

# Trust con funzione liquidatoria e successivo fallimento dell'impresa

di Francesco Tedioli

Dottrina e giurisprudenza più recenti riconoscono piena validità al trust interno. È evidente, però, che tale istituto non può essere utilizzato per frodare la legge o per eludere le garanzie assicurate ai creditori dalla disciplina fallimentare.

In linea di principio, il trust con funzione liquidatoria è, quindi, compatibile con la procedura concorsuale, se ha lo scopo di tutelare, per conto del disponente non ancora dichiarato fallito, i creditori-beneficiari del trust. Al disponente non è, invece, consentito segregare l'intero patrimonio sociale in prossimità del fallimento, sottraendo i beni alla disponibilità del curatore ed impedendo la liquidazione fallimentare. Se il trust è stato istituito quando la società non era ancora insolvente, il fallimento ne rappresenta una causa sopravvenuta di scioglimento; se, invece, è costituito da una società già insolvente, l'atto istitutivo deve essere considerato nullo sin dall'origine, perché è volto ad eludere le norme imperative che disciplinano la liquidazione concorsuale.

## ■ Il caso

I provvedimenti del Tribunale di Milano, Sezione I Civile, 16 giugno 2009, Sezione VIII Civile, 17 luglio 2009, Sezione VIII Civile, 22 ottobre 2009 e della Corte d'Appello di Milano, 29 ottobre 2009(1), in commento, riguardano un'unica ed inedita fattispecie, in diverse fasi processuali. Si tratta del conflitto tra un trustee e il fallimento del disponente, procedura in cui sono stati dichiarati falliti anche il trustee originario e il guardiano del trust.

Per una miglior comprensione della vicenda, è necessario riassumere le circostanze accadute prima dei vari giudizi.

Una società in nome collettivo, dedita ad attività commerciale, viene prima posta in liquidazione volontaria; poi, con contratto registrato(2), istituisce un trust(3), regolato dalla legge di Jersey(4) e proce-

de a segregare l'intero proprio patrimonio, per asseritamente favorirne la liquidazione.

Trustee è il socio amministratore e liquidatore della società disponente, mentre guardiano(5) è l'altra socia.

Quali primi atti gestori, il trustee stipula due contratti d'affitto d'azienda, per un canone simbolico e senza alcuna garanzia, in favore di altrettante società a responsabilità limitata, peraltro prive di mezzi propri.

Nel contempo il trustee diviene l'unico lavorato-

Francesco Tedioli - *Avvocato in Mantova.*

## Note:

(1) Tribunale di Milano, Sezione I Civile, 16 giugno 2009, in questa Rivista, 2009, 533; Tribunale di Milano, Sezione VIII Civile, 17 luglio 2009, *ivi*, 628; Tribunale di Milano, Sezione VIII Civile, 22 ottobre 2009, *ivi*, 2010, 77; Corte d'Appello di Milano, 29 ottobre 2009, *ivi*, 271. I testi dei provvedimenti possono essere consultati anche sul sito Internet dello scrivente all'indirizzo <http://www.tedioli.com>.

(2) Il trust, almeno negli ordinamenti di *common law*, non ha natura contrattuale: esso viene istituito con un negozio unilaterale, cui si affiancano uno o più atti dispositivi. Si colloca, pertanto, nella *law of property*, in quanto fonte di una *trust property*. Per approfondimenti, M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, 5.

(3) Non si tratta di un trust propriamente auto-dichiarato, poiché il trustee non coincide con il disponente (è il suo liquidatore). Tuttavia, il patrimonio del trustee è destinato a soddisfare (oltre a quelli personali) anche i creditori della s.n.c.

(4) La giurisdizione relativa ad esistenza, validità ed effetti del trust viene individuata nella Corte di Jersey, mentre quella relativa ai "diritti dei beneficiari o di qualsiasi obbligazione o diritto del trustee o di qualsiasi altro soggetto menzionato in quest'atto è devoluta alla giurisdizione" italiana. Il trust è di durata indeterminata sino alla realizzazione delle sue finalità ovvero alla non più possibile realizzazione delle medesime. Beneficiari sono: la massa dei creditori della s.n.c.; poi, i finanziatori della società ed – in caso di residui attivi – i soci. È, inoltre, stabilito che il trustee amministri i beni in completa discrezionalità e abbia capacità processuale attiva e passiva in relazione al patrimonio segregato. Egli deve tenere un rendiconto delle attività svolte e redigere "entro 6 mesi dalla scadenza di ciascun anno solare un inventario e un bilancio del fondo in trust". Alla morte/cessazione o accertata incapacità, la facoltà di revoca e sostituzione del trustee è conferita ad un guardiano (la socia BIM) che, a sua volta, può essere sostituita per "imperita, negligente o imprudente esecuzione degli obblighi e dei compiti ad essa affidati".

(5) È presente un guardiano perché l'art. 12 della Trusts (Jersey) Law 1984 *as amended* richiede, per i trust di scopo non caritatevole (*non-charitable purpose trust*) – quale quello in oggetto, la nomina di un guardiano a pena di invalidità del negozio. Per approfondimenti, M. Beltrami – R. Sarro, I difficili equilibri tra le posizioni del disponente, del trustee, dei guardiani e dei beneficiari in un trust di famiglia, in questa Rivista, 2008, 36; P. Matthews, Il *protector* nella giurisprudenza, *ivi*, 2000, 366.

re dipendente di una delle due società affittuarie e non fornisce il rendiconto della gestione del trust.

La società disponente viene, quindi, dichiarata fallita dal Tribunale di Milano, unitamente ai suoi soci illimitatamente responsabili (*ex art. 147 R. D. 16 marzo 1942, n. 267 "l. f."*), tra cui, come si è visto, il trustee(6) ed il guardiano.

Il curatore del fallimento, incaricato di fare l'inventario, non rinviene alcun bene e, previa autorizzazione del G. D., procede alla nomina di un nuovo trustee. Accade, poi, che il guardiano del trust revoca la nomina di questo nuovo trustee in favore di una società a responsabilità limitata, che svolge professionalmente tale attività.

Si instaurano, quindi, vari giudizi, tra i quali anche quello volto alla revoca della dichiarazione di fallimento, istanza respinta dalla Corte d'Appello di Milano con la sentenza oggetto dell'ultimo provvedimento in commento.

Nel primo procedimento, il trustee (la s.r.l. nominata dal guardiano) ricorre *ex art. 700 cod. proc. civ.* al Tribunale di Milano perché: 1) accerti l'inefficacia della sostituzione di trustee operata dal fallimento; 2) confermi la società ricorrente quale trustee, legittimamente nominato dal guardiano; 3) ordini all'altro trustee nominato dalla curatela di astenersi dal compiere atti che presuppongano la predetta qualità.

In particolare, la ricorrente sostiene che la sostituzione del trustee operata dal curatore del fallimento sia un atto abnorme, irrituale e contrastante con la segregazione del patrimonio conferito in trust, fenomeno giuridico opponibile ai creditori, che, anche se concorsuali, non possono aggredire i beni conferiti in trust. Inoltre, il *periculum in mora* si sostanzerebbe nell'impossibilità di dar corso alla liquidazione e, quindi, di gestire i contratti di affitto d'azienda o di difendersi nelle cause promosse contro il trust.

Costituendosi in giudizio, il fallimento ed il trustee sostituito assumono, invece, che la società disponente, all'atto della istituzione del trust, versava già in stato di insolvenza. L'unica forma possibile di segregazione del patrimonio era, dunque, il ricorso al fallimento in proprio, anziché il conferimento del patrimonio aziendale in trust.

La curatela, inoltre, sostiene: 1) la legittimità della sostituzione del trustee, operata dal fallimento, stante la perdita della capacità di agire da parte dell'originario trustee, pure fallito *ex art. 147 l. f.*; 2) l'inefficacia della nomina a trustee del ricorrente ad opera del guardiano, in quanto effettuata da soggetto pure fallito e, quindi, incapace *ex artt. 42, 43 l. f.*; 3) la non riconoscibilità del trust, in quanto "interno";

4) e, comunque, la sua nullità e/o inefficacia, per essere simulato (*sham trust*)(7); 5) l'atto istitutivo sarebbe anche revocabile *ex art. 2901 cod. civ.*, perché il disponente si è integralmente spogliato del proprio patrimonio senza attribuire alcuna utilità ai creditori; 6) infine, la nullità del trust istituito deriverebbe dal contrasto con la disciplina fallimentare.

Per contro, la società fallita e il guardiano si associano alle domande del ricorrente(8), assumendo che le incapacità conseguenti alla dichiarazione di fallimento riguardano solo i beni acquisiti alla massa dei creditori e non anche quelli (estranei) conferiti in un patrimonio separato.

La Corte risolve, in primo luogo, le questioni preliminari e processuali, riconoscendo la legittimazione passiva del guardiano del trust ed escludendo (in quanto soggetto fallito) quella della s.n.c., pure convenuta.

Passa, poi, ad un'analisi generale del trust, istituito che riconosce come perfettamente valido nell'ordinamento, sia nella forma di trust interno, che in quello c. d. auto-dichiarato, in cui le figure di disponente e trustee coincidono.

Procede, infine, ad un esame dei possibili rapporti tra trust e fallimento, ritenendo, in linea di principio, che il trust liquidatorio non sia incompatibile con la disciplina concorsuale qualora esso persegua, per conto del disponente *in bonis*, finalità di tutela dei creditori-beneficiari.

Infatti, in caso di dichiarazione di fallimento del disponente, il conferimento di alcuni beni in trust sopravvive al fallimento ed il *trust fund* conserva la natura di patrimonio separato. Il Tribunale ricorda, inoltre, che è sempre possibile l'esperimento dell'azione re-

#### Note:

(6) Va ricordato che la Bankruptcy (Desastre) Jersey Law 1990 inibisce a chi si trovi assoggettato a procedure concorsuali di assumere o mantenere l'incarico di trustee.

(7) Il fallimento resistente sostiene che il trust sarebbe nullo o inefficace in quanto simulato (*sham trust*). In particolare, il trust non sarebbe meritevole di tutela secondo la stessa legge voluta dal disponente, in quanto non diretto a perseguire lo scopo indicato nell'atto (l'interesse dei creditori), ma volto a occultare (in danno dei medesimi) il patrimonio della società fallita. Al riguardo, il fallimento adduce una serie di elementi indiziari: 1) la mancata pubblicità dell'atto di istituzione del trust, non redatto in forma pubblica, ma per scrittura privata registrata; 2) il fatto che il trustee si limiti a mantenere occultato, ai creditori, il patrimonio del disponente; 3) il mancato deposito del libro degli eventi del trust e del rendiconto; 4) il fatto che il trustee e il guardiano abbiano accettato la notifica di numerosi atti giudiziari nella qualità di legali rappresentanti della società dopo l'istituzione del trust, senza nulla opporre; 5) la mancata informazione su esistenza e vicende del trust; 6) il mancato riversamento di alcun beneficio a favore dei creditori, dimostrato dalle loro insinuazioni al passivo e dall'assenza di attivo fallimentare.

(8) Tra le loro domande è compresa quella di accertamento di invalidità ed inefficacia della sostituzione del trustee operata dal curatore.

vocatoria ordinaria, laddove il curatore dimostri che l'istituzione del trust abbia impoverito il patrimonio del disponente, con la consapevolezza del medesimo.

Se, però, muta anche uno solo dei presupposti di fatto sovra enunciati, il principio di conservazione degli effetti della segregazione patrimoniale non è più applicabile.

Qualora, infatti, il trust si sostituisca o precluda la liquidazione fallimentare, assuma funzioni liquidatorie dell'intero(9) compendio aziendale della società fallita o se la sua istituzione arrechi concretamente danno ai creditori del disponente, esso persegue finalità contrarie a quelle dell'ordinamento giuridico(10). Proprio in quest'ultima ipotesi viene ricondotta la fattispecie in commento.

La società resistente, sin dal momento in cui ha istituito la segregazione patrimoniale, era, infatti, insolvente e, pertanto, non aveva altra strada che ricorrere alla procedura concorsuale(11). I suoi creditori non hanno, inoltre, ottenuto alcun vantaggio economico dall'attività gestoria devoluta al trustee, tant'è che tutti hanno dovuto presentare domanda di ammissione al passivo. Il trust non ha, quindi, perseguito interessi meritevoli di tutela, ma, sin dall'inizio, era diretto ad eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale, in violazione degli artt. 13 e 15, lett. e) Convenzione de L'Aja.

Il Tribunale conseguentemente accerta la nullità dell'atto istitutivo(12), lo dichiara improduttivo di effetti segregativi sul patrimonio del disponente, rigetta il ricorso ex art. 700 cod. proc. civ. per mancanza del *fumus boni iuris* ed, infine, pronuncia il difetto di legittimazione passiva della società resistente, nonché del trustee nominato dal fallimento.

La seconda ordinanza, resa tra le stesse parti(13), decide in ordine alla richiesta di sequestro giudiziario ex art. 670 cod. proc. civ. promossa dal fallimento, il quale preannuncia le domande oggetto del futuro giudizio di merito. Il ricorrente chiederà che si accerti l'estraneità del trust al nostro ordinamento giuridico ex art. 13 Convenzione de L'Aja; la sua nullità per contrasto con norme imperative; la sua simulazione; la revoca o dichiarazione di inefficacia ex art. 64 l. f. dell'atto con il quale la società in liquidazione ha trasferito la proprietà dell'azienda al trustee; l'inefficacia ex artt. 43 e 44 l. f. dell'atto con cui il guardiano ha nominato, come nuovo trustee, una s.r.l. e la conseguente condanna di quest'ultima e del primo trustee (liquidatore della società poi fallita) a consegnare al fallimento i beni conferiti nel trust.

Il Tribunale di Milano riconosce, in primo luogo, la propria competenza ex art. 24 l. f., sia con riferi-

mento alle azioni ex artt. 43, 44, 64 l. f., sia con riferimento alle azioni di nullità e simulazione, poiché esse sono prospettate in relazione alla contrarietà del trust alle norme fallimentari, intese quali principi di ordine pubblico, oppure alla sua natura fraudolenta ed elusiva delle norme poste a tutela dei creditori(14).

Quanto al *fumus boni iuris*, il Giudice richiama testualmente la motivazione della prima ordinanza in commento e, dopo aver evidenziato i differenti presupposti del *periculum in mora* per la concessione del sequestro giudiziario rispetto a quello conservativo(15), riconosce il fondato timore del fallimento ricorrente. Il suo diritto ad apprendere i beni della fallita, nelle more del giudizio necessario per tutelarli, può subire un grave pregiudizio, costituito, nella specie, dal concreto

#### Note:

(9) Il tribunale ritiene che, anche se il trust in esame fosse originariamente valido ed efficace, sarebbe, comunque, incompatibile con l'ordinamento e con le regole proprie della liquidazione fallimentare, poiché esso riguarda tutto il patrimonio aziendale. In tale ipotesi, siamo in presenza di una causa sopravvenuta di scioglimento dell'atto istitutivo del trust, analogamente a quelle ipotesi negoziali la cui prosecuzione è incompatibile con la dichiarazione di fallimento.

(10) In particolare, il contrasto è con l'art. 15, lett. e) Convenzione de L'Aja e, comunque, con la legge fallimentare italiana; talché interviene a presidio l'art. 18 Convenzione, secondo cui "le disposizioni della Convenzione potranno essere non osservate qualora la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico".

(11) Infatti: 1) il trust ha il generico scopo di operare la liquidazione per tutelare i creditori; 2) attribuisce al trustee ogni potere, senza un apparente programma strategico e con clausole di stile; 3) conferisce al trustee l'intero patrimonio aziendale, sostanzialmente senza alcuna limitazione. Inoltre, la società, alla data di istituzione del trust: 4) era in stato di insolvenza (l'ordinanza, dopo una riqualificazione del bilancio, stima che il patrimonio fosse negativo per € 234.448,00); 5) era priva della propria sede sociale a seguito di sfratto per morosità; 6) aveva cessato, da molti mesi, la propria attività produttiva; 7) non aveva mezzi propri; 8) aveva ricevuto vari provvedimenti monitori, anche provvisoriamente esecutivi.

(12) Il giudice può dichiarare la nullità del trust, poiché il trustee nominato dal guardiano ne chiede giudizialmente la manutenzione.

(13) Ricorrente è il fallimento e resistente il trustee nominato dal guardiano (poi fallito).

(14) Si tratta di azioni devolute alla competenza assoluta ed inderogabile del tribunale fallimentare, in quanto esse traggono origine e fondamento dal fallimento, ovvero tutelano i principi stessi che lo connotano (la corretta formazione della massa fallimentare e la *par condicio creditorum*). Tali azioni subiscono, dunque, una deviazione dallo schema tipico, per effetto della disciplina del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti (Cass., 20 luglio 2004, n. 13496, Guida al Diritto, 2004, 38, 60; Cass., 30 agosto 2004, n. 17440, inedita; Cass., 15 settembre 1996, n. 9156, Giur. imposte, 1997, 130; Cass., 8 agosto 1989, n. 3634, Mass. Giur. it., 1989, 344; Cass., 10 agosto 1988, n. 4909, Fallimento, 1989, 21).

(15) Nel sequestro giudiziario non si richiede, come per quello conservativo, il pericolo, concreto ed attuale, di sottrazione o alterazione del bene. Ai fini della valutazione dell'opportunità, richiesta dall'art. 670, n. 1 cod. proc. civ., è necessario e sufficiente che lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti la mera astratta possibilità che si determinino situazioni tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso (tra le tante: Cass., 12 febbraio 1982, n. 854, Mass. Giur. it., 1982, 799).

rischio che il trustee compia atti dispositivi e/o liquidativi, rendendo impossibile o comunque molto più onerosa l'attuazione di una sentenza di merito favorevole al fallimento(16).

Stante la sussistenza degli indicati presupposti di legge, il Tribunale concede il sequestro giudiziario su tutti beni costituenti il patrimonio aziendale della fallita conferiti nel trust e nomina un custode giudiziale, che eserciterà tutti i poteri di legge, richiedendo, ove occorra, indicazioni al Tribunale.

La terza ordinanza respinge il reclamo con cui il trustee ITC (quello nominato dal guardiano), chiede la revoca del sequestro giudiziario sui beni conferiti nel trust e costituenti l'intero patrimonio aziendale della società fallita.

Il ricorrente aveva sostenuto la mancanza del *fumus bonis iuris*, la validità del trust e la sua istituzione quando la disponente non si trovava in stato di insolvenza.

Il Collegio, condividendo l'impostazione teorica con cui il Giudice di *prime cure* ha ritenuto legittimo, in via generale, il trust interno con funzioni liquidatorie, osserva, invece, che sussistono sia il presupposto della strumentalità della cautela rispetto alla domanda di merito proponendo(17), che il *fumus boni iuris* dell'azione di nullità del trust. Le motivazioni sono le medesime già indicate dal giudice in prima istanza e ribadite nel provvedimento collegiale con cui il Tribunale ha respinto il reclamo proposto dalla s.r.l. avverso l'ordinanza resa nel procedimento ex art. 700 cod. proc. civ..

All'epoca dell'istituzione del trust il disponente era insolvente; si trovava, dunque, in una situazione diversa dalla semplice fase liquidatoria del patrimonio attivo e passivo per cessazione della propria attività. La società, pertanto, avrebbe dovuto ricorrere ad una procedura d'insolvenza, anche minore.

Il Tribunale ritiene che la nullità del trust derivi anche dal fatto che, con l'atto istitutivo, il disponente ha segregato l'intero patrimonio aziendale, affidandolo ad un trustee rappresentato dallo stesso socio illimitatamente responsabile. In tal modo, quest'ultimo ha conservato quel diritto a disporre dei beni, che avrebbe perso con la dichiarazione di fallimento. L'istituzione del trust è, dunque, in contrasto sia con le regole pubblicistiche che presiedono alle procedure concorsuali, che con l'art. 15, lett. e) della Convenzione de L'Aja.

Per quanto riguarda il *periculum in mora*, anche in sede di reclamo, emerge l'opportunità che la curatela provveda "alla custodia o alla gestione temporanea" dei beni oggetto della controversia. Infatti, la possi-

bilità di una loro amministrazione, del tutto discrezionale, da parte del trustee e del guardiano – soci della società fallita, falliti anch'essi – è in contrasto con l'interesse della procedura concorsuale, che ha diritto alla loro apprensione e gestione.

La sentenza della Corte d'Appello di Milano rigetta il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento della società disponente e dei suoi soci, ritenendolo infondato sotto ogni profilo. Per quel che interessa in questa sede, la Corte d'Appello ritiene che l'istituzione del trust, da parte della società *in bonis*, sia stata una operazione solo formalmente e dichiaratamente finalizzata a tutelare le ragioni di tutti i creditori. Nella realtà, invece, ha "trasformato la procedura di liquidazione in un'attuata sospensione a tempo indeterminato dei suoi ordinari effetti a beneficio dei soci, rivelandone l'artificialità in danno dei creditori, di fatto venuti a trovarsi di fronte alla segregazione del patrimonio societario senza che, a due anni esatti di distanza, sia stato comprovato alcun concreto soddisfacimento di debiti [...]". In altre parole, il trust "null'altro ha prodotto che una sicura attuale sottrazione - distrazione dei beni rispetto al loro impiego, così da rivelarsi una mera immagine di copertura ed una segregazione per fini diversi [...]". Le finalità elusive sono evidenziate dalla mancanza di terzietà del trustee e del guardiano, dall'assenza di qualsiasi comunicazione ai creditori, nonché di un loro coinvolgimento al programma di liquidazione (peraltro, mai preparato).

## ■ Il trust interno è perfettamente valido in Italia

Il trust "interno" è quel trust che non presenti alcun elemento di estraneità con l'ordinamento italiano, né di carattere oggettivo (avuto riguardo ai beni conferiti), né di carattere soggettivo (in relazione al-

### Note:

(16) Tale conclusione si fonda su plurimi, gravi e concordanti elementi presuntivi. In particolare, il trust ha rifiutato, nonostante espressa richiesta del fallimento, di rendere il conto della gestione; ha promosso un ricorso ex art. 700 cod. proc. civ., rivelatosi del tutto infondato, volto ad estromettere il trustee nominato dal curatore fallimentare ed in cui ha rappresentato l'intenzione di procedere nella gestione e liquidazione dei beni della fallita.

(17) L'instaurando giudizio avrà ad oggetto la proprietà o il possesso dei beni della società fallita. Il Tribunale afferma che la strumentalità sussiste anche per tutte le controversie *ex contractu*, come la presente, volte alla dichiaratoria di nullità del negozio con cui il patrimonio sociale è stato conferito in un trust. Tale nullità, infatti, condurrebbe la curatela fallimentare a riprendere possesso dei beni che attualmente sono segregati nel trust ed attribuiti in proprietà al nuovo trustee nominato dal guardiano del trust.

la persona del disponente, ovvero a quella del trustee), ad eccezione della legge regolatrice (straniera).

Per anni, la sua validità, nel nostro ordinamento(18), ha rappresentato un argomento di intenso dibattito che, in questa sede, non intendiamo ripercorrere(19).

Secondo l'opinione, oramai consolidata in dottrina(20) e nella giurisprudenza di merito(21), in virtù dell'art. 6(22) Convenzione de L'Aja e della sua legge di ratifica, sono riconosciuti non solo i trust(23) internazionali(24), ma anche quelli interni, quale strumento di segregazione(25) del patrimonio o di

## Note:

(18) Altre disposizioni di legge contemplano il trust nel nostro ordinamento nazionale: l'art 1, commi 74-76 della L. 27 dicembre 2006, n. 269 (legge finanziaria 2007), che riconosce al trust un'autonomia soggettiva tributaria; l'art 13, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, che include i trust, che esercitano attività commerciali, tra i soggetti obbligati alla tenuta di scritture contabili; la L. 24 novembre 2006, n. 286, che assoggetta la costituzione dei vincoli di destinazione sui beni e diritti all'imposta sulle successioni e donazioni. Per approfondimenti sulla disciplina fiscale del trust, v. la circolare 48/E dell'Agenzia delle Entrate, in questa Rivista, 2007, 630, con commento di M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trust, ivi, 497, e la risoluzione n. 425/E del 5 novembre 2008, in tema di trust commerciale opaco (cioè senza beneficiari di reddito individuati, i cui redditi sono direttamente attribuiti al trust medesimo), in questa Rivista, 2009, 71; Fisco, 2009, 537 (con commento di E. Corsano - A. Coscarelli, Discrezionalità del trustee e trasparenza del trust).

(19) Per un'attenta rassegna si veda F. Catarci, Trust autodichiarato e garanzia dei creditori, Giur. merito, 2008, 717, a p. 721.

(20) M. Lupoi, Effects of the Hague Convention in a Civil Law Country - Effetti della Convenzione dell'Aja in un Paese civilista, Vita not., 1998, 19; Id., I trust nel diritto civile, Vita not., 2003, 605; Id., Lettera a un notaio conoscitore dei trust, Riv. not., 2001, 1159; Id., Trusts, II ed., Milano, 2001; A. Busani, I notai ammettono il trust interno, Il Sole 24 Ore, 23 febbraio 2006, 27; R. Partisani, Trust interno e responsabilità civile del disponente, Resp. civ., 2005, 543; S. M. Carbone, Trust interno e legge straniera, in questa Rivista, 2003, 333; A. Gambaro, voce "Trust", Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., vol. XIX, Torino, 1999, 449; F. Di Ciommo, La Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 ed il cd. trust interno, Temi romana, 1999, 779; R. Lenzi, Operatività dei trusts in Italia, Riv. not., 1995, 1379; E. Maré, Trust e scissione del diritto di proprietà, Corriere giur., 1995, 162; U. Apice, Il trust e le procedure concorsuali, consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia" all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>. In generale sul trust, M. C. Malaguti, Il Trust, in Aa. Vv., Atlante di diritto privato comparato, Bologna, 1999, p. 179 s.

(21) Trib. Cassino, 8 gennaio 2009, in questa Rivista, 2009, 419; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, ivi, 2007,425, Corr. merito, 2007, 1006 (nota critica A. Reali, Il trust tra tutela e frode ai creditori, I contratti, 2008, I, 15 e nota adesiva M. Montefameglio, consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia" [supra, nota 22]); Trib. Milano, 23 febbraio 2005, consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia" [supra, nota 22], sull'omologa giudiziale delle condizioni di separazione personale, tra le quali fu acclusa l'istituzione di un trust auto-dichiarato dal marito in favore della figlia minore; Trib. Napoli, 14 luglio 2004, Corr. merito, 2005, 13; Trib. Trento, Sez. Dist. Cavalese, 20 luglio 2004, in questa Rivista, 2004, 573; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, ivi, 2004, 67; Trib. Bologna, 28 aprile 2000, ivi, 2000, 372; Trib. Lucca, 23 settembre 1997, Foro it., 1998, 3391 (contra, Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in questa Rivista, 2003, 255, Riv. dir. internaz. priv., 2003, 510). Dottrina e giurisprudenza rilevano che, ragionando a contrario, si violerebbe l'art. 3 della Costituzione (non è possibile consentire in Italia l'uso del trust ad un cittadino straniero e negarlo ad un italiano) e non avreb-

be efficacia alcuna l'intera legge 16 ottobre 1989, n. 364 (Trib. Parma, 3 marzo 2005, in questa Rivista, 2005, 409; Fallimento, 2005, 553; Cass. pen., 18 dicembre 2004, n. 48708, in questa Rivista, 2005, 574; Riv. pen., 2006, 124; Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in questa Rivista, 2005, 83). Si veda anche Trib. Velletri, 29 giugno 2005, ivi, 2005, 577, che, nel negare l'applicabilità della Convenzione ad un trust interno, ha ritenuto ammissibile l'istituzione di un trust interno, riconoscendone i relativi effetti, in quanto negozio atipico degno di tutela in ragione della meritevolezza degli interessi perseguiti ai sensi degli artt. 1322 e 1324 cod. civ.. La sua causa è astrattamente lecita e non è dissimile da quella tipica di altre figure già previste nel nostro ordinamento (fondazioni familiari, fondo patrimoniale...).

(22) Convenzione de L'Aja 1° luglio 1985, ratificata in Italia, con legge 16 ottobre 1989, n. 364, in vigore dall'1 gennaio 1992, consultabile sul sito Internet dello scrivente all'indirizzo <http://www.tedioli.com>. La Convenzione si pone l'obiettivo di armonizzare le regole del diritto internazionale privato in materia di trust e, di fatto, ne attua il riconoscimento negli ordinamenti di *civil law* privi di una disciplina interna. In particolare, l'art. 6 prevede che il trust sia regolato dalla legge scelta dal disponente.

(23) "Per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente, con atto tra vivi o *mortis causa* qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico" (art. 2 Convenzione). In conseguenza dell'istituzione del trust, che deve essere stipulato con il solo onere della forma scritta, *ad probationem* (art. 3 Convenzione), i beni conferiti in trust beneficiano della segregazione patrimoniale, "non fanno parte del patrimonio del trustee" e quest'ultimo "è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge" (art. 2, § 2 Convenzione).

(24) Quelli che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano (residenza del disponente, del trustee, dei beni da segregarsi).

(25) Sul concetto di segregazione, effetto del trust, come fenomeno distinto dal patrimonio autonomo e separato, si veda M. Lupoi, Trust [supra, nota 20], p. 565 s. In estrema sintesi e massima semplificazione, a differenza di quanto accade nel patrimonio separato, vi è un'incomunicabilità assoluta tra beni che ne costituiscono l'oggetto ed il soggetto che ne è titolare, ed una completa coincidenza tra proprietà e gestione e tra titolarità e godimento. Non vi è alcuna possibilità di distinzione tra gestore (trustee) ed il complesso di beni, come, invece, accade nel patrimonio autonomo. In ogni caso, dottrina e giurisprudenza, per legittimare il trust interno, richiamano l'istituto del patrimonio separato, rammentando le sue diverse applicazioni: a) nel mandato senza rappresentanza, ove il mandante è ammesso a rivendicare direttamente le cose mobili acquistate dal mandatario in nome proprio e tali beni sono sottratti all'azione esecutiva dei creditori del mandatario (art. 1707 cod. civ.); b) nel fondo patrimoniale (167 cod. civ.), ove è data facoltà ai coniugi di separare una parte del patrimonio destinandolo ai bisogni della famiglia, con possibilità dei soli creditori relativi alle obbligazioni contratte per tali bisogni di agire sui beni costituenti il fondo (art. 170 cod. civ.); c) nell'art. 22 del D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, che ha introdotto nuove figure di intermediari destinati a gestire gli investimenti in strumenti finanziari, prevedendo la separazione, anche in sede concorsuale, del patrimonio amministrato dal patrimonio dell'intermediario; d) nell'art. 2447 *quinquies* cod. civ. relativamente ai patrimoni destinati ad uno specifico affare (in tema F. Cuccuru, Patrimoni destinati ed insolvenza, Contratto e impr., 2009, 422); e) nell'art. 4, II comma, della L. 30 aprile 1999, n. 130, in tema di cartolarizzazione dei crediti, il quale prevede che, dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della notizia dell'avvenuta cessione dei crediti, sui crediti acquistati e sulle somme corrisposte dai debitori ceduti, sono ammesse azioni solo da parte dei portatori dei diritti incorporati dei titoli emessi dalla stessa società di cartolarizzazione o da altra società (c. d. società veicolo). Si vedano anche: f) i negozi di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* cod. civ., in cui uno o più beni vengono vincolati ad uno scopo (con un vincolo di tipo "reale"), con conseguente separazione patrimoniale. In particolare, l'interesse deve essere meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, II comma, cod. civ., con riferimento ai disabili, alla pubblica amministrazione o di pubblica utilità, giustificato da una fun-

(segue)

parte dei beni di un soggetto (disponente o *settlor*), posto sotto il controllo di un trustee(26), a favore di uno o più beneficiari o per la tutela di interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli (trust di scopo).

Il tenore letterale dell'art. 6 lascia, infatti, desumere che il disponente ha un'illimitata libertà nello scegliere la legge regolatrice del trust. Quello interno, retto dalla legge straniera, è, pertanto, perfettamente valido e va riconosciuto agli effetti di cui agli art. 11 ss.

Questione connessa alla sua ammissibilità è l'interpretazione dell'effettiva portata ed estensione del precetto, contenuto nell'art. 1327 Convenzione de L'Aja, che consente di non riconoscere i trust immergevoli di tutela.

Il problema è stato definitivamente risolto dalla giurisprudenza(28), secondo cui, mentre l'adozione della l. 16 ottobre 1989, n. 364 è un riconoscimento della causa "astratta" dell'istituto, quella "concreta" va analizzata volta per volta(29).

L'art. 6 prevale, quindi, sulle disposizioni dell'art. 13, norma di chiusura che attribuisce al giudice il potere-dovere di negare il riconoscimento del trust ogni qualvolta, dall'esame dello "specifico programma" predisposto dal disponente, sia ravvisato un intento in frode alla legge o, comunque, in contrasto con l'ordinamento interno(30). Principio, questo che ha ispirato per ultimo la decisione della Corte di appello di Milano, in commento.

L'istituto del trust (pure nella forma auto-dichiarata)(31) è pienamente compatibile anche con i prin-

#### Note:

(continua nota 25)

zione socio economica e con riferimento a valori solidaristici ed interessi superindividuali. Per approfondimenti, M. Bianca, Trustee e figure affini nel diritto italiano, Riv. not., 2009, 558; A. C. Di Landro, L'art. 2645 ter e il trust, spunti per una comparazione, ivi, 583; D. Muritano, Negozio di destinazione e trust interno, in G. Vettori, Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter del codice civile), Padova, 2008, p. 267 s. (spec. p. 274 s.), i quali sottolineano le differenze tra negozio di destinazione e trust; M. Lupoi, Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust, in questa Rivista, 2006, 169.

(26) Il trustee ha l'amministrazione dei beni, di cui acquista la proprietà, vincolata peraltro agli scopi indicati dal disponente. Il trustee non è possessore o detentore dei beni in trust, ma ne è titolare, ha diritti pieni ed incondizionati (in inglese *absolutely entitled*) sul fondo in trust, anche se tali beni costituiscono un patrimonio separato rispetto al suo patrimonio personale (Trib. Torino, 5 maggio 2009, in questa Rivista, 2010, 92, a p. 93). Simili considerazioni si rinvenivano anche nella pronuncia del Trib. pen. Venezia, 4 gennaio 2005, ivi, 2005, 245, secondo cui "il trustee è titolare di un diritto reale non nell'interesse proprio, ma nell'interesse altrui. Non vi è la nascita di un nuovo diritto reale, né uno sdoppiamento del diritto di proprietà, ma il semplice trasferimento di un diritto reale da un soggetto ad un altro" che lo accetta assumendo un essenziale obbligo di amministrazione e gestione. Anche nell'art. 24 (1) della legge di Jersey, infine, è previsto che "ferme restando le disposizioni dell'atto istitutivo e le

obbligazioni del trustee, questi ha gli stessi poteri sui beni in trust di una persona fisica che agisca in qualità di proprietario (beneficial owner)".

(27) Come si è accennato, l'art. 13 Convenzione prevede che "nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del trustee, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione". Tale disposizione, pur non apparendo chiarissima, viene intesa dalla quasi totalità degli interpreti nel senso che il giudice possa negare il riconoscimento del trust interno laddove il suo utilizzo si ponga, in concreto, come elusione di norme imperative dell'ordinamento italiano, ossia nel caso in cui la causa in concreto perseguita dal disponente, con il programma negoziale, non sia comunque meritevole di tutela.

(28) Trib. Cassino, 8 gennaio 2009 [*supra*, nota 21]; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [*supra*, nota 21]; Trib. Trieste, G. T., 23 settembre 2005, in questa Rivista, 2006, 83; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 21], secondo cui: "rientra anche nei poteri del giudice fare applicazione dell'art. 13; tuttavia l'utilizzo di detta norma, lungi dall'essere obbligatorio o - al contrario - capriccioso potrà avvenire solo in maniera conforme alla ratio del legislatore [...] al solo fine di evitare il riconoscimento di trust interni con intenti abusivi o fraudolenti [...]".

(29) Secondo Trib. Cassino, 8 gennaio 2009 [*supra*, nota 21], "occorre esaminare la meritevolezza della causa concreta del trust, senza fermarsi allo scopo negoziale che prima facie le parti intendono perseguire, ma verificando se anche l'eventuale scopo effettivo, sotteso a quello apparente, sia conforme ai principi generali dell'ordinamento".

(30) Secondo Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 21], "l'unica possibilità di interpretazione logica dell'art. 13 non è quella di porre detto art. in conflitto con l'art. 6 o con l'art. 11, bensì [...] di considerare la norma di chiusura anche ultronea per ribadire che possono non essere riconosciuti quei trusts che costituiscono frode alla legge siccome volti a creare situazioni in contrasto con l'ordinamento in cui devono operare".

(31) Trib. Orbetello, 15 luglio 2008, Notariato, 2009, 40; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [*supra*, nota 21]; Trib. Milano, 23 febbraio 2005, in questa Rivista, 2005, 585; Contratti, 2005, 853; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 73; Guida al Diritto, 2003, 45, 67; in senso contrario, Trib. Napoli, 1 ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 74; Foro it., 2003, II, 698. In particolare, secondo il Tribunale di Reggio Emilia la nozione di trust contenuta nel primo paragrafo dell'art. 2 Convenzione è assai ampia. Non è, pertanto, necessaria la distinzione tra la figura del disponente e quella del trustee e non è richiesto, come elemento essenziale, il trasferimento dei beni dal disponente al trustee, ma è solo sufficiente che i beni siano posti sotto il controllo di quest'ultimo. Ne consegue, dunque, che un trust, avente tutte le caratteristiche di cui all'art. 2 Convenzione, deve essere riconosciuto come esistente e produttivo di effetti, ancorché auto-dichiarato e se - coincidendo la persona del disponente con quella del trustee - manca del trasferimento dei beni da un soggetto all'altro. In dottrina, riconoscono l'ammissibilità dei trust auto-dichiarati: L. Fumagalli, Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento, Nuove leggi civ., 1993, 1238 s.; A. De Donato - V. De Donato - D'Errico, Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica, Roma, 1999, pp. 191-193. *Contra*, Salvatore, Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato, Padova, 1996, p. 61, secondo cui la soluzione deve essere negativa per almeno due ragioni: a) il testo definitivo del primo paragrafo dell'art. 2 ha sostituito, alla nozione di "beni trasferiti a o trattenuti da" un trustee, quella di "controllo sui beni" da parte del trustee; b) tale testo definitivo, definendo il trust come "rapporto giuridico istituito da una persona, il disponente [...] qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee", implica l'alterità soggettiva fra disponente e trustee. M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 20], p. 503, opta per la soluzione positiva e contraria, facendo leva in particolare sull'andamento dei lavori preparatori. Da essi si evince che la menzione del "disponente" nel primo paragrafo dell'art. 2 fu introdotta solo per venire incontro ai delegati degli Stati di *civil law* (i quali aspiravano ad una formulazione chiara al punto da risultare "scolastica" della norma descrittiva del trust). Per i delegati degli Stati di *common law* era, invece, pacifica l'applicabilità della Convenzione ai trust auto-dichiarati. *Idem*, S. Bartoli, Il trust auto-dichiarato nella Convenzione de L'Aja sui trusts, in questa Rivista, 2005, 355, che sostiene l'ammissibilità del tru-

(segue)

cipi inderogabili di ordine pubblico di: 1) responsabilità patrimoniale universale ex art. 2740 cod. civ.(32); 2) tassatività (o riserva di legge) delle sue limitazioni; 3) concorso dei creditori ex art. 2741 cod. civ.(33), nonché di 4) tipicità degli atti soggetti a trascrizione(34).

Qualora, invece, l'obiettivo effettivo che il disponente si è prefissato, nel momento in cui ha deciso di dar vita al trust, sia quello di frodare la legge interna (*sham trust*)(35), l'atto istitutivo è nullo ed inefficace, in quanto il trustee agisce al solo fine di soddisfare lo scopo reale, contrario ai principi dell'ordinamento(36). Per l'effetto, se viene accertata l'intesa simulatoria, il trust è nullo sin dall'origine, il fondo è da considerare di proprietà del disponente, ogni distribuzione ai beneficiari è ripetibile ed ogni compenso versato al trustee deve essere restituito(37).

Il trust validamente istituito, al contrario, comporta la segregazione del patrimonio conferito, talché i creditori del disponente non possono soddisfarsi su questi beni(38), perché essi sono di proprietà del trustee(39).

Neppure quelli del trustee possono attaccare il *trust fund*, né sottoporlo a sequestro o pignoramento (art. 11, II comma, lettera b, Convenzione de L'Aja) (40), trattandosi di una massa distinta rispetto al suo

#### Note:

(continua nota 31)

st auto-dichiarato sul fatto che l'art. 2 Convenzione, ove utilizza i termini "disponente" e "trustee", non postula affatto che costoro siano due soggetti diversi. Inoltre, ove fa riferimento al termine "controllo", introduce una nozione convenzionale di trust più ampia rispetto a quella del modello tradizionale anglosassone e, pertanto, vi fa rientrare anche il trust auto-dichiarato. Vedi anche F. Catarci, Trust autodichiarato e garanzia dei creditori [supra, nota 19], a p. 717.

(32) Quanto all'art. 2740 cod. civ., in base al quale il debitore risponde delle obbligazioni contratte con tutti i suoi beni, presenti e futuri, è però comune opinione che non si tratti di un principio d'ordine pubblico economico (R. Partisani, Trust interno e responsabilità civile del disponente [supra, nota 20], a p. 546). In ogni caso, sarebbe assurdo, anche al di là della Convenzione, ipotizzare una contrarietà del trust al principio di responsabilità patrimoniale, perché l'enunciazione di universalità della garanzia generica è seguita dall'espressa previsione di eccezioni; in questo senso l'effetto segregativo del trust interno non differisce affatto dalle numerose fattispecie di patrimoni separati (vedi gli esempi portati supra, nota 25) censite nel nostro ordinamento civilistico.

(33) In tema G. Tucci, Trust, concorso dei creditori ed azione revocatoria, in questa Rivista, 2003, 24, a p. 25, secondo cui: "nell'attuale stadio evolutivo del nostro ordinamento giuridico la legge crea ormai sempre più frequentemente casi di segregazione di beni o di complessi di beni, per il soddisfacimento di particolari interessi di soggetti terzi, modificando il principio dell'unicità del patrimonio su cui si basa l'istituto della garanzia patrimoniale del credito [...] e del concorso dei creditori". Essa sottrae, così, determinate categorie di beni alla regola del concorso dei creditori. A. Gambaro, voce "Trust" [supra, nota 20], a p. 468.

(34) In dottrina, sul problema della trascrivibilità dei trust immobiliari: S. Bartoli, *Il Trust*, Milano, 2001, p. 579 s. e p. 796 ss.; F. Steidl, Trust autodichiarati: percorsi diversi della trascrivibilità, in questa Rivista, 2003,

376; M. Dogliotti, La pubblicità del trust nel settore immobiliare, in M. Dogliotti - A. Braun (curr.), *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Milano 2003, p. 47 s. A favore della trascrivibilità: Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [supra, nota 21], secondo cui il diritto del trustee a chiederne la trascrizione, a proprio nome, deriva non tanto dal disposto dell'art. 2645 *ter* cod. civ., quanto dall'art. 12 Convenzione de L'Aja e dalla circostanza che egli è pieno e legittimo proprietario dei beni in trust. Come tale ha diritto, al pari di chiunque altro, di trascrivere a proprio nome tali beni. Se così non fosse, non potrebbe trovare attuazione la segregazione patrimoniale, elemento fondamentale dell'istituto, poiché, in mancanza di pubblicità, non si potrebbe opporre ai terzi l'esistenza di un patrimonio separato. *Idem*, Trib. Trieste, 23 settembre 2005 [supra, nota 28]; Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in questa Rivista, 2003, 580; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, *ivi*, 2002, 241; Trib. Bologna, 28 aprile 2000 [supra, nota 21]; Trib. Chieti, 10 marzo 2000, in questa Rivista, 2000, 372.

(35) Inizialmente la giurisprudenza di Jersey, dal quale deriva il termine, riteneva che si avesse *sham* (l'intento simulatorio delle parti) quando il disponente avesse mantenuto il controllo effettivo del fondo in trust e ne avesse disposto come cosa propria (*Snook v London and West Riding Investments Ltd.* [1967], in questa Rivista, 2006, 286). A questa condizione, la più recente giurisprudenza ne ha aggiunto una seconda: perché si riscontri *sham* occorre che il disponente e il trustee abbiano avuto la comune intenzione di creare un rapporto giuridico diverso dal trust, o anche solo un trust nudo (*bare trust* è quello in cui, di fronte al trustee, vi siano soggetti titolari di posizioni beneficiarie assolute) in favore del disponente e che questa intenzione sia finalizzata a produrre una falsa impressione nei terzi (*MacKinnon v Regent Trust* [2005], *ivi*, 2006, 268, secondo cui "both the settlor and the trustee intended that the true position would not be as set out in the settlement deeds, but that either the settlements were invalid and of no effect, or that the assets of the settlements were held for the settlor absolutely, so that the assets were simply held for her order; and both intended to give a false impression to a third party or parties (including the other beneficiaries and the courts) that the assets had been donated into the settlements and were held on the terms of the deeds". Una definizione di *sham* si trova nella sentenza *Abdel Rahman v Chase Bank (C.I.) Trust Company Limited and five others* [2005], *ivi*, 2004, 296, prima pronuncia della Royal Court ad occuparsi del problema, in cui si legge: "the settlement [il trasferimento] was a *sham* in the sense that it was made to appear to be what it was not".

(36) Trib. Cassino, 8 gennaio 2009 [supra, nota 21], che così definisce un trust di famiglia, in cui il trustee si limiti a tener occultato il patrimonio del disponente ai suoi creditori e si disinteressa dei beneficiari ai quali, invece, dovrebbe corrispondere un mantenimento.

(37) M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari [supra, nota 2], pp. 72-73, con la sola eccezione dei trust nei quali i presupposti dello *sham* siano sorti in un certo momento nel corso del trust.

(38) *Ex multis*, Trib. Brescia, 12 ottobre 2004 [supra, nota 21], secondo cui i creditori del disponente non possono assoggettare ad esecuzione forzata i beni immobili istituiti in trust, con atto avente data certa anteriore al pignoramento. Per un commento alla pronuncia, P. Rotondo - E. Senini, Impignorabilità dei beni vincolati in trust da parte dei creditori del disponente, in questa Rivista, 2005, 181.

(39) Il trust esprime un concetto di proprietà non proprio allineato a quello conosciuto nei paesi di *civil law*; esso è caratterizzato da una *dual ownership*, vale a dire da una doppia proprietà, l'una ai fini dell'amministrazione - in capo al trustee (*legal own*) - e l'altra, ai fini del godimento - in capo al beneficiario (*beneficial or equitable ownership* o proprietà secondo *l'equity*). È evidente come, in base ai canoni tradizionali del nostro ordinamento, non sia agevole comprendere un simile sdoppiamento di proprietà, né la compressione del diritto di godimento dei beni affidati al trustee, che ne è il proprietario. In sostanza, mentre la titolarità del diritto di proprietà è piena, l'esercizio di tale diritto è, invece, limitato al perseguimento degli scopi indicati nell'atto istitutivo.

(40) Trib. Cassino, 8 gennaio 2009 [supra, nota 21]; Trib. Siena, 16 gennaio 2007, in questa Rivista, 2007, 266; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [supra, nota 21]. In dottrina, A. Chizzini, Note preliminari in tema di esecuzione mobiliare per debiti del trustee, in questa Rivista, 2001, 37.

patrimonio (art. 2, II comma, lettera a))(41), fino a che sia vigente e operativo il vincolo del trust ed anche in caso di fallimento del trustee.

Nello stesso modo, per soddisfare i crediti “contratti nell’interesse del trust”, non si possono aggredire i restanti beni del patrimonio del trustee.

I creditori dei beneficiari, infine, possono soddisfarsi soltanto sulle attribuzioni che, in pendenza di trust, siano effettuate a vantaggio dei loro debitori, a meno questi ultimi non siano titolari di una posizione beneficiaria assoluta(42). In tale ipotesi, il creditore può sequestrarla o pignorarla(43) e, quindi, indirettamente colpire lo stesso fondo in trust.

Diversa è la posizione giuridica dei beneficiari del *trust fund* secondo la legge del Jersey (art. 10). Essi sono titolari di una posizione giuridica perfettamente equiparabile (anche nel regime di circolazione) ad “un bene mobile” e, pertanto, soggetta a qualsiasi atto di disposizione (vendita, permuta, pegno...) e, nel contempo, immediatamente aggredibile dai terzi.

I loro creditori, infine, non vantano alcuna efficace azione in caso di trust protettivo(44) o di *spendthrift trust*(45) e godono di armi spuntate in presenza di trust discrezionale(46).

### ■ La legge di Jersey

Nel caso di specie – come in altri, esaminati dalla giurisprudenza(47) – la legge regolatrice, scelta dal disponente, è quella di Jersey, approvata nel 1984 e, poi, successivamente emendata(48). Essa costituisce una delle discipline più favorevoli, offre agli operatori soluzioni innovative e spesso pionieristiche, dispone di un testo legislativo(49) apprezzato specialmente dagli utenti con una cultura di *civil law*, per il limitato ricorso ai precedenti giurisprudenziali.

Jersey, negli ultimi anni, ha, pertanto, costruito una moderna disciplina codificata(50), che si è affrancata rispetto alla *common law* tanto da rivolgersi ad un pubblico non solo domestico (come accade con le leggi inglesi), ma tipico di una piazza finanziaria internazionale.

Caratterizzata da un contenuto fortemente positivo, tale legge introduce, salvo alcune eccezioni, una serie di norme derogabili dal disponente, attraverso la semplice previsione, nell’atto istitutivo del trust, di una regolamentazione differente.

Con l’introduzione del nuovo articolo 9A – inserito dalla Trust Law del 2006 – viene fatta salva la validità del trust (e l’impossibilità di comminarne una declaratoria di nullità o di *sham trust*) anche nel caso in cui il disponente si riservi una posizione beneficiaria, trattenga numerosi poteri nell’amministrazione o nella

gestione del trust, ovvero li attribuisca a terzi e non al trustee. Il disponente può, così, esercitare tanti e tali di-

#### Note:

(41) Detti beni non possono, inoltre, essere oggetto della successione ereditaria del trustee, né fanno parte di alcun regime patrimoniale nascente dal suo matrimonio (G. La Torre, Trust e pignoramento presso terzi, consultabile sul sito Internet dell’Associazione “Il Trust in Italia” all’indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>).

(42) Si tratta della posizione beneficiaria che abbia per oggetto il fondo in trust nella sua interezza o per una sua quota o con riferimento a specifici beni e che sia esercitabile immediatamente. Pertanto, il beneficiario può pretendere dal trustee il trasferimento di quanto gli spetta.

(43) A parere di G. Schiano di Pepe, Trust di protezione patrimoniale e fallimento, in questa Rivista, 2004, 215, a p. 218, i creditori dei beneficiari potranno pignorare, nella forma dell’esecuzione presso terzi, il credito vantato dal loro debitore e cioè il suo diritto di vedersi attribuire rendita o beni dal trustee. Terzo sarà, dunque, il trustee che dovrà rendere la dichiarazione prescritta dalla legge *ex art. 547 cod. proc. civ.* (G. La Torre, Trust e pignoramento presso terzi [*supra*, nota 41]).

(44) La caratteristica dei *protective trusts* consiste, appunto, nel prevedere che, se il beneficiario viene esecutato o fallisce, subentrano nella posizione di beneficiario il coniuge, i figli, gli eredi o altri soggetti indicati dal disponente.

(45) Sono i trust in cui i beneficiari non possono in alcun modo disporre della loro posizione giuridica, ma neppure i loro creditori possono appropriarsene. Si tratta di una posizione giuridica segregata nel loro patrimonio ed indisponibile.

(46) Nei trust discrezionali è data facoltà al trustee di scegliere uno o più beneficiari facenti parte di una categoria o di un elenco di nomi, ovvero di decidere se, ed a chi, distribuire il reddito. In tal caso, la posizione dei beneficiari è priva di contenuto sostanziale e la discrezionalità del trustee non è sindacabile. Ciò comporta, quindi, che l’esito della dichiarazione di terzo (il trustee) dipenderà dalle scelte discrezionali che questo riterrà di operare.

(47) Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [*supra*, nota 21], che riconosce legittima la scelta della legge di Jersey per disciplinare un trust auto-dichiarato.

(48) Per approfondimenti, F. Pighi, Legge di Jersey e regole per il trustee, in M. Lupoi (cur.), I professionisti e il trust, Atti del IV congresso Nazionale dell’Associazione “Il Trust in Italia”, Milano, 2009, p. 313 s.; E. Barla De Guglielmi – P. Panico – F. Pighi, La legge di Jersey sul trust, Trusts, Quaderni, n. 8 Milano, 2007, p. 54 s. La legge del 1984 è stata emendata nel 1989, principalmente per escludere che la *rule*, di origine normanna, “*donner et retenir ne vaut*” potesse essere applicata per invalidare un trasferimento di beni in favore di un trust in cui il disponente si sia riservato poteri od *interests*. Un secondo intervento adeguato nel 1991 alcune sue disposizioni alla Convenzione de L’Aja; nel 1996, si introduce l’importante novità della validità dei trust di scopo per finalità *non charitable*. Vi è, infine, l’*amendment* n. 4 del 2006, i cui aspetti principali sono riassunti nel testo.

(49) La Trust Jersey Law 23rd March 1984, n. 11 (Consolidation) with amendments to 27th October 2006, in questa Rivista, 2007, 104, in inglese ed italiano è consultabile sul sito Internet dello scrivente all’indirizzo [http://www.tedioli.com/trust\\_jersey\\_law.pdf](http://www.tedioli.com/trust_jersey_law.pdf). Sebbene l’art. 1 (2) stabilisca che la legge non deve essere considerata come una codificazione del diritto dei trust, essa assomiglia in tutto e per tutto ad un codice. Ciò la differenzia ad esempio dal Trustee Act inglese del 1925, che prima dell’entrata in vigore della legge in esame a livello internazionale rappresentava il modello in materia di diritto dei trust, in cui non vi era una regolamentazione dettagliata di tutti gli aspetti del trust (istituzione, oggetto, durata, soggetti, validità ...), ma solo di alcuni caratteri relativi alla figura del trustee, ai suoi poteri ed a quelli del giudice.

(50) Ciò non significa che essa sia completa; infatti, in presenza di lacune è ampio il ricorso ad altre fonti di diritto ed, *in primis*, alla giurisprudenza.



ritti da sostituirsi completamente alla figura del trustee, ponendolo, in questo modo, su un piano secondario, quasi si trattasse di un mero “prestanome”(51).

## ■ Applicazione del trust in sede concorsuale

Il largo uso che il trust sta incontrando nella prassi ha portato – con ampi consensi nella dottrina sia commerciale che fallimentare – ad una sua entusiastica applicazione anche in sede concorsuale(52), quale strumento in fase di liquidazione dell'attivo.

Le ipotesi più frequenti riguardano il conferimento in trust delle attività residue non suscettibili di monetizzazione nel corso del fallimento(53), ovvero dei beni dell'imprenditore che: 1) ricorra ad un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis l.f.*(54), 2) chieda l'ammissione alla procedura di un concordato preventivo(55), con la nomina del Commissario Giu-

### Note:

(51) E. Barla De Guglielmi – P. Panico – F. Pighi, La legge di Jersey sul trust [*supra*, nota 48], p. 74.

(52) In dottrina, P. Liccardo, Il trust nelle procedure concorsuali, consultabile sul sito Internet dell'Università di Siena all'indirizzo [http://www.unisi.it/dl2/20091229133826357/Liccardo\\_Trust\\_procedure\\_concorsuali\\_2009\\_03\\_19.pdf](http://www.unisi.it/dl2/20091229133826357/Liccardo_Trust_procedure_concorsuali_2009_03_19.pdf); I. L. Nocera, Trust e fallimento: utilizzo nelle procedure concorsuali, Fallimento & crisi d'impresa, 2008, 1103; A. P. Tonelli, Il ruolo del trust nelle fasi successive la chiusura del fallimento, Relazione presentata al convegno “Trust e procedure concorsuali”, Bologna, 8 giugno 2007, consultabile sul sito Internet di “Filodiritto” all'indirizzo <http://www.filodiritto.com>; E. Ragaglia, Trust e procedure fallimentari, consultabile sul sito Internet di “Appinter.csm” all'indirizzo <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/13806.pdf>; U. Apice, Il Trust e le procedure concorsuali [*supra*, nota 20], e Id.: Trust, strumento di semplificazione della procedura fallimentare, consultabile sul sito Internet de “Il Sole 24 ore” all'indirizzo <http://www.professionisti24.ilsol24ore.com>; G. Schiano di Pepe, Trust di protezione patrimoniale e fallimento [*supra*, nota 43], a p. 215 s.; L. Guglielmucci, Trust e procedure concorsuali, consultabile sul sito Internet di “Appinter.csm” all'indirizzo <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/12822.pdf>; V. Greco, La funzione del trust nel fallimento, Giur. comm., 2005, 708; id. Il trust quale strumento di soluzione e di prevenzione della crisi d'impresa nella riforma delle procedure concorsuali, in questa Rivista, 2007, 212.

(53) Si è ricorsi al trust per destinare al soddisfacimento dei creditori concorsuali il ricavato della riscossione dei crediti d'imposta maturati durante il fallimento e divenuti liquidi solo dopo la chiusura della procedura. Le ipotesi più frequenti riguardano il credito IVA pagata in eccedenza nel corso del fallimento e le ritenute d'acconto sugli interessi maturati sui depositi bancari. Essi diventano esigibili verso l'erario solo in caso di mancanza di imponible, situazione che si evidenzia dopo la dichiarazione finale del curatore. La caratteristica di questi crediti è quella di sottrarsi all'esecuzione collettiva, con il pericolo di essere distratti dal soggetto ritornato *in bonis*, o di essere vanificati dall'eccezione di compensazione del debitore di imposta non soddisfatto integralmente nel concorso. L'utilizzo del trust mira, quindi, ad evitare che, alla chiusura del fallimento e alla cessazione degli organi della procedura, segua l'impossibilità di procedere alla riscossione dei crediti; consente di mantenerli integri, segregandoli a vantaggio di tutti i creditori ammessi al passivo e, nel contempo, li rende insensibili alle pretese dall'amministrazione finanziaria. Per un'applicazione pratica, Trib. Roma, 11 marzo 2009, in questa Rivista, 2009, 541, secondo cui il curatore può essere autorizzato a trasferire, al trust istituito per provvedere alla riscossione dei crediti fiscali emergenti dalla procedu-

ra, anche le somme destinate ai creditori irreperibili, affinché i trustee le versino loro o, decorsi cinque anni, le distribuiscano ai creditori concorsuali rimasti insoddisfatti nella misura percentuale di cui al piano di riparto. Trib. Saluzzo, 9 novembre 2006 (in questa Rivista, 2008, 290; Giur. merito, 2008, 739, nota P. De Marchi, Il trust postfallimentare e l'apparente chiusura del fallimento; Giur. comm., 2008, 1, 206, nota F. Iozzo, Note in tema di trust e fallimento), si riferisce anche ai crediti commerciali verso clienti irreperibili o falliti ed alle quote di partecipazione al capitale sociale di società ormai inattive da anni. V. anche Trib. Sulmona, 21 aprile 2004, Fallimento, 2004, 1054; Trib. Roma, 4 aprile 2003, in questa Rivista, 2003, 411 e Trib. Roma, 12 marzo 2003, in questa Rivista, 2003, 574; Fallimento, 2004, 101 (nota adesiva P. Fauceglia, La funzione del trust nelle procedure concorsuali); Trib. Roma, 11 marzo 2004, in questa Rivista, 2004, 406. In dottrina, v. anche G. Cabras, Trust e crisi d'impresa, consultabile sul sito Internet di “Dircomm.it” all'indirizzo <http://www.dircomm.it/2005/n.10/01.html> e Id., La cartolarizzazione dei crediti e procedure concorsuali, in U. Apice (cur.), L'impresa in crisi: tra liquidazione e conservazione, Roma 2002, p. 75 s., secondo cui il trust, applicato alle attività che si sono formate con le risorse della massa e divenute esigibili dopo la chiusura del fallimento, costituisce un utile strumento per una rapida conclusione delle procedure concorsuali. Prima della riforma di cui al D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, altri commentatori hanno evidenziato le loro perplessità (v., in particolare, P. F. Censoni, Chiusura del fallimento e attività residue degli organi fallimentari: la sorte postfallimentare dei crediti di imposta, Fallimento, 2004, 1301), la principale delle quali era che il trust si traduce in una proroga della separazione fallimentare oltre il limite naturale, da individuarsi nella chiusura della procedura stessa. L'obiezione è ora superata dal richiamo all'art. 106, I comma, l. f., che riconosce al curatore la facoltà di “cedere i crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri, anche se oggetto di contestazione” ed, “in alternativa, la possibilità di stipulare contratti di mandato per la riscossione dei crediti”. La norma viene interpretata in senso non esclusivistico, poiché non prevede un elenco, ma una possibile alternativa nell'utilizzo del contratto di mandato. Ulteriore argomento è rappresentato dalla *ratio* generale della nuova legge fallimentare che, da una parte, è volta alla privatizzazione dell'insolvenza, con depotenziamento del giudice delegato e valorizzazione dei poteri del curatore e del comitato dei creditori, dall'altra favorisce la c. d. composizione negoziale dell'insolvenza in relazione agli accordi stragiudiziali. Tale contesto si rivela assai fertile per una piena utilizzazione del trust come mezzo di rapida conclusione della procedura, purché la sua istituzione sia prevista nel programma di liquidazione approvato dai creditori e dal giudice delegato (L. Nocera, Trust e fallimento [*supra*, nota 52], a p. 1111).

(54) In generale, D. Zanchi, Trust e accordi di ristrutturazione di debiti, in M. Lupoi (cur.), I professionisti e il trust [*supra*, nota 48], p. 325 s., M. Ferro, L'accordo di ristrutturazione dei debiti nell'art. 182 bis l.f., in Aa.Vv., I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva, crisi dell'impresa e riforma delle procedure concorsuali, 5 maggio 2005, consultabile sul sito Internet del “Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili” all'indirizzo <http://www.cndc.it>; L. Rovelli, Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l.f., in questa Rivista, 2007, 398; P. Presti, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in A. Ambrosini (cur.), La riforma della legge fallimentare, Bologna, 2006. L'istituto del trust (in cui trustee è lo stesso debitore e beneficiari sono tutti i creditori sociali) può aumentare il livello di trasparenza, così da mitigare il rischio, sempre latente, che i creditori meglio strutturati ed organizzati collidano con il debitore al fine di vanificare le ragioni di quelli “estranei” o non aderenti all'accordo. Inoltre, il trust può essere un più affidabile strumento di controllo sui modi e sui tempi di esecuzione, oltre che sulla sua stessa conformità alla funzione economico – sociale degli accordi di risanamento. In giurisprudenza, Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [*supra*, nota 21], secondo cui: “l'istituzione del trust appare finalizzata ad un interesse meritevole di tutela ossia quello di proteggere il patrimonio del debitore”. Si evita così ai “creditori, c. d. *free-riders*, rimasti estranei all'accordo di ristrutturazione, che vantano crediti contestati” di “costituire diritti di prelazione o agire in esecuzione sui cespiti, rendendo inutile l'accordo concluso con la maggioranza”.

(55) Trib. Mondovì, 16 settembre 2005, in questa Rivista, 2009, 182. In (*segue*)

diziale quale trustee(56) ovvero, più correttamente, quale guardiano del trust(57). Non mancano, infine, applicazioni dell'istituto con funzione di garanzia a favore della curatela, dopo l'accoglimento di un'azione revocatoria, con sentenza non ancora passata in giudicato(58).

Diverso è, invece, il problema della compatibilità tra un trust, già istituito/costituito, e la sopravvenuta situazione di insolvenza di uno dei soggetti partecipi, vale a dire il disponente, il trustee o i beneficiari stessi. In altre parole, ci si chiede se l'atto con cui si conferisca in trust il patrimonio del disponente-imprenditore commerciale e si istituiscano come beneficiari (tutti) i suoi creditori venga travolto dalla sentenza di fallimento.

Prima di rispondere, bisogna ricordare che i primi effetti della dichiarazione di insolvenza sono lo spossamento dai propri beni e la segregazione legale del patrimonio dell'impresa, al fine di soddisfare i crediti sorti anteriormente rispetto alla procedura concorsuale.

Due, pertanto, sono le ipotesi di potenziale conflitto tra trust e fallimento.

### ■ Opponibilità, al fallimento successivamente dichiarato, del trust liquidatorio, istituito da società non insolvente

Il primo caso riguarda il trust liquidatorio istituito, a tutela della massa dei creditori, quando la società disponente non era insolvente.

Sul punto, le tre ordinanze commentate, in linea di principio, affermano che, se il trust persegue per conto del disponente *in bonis* finalità di tutela dei creditori (nominati beneficiari del trust), esso non possa ritenersi incompatibile con la disciplina concorsuale e, quindi, abusivo ex artt. 13 e 15(59) Convenzione de L'Aja. In base all'art. 15, infatti, la legge regolatrice del trust non ostacola l'applicazione delle disposizioni inderogabili della *lex fori*, tra le quali rientrano, per espressa previsione (lettera e), quelle di diritto interno, in materia di protezione dei creditori in caso di insolvenza. Ne discende che il trust istituito in violazione di norme inderogabili non è di per sé nullo, ma solo soggetto a quanto diversamente previsto dalla legge nazionale(60).

Il debitore può, pertanto, conferire in trust parte del proprio patrimonio, laddove la segregazione ne assicuri una miglior utilizzazione. In questa ipotesi, il trust costituisce un'alternativa alle procedure concorsuali, come nel concordato stragiudiziale, ovvero

in caso di operazioni temporanee a sostegno delle procedure concorsuali minori.

Tale interpretazione pare ulteriormente confermata dalla modifica dell'art. 78 l. f., secondo cui il contratto di mandato non si scioglie in caso di fallimento del mandante, sicché il programma negoziale, avviato prima della dichiarazione di fallimento, può essere proseguito dal mandatario, per conto del curatore del fallimento.

Il disponente può, quindi, istituire in trust alcuni beni (ad esempio, i crediti contenziosi), se tale segregazione consente di ottimizzare l'interesse dei beneficiari (i creditori), mettendo al riparo questi beni da iniziative individuali, sempre ammissibili anche in costanza di liquidazione(61).

La valutazione di meritevolezza è, peraltro, condizionata dalla qualità del programma negoziale contenuto nell'atto istitutivo.

#### Note:

(continua nota 55)

dottrina L. Guglielmucci, Trust e procedure concorsuali [*supra*, nota 52]. Un facsimile di trust a supporto di concordato preventivo è pubblicato in questa Rivista, 2010, 108.

(56) Trib. Parma, 3 marzo 2005, in questa Rivista, 2005, 409; Fallimento, 2005, 553 (nota L. Panzani, Trust e concordato preventivo). In tal caso il trust ha consentito ad un terzo di integrare le risorse necessarie per soddisfare l'onere concordatario trasferendo al commissario giudiziale, in qualità di trustee, taluni immobili, che costui avrebbe monetizzato restituendo l'eccedenza al disponente.

(57) Trib. Napoli, 19 novembre 2008, in questa Rivista, 2009, 636 (nota G. Lo Cascio, Proposta di concordato preventivo mediante trust, *ivi*, 587); *Id.*, Il concordato preventivo ed il trust, *ivi*, 2007, 245 e con riferimento al piano di risanamento ai sensi dell'art. 67, lett. d) l.f., Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, in questa Rivista, 2010, 171; consultabile sul sito Internet dello scrivente all'indirizzo <http://www.tedioli.com>.

(58) Le somme dovute alla procedura fallimentare da un istituto di credito, soccombente in primo grado a seguito di azione revocatoria, possono essere vincolate in un trust, nel quale il trustee è il curatore fallimentare, fino al passaggio in giudicato della sentenza (così, Trib. Prato, 12 luglio 2006, in questa Rivista, 2007, 58, fattispecie commentata da D. Zanchi, A proposito di due ulteriori applicazioni del trust al fallimento, *ivi*, 123).

(59) La Convenzione prevede una particolare tutela per alcuni settori dell'ordinamento; all'art. 15 statuisce, infatti, che essa "non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà".

(60) Trib. Alessandria, 24 novembre 2009 [*supra*, nota 57], secondo cui, in base al II comma dell'art. 15 Convenzione, il giudice dovrà, comunque, cercare di attuarne gli scopi in modo alternativo.

(61) Opinione condivisa da Trib. Legnano, 8 gennaio 2009, in questa Rivista, 2009, 634, secondo cui l'istituzione di un trust con funzione liquidatoria, nel quale siano stati conferiti tutti i beni dell'impresa e siano stati indicati come beneficiari i creditori, è idonea a tutelare l'interesse dei medesimi; ciò avviene soprattutto ove lo scopo istitutivo sia quello di "operare la liquidazione in modo più ordinato ed efficace, realizzando la conservazione del valore dell'impresa, in funzione del migliore realizzo nell'interesse dei creditori sociali e dei soci della disponente".

Date per presupposte queste condizioni(62), in caso di dichiarazione di fallimento del disponente, i beni conferiti in trust possono conservare la natura di patrimonio separato(63); non sono aggredibili dai creditori del disponente (impersonati dal curatore)(64), né da quelli del trustee(65), anche se insolvente.

Se, quindi, il conferimento di alcuni beni in trust astrattamente sopravvive al fallimento(66), d'altra parte è sempre possibile l'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria o fallimentare(67) (tutela accordata dalla *lex fori*)(68), qualora il trust leda gli interessi dei creditori.

### ■ Azione revocatoria e trust

L'azione revocatoria, come abbiamo riscontrato al paragrafo precedente, non riguarda il riconoscimento degli effetti del trust, ma le limitazioni che ad essi si possono opporre, quando si ritiene che il trust, unitariamente considerato, costituisca atto lesivo della garanzia patrimoniale del credito.

In tale ipotesi, i creditori del disponente o il curatore fallimentare chiedono che sia dichiarata l'inefficacia dell'atto con il quale i beni sono trasferiti al trustee o sono sottoposti al suo controllo e la conseguente reintegrazione del patrimonio del loro debitore.

Ai fini dell'applicazione degli artt. 2901 cod. civ. e 64 o 67 l. f., in primo luogo vanno identificate le condizioni dell'azione.

Una prima difficoltà riguarda l'individuazione dell'atto pregiudizievole da impugnare. Al riguardo deve precisarsi che oggetto di revocatoria non può essere l'atto istitutivo del trust, che per sua natura è un negozio preparatorio, un "atto di organizzazione assolutamente neutro, ovvero [...] di pianificazione dell'attività economica(69)". L'azione revocatoria colpisce, invece, i negozi dispositivi con cui si trasferiscono i beni o i diritti dal disponente al trustee. Solo questi ultimi danno inizio alla segregazione patrimoniale e all'attività gestoria del trustee secondo le istruzioni del disponente(70).

#### Note:

(62) Tali condizioni si possono sintetizzare nella: 1) meritevolezza del programma negoziale: il vincolo di scopo, sui beni istituiti in trust, deve essere effettivo e, in questo modo, non si deve creare un contratto in frode alla legge, diretto a sottrarre i beni alla garanzia patrimoniale generale prevista, a favore dei creditori, dall'art. 2740 cod. civ.; 2) situazione finanziaria non pre-fallimentare della società/imprenditore disponente; 3) nomina, quali beneficiari, di tutti i propri creditori; 4) segregazione non totalizzante del proprio patrimonio; 5) mancata conservazione di poteri di amministrazione da parte del disponente nell'ambito del trust. Occorre, dunque, che la segregazione del patrimonio sussista effettivamente e che, alla sottrazione dei beni all'azione esecutiva dei creditori, si accompagni l'effettività del vincolo di scopo sul patrimonio segregato. In altre

parole, ciò deve comportare l'inalienabilità dei beni, se non per il perseguimento dello scopo, e la finalizzazione dei poteri di amministrazione del trustee al perseguimento di tale scopo.

(63) La prima ordinanza in esame esclude che si possa applicare la disposizione di cui all'art. 155 l. f., relativa ai patrimoni destinati ad uno specifico affare, stante la diversità strutturale e normativa che caratterizza i patrimoni separati rispetto al trust.

(64) Essi conservano nei confronti del trustee l'*actio mandati* (azione di rendiconto).

(65) La sentenza in commento richiama, in via analogica l'art. 46, n. 3, l. f. (assimilando il trust al fondo patrimoniale).

(66) Un problema simile sorge nell'ipotesi di (lecita) istituzione di un fondo patrimoniale e successivo fallimento. Il fallito ne conserva la titolarità nonostante il fallimento ed i beni, conseguentemente, non rientrano nell'attivo fallimentare. Secondo Cass., 22 gennaio 2010, n. 1112, inedita, la disposizione contenuta nell'art. 46, n. 3 l. f., dettata nella vigenza del patrimonio familiare, deve trovare applicazione anche con riferimento al nuovo istituto del fondo patrimoniale, ad esso succeduto. Infatti, la giurisprudenza di legittimità ha escluso che i beni facenti parte del fondo patrimoniale, in quanto costituenti un patrimonio separato, siano compresi nel fallimento. Inoltre, la modifica apportata all'art. 46, n. 3, dal D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, con la quale, fra l'altro, il richiamo al patrimonio familiare è stato sostituito con quello al fondo patrimoniale, indirettamente comprova che la mancata formalizzazione di un divieto di acquisizione da parte del fallimento di beni facenti parte del fondo patrimoniale fosse imputabile ad un difettoso coordinamento normativo determinato dalla successione di leggi nel tempo, anziché alla volontà del legislatore. Infine, la previsione contenuta nell'art. 155 l. f., come recentemente novellato, che esclude l'acquisibilità al fallimento dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, conferma il principio della non confondibilità di beni deputati al soddisfacimento di specifiche esigenze, secondo le modalità normativamente indicate, con gli altri beni dell'imprenditore fallito. Si veda, in dottrina, P. Montanari, L'esclusione dal fallimento dei beni necessari ai bisogni della famiglia, sub art. 46 l. f., in G. Bonilini – M. Confortini, Codice ipertestuale della famiglia, Torino, 2009, p. 2248 s. L'autore, dopo aver puntualmente sintetizzato la posizione di dottrina e giurisprudenza, offre un'interpretazione dell'art. 46, n. 3 l. f. differente da quella adottata nel testo. Secondo Montanari, infatti, il curatore fallimentare deve immediatamente prendere possesso dei beni costituenti il fondo patrimoniale, provvedendo alla relativa inventariazione ed alle trascrizioni del caso. Dovrà, inoltre, assumerne l'amministrazione (ovviamente in coabitazione) con il coniuge del fallito. Spetterà, poi, al fallito attivarsi per sottrarre tali beni alla liquidazione fallimentare. Se la sua iniziativa avrà successo, in ogni caso, l'attivo patrimoniale del fondo e dei relativi frutti andranno considerati come massa separata deputata al soddisfacimento di alcuni soltanto dei creditori del fallito (quelli il cui credito sorge in forza di un'obbligazione assunta per far fronte ai bisogni familiari).

(67) In tema, A. Borda, Limiti alla azione revocatoria fallimentare in presenza del trust, consultabile sul sito Internet dell'Associazione Avvocati, distretto di Torino, all'indirizzo <http://www.associazioneavvocati.it>; G. Tucci, Trust, concorso dei creditori ed azione revocatoria [*supra*, nota 33], a p. 24 s.; in materia di diritto comparato, R. Signetti, Il trust e l'azione revocatoria nel diritto anglo americano, consultabile sul sito Internet dell'Associazione Avvocati, distretto di Torino, *supra*.

(68) Così, ad esempio, Trib. Alessandria, 24 novembre 2009 [*supra*, nota 57], secondo cui, dall'applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 15 Convenzione, consegue che, qualora il trust leda gli interessi dei creditori, la tutela a questi accordata sarà quella riconosciuta dalla *lex fori*, che, in Italia, si realizza mediante l'azione revocatoria ordinaria o fallimentare.

(69) L. Nocera, Trust e fallimento: utilizzo nelle procedure concorsuali [*supra*, nota 53], a p. 1006; G. De Nova, Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi, in questa Rivista, 2000, 162.

(70) A conferma di tale soluzione può richiamarsi l'orientamento della giurisprudenza che, pronunciandosi in una fattispecie in cui erano presenti un negozio giuridico preparatorio ed uno successivo attuativo, ha optato per la revocabilità del secondo. L'accertamento degli elementi e

(segue)

Bisogna, poi, distinguere la natura del trust a seconda della gratuità o onerosità dell'atto oggetto di revoca(71).

Per agevolare questa indagine, il trust va ricondotto alla categoria del "negozio giuridico unitario", con il quale, nonostante la pluralità degli strumenti utilizzati (atto istitutivo e atti di dotazione), le parti realizzano un assetto di interessi unitario ed inscindibile(72). Sempre al fine di determinare la natura gratuita od onerosa dell'atto di trasferimento dei beni in trust (che dal punto di vista del disponente ha carattere gratuito), occorre fare riferimento al rapporto (o, meglio, alla causa giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale) tra disponente e destinatari. Avrà, pertanto, natura gratuita l'atto con il quale il disponente assoggetta determinati beni al trust con finalità liberali nei confronti dei beneficiari, mentre avrà natura onerosa quello con cui i beni sono destinati all'adempimento di una obbligazione(73).

Nello specifico, se il trust è istituito per fare fronte alle necessità della propria famiglia, ci troviamo in presenza di un negozio a titolo gratuito, ipotesi che la dottrina tende ad assimilare al fondo patrimoniale regolato dall'art. 167 cod. civ.(74). Come tale, pertanto, l'atto di disposizione dei beni in capo al trustee avvenuto nel periodo "sospetto", è soggetto al disposto dell'art. 64 l. f.(75).

Secondo la giurisprudenza non si tratta di un atto compiuto in adempimento di un dovere morale, rientrando in una delle esenzioni previste dall'art. 64 l. f., seconda parte(76), ma di un atto revocabile (anche ex 2901 cod. civ.), automaticamente ed oggettivamente inefficace. In tale ipotesi, risultano, pertanto, del tutto irrilevanti sia la condizione soggettiva delle parti che lo stato di insolvenza al momento di compimento dell'atto.

Se, invece, il trust è di garanzia(77) (usato in alternativa alle forme tradizionali quali il pegno e l'ipoteca), l'atto dispositivo viene generalmente considerato a titolo oneroso. È, comunque, necessaria un'attenta valutazione del titolo per cui la garanzia è

**Note:**

(continua nota 70)

dei presupposti afferenti all'azione revocatoria fallimentare deve essere compiuto con riguardo alla vendita del bene – quale negozio in virtù del quale si verifica il trasferimento definitivo del diritto di proprietà – e non anche al contratto preliminare (Cass., 16 gennaio 1992, n. 500, Mass. Giur. it., 1992, 322).

(71) In generale, sul tema A. Morace Pinelli, Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale ed azione revocatoria, Contratto e impr., 2009, 448.

(72) In particolare, l'atto di trasferimento dei beni al trustee, sebbene con-

tenuto in un documento separato, costituisce parte integrante del negozio istitutivo del trust, che nel suo assetto complessivo si presenta come un negozio giuridico unitario mediante il quale il disponente individua lo scopo del trust, regolamentandone l'organizzazione e attribuisce al trustee i mezzi necessari per l'attuazione della destinazione (A. Morace Pinelli, Struttura dell'atto negoziale di destinazione [supra, nota 71], a p. 474).

(73) Così, Trib. Alessandria, 24 novembre 2009 [supra, nota 57]. Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto che avesse natura solutoria l'atto istitutivo di un trust finalizzato al superamento della crisi dell'impresa mediante la predisposizione di un piano ai sensi dell'art. 67, lett d) l. f.

(74) Anche nel caso di revocatoria ordinaria ex art. 2901 cod. civ., la giurisprudenza ha ribadito la natura di atto a titolo gratuito della costituzione del fondo. Nell'ipotesi in cui il credito sia sorto successivamente alla sua costituzione, occorrerà la prova della dolosa preordinazione dell'atto a ledere la garanzia dei creditori. A tale proposito, si è affermato, con riguardo alla posizione del fideiussore, che l'acquisto della qualità di debitore nei confronti del creditore risale al momento della nascita del credito (e non anche a quello della scadenza dell'obbligazione del debitore principale), sì che è a tale momento che occorre far riferimento al fine di stabilire se l'atto pregiudizievole (nella specie, appunto, costituzione di un fondo patrimoniale) sia anteriore o successivo al sorgere del credito, onde predicare, conseguentemente, la necessità o meno della prova della "dolosa preordinazione".

(75) Per quanto attiene alla revocatoria, vengono in considerazione i principi elaborati dalla giurisprudenza relativa al fondo patrimoniale anche se, in realtà, una totale equiparazione non sarebbe del tutto esatta, perché nel trust i beneficiari godono, nei confronti del trustee, di diritti che non hanno invece in presenza di un fondo patrimoniale (in tema, M. L. Cenni, Trust e fondo patrimoniale, in questa Rivista, 2001, 523). La giurisprudenza è assolutamente pacifica nel considerare l'attribuzione dei beni al fondo come atto a titolo gratuito, inefficace ai sensi dell'art. 64 l. f. Pertanto, l'atto di costituzione del fondo patrimoniale (art. 167 cod. civ.) compiuto dal fallito nel biennio anteriore al fallimento, rientrando nel *genus* degli atti a titolo gratuito, è soggetto ad azione revocatoria da parte del curatore del fallimento, ex art. 64 l. f., atteso che esso, creando un patrimonio di scopo che resta insensibile alla dichiarazione di fallimento ed impedendo che i beni compresi in tale patrimonio siano inclusi nella massa attiva, incide riduttivamente sulla garanzia derivante alla generalità dei creditori dall'art. 2740 cod. civ. (Trib. Milano, 12 giugno 2006, n. 5218, Guida al diritto, 2006, 47, 56; Cass., 23 marzo 2005, n. 6267, inedita; Cass., 8 settembre 2004, n. 18065, Mass. Giur. it., 2004, 880).

(76) Così la giurisprudenza citata alla nota precedente. Diversa è l'opinione di parte della dottrina che ritiene applicabile l'esenzione – disposta dall'art. 64 l. f. – "a condizione che la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante", in considerazione delle particolari finalità etiche o sociali che vengono perseguite, considerate prevalenti rispetto all'interesse di natura meramente patrimoniale dei creditori (A. Morace Pinelli, Struttura dell'atto negoziale di destinazione [supra, nota 71], a pp. 466-467; L. Gatt, La liberalità, I, Torino 2002, p. 355; M. Sandulli, Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare, Napoli, 1976, pp. 247-249; L. Abete, L'inefficacia degli atti a titolo gratuito, Dir e giur., 1997, 3829). Secondo Pinelli l'ultima parte dell'art. 64 l.f. risulta applicabile, in via analogica, anche nell'ipotesi della revocatoria ordinaria, poiché sono identiche le ragioni della scelta normativa, in entrambe le azioni. *Contra*, Cass., 18 luglio 1997, n. 9292, Foro it., 1997, I, 3148, secondo cui, qualora il curatore fallimentare promuova l'azione revocatoria ordinaria ai sensi dell'art. 66 l. f. per far dichiarare l'inefficacia dell'atto di costituzione di fondo patrimoniale stipulato dal fallito sul presupposto della gratuità della attribuzione, il beneficiario non può addurre come esimente l'eventuale proporzione fra l'atto compiuto in adempimento di un dovere morale e il patrimonio del disponente, come invece è previsto per l'azione di inefficacia svolta ai sensi dell'art. 64 l. f.

(77) In tema, M. Lupoi, Trust e riflessi sul sistema delle garanzie, Fallimento, 2002, 939, il quale porta una serie di esempi e ne enuncia i rispettivi vantaggi rispetto alla costituzione di una garanzia reale tipica (trust a garanzia di un mutuo fondiario per l'acquisto della casa; a garanzia di strumenti derivati; del pagamento delle ritenute, operate dal committente su ogni pagamento effettuato a favore dell'appaltatore e che gli verranno restituite al momento del collaudo).

stata prestata. Alcuni orientamenti sono forniti dalla Suprema Corte(78), secondo cui “la presunzione di onerosità della garanzia per debito altrui, se contestuale al credito garantito, prevista per la revocatoria ordinaria non è applicabile alla revocatoria fallimentare, dovendo in tal caso il Giudice valutare in concreto se la garanzia sia prestata a titolo gratuito o a titolo oneroso”. Le conseguenze di tale esame sono diverse a seconda della norma applicabile alla fattispecie (art. 64 ovvero art. 67 l. f.).

Gli stessi rilievi valgono per i trust solutori (in adempimento di obbligazioni sinallagmatiche o di obbligazioni legali).

Ne emerge che, in tutte queste ipotesi bisogna far riferimento ai rapporti sottostanti tra disponente e beneficiari del trust, al di là dei rapporti formali tra il primo ed il trustee.

Nel trust a titolo oneroso è, inoltre, necessario considerare, ai fini della revocabilità o meno degli atti dispositivi, l'intero assetto di interessi, quale risultante dal collegamento tra i vari momenti (quello organizzativo e quello attuativo) e dal coinvolgimento sia del disponente, che del fiduciario e del beneficiario.

L'art. 67 l. f. distingue, infatti, due ipotesi: per le fattispecie contemplate nel I comma, si presume che il terzo conosca lo stato di insolvenza, mentre in quelle del II comma, opera il normale regime dell'onere della prova, che rimane, quindi a carico del curatore.

La presenza, nel trust, di più soggetti identificabili come “l'altra parte” rispetto al fallimento solleva più di un dubbio in ordine a quello (trustee o beneficiario) cui debba farsi riferimento per valutarne la conoscenza o meno dello stato di insolvenza del disponente. Si propende per il beneficiario(79), poiché riceve i vantaggi del trust attraverso il veicolo del patrimonio segregato e subisce, nella sua sfera patrimoniale, gli effetti negativi del vittorioso esito del giudizio revocatorio.

Bisogna tener conto, infine, del tempo di insorgenza del credito verso il disponente (ovverosia prima o dopo l'atto di dotazione).

Nell'azione revocatoria ordinaria di cui all'art. 2901 cod. civ. valgono le regole generali. Sono necessari, pertanto, l'antiorità del credito, intesa come “ragione di credito” anche eventuale, rispetto al momento in cui è compiuto l'atto di disposizione del patrimonio e l'*eventus damni*(80).

Nell'ipotesi di atto gratuito posteriore alla nascita del credito, è richiesta la consapevolezza del debitore del pregiudizio arrecato agli interessi del creditore (*scientia damni*), la cui prova può essere fornita anche per presunzioni; in quella di atto gratuito anteriore alla nascita del credito, anche la sua dolosa preordi-

nazione al fine di pregiudicare le ragioni del creditore (*animus nocendi*).

Infine, nel caso di atto a titolo oneroso, è prescritta anche la prova che il terzo era consapevole del pregiudizio o, se si tratta di atto anteriore(81), che abbia partecipato alla dolosa preordinazione.

Il danno, infine, deve essere accertato con riferimento al patrimonio del disponente, avendo sempre riguardo alla disciplina dei rapporti con il beneficiario del trust(82).

Ove l'atto dispositivo sia successivo al sorgere del credito, oltre all'*actio pauliana* risultano applicabili anche l'art. 64 (che sancisce l'inefficacia dell'atto dispositivo) e l'art. 67 l. f.

Un ulteriore problema riguarda l'identificazione dei soggetti legittimati passivi nell'azione revocatoria. Lo è, senza ombra di dubbio, il trustee(83), la cui *in ius vocatio* è giustificata dal fatto che è proprietario del bene sottratto ai creditori, nonché terzo, ai sensi e per gli effetti degli artt. 2901 cod. civ. e 64 o 67 l. f. Tale soggetto va convenuto(84) nella sua funzione e non quale legale “rappresentante” degli interessi del trust(85).

#### Note:

(78) Cass., 28 maggio 1988, n. 5264, Mass. Giur. it., 1988, 90.

(79) G. Schiano di Pepe, Trust di protezione patrimoniale e fallimento [*supra*, nota 43], a p. 220; G. Tucci, Trust, concorso dei creditori ed azione revocatoria [*supra*, nota 33], a p. 34; A. Borda, Limiti alla azione revocatoria fallimentare in presenza del trust [*supra*, nota 67], che fa salva l'ipotesi in cui i beneficiari siano ignari dei vantaggi loro attribuiti. In tal caso, bisognerà far riferimento all'elemento psicologico del trustee.

(80) *L'eventus damni* non è necessariamente riscontrabile nel fatto che l'atto di disposizione abbia reso impossibile la soddisfazione del credito, ma anche quando esso abbia determinato maggior difficoltà o incertezza nell'esazione coattiva del credito. Tale presupposto può consistere anche in una variazione qualitativa del patrimonio del debitore.

(81) Così, Trib. Alessandria, 24 novembre 2009 [*supra*, nota 57].

(82) Il discorso vale anche per l'ipotesi di cui all'art. 67, II comma, l. f.

(83) Legittimato (attivo e passivo) a tutelare le ragioni dei beni conferiti nel patrimonio segregato è il trustee, sia ai sensi dell'art. 11 Convenzione, che della normativa generale in tema di revocatoria (Trib. Cassino, 8 gennaio 2009 [*supra*, nota 21]). In dottrina, M. A. Lupoi, Profili processuali del trust, in questa Rivista, 2009, 162, a p. 166.

(84) La circostanza è emersa in una causa avanti il Trib. Bologna, 20 marzo 2006, in questa Rivista, 2006, 579, laddove era stato citato il trust in persona del legale rappresentante trustee, poi costituitosi regolarmente in tale sua qualità, sanando ogni vizio della *in ius vocatio*. Il trust è soggetto inesistente, sicché eventuali titoli giudiziali, in capo a favore o contro tale ente, sono giuridicamente inesistenti (I. Valas, Trust o trustee? Riflessi processuali della carenza di soggettività giuridica a carico del trust, in M. Lupoi (cur.), I professionisti e il trust [*supra*, nota 48], p. 208).

(85) Quanto alla rappresentanza, il trust inteso come “rapporto” o come “fondo segregato” nel patrimonio del trustee, non assume una propria soggettività autonoma, talché è improprio qualificare il trustee come suo legale rappresentante sul piano processuale. È, invece, corretto fare riferimento al vincolo di destinazione gravante sul trustee quale proprietario

(segue)

Molto più complessa è la posizione dei beneficiari e del disponente.

In linea generale, giova ricordare che può agire, essere convenuto, intervenire o essere chiamato in giudizio, chi “rappresenti” un interesse giuridicamente tutelabile nei confronti del trust o del trustee.

Nel caso di controversie relative alla validità o all'efficacia dell'atto istitutivo o dei negozi di conferimento, i beneficiari sono legittimati processualmente, poiché è evidente la possibilità di un loro pregiudizio, se viene accertata la nullità del trust.

In caso di revocatoria, invece, è più difficile offrire una soluzione che assicuri altrettanta certezza.

Da una parte, la giurisprudenza ritiene che disponente e beneficiari non siano legittimati passivi, ma possano tutt'al più intervenire in giudizio<sup>(86)</sup>, argomentando che l'unico titolare dei beni in trust è il trustee, mentre i beneficiari<sup>(87)</sup> presentano un semplice interesse al trasferimento finale dei beni, secondo il programma dettato, nell'atto di affidamento, dal disponente. La dottrina<sup>(88)</sup> è di parere contrario, poiché riconosce in generale ai beneficiari (ed almeno in certe ipotesi al disponente) quell'interesse giuridicamente protetto e qualificato che li legittima ad intervenire, a titolo adesivo dipendente, nelle controversie relative al trust. Nel caso della revocatoria, ravvisa, poi, il loro pregiudizio nell'accoglimento della domanda proposta da un creditore del disponente. Ciò, dunque, giustifica la loro legittimazione passiva.

Va precisato, infine, che, sia nel caso della revocatoria fallimentare che in quella ordinaria, non si applica la legge regolatrice del trust, ma quella dello Stato nel quale si è verificato il pregiudizio dei creditori.

Esperita vittoriosamente l'azione e dichiarata l'inefficacia dell'atto di conferimento di beni in trust, il creditore o il curatore fallimentare possono legittimamente sottoporre a pignoramento i beni ancora nella titolarità del trustee, con l'espropriazione presso il terzo proprietario, nei cui confronti è venuto meno il vincolo segregativo nascente dal trust<sup>(89)</sup>.

### ■ Inopponibilità del trust liquidatorio istituito da società insolvente

Nel secondo caso di conflitto, il trust viene istituito quando il disponente è già insolvente, e cioè quando è già obbligato – per intervenuta perdita dei mezzi propri – a fare ricorso agli istituti concorsuali.

La giurisprudenza ha in generale chiarito che il trust non può sostituirsi o, peggio, precludere la liquidazione fallimentare, perseguendo, così, finalità incompatibili con quelle dell'ordinamento.

Ciò accade quando esso assuma funzioni liquida-

torie dell'intero compendio aziendale della società poi fallita, o quando comporti la segregazione anche di alcuni beni dell'impresa in danno dei creditori del disponente<sup>(90)</sup>, di fatto precludendone l'apprensione alla curatela.

Quanto alla prima ipotesi, va detto che la segregazione in trust di tutti i beni aziendali in prossimità di una dichiarazione di fallimento, “si pone come unica finalità economico sociale concreta la sottrazione del patrimonio [...] alle regole pubblicistiche che presiedono alle procedure concorsuali, derogabili in via privatistica solo in forza di accordi con i creditori [che rappresentino la maggioranza qualificata dei crediti, cfr. art. 162 bis l. f.] ma non attraverso un atto di disposizione che renda il patrimonio dell'impresa del tutto insensibile alle esigenze dell'esecuzione concorsuale (che di per sé non esclude il ricorso a strumenti che garantiscano la sopravvivenza dell'impresa) e del suo controllo da parte dei creditori<sup>(91)</sup>”.

La giurisprudenza in oggetto, precisa, infine, che le norme concorsuali finalizzate alla tutela del ceto creditorio mantengono il loro carattere di disposizioni di ordine pubblico, nonostante la possibilità, valorizzata dalla riforma fallimentare, di stipulare accordi pattizi nell'insolvenza. Pertanto, non può riconoscersi legittimità ad iniziative negoziali che siano in radicale contrasto o in alternativa con tali norme di ordine pubblico.

#### Note:

(continua nota 85)

ed amministratore dei beni in trust. Come abbiamo avuto modo di osservare, la segregazione patrimoniale comporta l'imposizione di un vincolo di destinazione avente efficacia reale, in capo al trustee, proprietario di più patrimoni distinti e separati tra loro, ciascuno con una propria destinazione. Pertanto, il trustee può agire o essere convenuto in giudizio, non in quanto legale rappresentante del trust stesso, ma solo nella sua qualità di trustee. Ritenere il trust un soggetto giuridico dotato di una propria personalità giuridica è il più fondamentale degli errori; non esiste un'entità giuridicamente rilevante; il fulcro dell'istituto è il trustee (I. Valas, *Trust o trustee?* [supra, nota 84], p. 205 s.). Fa eccezione la surrettizia soggettività passiva d'imposta postulata dall'art. 73 del TUIR.

(86) Trib. Cassino, 8 gennaio 2009 [supra, nota 21]; Corte di Giustizia della Comunità Europea, 17 maggio 1994, n. C – 294/92, in questa Rivista, 2004, 112. M. A. Lupoi, *Profili processuali del trust* [supra, nota 83], a p. 166.

(87) Secondo la legge di Jersey, beneficiario è quel soggetto che ha diritto ad ottenere dei vantaggi in forza di un trust oppure nei cui confronti possa essere esercitato il potere discrezionale di una attribuzione di beni in trust (art. 10A).

(88) M. A. Lupoi, *Profili processuali del trust* [supra, nota 83], a p. 166.

(89) Trib. Torino, 5 maggio 2009 [supra, nota 26], a p. 92.

(90) Il danno è anche ai creditori del trustee che, in caso di società di persone, parzialmente coincidono ex art. 148 l. f.

(91) Così, Trib. Milano, 27 luglio 2009, *Lav. giur.*, 2009, 1179, Presidente – estensore Gandolfi.

### ■ Gli effetti del sopravvenuto fallimento: trust originariamente lecito

Quanto agli effetti del sopravvenuto fallimento, se il trust è originariamente lecito si sovrappone alla liquidazione concorsuale ed entra in conflitto con la disposizione dell'art. 15, lett. e) Convenzione de L'Aja.

I provvedimenti giudiziari in commento ritengono che le disposizioni della legge fallimentare prevalgano (almeno) nelle ipotesi in cui tutti(92) i beni del disponente siano stati conferiti in trust o in cui i creditori non abbiano ottenuto alcuna utilità (per cattiva gestione del trustee o per scarsa redditività dei beni conferiti).

Abbiamo più volte rammentato che il fallimento attua una segregazione *ex lege* dei beni del disponente, i quali, peraltro, risultano già segregati per volontà del disponente e non aggredibili dai suoi creditori.

Se, dunque, prevalessero le disposizioni sul trust, la liquidazione concorsuale non potrebbe avere luogo per alcun bene ed il curatore, in rappresentanza dei beneficiari (i creditori), dovrebbe limitarsi a chiedere al trustee il rendiconto di gestione o, tutt'al più, a perorare presso il guardiano la sostituzione del trustee.

In altre parole, l'eventuale istituzione di un trust liquidatorio, pur non precludendo la dichiarazione di fallimento, ne renderebbe vani gli effetti, perché i creditori non avrebbero beni su cui soddisfarsi. È evidente, allora, che una soluzione volta a conservare gli effetti del trust è incompatibile con la liquidazione concorsuale.

La dichiarazione di fallimento impedisce, pertanto, che la gestione e l'alienazione degli *assets* del disponente siano proseguite in forza di un regolamento negoziale predisposto dal disponente. Esse dovranno avvenire *invito domino*, secondo le regole della liquidazione concorsuale.

La disciplina fallimentare determina che il debitore venga spossessato dei propri beni; garantisce, attraverso gli organi pubblici della procedura, il rispetto delle speciali norme di regolazione dei rapporti pendenti e di vendita dei beni(93), il controllo dell'esito della liquidazione, il corretto riparto del ricavato nel rispetto delle cause di prelazione, in definitiva la realizzazione della *par condicio creditorum*. Il fallimento si configura, pertanto, come causa sopravvenuta di scioglimento dell'atto istitutivo del trust.

Pur non essendovi, nella disciplina fallimentare (e nella Convenzione de L'Aja), una espressa norma di regolazione del conflitto, si applicano in via analogica quelle disposizioni che prevedono lo scioglimento *ex lege* di fattispecie negoziali stipulate dall'impresa *in bonis* la cui prosecuzione non è compati-

bile con la liquidazione fallimentare (artt. 76, 77 e, soprattutto, 78 l. f.).

### ■ Gli effetti del sopravvenuto fallimento: trust originariamente illecito

Del tutto incompatibile con il combinato disposto degli artt. 13, 15, lett. c) ed e) Convenzione de L'Aja è, invece, il trust istituito quando l'impresa era già insolvente.

In questo caso, non ci si trova di fronte a un negozio originariamente lecito, che si scioglie per incompatibilità con la liquidazione concorsuale, ma in presenza di un atto che era illecito sin dall'origine(94). Esso non è, quindi, riconoscibile *ex art.* 11 Convenzione, in quanto elusivo della disciplina fallimentare dello Stato in cui viene posto in essere(95). Il trust non ha, dunque, lo scopo di proteggere i suoi beneficiari (i creditori), ma proprio l'opposta finalità di danneggiarli, sottraendo loro l'intera garanzia patrimoniale.

Il dichiarato fine di protezione è il sintomo di un abusivo utilizzo del trust, per sottrarre il disponente alla legislazione concorsuale italiana o, comunque, di un atto negoziale in frode alla legge *ex art.* 1344 cod. civ.

Gli effetti voluti, quali la sottrazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente ai creditori, sono pacificamente considerati ripugnanti per l'ordinamento. Pertanto, l'atto istitutivo è nullo(96) (e conseguentemente non determina alcun effetto segregativo); ragionando diversamente, si consentirebbe all'imprenditore insolvente, che intenda evitare il fallimento e lo spossessamento, di conferire tutti i propri beni in trust, rendendoli non aggredibili dai suoi creditori o da quelli del trustee.

#### Note:

(92) Allo stesso risultato si giunge anche nell'ipotesi in cui vengano conferiti in trust solo alcuni dei beni del disponente: il trust si risolve, a meno che non ricorrano contemporaneamente tutte le altre condizioni elencate *supra*, nota 62.

(93) Si pensi al programma di liquidazione *ex art.* 104 *ter* l. f.

(94) L'atto dispositivo mira dissimulatamente a sottrarre agli organi della procedura la liquidazione dei beni in assenza del presupposto sul quale poggia il potere dell'imprenditore di gestire il proprio patrimonio, ossia che l'impresa sia dotata dei mezzi propri.

(95) L'impresa avendo perso i mezzi propri, dovrebbe immediatamente accedere agli istituti concorsuali.

(96) Secondo E. Ragaglia, Trust e procedure fallimentari [*supra*, nota 52], si tratta di atto nullo, in quanto in frode alla legge.