

Relazione del dr. Luigi ROVELLI – Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Genova - “Trust e procedure concorsuali”

**“IL RUOLO DEL TRUST NELLA COMPOSIZIONE NEGOZIALE DELL’INSOLVENZA
DI CUI ALL’ART. 182 BIS L.F.”**

La composizione negoziale dell’insolvenza - nota alla prassi soprattutto attraverso l’esperienza delle “convenzioni bancarie” - ha trovato il suo punto di emersione e di autonoma disciplina normativa, all’art. 182 bis L.F., intitolato con la formula, di derivazione aziendalistica, di “accordo di ristrutturazione dei debiti”, nel presupposto di una ragionevole prospettiva di “reversibilità” dell’insolvenza, ma, a ben vedere, anche di liquidazione alternativa all’apertura di una procedura concorsuale.

Prima dell’art. 182 bis, le convenzioni bancarie, o, più generalmente gli accordi stragiudiziali, in caso di successivo fallimento, erano sottoposti a gravi rischi: sul piano civile per le azioni revocatorie e per quella di abusiva concessione di credito; sul piano penale per sottoposizione a incriminazione per bancarotta preferenziale (si ricordi, ad esempio, gli sviluppi conseguenti al dissesto del Gruppo Italcasse-Bagaglio).

Si trattava, dunque di accordi “naturaliter” in bilico tra esito di risanamento e rischio di avere concorso ad aggravare il dissesto, con conseguenze sanzionatorie verso i creditori aderenti.

La funzione che il legislatore ha inteso assegnare al nuovo istituto è dunque quella di creare una rete di protezione che agevoli la praticabilità di quelle esperienze delle quali è data una valutazione positiva.

Sul piano sistematico, viene aperto un credito all’autonomia privata nella gestione della crisi. Si passa, come è stato rilevato (F.D’Alessandro) dal piano della “Haftung” (intesa come attuazione della responsabilità patrimoniale attraverso l’esecuzione collettiva concorsuale) al piano della “Shuld”, vale a dire alla modifica del rapporto abbligatorio attraverso un atto di autonomia. Anche

soggetti terzi (non creditori) possono partecipare all'accordo, o con finanza aggiuntiva o con operazioni di acquisto inserite nell'accordo (E. Gabrielli).

Se l'impresa insolvente e non tutti i suoi creditori, ma una parte di essi vengono ad essere autorizzati e quasi incoraggiati dall'ordinamento a porre in essere delle attività negoziali con l'imprenditore insolvente, questo pare smentire un dogma che credevamo ricevuto dalla legislazione anteriore: quello dell'indisponibilità dell'insolvenza. In questi termini, in un Convegno genovese di alcuni anni fa, si era espresso l'allora Presidente della Corte di Cassazione, Vittorio Sgroi. E, di recente, un severo custode dell'ordossia fallimentare, come A. Dimundo, ha rilevato che “nei secoli, l'insolvenza dell'impresa mai è stata considerata come una situazione da abbandonare nell'autonomia dei privati”, ammonendo che “l'abbandono della crisi dell'impresa all'iniziativa dei <creditori forti> è un fenomeno patologico che non va subito con rassegnazione.....ma deve essere rimosso”. E, anche dopo l'emanazione della legge, non sono mancate autorevoli critiche (G. Rossi) al “fondamentalismo contrattualista” che è fra le linee ispiratrici della riforma. Si sono portati tre ordini di critiche: qualsiasi soluzione negoziale favorisce, fra i creditori, quelli muniti di maggiore forza contrattuale; le posizioni di tutti i contraenti del c.d. nexus op contracts sono tra loro difformi e tale difformità origina soluzioni ingiuste; e, soprattutto, il modello “Premiale” che ne scaturisce e allontana il fallimento dall'insolvenza è modello “anefficientista” (perché incoraggia il lassismo; peggiora, per la generalità dei creditori, la qualità del sistema dei pagamenti; esalta il carattere “banconcentrico” del sistema economico; confligge con la natura stessa del sistema capitalistico, alla cui base è la propensione al rischio).

Alcuni dei pericoli segnalati effettivamente sussistono, anche se possono essere circoscritti da una accorta e sorvegliata attuazione dei nuovi istituti; mentre più discutibile, e meritevole di qualche riflessione, è l'attribuzione alle nuove regole del venir meno del dogma dell'indisponibilità dell'insolvenza, considerato come preesistente alla riforma.

Avevo scritto che il “dogma” era già superato, nelle cose, da una realtà che vede il ricorso al credito (vale a dire all’intermediazione bancaria) come momento essenziale nell’esercizio dell’impresa. Se il grado di gravità di una crisi, d’impresa è dato, nei suoi termini precisi e reali, dal quadro economico, che è interno all’impresa, e che è percepibile, in via diretta, solo dall’interno dell’impresa (e dunque dall’imprenditore) e, in via sintomatica, dall’esterno, attraverso una attenta e difficile opera di monitoraggio, cui sono attrezzati solo operatori professionali che presiedono alla erogazione del credito, la nozione giuridica di insolvenza, quella stabilita nella definizione dell’art. 5 L.F., prende in considerazione solo il quadro Finanziario; e, entro questo, solo quello sbilancio fra flussi finanziari (in uscita e in entrata) che determina il deficit di cassa; l’incapacità a far fronte, in modo regolare, ai pagamenti. Situazione che si determina appunto solo quando c’è (e in conseguenza di) ritiro delle linee di credito da parte dell’operatore bancario. Per il quale, dunque, tanto poco ha senso ipotizzare astratti vincoli di indisponibilità di situazioni giuridiche, in presenza della insolvenza, in quanto in concreto, è questo stesso operatore il giudice dell’insolvenza. Questa non esisterà nella sua manifestazione esteriore (quella giuridicamente rilevante descritta all’art. 5) fino a che la valutazione di convenienza che l’operatore bancario avrà formulato, non lo convincerà a ritirare le linee di credito. Questo rilievo, con mia soddisfazione, è stato raccolto da E. Roppo, il quale vi ha aggiunto una spiegazione raffinata sul piano epistemologico, dalla quale tuttavia dissento. Si è ritenuto che, dunque, l’insolvenza è nozione che sfugge ad una definizione identificabile in termini oggettivi, e l’accostamento è ad una delle massime acquisizioni della fisica teorica, a quel principio di indeterminazione (elaborato da Werner Heisenberg); per cui certi elementi della materia non sono suscettibili di percezione oggettiva, perché la stessa presenza attiva dell’osservatore (che pure è necessaria per acquisire la conoscenza) altera l’oggetto, rendendolo inconoscibile, nella stessa misura in cui l’osservazione, finalizzata alla conoscenza, lo rende altro da sé - L’equivoco può essere fuorviante. Se mi si consente esso risiede appunto nel considerare come “osservatore” neutrale (il cui fine è solo la conoscenza) l’operato di quel fondamentale attore che è un particolare creditore: quello bancario. La scienza economico-aziendale ci esibisce un ricco

e articolato panorama di situazioni di crisi e ricche classificazioni (che evidenziano anche una relativa autonomia tra quadro economico e quello finanziario, potendo esserci anche un grave sbilancio finanziario “benigno”, se dovuto ad errori incidenti solo nella sfera finanziaria). Il concetto giuridico enunciato dall’art. 5 opera un’estrema semplificazione. Tra tutte le possibili ragioni di crisi, dà rilievo solo a quella finanziaria; prescinde dalle cause; considera solo l’impotenza patrimoniale a far fronte alle obbligazioni. Di qui la sensazione di grande rozzezza del “concetto giuridico”, inadeguato a fungere da criterio ordinatore della composizione del dissesto. Ma è una rozzezza solo apparente. L’impotenza patrimoniale verso i creditori è assunta come esaurimento della capacità dell’imprenditore di ottenere credito. Come valutazione del “mercato” di sfiducia verso “quella” iniziativa. Con questa semplificazione, il legislatore ha inteso sottrarre al giudice le complesse valutazioni sulla crisi d’impresa, e sulla capacità dell’impresa a permanere nel circuito economico, per affidare questa complessa valutazione agli operatori economici, al mercato, in primis all’operatore bancario. Per questo ho parlato della banca come vero “giudice” della crisi: ma non in quanto ad essa sia delegato il momento “cognitivo”, ma in quanto, come operatore economico, essa farà quelle valutazioni di convenienza che, ragionevolmente, porteranno a mantenere o revocare il fido. [Il limite (e la nuova frontiera della responsabilità) potrà essere la concessione abusiva del credito]. Resta così scolpita la “relatività” dell’insolvenza, che è concetto relazionale, rispetto al comportamento dei creditori. Questa relatività la sottrae” a un rigoroso statuto di indisponibilità per riconsegnarla, in larga misura alla sfera dell’autonomia privata”.

A questo punto, ha anche poco senso interrogarsi, come saremmo portati a fare, se condizione di validità o di efficacia dell’accordo di ristrutturazione è l’inesistenza di una situazione di insolvenza e non di semplice crisi. Perché è l’accordo privatistico, quello che è in grado di trasformare una situazione finanziaria che sarebbe da qualificare come insolvenza, in una diversa situazione che sarà da valutare alla stregua dei criteri posti dall’articolo 182 bis.

Allora su questi accordi, prima di arrivare al difficile raccordo con l'istituto del trust, mi pare che sia necessario – pur dando per scontato che la lettera della Legge sia da tutti conosciuta - fare una prima approssimativa individuazione dei suoi contenuti economici, per poi passare a quello può essere preliminare allo scrutinio sul ruolo del Trust, cioè un principio di qualificazione giuridica di questi accordi.

2) Sul piano descrittivo ed economico, benché la Legge parli di accordi sulla ristrutturazione del passivo, in realtà (non diversamente che per il piano di risanamento attestato di cui all'articolo 67, terzo comma) il contenuto del piano dovrà, direi quasi necessariamente, pianificare anche varie altre operazioni; l'operazione di trasferimento di *asset*, senza dubbio. I “grandi creditori” valuteranno, senza dubbio, la capacità dell'impresa di permanere nel circuito economico, di riprendere a produrre reddito. Ma non si accontenteranno di ciò per rimettere debiti, concedere dilazioni, erogare nuova finanza. Altro occorre. E quest'altro si indirizzerà verso l'acquisizione di forme di controllo sulla “gestione” dell'impresa. Inoltre, se il riferimento al regolare pagamento dei creditori estranei – che è l'altro polo dell'istituto – implica la previsione che i non aderenti all'accordo debbano essere soddisfatti integralmente, il piano dovrà preoccuparsi di prevedere uno scenario futuro, ma verificabile ex ante come realistico, in cui l'attività dell'impresa, anche attraverso la liquidazione, il trasferimento di *asset*, sia in grado di pagare i creditori estranei all'accordo (avvantaggiandosi anche delle plusvalenze – tali considerate anche sotto il profilo tributario - originate dalle rinunzie o dalle dilazioni effettuate dai sottoscrittori).

La soluzione normativa vuole incentivare i creditori a collaborare con il debitore per la soluzione della crisi e muove dall'idea, in verità realistica, che le soluzioni privatistiche sono stimulate solo se rimuovono quello che è apparso come il principale ostacolo al loro insuccesso: il “rischio giuridico” da revocatoria fallimentare. Quindi lo scopo, la funzione della norma, è il levare di mezzo la revocatoria fallimentare.

Devo dire quindi che il piano di ristrutturazione non necessariamente mira – come invece mira al piano di risanamento attestato – alla prosecuzione dell'impresa, al ripristino della sua capacità di

restare sul mercato, potendo, anche la soluzione privatistica della crisi, risolversi in una completa liquidazione dell'impresa. Si avrà quindi una ristrutturazione del passivo attraverso rinunce da parte dei creditori all'esigibilità immediata, agli interessi o a parte del capitale: ma l'obiettivo, quello che sarà l'oggetto precipuo della relazione dell'esperto, che certamente non è estraneo alla valutazione del Tribunale in sede di omologa, è quello di rendere concretamente realizzabile il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo.

Ed ecco, quindi, che la gestione privatistica della crisi o quasi, privatistica - c'è solo questo riscontro omologatorio - scarica sul negoziato fra i creditori, anzi, fra una parte dei creditori e il debitore la ricerca della miglior composizione del dissesto, affidando così allo strumento civilistico del contratto il buon governo della crisi. La palla torna dunque al Diritto civile, le cui risorse culturali ci forniranno il mezzo per razionalizzare i rischi gestori di un'attività contrattuale condotta nei confronti di un'impresa in crisi o addirittura insolvente, come ho detto prima. Di qui quella contaminazione della materia della crisi d'impresa su cui sempre Enzo Roppo ha detto che occorre una sana iniezione di cultura civilistica.

Prima di vedere appunto il ruolo del trust, occorre un'analisi civilistica, che condurrei prima sul piano della struttura e poi sul piano della funzione (i civilisti sono sempre attaccati alle classificazioni!).

3) Sul piano della struttura. Sul presupposto che dell'accordo siano parte una pluralità di creditori e non (come pure è possibile) un solo creditore del sessanta per cento, si è posto il problema della natura bilaterale o plurilaterale del contratto. Nel primo caso, cioè se bilaterale, sarebbe un fascio di atti bilaterali conclusi dal debitore con ciascuno dei creditori. Nel secondo caso, con l'incontro della volontà di ciascuno con la volontà di tutti gli altri; con il possibile inquadramento nella figura normativa del contratto plurilaterale, con comunione di scopo, quello dell'articolo 1420. Con la conseguenza che le vicende - nullità, annullamento, risoluzione - concernenti il vincolo contrattuale di uno dei creditori, toccano o no le posizioni degli altri, a seconda che il vincolo, venuto meno, sia da considerare essenziale o no, per l'economia del contratto.

A me sembra che sia un po' forzato, in verità, l'accostamento ai contratti associativi, simbolizzati dalla società, e caratterizzati dalla funzionalità di ciascuna posizione contrattuale al conseguimento di uno scopo comune. Restando così, l'alternativa della sua configurabilità o come contratto plurilaterale di scambio, senza comunione di scopo, ovvero come contratto a due sole parti, da un lato il debitore, dall'altro l'insieme dei creditori aderenti, costituenti un unitario centro di interessi e dunque una sola parte, anche se plurisoggettiva. Un po' come avviene nel contratto di compravendita, quando c'è una pluralità di comproprietari, tutti venditori di un'unica *res*.

In realtà quel che più conta è che il contenuto, cioè la sostanza economica dell'accordo, è più complesso che non la ristrutturazione del debito ed è nettamente più complesso di quanto avviene in un ordinario tipico contratto di scambio, potendosi individuare due ordini di contenuti fra loro collegati. Da un lato i contenuti che incidono direttamente sul debito e ne realizzano tipicamente la ristrutturazione. Questi possono essere a livello più semplice, i pagamenti con effetto remissorio, dilazione di termini, rinuncia ad interessi, ma anche emissione di nuovi titoli di debito. Normalmente in materia societaria vi è la conversione di crediti in capitale, passando attraverso degli aumenti di capitale, sottoscritti con il meccanismo della compensazione, erogazione di nuova finanza, dietro presentazione di garanzie, eventualità di manovre anche più complesse, che comportino la creazione di *new company*, dovendo transitare attraverso società veicolo (L.B.O.).

Dall'altro lato, in una complessiva situazione di corrispettivo, potrà esservi l'assunzione di vincoli per l'imprenditore, che attuano una sorta di versione privatistica, variamente graduata, di Amministrazione controllata; per cui il debitore accetta una amministrazione controllata - che limita l'autonomia organizzativa e operativa dell'imprenditore. Da un minimo di obbligazione d'informazione o di consultazione con alcuni creditori o con un loro Comitato, a impegni a dismettere *asset*, a programmi aziendali o di riduzione del personale, fino al massimo dell'inserzione di rappresentanti dei creditori nell'organo amministrativo.

Anche qui si rivela la duttilità, direi quindi l'insostituibilità dello strumento privatistico e dunque la sua efficienza. E, nello stesso tempo, il grado di rischio che è connesso al suo uso, che è svincolato,

sia dall'accordo di tutti i creditori - altrimenti andrebbe tutto quanto bene - così come da un controllo di convenienza operato dal Giudice. Qui si valorizza poi la capacità di alcuni creditori, che sono titolari d'interessi esterni a quelli relativi al rapporto debito-credito isolatamente considerati. Per lo più, dicevo, saranno le banche nella realizzazione di crediti *no performing*, di cui possono rendersi cessionarie; in altri casi vedremo l'interesse del creditore industriale o commerciale a continuare, nel quadro di accordi di ristrutturazione con l'impresa-cliente i rapporti di fornitura. In tutti i casi, si fa leva su interessi che sono diversi da quelli dell'attuazione del rapporto obbligatorio. Quel che è peggio, è che è proprio questo conflitto d'interessi tra alcuni creditori e l'interesse globale del ceto creditorio a costituire la leva per la creazione di un "plusvalore" nella gestione privatistica della crisi. Ora, è da vedere quali garanzie ci sono o possono esserci per far sì, che questo plusvalore, in una situazione successiva di default dell'impresa, vada a vantaggio non tanto di una parte soltanto dei creditori, ma di tutti, evitando quindi delle distribuzioni asimmetriche. Per ora, è già chiaro come l'accordo ex articolo 182 bis non integri affatto una figura negoziale tipica, ma delinei un'architettura contrattuale multilivello. Al primo livello sta l'accordo di ristrutturazione in stretto senso, che assumerà il ruolo di contratto quadro, rispetto al quale i contratti a valle svolgeranno una funzione attuativa. Quindi tutti quei contratti, come l'erogazione di nuova finanza dietro rilascio di garanzie, alla trasformazione di credito in capitale, eccetera, sottostanno all'accordo quadro.

4) Ora vediamo, fatta questa descrizione strutturale, la "causa". Fra le parti dell'accordo, la causa può dirsi onerosa, integrando quindi una sorta di scambio in cui il debitore offre alcune cose. Prima di tutto le informazioni vere sulla sua situazione aziendale, che sono un valore utile per chi le riceve, poi la disposizione ad esporsi ad una certa misura d'ingerenza nella gestione delle imprese in crisi. In cambio riceve molto: riceve proprio un assetto più vantaggioso della sua esposizione debitoria. La ragione economico-sociale, che nella valutazione del Legislatore del 2005 rende particolarmente meritevole di tutela questo *trade off* - e dico "particolarmente", perché c'è un effetto ulteriore a quello che è l'effetto contrattuale - è quella accennata: cioè quella per cui la

gestione della crisi d'impresa privatamente concordata fra l'imprenditore e direi la parte più significativa dei suoi creditori, promette di generare una quantità di risorse disponibili, superiore a quella che si creerebbe con l'apertura di una procedura concorsuale.

La domanda successiva resta questa: ma la distribuzione delle risorse prodotte sarà quella giusta? La ripartizione è una ripartizione giusta? La risposta in astratto è: certamente sì. Per i creditori partecipanti all'accordo, può valere l'aureo detto: "*Qui dit contractuel, dit juste*". Qui, per la patologia del contratto, soccorreranno i rimedi classici del diritto civile: annullamento o risoluzione. Per gli altri creditori, sulla base della previsione di Legge, la risposta è pure apparentemente affermativa. Per essi la prospettiva è quella di ricevere o perlomeno di essere messi in condizione di ricevere, l'integrale pagamento del credito alle scadenze previste: quindi il massimo di soddisfazione del loro diritto di credito. In realtà, la stessa ragion d'essere della norma, la fattispecie per cui è dettata - la revocatoria, la fallimentare - quella per cui l'accordo cessa di essere *res inter alios acta*, presuppone che la situazione sperata e prevista non si verifichi; se si verifica la norma è *inutiliter data*; mentre essa è *utiliter data* solo quando non si verifica. Quindi il rimedio privatistico non ha successo, segue il fallimento.

In tal caso, non solo i creditori non aderenti, lungi dall'essere regolarmente pagati, subiscono la falce del concorso; ma rispetto a quel che si sarebbe verificato se l'accordo di ristrutturazione non fosse intervenuto o non fosse stato omologato, vedono drasticamente ridursi la massa dell'attivo costituente la garanzia patrimoniale destinata alla soddisfazione del loro credito. Questo, per l'immunità da revocatoria degli atti solutori compiuti in esecuzione nell'accordo e anche di quelli che non sono strettamente solutori. Pensiamo, per esempio, che sia indubbia l'esenzione da revocatoria anche per i terzi, come l'acquirente di un ramo d'azienda, la cui dismissione fosse prevista dall'accordo quadro.

5) Ora, com'è stato osservato, più si esalta in favore di alcuni l'effetto "delizia", più l'effetto "croce" si appesantisce a danno di altri.

Allora, io mi domando: perché mai l'istituto del Trust, pur senza elidere in radice l'ingiustizia di fondo, che può derivare dalla *impar condicio* fra creditori - che l'accordo omologatorio, in qualche modo prefigura anche nella sua regolamentazione giuridica - può quantomeno attenuare le principali conseguenze, che, sul piano delle asimmetrie distributive, l'esecuzione dell'accordo può produrre? Perché, detto in due parole, il pericolo maggiore, insito nell'istituto, visto nella sua fisiologia, deriva non tanto dalla sua genesi, quasi interamente privatistica, ma dall'essere un contratto di durata la cui esecuzione resta interamente affidata all'autonomia privata, senza che sia esercitato alcun controllo esterno per tutta la fase dell'esecuzione.

Abbiamo in qualche modo esplorato il carattere multilivello dell'Architettura contrattuale e verificato il carattere di contratto quadro dell'accordo di ristrutturazione, accordo che, ricordiamocelo, è il solo soggetto ad omologa, il solo controllato. Ma abbiamo constatato anche la necessità e l'intima complessità degli atti negoziali successivi, altrettanti contratti a valle, che poi in presenza della struttura societaria, dell'impresa passeranno attraverso vari atti sociali (delibere assembleari, aumenti di capitale, costituzione di nuove società, la rinuncia al diritto di opzione, eccetera, cessione di *asset*, di rami d'azienda) tutti atti la cui corretta esecuzione è essenziale per la riuscita dell'operazione di ristrutturazione e la cui corretta esecuzione si verifica nei modi e nei tempi e secondo le circostanze che si saranno realizzate; modi e tempi che devono essere conformi alle nuove situazioni che via via si creano, dacché la gestione dell'impresa è una cosa dinamica, di per sé la più strutturalmente esposta a quello che i civilisti chiamano le "sopravvenienze".

In linea di principio, si può anche ammettere che nulla vieti che la gestione di siffatti accordi, in quanto o quando sia davvero *res inter alios acta*", possa essere interamente attuata in via diretta dalle parti, senza controlli esterni. Ma, dal momento in cui è l'ordinamento stesso a premiare questi accordi, attribuendo loro un effetto ulteriore, rispetto agli ordinari effetti che il diritto dei contratti ricollega all'incontro tra valide manifestazioni di volontà, cioè l'effetto immunizzante da revocatoria fallimentare, per tutti gli atti esecutivi dell'accordo, allora si impone un'annotazione. Il riscontro omologatorio rappresenta una forma di controllo esterno, che, al più, copre l'accordo

quadro, ma nulla dice circa l'attuazione dello stesso, attraverso i contratti che sono volti a darne esecuzione, sui modi e sui tempi dello stesso. Possiamo dire quindi con tranquillità che dopo l'omologa, il giudice *functus est munere suo*. Vi sono le note incertezze sui poteri del giudice dell'omologa, in ogni caso molto contenuti, secondo la volontà del Legislatore; e anche sugli effetti dell'omologa (se possano bloccare delle iniziative esecutive o fallimentari). Certo è che, di fronte alla “cambiale in bianco” che il Tribunale va a rilasciare, alla connessa responsabilità istituzionale che sarà percepita, non è da escludere che, specie in presenza di opposizione di creditori non aderenti, il Giudice dell'omologa sia portato ad assumere poteri di valutazione in qualche modo analoghi a quelli sulla “quasi certezza” – come si diceva per il concordato – che l'accordo sia idoneo a garantire il regolare pagamento dei creditori estranei, poteri che probabilmente il Legislatore non ha voluto attribuirgli e il cui uso poco sorvegliato potrebbe anche anche pregiudicare l'istituto.

L'utilizzo del trust, pur esaurendo anch'esso la disciplina dell'esecuzione della gestione dell'accordo quadro su un piano che resta interamente privatistico, può introdurre, direi forse paradossalmente per chi vede il trust collegato per lo più ad operazioni elusive, un fattore di moralizzazione, un più affidabile momento di controllo sui modi e sui tempi di esecuzione dell'accordo, sulla sua stessa conformità alla funzione economico–sociale, per cui l'istituto dell'accordo omologato, è dal Legislatore stato ritenuto meritevole di tutela e non un azzardo. La novità dell'istituto del 182 bis e la varietà, la complessità delle situazioni (ma soprattutto il poco tempo residuo) non consentono che qualche flash. L'occasione di distorcimento dell'istituto dalla sua funzione nella fase di attuazione, deriva, a ben vedere, dall'indistinzione fra posizioni che vanno invece ben individuate e tenute concettualmente distinte. Quella di proprietario (l'imprenditore in crisi) quella di titolare dei poteri di gestione, quella dei beneficiari. Sono figure che il trust individua chiaramente, guadagnando così condizioni di migliore conformità dell'istituto alla funzione. C'è stato ricordato che questo istituto si sostanzia in un rapporto tra soggetto e bene, in vista di una funzione, di una destinazione che è lo Statuto del Trust. Quindi si accompagna anche

alla distinzione fra l'esercizio della funzione gestoria propria del trustee e la posizione dei beneficiari, destinatari dei benefici. Proprio su questo punto si colloca un'ulteriore riflessione civilistica, ma si verifica anche la potenzialità del trust, a far sprigionare nella sua interezza la funzione economico-sociale dell'accordo di ristrutturazione omologato: facendo emergere la figura che sembra restare fuori dalla configurazione tutta contrattuale dell'accordo; ma che, in una certa misura, (quella di assicurargli la regolarità dei pagamenti) dall'accordo stesso è indicato come "terzo beneficiario": quella del "creditore estraneo" che – ecco la risorsa civilistica – nello schema dell'art. 1411, a fronte dell'impresa debitrice nel ruolo di promittente, dei creditori aderenti nel ruolo di stipulanti, assume la veste di terzo beneficiario (che aspira alla regolarità dei pagamenti e dimostra di volerne profittare).

Nella configurazione dell'accordo che prescinde dall'utilizzo del Trust, la posizione dell'imprenditore in crisi è quella del "proprietario"; questi può assumere la veste di "disponente" sul piano meramente obbligatorio, impegnandosi alla cessione (a terzi o ad alcuno dei creditori aderenti) di crediti, *assets* aziendali, quote di società ecc.; può rimanere titolare dei poteri di gestione, o impegnarsi a trasferire una parte di questi poteri, ad uno o più dei creditori aderenti (o a un comitato fra essi). Anche in questo modo, solo una parte dei beneficiari (identificati invece secondo la funzione dell'istituto nella totalità dei creditori) riceve protezione: quella dei creditori aderenti.

Poche battute per chiarire come, sul piano degli interessi, il ricorso al Trust non comporti lesione di interessi meritevoli e garantiti dalla legge. La norma di chiusura di cui all'art. 13 Convenzione dell'Aja garantisce che sono colpiti da nullità quei contratti che violano norme imperative o che, pur non violandole, direttamente sono in base alla legge nazionale il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa (contratto in frode alla legge).

L'art. 15 della Convenzione vale a stabilire che l'istituzione di un trust non può consentire applicazioni che comportino violazione di norme alle quali non si può derogare mediante un qualsiasi atto negoziale. Sul piano della tutela dei creditori, in generale, verso il disponente, il

rimedio classico resterà l'azione revocatoria ordinaria o fallimentare: azione revocatoria che, se è inserito il Trust nell'accordo omologato, resta, alla stregua della Legge interna, preclusa. Con l'ovvia avvertenza che il Trust, in quanto tale, sfugge alla qualificazione di atto a titolo gratuito od oneroso. Durante i lavori preparatori della Convenzione, si è fatto efficace ricorso all'immagine del Trust come missile e della rampa di lancio come negozio istitutivo. Il Trust resta mero schema di rapporto obbligatorio (come ad esempio la delegazione). E, se la fonte è negoziale, può avere le più svariate *causae negotii* (causa liberale, di garanzia, di scambio, come avviene tra servizi e corrispettivi nei servizi di investimento). La causa va però cercata fuori dal Trust e sarà essa a qualificare come oneroso o gratuito il negozio istitutivo che, nel caso, sarà quello che dà vita all'accordo di ristrutturazione (contratto di scambio, con i peculiari problemi, caratteri e specificità sopra descritti).

Verso il Trustee (che, nel caso, potrà essere individuato in uno dei creditori aderenti, purché non sia diretto cessionario, o preferibilmente in un terzo scelto di comune accordo, ma, forse anche dallo stesso disponente con l'atto di autodesinazione che determina lo Statuto del Trust); non vi è deroga all'art. 2740 perché i beni, i valori, i diritti patrimoniali oggetto di disposizione non entrano "realmente" nel patrimonio del Trustee (e si separano da quelli dei disponenti in caso di autodesinazione) . La posizione dei creditori individuali del Trustee è assimilabile a quella dei creditori verso il mandatario senza rappresentanza. Essi non possono disattendere il valore programmatico del mandato e pretendere di considerare come "finale" l'acquisto del loro debitore proprio perché l'oggetto della espropriazione forzata non può essere più ampio di quello che è il diritto del creditore sui beni sui quali soddisfarsi. C'è infine, e soprattutto, la terza figura, quella dei "beneficiari"; e l'esigenza, attraverso il Trust, di assicurare loro protezione. Una volta identificati, sulla base del dato normativo, come beneficiari non solo i creditori aderenti ma anche quelli estranei, la finalità da raggiungere è quella che l'esecuzione dell'accordo, omologato nella previsione che esso giovi ad entrambe le categorie, non evolva secondo modalità tali da pregiudicare l'aspettativa dei secondi (quello del "regolare pagamento").

Qui il Trust può consentire l'introduzione pattizia e volontaria di un “guardiano” del Trust. Non credo che, nei poteri delle parti, vi sia quello di designare quale “guardiano” il P. M. o il Tribunale, che sono organi dello Stato le cui funzioni sono individuate dalla legge (a meno che non sia la legge a prevederne la possibilità). Ma ben potrebbe l'accordo da sottoporre ad omologa prevedere che guardiano del Trust, con poteri di controllo [ed eventualmente autorizzativi (ad es. del compimento di atti di esecuzione solo se non si è in presenza di un dissesto irreversibile)]sia un soggetto (sorta di “commissario giudiziale” di origine privatistica) designato dallo stesso Tribunale, con il compito di curare e garantire la regolare esecuzione dell'accordo, riferire sulla sopravvenuta impossibilità di realizzare la sua funzione che è la funzione del Trust. Non c'è dubbio che, in presenza di una siffatta clausola sia destinata a far venire meno anche la (altrimenti prevedibile) ritrosia dei giudici a contenere il riscontro omologatorio entro i confini della mera regolarità formale.

Luigi Rovelli