

Le alienazioni in garanzia e il trust

Autore: Redazione

In: Diritto civile e commerciale

Si è già ricordato come il **divieto del patto commissorio** alberghi in tutte le ipotesi in cui la causa del trasferimento sia “di garanzia” e lo stesso trasferimento sia ontologicamente temporaneo e legato ad eventuali inadempimenti finanziari del debitore verso il creditore.

Si è anche detto di come si dubiti ancora circa la validità di trasferimenti cum fiducia o ad tempus e di come il **divieto ex art. 2744 c.c.** trovi accoglienza in numerose codificazioni moderne, a differenza di quanto accade negli ordinamenti di common law, che non conoscono il divieto in esame, e per converso accordano notoriamente ampio spazio operativo ad un istituto - il trust - che, tra le molteplici funzioni che è idoneo a svolgere, annovera anche quella di costituire uno strumento utilizzabile per la costituzione di una “garanzia”.

Il trust

Le ragioni del ricorso al **trust** a fini di garanzia risiedono essenzialmente - come sovente si sottolinea - nell'esigenza, particolarmente avvertita dagli operatori economici, di costituire garanzie del credito senza dover passare per una procedura esecutiva; finalità che, come abbiamo già detto, non parrebbe del tutto lecita, soprattutto per la possibile violazione della par condicio creditorum di cui all'**art. 2741 c.c.**

Ora, in virtù della legge che ha reso esecutiva nel nostro ordinamento la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985 sul riconoscimento del trust, del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273 (c.d. decreto milleproroghe) ha introdotto nel nostro ordinamento l'art. 2645-ter c.c. e considerato che è divenuta ormai dominante (96) l'opinione (pur autorevolmente avversata (97)) che ritiene ammissibile il c.d. trust “interno”, sembrerebbe ormai ammessa la possibilità di alienazioni in “garanzia” in spregio al divieto del patto commissorio.

Il punto meriterebbe approfondimenti ben più articolati, ma in questa sede basti ricordare come l'art. 15 della Convenzione dell'aja stabilisca che la Convenzione non costituisce ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme del foro sul conflitto di leggi quando con un atto volontario non si possa derogare ad esse, in una serie di materie tra le quali - alla lett. d) - viene menzionata la materia del “trasferimento della proprietà e [del]le garanzie reali”.

Il trust in garanzia

È possibile, dunque, che un “trust di garanzia” non riceva riconoscimento e, sebbene il par. 2 del cit. art. 15 statuisca che “qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di attuare gli scopi del trust in altro modo”, non è - a questo punto - detto che gli scopi perseguiti dalle parti possano (nonostante il ricorso allo strumento in esame) trovare (piena) attuazione.

Di ciò ci si potrà dolere o meno a seconda che si ritenga che il divieto del patto commissorio e le sue conseguenze trovino una plausibile ragion d'essere nella razionalità del sistema ovvero siano semplicemente il retaggio di una tradizione che non merita più di essere conservata. Chi scrive ha già manifestato la propria avversità nei confronti di una norma ormai non più attuale e, per di più, vincolante per le ragioni di credito di entrambe le parti in gioco (creditore, perché riceverebbe meno garanzie di quelle pretese; debitore, perché rischierebbe di non ottenere la finanza richiesta proprio a fronte dell'impossibilità di fornire una ulteriore garanzia, pur da lui concedibile). In ottica comparativa andrebbe comunque riscontrato come sia intervenuto sul punto il legislatore francese (98), aprendo alle alienazioni a scopo di garanzia realizzate utilizzando lo strumento del trust (diventato, in versione “nazionale”, fiducie o fiducia).

Una normativa analoga era stata inserita nel testo del d.d.l. “**Legge comunitaria 2010**”, precisamente all'art. 12, nel quale si prevedeva una delega al governo per l'emanazione di una disciplina del “contratto di fiducia”, mutuataria in larga misura del modello francese sopra ricordato. In particolare, nella lett. D) del comma 6 del citato art. 12, si richiedeva che tale disciplina contemplasse specificamente la “fiducia a scopo di garanzia”, che avrebbe dovuto essere regolata secondo i seguenti principi:

“Art. 12 6. (Omissis) d) dettare una disciplina specifica per: 1) la fiducia a scopo di garanzia, quale contratto con cui si garantiscono crediti determinati o determinabili, con previsione, in quest'ultimo caso, dell'importo massimo garantito. In particolare prevedere: 1.1) che risulti dal contratto, a pena di nullità, il debito garantito e il valore del bene trasferito in garanzia; 1.2) che il contratto possa essere concluso esclusivamente con un fiduciante che agisce per scopi inerenti alla propria attività professionale o imprenditoriale; 1.3) che la fiducia possa essere destinata a garantire debiti diversi da quelli per cui era stata originariamente costituita, qualora l'atto costitutivo preveda tale possibilità e purché si tratti di crediti derivanti da rapporti già costituiti ovvero da costituirsi entro limiti temporali specificamente determinati; 1.4) la nullità di qualunque patto che abbia per oggetto o per effetto di liberare il fiduciario dall'obbligo di corrispondere al beneficiario o, se diversamente previsto dal titolo, al fiduciante, il saldo netto risultante dalla differenza tra il valore dei beni costituenti la garanzia e l'ammontare del debito garantito, all'epoca della escussione della garanzia; 1.5) la disciplina per il caso in cui i beni concessi in garanzia, anche nell'ipotesi di complesso di beni o altri elementi aziendali, siano sostituiti nel corso del rapporto, disponendo in particolare che il valore dei beni sostitutivi non possa essere superiore a quello

dei beni sostituiti e che, qualora lo sia, la garanzia non si estenda oltre il valore del bene originario”.

A ben vedere nemmeno la “possibile” novella (visto che il contratto di fiducia non è ancora normato nel nostro ordinamento) sembra consentire un’alienazione in garanzia che riproduca il contenuto dell’antica lex commissoria, a prescindere dal fatto che lo scopo di garanzia possa essere attuato a mezzo “contratto di fiducia”. Pur ribadendo come l’art. 2744 c.c. andrebbe ormai abrogato per le già esposte ragioni in diritto e in fatto, riteniamo che, fin quando la norma risulterà vigente, sarà ben difficile sostenere la possibilità di stipulazione di un **trust (“interno”)** finalizzato ad introdurre nel nostro ordinamento delle normative straniere (a mo’ di forum shopping) in palese violazione del divieto del patto commissorio che – nonostante le novelle e un contesto ormai ostile – continua ad essere considerato di ordine pubblico, nonostante l’opinione parzialmente avversa di cui alla menzionata pronuncia della Suprema Corte.

Il presente contributo è tratto da

Note

(96) M. luPoi, *Trusts*, Milano 2001, spec. 533 e ss.; in giurisprudenza Trib. Milano (decr.) 27 dicembre 1996, in *Società*, 1997, 585; Trib. Bologna (decr.) 18 aprile 2000, in *TAF*, 2000, 372; Trib. Roma (ord.) 2 luglio 1999, in *TAF*, 2000, 83; Trib. Milano (decr.) 29 ottobre 2002, in *TAF*, 2003, 270; Trib. Verona (decr.) 8 gennaio 2003, in *TAF*, 2003, 409; Trib. Firenze (decr.) 23 ottobre 2002 e Trib. Firenze (decr.) 23 ottobre 2002, in *TAF*, 2003, 406; Trib. Milano (decr.) 8 marzo 2005, in *TAF*, 2005, 585; Trib. Pordenone (decr.) 23 novembre 2005, in *TAF*, 2006.

(97) F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato* (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle), in *Riv. not.*, 2001, 1247 e ss.; *Id.*, *Tentativo dell’impossibile* (osservazioni di un giurista “non vivente” su trust e trascrizione), in *Riv. not.*, 2001, 11 e ss.

(98) Quanto al legislatore francese – a parte le norme, già citate, contenute nell’Ordonnance n. 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés – va ricordato che con Loi n. 2007-211 del 19 febbraio 2007 è stato introdotto, appunto, in quell’ordinamento l’istituto della fiducia (la cui disciplina, sul piano civilistico, è stata convogliata negli artt. da 2011 a 2030 del Code Civil). Con successiva Ordonnance n. 2009-112 du 30 janvier 2009 sono poi state dettate ulteriori disposizioni relative al nuovo istituto, tra le quali rileva ai nostri fini l’introduzione (art. 5 Ordonnance) nel Code civil, – all’interno del Tit. II (dedicato alle garanzie reali) del Libro IV, di un capitolo IV intitolato *De la propriété retenue ou cédée à titre de garantie*, la cui sezione 2 (artt. da 2372-1 a 2372-5) disciplina in particolare la “*propriété cédée à titre de garantie*”. In base a tale disciplina la proprietà di un bene mobile o di un diritto può essere trasferita a titolo di garanzia di un’obbligazione tramite un contratto di «fiducia» concluso ai sensi degli artt. 2011-2030 del Code (art. 2372-1). Il contratto (di fiducia) deve menzionare, a pena di nullità, la garanzia e il valore stimato del bene o del diritto trasferito nel patrimonio del fiduciario (art. 2372-2). Verificatosi l’inadempimento del debito

garantito, il creditore (quando si tratta dello stesso fiduciario) acquista “la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie” (art. 2372-3), ma se il valore del bene (secondo la stima a suo tempo effettuata) è superiore all’ammontare del debito garantito egli deve versare al costituente la differenza (art. 2372-4).

<https://www.diritto.it/le-alienazioni-garanzia-trust/>