

Parma, 19 maggio 2010

TRUST E PROCEDURE CONCORDAZIONALI

relazione a cura dell'Avv. Francesco Tedioli

L'argomento assegnatomi ha ad oggetto i rapporti tra il “**TRUST E LE PROCEDURE CONCORDAZIONALI**” ed, in particolare, la verifica della **compatibilità** di quest'istituto di origine anglosassone con la procedura che disciplina e regola l'insolvenza.

Una volta accertatane la compatibilità, passeremo ad esaminare i rapporti che possono intercorrere tra i due istituti, analizzando:

- i limiti e le finalità per le quali un trust può essere utilizzato all'interno di una procedura fallimentare, ponendo in rilievo se possa essere impiegato quale strumento in fase di liquidazione dell'attivo, individuandone gli ambiti di adozione, nonché l'utilità;
- il problema della interferenza di un trust, già istituito e/o costituito, con la successiva situazione di insolvenza di uno dei soggetti partecipanti al trust. In altre parole, l'ipotesi in cui venga dichiarato il fallimento del *settlor*; del *trustee*; dei *beneficiari del trust* stesso. Verificheremo, poi, quali sono eventualmente i rapporti che intercorrono tra detto istituto ed il fallimento, in termini di opponibilità degli atti e, quindi, di possibilità di revoca degli stessi.

PREMESSE GENERALI

FONTI

Il nostro ordinamento giuridico non ha una legge interna/nazionale che disciplina il trust. L'Italia ha recepito, però, la Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, ratificata, con L. 16.10.1989 n. 364, in vigore dal **1 gennaio 1992**.

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 **costituente**.

Ciò ha reso possibile istituire un trust, anche nell'ordinamento italiano¹.

DEFINIZIONI

L'Art. 2 della Convenzione dell'Aja stabilisce che:

“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”

Scomponendo la definizione, possiamo individuare le seguenti figure:

- il disponente o **settlor**: colui che istituisce il trust e compie l'atto di disposizione.

In linea generale, non è titolare di alcun diritto, né di alcun potere nei confronti del *trustee*, né di rimedi giuridici contro il *trustee*.

Tra i due soggetti esiste un rapporto di affidamento, talché il primo è legittimato a far conoscere la propria volontà al *trustee* ed il secondo può consultarsi con il primo.

Il disponente può riservarsi determinati diritti di ingerenza sul patrimonio costituito in trust e può attribuirsi una serie di poteri rispetto al *trustee*, impartendo disposizioni vincolanti (*binding directions*).

- il **trustee** è colui che esercita sul fondo in trust tutte le potestà dominicali: ha l'**amministrazione** dei beni, di cui acquista la **proprietà**, vincolata peraltro agli scopi indicati dal *settlor*.

Il trustee non è possessore o detentore dei beni in trust, ma ne è **titolare**, ha diritti pieni ed incondizionati (*absolutely entitled*) sul fondo in trust, anche se

¹ Altre disposizioni di legge contemplano il trust nel nostro ordinamento nazionale: l'art 1, commi 74-76 della L. 27.12.2006, n. 269 (legge finanziaria 2007), che riconosce al trust un'autonomia soggettiva tributaria; l'art 13, D.P.R. 29.9.1973, n. 600, che include i trust che esercitano attività commerciali tra i soggetti obbligati alla tenuta di scritture contabili; la L. 24.11.2006 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 disponibile al seguente indirizzo: www.agenziaentrate.it e la risoluzione n. 425/E del 5.11.2008, in tema di trust commerciale opaco (cioè senza beneficiari di reddito individuati, i cui redditi sono direttamente attribuiti al trust medesimo), con commento di Corsano – Coscarelli, Discrezionalità del trustee e trasparenza del trust, in *Fisco*, 2009, 4, 537 ss.

tali beni costituiscono un patrimonio separato rispetto al suo patrimonio personale²

Secondo l'art. 24 (1) della legge di Jersey, 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*)³.

- **beneficiario/i** o uno **scopo**.

Beneficiari sono coloro nei confronti dei quali il *trustee* è obbligato o può far ottenere vantaggi economici. I loro diritti possono essere i più disparati: da quelli di ottenere immediatamente il fondo in trust alla semplice aspettativa di essere prescelto all'interno di una categoria per ricevere reddito o una parte del fondo.

Essi generalmente acquistano il diritto all'intestazione dei beni solo al momento di scioglimento del *trust*.

- I **trust di scopo** (*purpose trust*) si hanno quando l'atto istitutivo non designa alcun beneficiario, né prevede che sia successivamente individuato ed il compito affidato al *trustee* o va a vantaggio di una generalità di soggetti, senza attribuire loro alcun diritto verso il *trustee* o si esaurisce in se stesso.

Nel diritto inglese un trust di scopo è nullo a meno che non sia *charitable* (es. di soccorso ai poveri, di sostegno all'istruzione, alla religione....) e, comunque, a vantaggio di una generalità di soggetti (*public benefit*).

Esistono, però, trust di scopo *non charitable* validi nel modello di trust internazionale se:

1. hanno uno scopo specifico, possibile, ragionevole e lecito;

² Trib. Torino, 5.5.2009; Tribunale (penale) di Venezia 4.1.2005, ove si legge che "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

³ 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*). E' 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.

2. il *trustee* è residente nello stato, con limitazioni a determinate categorie di persone della capacità a divenire *trustee*;
3. esiste un soggetto legittimato ad agire contro il *trustee*;
4. non eccedono la durata di 100 anni.

E' spesso presente anche un guardiano **enforcer**, ad esempio, in materia di trust a protezione dei creditori.

L'art. 12 della *Trusts (Jersey) Law 1984 as amended* richiede, per i trust di scopo non caritatevoli (*non-charitable purpose trust*) - quale quello destinato alla soddisfazione dei creditori, la nomina di un guardiano a pena di invalidità del negozio. Il guardiano in inglese è detto **protector** (ma il termine *enforcer* è corretto nei trust di scopo). Le sue funzioni, generalmente, sono:

1. esercitare direttamente poteri dispositivi o gestionali;
2. prestare o meno il proprio consenso a decisioni assunte dal *trustee* (poteri di veto);
3. impartire direttive o istruzioni al *trustee* circa il compimento di specifici atti.

In sintesi interferisce nella discrezionalità del *trustee* a vari livelli e in vari gradi, anche eliminandola.

FORMA

Il trust deve essere stipulato con il solo onere della forma scritta, **ad probationem** (art. 3 conv.). Il rapporto di trust, di regola, almeno negli ordinamenti anglosassoni, **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*.

Il negozio per mezzo del quale il *settlor* enuncia il compito del *trustee* e ne affida a quest'ultimo l'attuazione è detto **negozio istitutivo** (e può essere anche una disposizione testamentaria). Se ha forma scritta, il documento è detto atto istitutivo.

SEGREGAZIONE PATRIMONIALE

Principale conseguenza dell'istituzione del trust è che i beni conferiti 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 beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge” (art. 2, § 2 conv.).

Dato fondamentale del trust è la segregazione della posizione giuridica soggettiva, operata mediante il trasferimento di essa ad un soggetto terzo, il *trustee*, per effetto del quale la posizione segregata diviene indifferente alle vicende attinenti sia al soggetto disponente, sia al *trustee*.

Il programma della segregazione di posizioni soggettive, richieste per attuare il compito affidato al *trustee*, si svolge mediante uno o più **negozi dispositivi** in favore del *trustee* che gli trasferiscono i beni (o le posizioni soggettive) delle quali si avvarrà per svolgere il proprio compito.

Questo è il **trust fund**: insieme di rapporti giuridici trasferiti al *trustee*.

La segregazione come effetto del *trust* è un fenomeno distinto dal patrimonio autonomo e separato. 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 l'istituto del trust interno, richiamano l'istituto del patrimonio separato, rammentando le sue diverse applicazioni:

1. nel **mandato** senza rappresentanza, il mandante è ammesso a rivendicare direttamente le cose mobili acquistate dal mandatario in nome proprio, ove tali beni sono sottratti all'azione esecutiva dei creditori del mandatario (art. 1707 c.c.);
2. nel **fondo patrimoniale** (167 c.c.), 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 c.c.);

3. nell'art. 22 del D.Lgs. 24.2.1998, 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;
4. nell'art. 2447 *quinquies* c.c. relativamente ai **patrimoni destinati ad uno specifico affare**;
5. nell'art. 4, comma II, della L. 30.4. 1999, n. 130, in tema di **cartolarizzazione dei crediti**, che 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 (cd. società veicolo).
6. i **negozi di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c.**, 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, comma II, c.c., con riferimento ai disabili, alla pubblica amministrazione o di pubblica utilità, giustificato da una funzione socio economica e con riferimento a valori solidaristici ed interessi superindividuali.

In Italia si può istituire solo un trust internazionale o anche un trust interno?

Trust internazionale è quello che presenta alcuni elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano (residenza del disponente, del *trustee*, luogo dei beni da segregarsi).

Il termine **trust interno** invece, indica quel trust che non presenti alcun elemento di estraneità con l'ordinamento italiano, né di carattere oggettivo (avuto riguardo ai beni conferiti in trust), né di carattere soggettivo (in relazione alla persona del disponente ovvero a quella del *trustee*), ad eccezione della legge regolatrice (straniera).

Se non vi è mai stato dubbio che si possa istituire un trust internazionale in Italia, per

anni, la validità del trust interno ha rappresentato un argomento di intenso dibattito che, in questa sede, non intendiamo ripercorrere.

Si è sottolineato che il trust é un possente strumento di autonomia privata per costituire patrimoni separati destinati a scopi predeterminati, derogando in questo modo al principio di **responsabilità patrimoniale universale** stabilito dall'art. 2740 c.c.

Come conciliare allora il recepimento nell'ordinamento interno dell'istituto del trust, vale a dire la possibilità di costituire un "patrimonio segregato" con il principio generale di responsabilità patrimoniale, in base al quale il debitore risponde con tutti i suoi beni, presenti e futuri, delle obbligazioni contratte, e che solo la legge può limitarne la responsabilità?

Secondo l'opinione, oramai consolidata in dottrina⁴ e nella giurisprudenza di merito⁵, in virtù dell'art. 6, Conv. dell'Aja e della sua legge di ratifica, nel nostro ordinamento sono riconosciuti non solo i trust internazionali, ma anche quelli **interni**, quale strumento di segregazione del patrimonio o di parte dei beni di un soggetto (disponente o *settlor*), posto sotto il controllo di un *trustee*, 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 consente, infatti, di desumere l'illimitata libertà del disponente nello scegliere la legge regolatrice del trust. In applicazione di questo principio, il trust interno, retto dalla legge straniera scelta dal costituente, è perfettamente valido e va riconosciuto agli effetti di cui agli artt. 11 ss.

Perché? quali argomentazioni a sostegno dell'ammissibilità?

Dottrina e giurisprudenza rilevano che, ragionando a contrario, si violerebbe l'art. 3

4 In dottrina per tutti vedi MAURIZIO LUPOI, *Effects of the Hague Convention in a Civil Law Country - Effetti della Convenzione dell'Aja in un Paese civilista*, in *Vita not.*, 1998, 19; Id., *I trust nel diritto civile*, in *Vita not.*, 2003, 605 ss.; Id., *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001, 1159; Id., *Trusts*, Milano, 2001.

5 Trib. Cassino, 8.1.2009; Trib. Bologna, 19.9.2008; Trib. Reggio Emilia 14.5.2007; Trib. Milano, 23.2.2005; Trib. Napoli, 14.7.2004; Trib. Trento, sez. Dist. Cavalese, 20.7.2004; Trib. Bologna 1.10.2003, n. 4545; Trib. Bologna, 28.4.2000; Trib. Lucca, 23.9.1997.

della Costituzione (non è possibile consentire in Italia l'uso del trust ad un cittadino straniero e negarlo ad un italiano).

Inoltre, non avrebbe efficacia alcuna l'intera legge n. 364/1989 di recepimento e ciò significherebbe vanificare l'adesione dell'Italia alla Convenzione.

Infine, il trust è negozio atipico degno di tutela in ragione della meritevolezza degli interessi perseguiti, ai sensi degli artt. 1322 e 1324 c.c. La sua causa è astrattamente lecita, non essendo dissimile da quella tipica di altre figure già previste nel nostro ordinamento (fondazioni familiari, fondo patrimoniale..).

Questione connessa all'ammissibilità del trust interno è l'interpretazione da dare all'art. 13 della Conv., specificatamente in relazione all'effettiva portata ed estensione della facoltà di **rifiutare il riconoscimento** ai trust che non siano meritevoli di tutela per la causa concreta perseguita dal disponente⁶.

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.

Anche in questo caso il problema è stato definitivamente risolto dalla giurisprudenza⁷, secondo cui, mentre la causa "astratta" dell'istituto è già stata riconosciuta con l'adozione della l. n. 364 del 1989, quella "**concreta**" va analizzata volta per volta dal giudice.

L'art. 6 prevale, quindi, sulle disposizioni dell'art. 13, da intendersi come una norma di chiusura che attribuisce al giudice il potere-dovere di negare il riconoscimento del

⁶ Come si è accennato, l'art. 13 della conv. 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"

⁷ Trib. Cassino, 8.1.2009 secondo cui "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"; Trib. Reggio Emilia 14.5.2007; Trib. Trieste, Giud. Tavolare, 23.9.2005; Trib. Bologna, (decr.) 1.10.2003.

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.

SINTETIZZANDO

L'istituto del trust è pienamente **compatibile** con i principi inderogabili di ordine pubblico di:

1. **responsabilità patrimoniale universale** ex art. 2740 c.c.⁸;
2. **tassatività** (o riserva di legge) delle sue limitazioni;
3. **concorso dei creditori** ex art. 2741 c.c.⁹.
4. **tipicità degli atti soggetti a trascrizione**¹⁰.

TRUST AUTODICHIARATI

Questa compatibilità viene astrattamente ravvisata anche nei cosiddetti **trust autodichiarati**, cioè quelli in cui la figura del disponente e del *trustee* coincidono¹¹.

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

⁸ Quanto all'art. 2740 c.c., in base al quale il debitore risponde delle obbligazioni contratte, con tutti i suoi beni, presenti e futuri, è ormai opinione comune che non si tratti di un principio d'ordine pubblico economico. 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 censite nel nostro ordinamento civilistico.

⁹ 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...". Sottrae, così, determinate categorie di beni alla regola del concorso dei creditori.

¹⁰ A favore della trascrivibilità: Trib. Reggio Emilia 14.5.2007, secondo cui il diritto del *trustee* a chiederne la trascrizione, a proprio nome, deriva non tanto dal disposto dell'art. 2645 *ter* c.c., quanto dall'art. 12 Conv. e dalla circostanza che egli è pieno e legittimo proprietario dei beni in trust e, 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, 23.9.2005; Trib. Bologna, 8.4.2003; Trib. Pisa 22.12.2001; Trib. Bologna, 28.4.2000, *cit.*; Trib. Chieti, 10.3.2000.

¹¹ Trib. Orbetello, 15.7.2008; Trib. Reggio Emilia 14.5.2007; Trib. Milano, 23.2.2005; Trib. Parma, 21.10. 2003. In particolare, secondo il tribunale di Reggio Emilia la nozione di trust contenuta nel primo paragrafo dell'art. 2 Conv. è assai ampia.

disponente al *trustee*, ma è solo sufficiente che i beni siano posti sotto il controllo di quest'ultimo¹².

SHAM TRUST

Passiamo ora ad analizzare il concetto di *sham trust*.

Inizialmente la giurisprudenza di Jersey, dal quale deriva il termine, ritiene che si abbia *sham* (l'intento simulatorio delle parti) quando il disponente mantiene il controllo effettivo del *trust fund* e ne dispone come cosa propria (*Snook v London and West Riding Investments Ltd.* [1967]). 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 far venire in essere 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 terzi¹³

12 In dottrina, riconoscono l'ammissibilità dei **trusts autodichiarati**: FUMAGALLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Nuove leggi civ.*, 1993, 1238 ss; A. DE DONATO-V. DE DONATO- D'ERRICO, *Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica*, Roma 1999, 191-193. *Contra*, SALVATORE, *Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, 1996, 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*. LUPOI, *Trusts*, cit., 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), in quanto, per i delegati degli Stati di *common law*, era pacifica l'applicabilità della Convenzione ai trusts autodichiarati. *Idem*, BARTOLI, *Il trust autodichiarato nella Convenzione de L'Aja sui trusts*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, 355, che sostiene l'ammissibilità del trust autodichiarato sul fatto che l'art. 2 Conv., 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 autodichiarato.

13 *MacKinnon v Regent Trust* [2005]: 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], 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*.

Quando l'obiettivo effettivo che il disponente si è prefissato, nel momento in cui ha deciso di dar vita al trust, è quello di **frodare la legge interna** (*sham trust*), il trust è **nullo ed inefficace**, in quanto il *trustee* agisce al solo fine di soddisfare lo scopo reale, contrario ai principi dell'ordinamento¹⁴.

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.

GLI EFFETTI DI UN TRUST VALIDAMENTE COSTITUITO

Gli effetti di un trust validamente costituito sono la segregazione del patrimonio conferito, talché i creditori:

- del *settlor*, non possono soddisfarsi su tali beni, perché essi sono di proprietà del *trustee*¹⁵;
- del *trustee*, non possono attaccare il *trust fund*, ovvero sottoporlo a sequestro o pignoramento (art. 11, II comma, lettera b, conv. *cit.*), trattandosi di una massa distinta rispetto al suo patrimonio (art. 2, II comma, lettera a), fino a che sia vigente e operativo il vincolo del trust ed anche in caso di fallimento del *trustee*¹⁶;
- per le obbligazioni contratte nell'interesse del trust, non possono agire sui restanti beni del patrimonio del *trustee*;
- dei beneficiari, possono soddisfarsi soltanto sulle attribuzioni che, in pendenza di trust, siano effettuate a vantaggio dei loro debitori, a meno che

14 Un esempio: Trib. Cassino, 8.1.2009, così definisce un trust di famiglia, in cui il *trustee* si limiti a tener occultato il patrimonio del disponente ai suoi creditori e si disinteressi dei beneficiari ai quali, invece, dovrebbe corrispondere un mantenimento.

15 *Ex multis*, Trib. Brescia, 12.10.2004, secondo cui i creditori del disponente non possono assoggettare ad esecuzione forzata i beni immobili costituiti in trust, con atto avente data certa anteriore al pignoramento.

16 Vedi Trib. Cassino, 8.1.2009; Trib. Siena, ord. 16.1.2007; Trib. Reggio Emilia 14.5. 2007, In dottrina, CHIZZINI, *Note preliminari in tema di esecuzione mobiliare per debiti del trustee*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2001, 37 ss. Detti beni non possono, inoltre, essere oggetto della successione ereditaria del *trustee*, né fanno parte di alcun regime patrimoniale nascente dal suo matrimonio.

il beneficiario non sia titolare di una posizione beneficiaria assoluta¹⁷. In tale ipotesi il suo creditore può sequestrarla o pignorarla e, quindi, indirettamente aggredire lo stesso fondo in trust. 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 c.p.c.*

Diversa è la posizione giuridica dei beneficiari del *trust fund* secondo la **legge del Jersey** (art. 10). Tale posizione giuridica è perfettamente equiparabile ad “**un bene mobile**” e, come tale, può essere sottoposta a qualsiasi atto di disposizione (venduta, permutata, costituita in pegno), circolare e, nel contempo, essere immediatamente aggredita da soggetti terzi rispetto al *trustee*.

Il creditore, infine, non vanta **alcuna efficace azione** in caso di **trust protettivo**

PROTECTIVE TRUST

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.

SPENDTHRIFT TRUST

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 e gode di armi spuntate in caso di trust discrezionale.

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 è data facoltà al *trustee*

¹⁷ 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.

di decidere se distribuire il reddito ed a chi. 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 questi riterrà di operare.

LA LEGGE DEL JERSEY

Un accenno va fatto anche in ordine ad una speciale legislazione regolatrice del trust: quella del Jersey. Infatti, chi ha avuto modo di leggere qualche atto istitutivo di trust predisposto in Italia o ha avuto modo, come me, di esaminare le pronunce giurisprudenziali in tema, può rendersi conto che, nella stragrande maggioranza dei casi, si è fatto ricorso alla legislazione del Jersey¹⁸.

La legge approvata nel 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 del 1991 adegua alcune sue disposizioni alla Convenzione dell'Aja del 1984; nel 1996, si introduce un'importante novità: la validità dei trust di scopo per finalità *non charitable*. Vi è infine l'*amendment* n. 4 del 2006, che in particolare riforma l'art. 9 facendo 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 poteri da sostituirsi completamente alla figura del *trustee*, ponendolo in questo modo su un piano secondario, quasi si trattasse di un mero “prestanome” .

Avete, quindi già capito la ragione del successo di tale legislazione.

Essa costituisce una tra le discipline più favorevoli, offre agli operatori soluzioni innovative e spesso pionieristiche, dispone di un testo legislativo¹⁹ specialmente

¹⁸Per approfondimenti F. PIGHI, *Legge di Jersey e regole per il trustee*, in *I professionisti e il Trust, Atti del IV congresso Nazionale dell'Associazione “il Trust in Italia”*, a cura di LUPOI, Milano, 2009, 313 ss.; DE GUGLIELMI-PANICO-PIGHI, *La legge di Jersey sul trust*, in *Quaderni*, 8 di *Trusts e Attività fiduciarie*, cura di LUPOI, 2007, 54 ss.

¹⁹ Il testo della Trust Jersey Law 23rd March 1984 n. 11 (Consolidation) with amendments to 27th October 2006, in Inglese ed Italiano è disponibile alla pagina web 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

apprezzato dagli utenti aventi una cultura di *civil law*, in quanto limita il ricorso ai precedenti giurisprudenziali.

Il Jersey, negli anni, ha infatti costruito una moderna disciplina codificata che si è affrancata rispetto alla *common law* tradizionale e che si rivolge ad un pubblico non soltanto interno (come tipicamente sono le leggi inglesi), ma tipico di una piazza finanziaria internazionale.

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

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 entusiastica applicazione dell'istituto anche in sede concorsuale, quale strumento in fase di liquidazione dell'attivo.

Le ipotesi più frequenti sono quelle di:

1. conferimento in trust delle **attività residue non suscettibili di monetizzazione nel corso del fallimento**. 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, che diventavano esigibili verso l'erario solo in caso di **mancanza di imponibile**, evidenziabile dopo la chiusura del fallimento e, cioè, 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

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 aspetti relativi alla figura del trustee, ai suoi poteri e a quelli del giudice...

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 opposte in compensazione dall'amministrazione finanziaria²⁰.

2. accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis l.f.*, L'istituto del trust (in cui *trustee* è lo stesso debitore e beneficiari sono tutti i creditori sociali) può aumentarne 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 risanamento²¹.
3. ammissione alla procedura di un **concordato preventivo**²², con la nomina del

20 Per un applicazione pratica v.: Trib. Roma, 11.3.2009 secondo cui il curatore può essere autorizzato a trasferire, al trust istituito per provvedere alla riscossione dei crediti fiscali emergenti dalla procedura, 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, 9.11.2006, 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, 21.4.2004; Trib. Roma, 3.4.2003 e Trib. Roma, 4.3.2003; Trib. Roma, 11.3.2004, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 406. Prima della riforma di cui al D.L.vo 12 settembre 2007, n. 169, alcuni commentatori hanno evidenziato le loro **perplexità** (v. in particolare, P.F. CENSONI, *Chiusura del fallimento e attività residue degli organi fallimentari: la sorte postfallimentare dei crediti di imposta*, in *Il 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 nel termine di chiusura della procedura stessa. L'obiezione è ora superata dal richiamo all'art. 106, comma I, l.f., che riconosce la facoltà del curatore 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". Il tenore della norma viene interpretato in senso non esclusivistico, prevedendo non già 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 la valorizzazione dei poteri del curatore fallimentare e del comitato dei creditori, dall'altra opera una vasta apertura alla 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.

21In giurisprudenza, Trib. Reggio Emilia, 14.5.2007, secondo cui: "l'istituzione del trust appare finalizzata ad un interesse meritevole di tutela ossia quello di proteggere il patrimonio del debitore per evitare che i creditori, c.d. *free-riders*, rimasti estranei all'accordo di ristrutturazione, che vantano crediti contestati, possano costituire diritti di prelazione o agire in esecuzione sui cespiti, rendendo inutile l'accordo concluso con la maggioranza..".

22 Vedi Trib. Mondovì, 16.9.2005

Commissario Giudiziale quale *trustee*²³ ovvero, più correttamente, quale guardiano del trust²⁴.

4. Non mancano, infine, applicazioni del trust avente **funzione di garanzia** a favore della curatela, dopo l'accoglimento di un'azione revocatoria, con sentenza non passata in giudicato²⁵.
- 5.

RAPPORTI TRA TRUST ISTITUITO E FALLIMENTO SUCCESSIVAMENTE DICHIARATO

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

Prima di tutto bisogna ricordare che il primo effetto della dichiarazione di insolvenza è lo spossessamento dai propri beni e la segregazione legale del patrimonio dell'impresa, al fine di soddisfare i creditori concorsuali sorti anteriormente l'inizio della procedura concorsuale.

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

1) Trust liquidatorio, istituito da società non insolvente e fallimento successivamente dichiarato: astrattamente opponibile.

Il primo caso è quello di un trust liquidatorio, istituito a tutela della massa dei creditori, quando la società disponente non era insolvente.

Se il trust persegue per conto del disponente *in bonis* **finalità di tutela dei creditori** (nominati beneficiari del trust), esso **non può ritenersi incompatibile** con la

23 Trib. Parma, 3.3.2005. 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

24 In giurisprudenza Trib. Napoli, 19.11.2008; Trib. Alessandria, 24.11.2009

25Le 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* nominato è il curatore fallimentare, e ciò fino al passaggio in giudicato della sentenza. Così, Trib. Prato, ord. 12.7.2006

disciplina concorsuale e, quindi, abusivo ex artt. 13 e 15, Conv. Aja.

In base all'art. 15, infatti, la legge applicabile al trust non può essere di ostacolo all'applicazione delle disposizioni inderogabili della *lex fori*, tra le quali rientrano, per espressa previsione (lettera e), le norme 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 nazionale²⁶

Il debitore può, pertanto, conferire in trust parte del suo patrimonio, laddove tale segregazione ne assicuri la miglior utilizzazione. In questa ipotesi, il trust costituisce un'alternativa alle procedure concorsuali, come avviene per il concordato stragiudiziale, ovvero in caso di operazioni temporanee a sostegno delle procedure concorsuali minori.

L'interpretazione offerta 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 del mandante. Il disponente può, quindi, costituire in trust alcuni beni (ad es. i crediti contenziosi), se tale segregazione consente di perseguire lo scopo di ottimizzare l'interesse dei beneficiari (ovvero dei creditori), mettendo al riparo i beni stessi da iniziative individuali pur sempre ammissibili anche in costanza di liquidazione²⁷.

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

Date per presupposte tutte queste condizioni:

1. la meritevolezza del programma negoziale: il **vincolo di scopo**, sui beni costituiti in trust, deve essere effettivo ed, 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 c.c.;
2. la situazione finanziaria **non pre-fallimentare** della società/imprenditore disponente;

26 V. Trib. Alessandria, 24.11.2009

27 Opinione condivisa da Trib. Legnano, 8.1.2009, secondo cui la costituzione di un trust con funzione liquidatoria, nel quale siano stati conferiti tutti i beni dell'impresa ed indicati come beneficiari la massa dei suoi creditori, è idoneo a tutelare l'interesse dei creditori medesimi soprattutto ove lo scopo istitutivo del trust 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".

3. la 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

In caso di dichiarazione di fallimento del disponente, i beni conferiti in trust possono conservare la natura di patrimonio separato: non sono aggredibili dai creditori del disponente (impersonati dal curatore), né da quelli del *trustee*, anche in caso di sua insolvenza.

A sostegno di questa teoria si può richiamare, in via analogica, l'ipotesi del fondo patrimoniale, regolata in caso di fallimento dall'art. 46, n. 3, l. f.²⁸

Se il conferimento di alcuni beni in trust astrattamente sopravvive al fallimento, è sempre possibile l'esperimento dell'**azione revocatoria ordinaria o fallimentare** (tutela accordata dalla *lex fori*), qualora il trust leda gli interessi dei creditori²⁹.

RAPPORTI TRA AZIONE REVOCATORIA E TRUST

L'azione revocatoria, come abbiamo potuto riscontrare, non riguarda il riconoscimento degli effetti del trust, ma le limitazioni che si possono opporre a tali effetti, quando si ritiene che il trust, unitariamente considerato, costituisca atto lesivo della garanzia patrimoniale del credito.

In tale ipotesi, i creditori del *settlor* 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, con la conseguente reintegrazione del patrimonio del loro debitore.

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

28 Nell'ipotesi di (lecita) costituzione 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 (Cass., 22.1.2010, n. 1112).

29 Così, ad es., Trib. Alessandria, 24.11.2009, *cit.*, secondo cui dall'applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 15 della Conv., consegue che, qualora il trust leda gli interessi dei creditori, la tutela a questi accordata sarà quella riconosciuta dalla *lex fori* in presenza di atti lesivi dei loro diritti, tutela che in Italia si realizza mediante l'azione revocatoria ordinaria o fallimentare.

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

Bisogna, poi, distinguere la **natura** del trust a seconda della **gratuità o onerosità** dell'atto oggetto di revoca. 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 inscindibile³⁰.

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** l'atto con il quale i beni siano destinati all'adempimento di una obbligazione .

Nello specifico: se il trust è costituito per fare fronte alle necessità della propria **famiglia**, ci troviamo in presenza di un trust a titolo gratuito, ipotesi che la dottrina tende ad assimilare al fondo patrimoniale regolato dall'art. 167 c.c. 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.³¹.

30 In particolare, l'atto di trasferimento dei beni al *trustee* sebbene contenuto in un documento separato, costituisce parte integrante del negozio costitutivo del trust, che nel suo assetto complessivo si presenta come un negozio giuridico unitario mediante il quale il *settlor* individua lo scopo del trust, regolamentandone l'organizzazione e attribuisce al *trustee* i mezzi necessari per l'attuazione della destinazione

31 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. **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 c. c.) compiuto dal fallito nel biennio anteriore al fallimento, rientrando nel *genus* degli atti a titolo gratuito, è soggetto ad

La giurisprudenza chiarisce che non siamo in presenza di un atto compiuto in adempimento di un dovere morale, rientrante in una delle esenzioni previste dall'art. 64 l.f.³², seconda parte, ma di un **atto revocabile** (anche ex 2901 c.c.), **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**³³ (usato in alternativa alle forme tradizionali quali il pegno e l'ipoteca), l'atto dispositivo viene generalmente considerato a titolo oneroso. E', comunque, necessaria un'attenta valutazione del titolo per cui la garanzia è stata prestata. Alcuni orientamenti sono forniti dalla Suprema Corte³⁴, 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 valutazione sono diverse per quanto riguarda l'individuazione 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 le 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*.

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 c.c. (Trib. Milano, sez. II, 12.6.2006, n. 5218; Cass., 23.3.2005, 6267; Cass., 8.9. 2004, n. 18065)

32 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 (PINELLI; GATT; SANDULLI; ABETE).

33 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

34 Cass., 28.5.1988, n. 5264

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, sia del fiduciario, sia del beneficiario.

L'art. 67 l.f. distingue, infatti, due ipotesi:

1. per le fattispecie contemplate nel primo comma, si presume che il terzo conosca lo stato di insolvenza, mentre
2. in quelle del secondo 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 al soggetto (*trustee* o beneficiario) a cui debba farsi riferimento per valutarne la conoscenza o meno dello stato di insolvenza del disponente. Si propende per **il beneficiario**³⁵, poiché riceve i benefici del trust attraverso il veicolo del patrimonio segregato e subisce, nella sua sfera patrimoniale, gli effetti negativi del vittorioso esito del giudizio revocatorio.

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

Nell'**azione revocatoria ordinaria** di cui all'art. 2901 c.c., valgono le regole generali.

Sono, pertanto, necessari:

1. l'antiorità del credito, intesa come **ragione di credito** anche eventuale, rispetto al momento in cui è compiuto l'atto di disposizione del patrimonio;
2. *l'eventus damni*;
3. nell'ipotesi di atto **gratuito posteriore** alla nascita del credito, la consapevolezza del debitore del pregiudizio arrecato agli interessi del creditore (*scientia damni*), la cui prova può essere fornita anche per presunzioni;
4. nell'ipotesi di atto **gratuito anteriore** alla nascita del credito, anche la dolosa

³⁵ Fatta salva l'ipotesi in cui i beneficiari siano ignari dei vantaggi loro attribuiti. In tal caso, bisognerà far riferimento all'elemento psicologico del *trustee*.

preordinazione dell'atto al fine di pregiudicare le ragioni del creditore (*animus nocendi*);

5. nell'ipotesi di atto a **titolo oneroso**, anche la prova che il terzo era **consapevole del pregiudizio** o la partecipazione del terzo alla dolosa preordinazione, nel caso di atto anteriore.

Il danno, infine, deve essere accertato con riferimento al patrimonio del *settlor*, avendo sempre riguardo alla disciplina dei rapporti con il beneficiario del trust.

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

Un ulteriore problema riguarda l'identificazione dei soggetti che sono **legittimati passivi nell'azione revocatoria**. Lo è, senza ombra di dubbio, il *trustee*³⁶, la cui *in ius vocatio* è giustificata dal fatto che egli è proprietario del bene sottratto ai creditori, nonché terzo ai sensi e per gli effetti degli artt. 2901 c.c. e 64 o 67 l.f. Tale soggetto va convenuto³⁷ **nella sua funzione** e non quale legale "rappresentante" degli interessi del trust³⁸.

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

³⁶ Legittimato (attivo e passivo) a tutelare le ragioni dei beni conferiti nel patrimonio segregato è il *trustee*, sia ai sensi dell'art. 11 Conv., che della normativa generale in tema di revocatoria (Trib. Cassino, 8.1.2009).

³⁷ La circostanza è emersa in una causa avanti il Trib. Bologna (decisa in data 20.3.2006), 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*.

³⁸ 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. E', invece, corretto fare riferimento al vincolo di destinazione gravante sul *trustee* quale proprietario 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 nella sua qualità di *trustee* di un determinato trust. Ritenere il trust un soggetto giuridico dotato di una sua propria personalità giuridica è il più fondamentale degli errori; non esiste un'entità giuridicamente rilevante; il fulcro dell'istituto è il *trustee*. Fa eccezione la surrettizia soggettività passiva d'imposta postulata dall'art. 73 del TUIR.

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, non vi è dubbio che i beneficiari siano legittimati processualmente, poiché è evidente la possibilità di un loro pregiudizio, nel caso venga 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**³⁹, argomentando che l'unico titolare dei beni in trust è il *trustee*, mentre i beneficiari presentano un semplice interesse al trasferimento finale dei beni, secondo il programma dettato nell'atto di affidamento del disponente. La **dottrina**⁴⁰ 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, poi, ravvisa un 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 revocatoria 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 che siano nella titolarità del *trustee*, facendo ricorso alle forme dell'espropriazione presso il terzo proprietario, nei cui confronti è venuto meno il vincolo segregativo nascente dall'atto istitutivo del trust⁴¹.

2) Trust liquidatorio istituito da società insolvente: inopponibile

Nel secondo caso di conflitto tra trust e fallimento, il trust viene istituito quando il disponente è **già insolvente**, e cioè quando è già obbligato – per intervenuta perdita

39 Trib. Cassino, 8.1. 2009; Corte di Giustizia della Comunità Europea, 17.5.1994, n. C – 294/92.

40 M. A. LUPOI, *Profili processuali del trust*

41(Trib. Torino, 5.5. 2009)

dei mezzi propri – a fare ricorso agli istituti concorsuali.

La giurisprudenza ha 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 liquidatorie 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, di fatto precludendone l'apprensione alla curatela fallimentare.

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 se non esclude il ricorso a strumenti che garantiscano la sopravvivenza dell'impresa) e del suo controllo da parte dei creditori”*⁴².

GLI EFFETTI DEL FALLIMENTO

Gli effetti del sopravvenuto fallimento: trust originariamente lecito

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

Le disposizioni della legge fallimentare prevalgono (almeno) nelle ipotesi in cui tutti 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 disponente⁴³, i quali, peraltro, risultano già segregati per volontà del

42 Così, Tribunale di Milano 27.7.2009 che, precisa, infine, come 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.

43 Il fallimento, a partire dalla sentenza dichiarativa sottrae i beni al debitore affidandoli al curatore fallimentare, attua

disponente e non aggredibili dai suoi creditori.

Se prevalessero le disposizioni sul trust, la liquidazione concorsuale non potrebbe avere luogo per alcun bene e il curatore, in rappresentanza di beneficiari (i creditori) dovrebbe limitarsi a chiedere al *trustee* di far luogo al rendiconto di gestione o, tutt'al più, 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.

E' evidente, allora, che una soluzione volta a conservare gli effetti del trust è incompatibile con la liquidazione concorsuale. La dichiarazione di fallimento impedisce, dunque, che la gestione e liquidazione 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 concorsuale 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 beni⁴⁴, il controllo dell'esito delle 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 legge fallimentare (e nella convenzione dell'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 compatibile con la liquidazione fallimentare (artt. 76, 77 e soprattutto art. 78 l.f.).

Gli effetti del sopravvenuto fallimento: trust originariamente illecito

una segregazione del patrimonio del fallito, nel senso che quel patrimonio è finalizzato al soddisfacimento dei creditori concorsuali (cioè, quelli sorti anteriormente all'inizio del fallimento). Il fallimento, quindi, costituisce un esempio di segregazione legale, indipendente dalla volontà delle parti.

⁴⁴ Si pensi al programma di liquidazione *ex art. 104-ter* l.f.

Del tutto incompatibile con il combinato disposto degli artt. 13, 15 lett. c) ed e) conv. l'Aja è, invece, il trust che venga disposto nel momento in cui l'impresa era già insolvente.

In questo caso non ci si trova di fronte a un atto negoziale originariamente lecito che si scioglie per incompatibilità con la liquidazione concorsuale, ma a fronte di un atto che era illecito sin dall'origine⁴⁵ e, quindi, non riconoscibile *ex art. 11 conv.*, in quanto elusivo della disciplina fallimentare dello Stato in cui viene posto in essere.

Il trust non ha, dunque, lo scopo di proteggere i beneficiari (i creditori), ma proprio l'opposta finalità di danneggiarli, sottraendo loro l'intera garanzia patrimoniale.

Il dichiarato scopo di protezione costituisce un abusivo utilizzo del trust per sottrarre il disponente alla legislazione concorsuale italiana o, comunque, un atto negoziale in frode alla legge *ex art. 1344 c.c.*, il quale mira a realizzare effetti ripugnanti per l'ordinamento quali la sottrazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente ai creditori.

L'atto istitutivo è, pertanto, nullo⁴⁶ (e conseguentemente non determina alcun effetto segregativo), perché ragionando diversamente, si consentirebbe all'imprenditore insolvente, che intenda evitare il fallimento e lo spossessamento, di conferire tutti i propri beni in trust, rendendo i beni non aggredibili né dai suoi creditori, né da quelli del *trustee*.

[[Avv. FRANCESCO TEDIOLI](#)]

⁴⁵ 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.

⁴⁶In quanto in frode alla legge.