere la propria responsabilità patrimoniale futura, sia di principio più favorevole a porre il suo patrimonio a disposizione della famiglia piuttosto che dei creditori⁴².

⁴¹ Sulla *certainty of intention* ai fini dell'istituzione del *trust*, cfr. G. THOMAS & A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford University Press, Oxford 2010, *Chapter 2* (THE THREE CERTAINTIES), p. 44 ss, § 2.03 ss.

⁴² Cfr. A.J. OACKLEY, *Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts*, 9th ed., Sweet & Maxwell, London 2008, p. 274, § 7-056: "*Prima facie a transfer of property by a settlor to trustees on trust for his wife or some other relative or friend has the effect of removing that property from his assets and consequently of preventing his trustee in bankruptcy from claiming it on behalf of his creditors. Where the beneficiary of the trust is the settlor's wife, the effect and usually the objective is that the settlor can continue to enjoy the benefit of the settled property indirectly by living with her in property belonging*

In sintesi, ne deriva che, anche in questo caso, la causa in concreto⁴³ dell'atto istitutivo di *trust* (e degli atti, correlati, di conferimento dei beni nel *trust*) dovrebbe rappresentare il criterio per valutare, nei limiti di cui sopra, la piena legittimità di un *trust* di tal fatta, in Italia. Mentre norme come, ad esempio, l'art. 167 CC, che rimanda, per la costituzione di un fondo patrimoniale, ai “bisogni della famiglia”, potrebbero eventualmente assumere il ruolo di disposizioni baluardo per tutelare, nella sostanza, segnatamente con riguardo ai *family trusts*⁴⁴, il principio della responsabilità patrimoniale futura del debitore.

Anche perché, nel caso di un *family trust*, la giurisprudenza non potrebbe ricorrere, a protezione degli interessi dei creditori del *settlor*, all'interpretazione di norme come l'art. 170 CC⁴⁵; come ha fatto, viceversa, in passato, la Corte di Cassazione, nei confronti di uno dei coniugi, costituente e amministratore di un fondo patrimoniale⁴⁶.

to the trust and having his living expenses provided by her out of the income to which she is entitled. And even where a settlor does not act so blatantly as to derive indirect benefit from the property himself, there is no doubt whatever that he will inevitably prefer his property to be enjoyed by his relatives and friends rather than by his creditors”.

⁴³ Sulla linea guida di quanto statuito, ad esempio, da Cassazione 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giustizia Civile*, 2001, I, p. 2481 ss; Cassazione 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giustizia Civile*, 2007, I, p. 1985 ss (con nota di IZZI); Cassazione 18 marzo 2010, n. 6538, in *I Contratti*, 2010, p. 1000 ss (con nota di DI BIASE).

⁴⁴ Si noti che l'espressione ‘*family trusts*’ non ha la funzione di individuare una particolare tipologia di *trusts*, bensì di accorpare tutte quelle fattispecie di *trusts* istituite principalmente per finalità familiari. Cfr. sul tema, su tutti, E. CALÒ, *Dal probate al family trust: riflessi ed ipotesi applicative in diritto italiano*, Giuffrè, Milano 1996.

⁴⁵ Il quale statuisce che “L'esecuzione sui beni del fondo (patrimoniale, *Ndr*) e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia”.

⁴⁶ Cfr. Cassazione 7 gennaio 1984, n. 134, in *Il Foro Italiano*, 1985, I, c. 558 ss. Sul punto vedasi meglio *infra* CAPITOLO V, paragrafi 1 e 2.