

Studio n. 161-2011/I

Note sul trust istituito da imprese in crisi (in funzione liquidatoria)

Approvato dalla Commissione studi d'impresa il 1° marzo 2012

Sommario: 1. Introduzione e delimitazione del campo dell'indagine; 2. Caratteristiche dei trust istituiti da imprese in crisi; 3. La compatibilità con l'ordinamento interno. I precedenti giurisprudenziali; 4. La posizione dei creditori; 5. Clausole di salvaguardia: osservazioni critiche e suggerimenti operativi; 6. Posizione del notaio; 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione e delimitazione del campo dell'indagine

Di trust, com'è noto, si inizia a parlare in Italia a seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja del 1985 sulla legge applicabile ai trusts e al loro riconoscimento, avvenuta con l. 16 ottobre 1989, n. 364 entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

Si riscontra una prima fase di studi e di decisioni giurisprudenziali aventi a oggetto la compatibilità dell'istituto in sé considerato con il nostro ordinamento, preceduti peraltro da studi risalenti ⁽¹⁾, cui seguono, a partire dalla fine degli anni '90, una cospicua letteratura, che ha reso l'Italia il paese di *civil law* più prolifico in materia di studi sul trust (anche per merito della classe notarile, impegnata in prima linea nell'applicazione dell'istituto), e una copiosa giurisprudenza, costituita da oltre un centinaio di provvedimenti, al netto delle pronunce in materia tributaria, anch'esse numerose ⁽²⁾.

Tutto questo nasce, va precisato, a seguito della prospettazione della tesi secondo cui è ammissibile nell'ordinamento italiano il trust c.d. interno, intendendosi per tale, com'è noto, il trust che è fonte di un rapporto giuridico i cui “elementi significativi” (per tali dovendosi intendere sia - com'è pacifico - il luogo in cui i beni sono ubicati e quello in cui lo scopo del trust deve essere perseguito, sia – come parrebbe affermare la tesi prevalente - la cittadinanza e residenza del disponente e dei beneficiari) sono localizzati all'interno del nostro ordinamento e i cui unici

elementi di internazionalità sono quindi costituiti: a) indefettibilmente, dalla legge regolatrice del trust (essendo quest'ultima – per definizione – una legge straniera); b) eventualmente, anche dal luogo di amministrazione del trust e da quello di residenza abituale del trustee ⁽³⁾.

La giurisprudenza, in verità, si è poche volte pronunciata *ex professo* in materia di ammissibilità del trust interno. Quando lo ha fatto ha prevalentemente dato risposta positiva, più raramente ne ha negato l'ammissibilità, talvolta con argomentazioni fantasiose ⁽⁴⁾. E' tuttora assente una pronuncia della Corte di Cassazione sul tema, non potendo essere considerate tali né quelle della Cassazione penale ⁽⁵⁾, in quanto chiamate a pronunciarsi non sul trust interno ma sulla legittimità del sequestro preventivo di beni in trust, né quella della Cassazione civile del 2008 ⁽⁶⁾, in quanto avente a oggetto una vicenda relativa a un trust non interno.

La giurisprudenza degli ultimi anni, in definitiva, nonostante l'assenza, appunto, di una pronuncia della Suprema Corte, decide in materia di trust interno dandone per scontata la legittimità.

Le questioni che i giudici si trovano negli ultimi tempi ad affrontare sono invece, sempre più spesso, relative al “funzionamento” e agli effetti del trust. E intervengono con particolare rigore di fronte a fattispecie di uso scorretto del trust, come testimoniano i vari provvedimenti che, come vedremo, di fronte a trust palesemente istituiti in danno dei creditori, ne hanno dichiarato la nullità o l'inefficacia o hanno disposto il sequestro conservativo dei beni trasferiti al trustee. Tale giurisprudenza è indice della necessità di un approccio prudente e avveduto ai problemi posti dall'istituto.

Non v'è dubbio, inoltre, che un ruolo fondamentale nello sviluppo della possibilità applicative del trust interno, è stato svolto anche dalla prassi professionale, che ha “accompagnato” la giurisprudenza, diffondendo il trust sotto il profilo culturale e contribuendo grandemente a renderlo un istituto ormai socialmente accettato (se non socialmente tipico), idoneo a tutelare interessi di rilevanza anche costituzionale, quali la famiglia e i figli ⁽⁷⁾.

Tanto ciò è vero che il legislatore non ha potuto non prendere atto dell'esigenza di dotarsi di un istituto, se non identico, del tutto simile al trust ⁽⁸⁾.

L'indagine oggetto del presente contributo, che - è bene avvertire subito - non ambisce a porsi come riflessione organica e complessiva, ha per oggetto il tema dei rapporti tra trust c.d. interno e diritto delle imprese in crisi, con specifica limitazione al trust istituito da parte di imprese in stato di crisi nella fase antecedente all'eventuale richiesta di ammissione a una qualsiasi procedura concorsuale o all'utilizzo degli strumenti negoziali messi a disposizione dalla legge

fallimentare. Ciò in ragione del fatto che tale utilizzo del trust è quello che, negli ultimi tempi, ha dato luogo a un vivace dibattito dottrinale e a vari arresti della giurisprudenza onoraria.

Diverso (e interessante), settore di indagine, che tuttavia non sarà oggetto di analisi, riguarda il trust istituito *nel contesto* di procedure concorsuali o a fianco di uno degli strumenti negoziali messi a disposizione dalla legge fallimentare, quale strumento volto ad accelerare la chiusura della procedura o a consentirne uno svolgimento maggiormente efficiente ⁽⁹⁾.

La finalità dell'indagine è duplice: fornire elementi conoscitivi della prassi professionale e giurisprudenziale in materia; evidenziare taluni profili problematici, da considerare quali premesse per successivi approfondimenti.

Nel prosieguo del discorso si considererà acquisita l'ammissibilità del trust interno ⁽¹⁰⁾, anche nella struttura c.d. autodichiarata ⁽¹¹⁾.

2. Caratteristiche dei trust istituiti da imprese in crisi

La lettura dei precedenti giurisprudenziali mostra una notevole varietà di struttura e contenuto di tali atti istitutivi di trust.

Non potendo dare conto, in questa sede, del contenuto dettagliato di tali atti, ci limitiamo a segnalare che:

- a) siffatti trust sono istituiti da società in situazione di crisi (più o meno "conclamata");
- b) si riscontrano sia trust autodichiarati, in cui la figura del disponente è ricoperta, per l'appunto, dall'impresa (società o imprenditore individuale) sia trust con trasferimento di beni (financo l'intera azienda) a un trustee (in taluni casi l'ufficio di trustee risulta ricoperto da un amministratore della società);
- c) quando si tratta di trust istituiti da società, in alcuni casi essa si trova già in stato di liquidazione ovvero delibera il proprio scioglimento e messa in liquidazione immediatamente dopo l'istituzione del trust;
- d) il trust è strutturato come trust con beneficiari ovvero come trust "di scopo" ⁽¹²⁾;
- e) nel caso di trust con beneficiari, essi vengono individuati (primariamente) nei creditori dell'impresa ⁽¹³⁾;
- f) al trustee è, di regola, attribuito il potere-dovere di liquidare i beni trasferitigli al fine di soddisfare, con il ricavato, i creditori dell'impresa;
- g) è prevista la figura del guardiano ⁽¹⁴⁾;
- h) la durata del trust è, alternativamente, stabilita in termine fisso (es. 5 o 6 anni) ovvero nell'avvenuta realizzazione dello scopo quando si tratta di trust configurato come "di scopo",

ovvero fino a quando il trustee e il guardiano dichiarino concordemente che lo scopo del trust non è realizzabile o non lo è ulteriormente.

3. La compatibilità con l'ordinamento interno. I precedenti giurisprudenziali

I problemi posti da tale tipologia di trust traggono origine dalla presenza, nella Convenzione, delle norme di cui agli artt. 15, 16 e 18, secondo cui un trust non può derogare, rispettivamente, alle norme inderogabili dell'ordinamento in cui esso si trova a operare, alle norme di applicazione necessaria e all'ordine pubblico.

L'operatore giuridico deve quindi porsi il problema della compatibilità del trust (e delle sue singole clausole) con le regole e i principi propri dell'ordinamento interno, che sarà certamente pronto a reagire, come dimostra, per l'appunto (ma non senza sottrarsi a riflessioni critiche, come vedremo), l'esperienza giurisprudenziale relativa ai trust istituiti da imprese in crisi, in caso di loro violazione ⁽¹⁵⁾.

Tanto premesso, un primo nodo problematico riguarda l'ammissibilità dell'istituzione di patrimoni separati da parte di società al di fuori dei casi previsti dalla legge.

L'istituzione di un trust da parte di una società desta infatti talune perplessità, legate alla circostanza che il codice civile, con la riforma del 2003, ha espressamente previsto – per le sole s.p.a. – la facoltà di separare parte del patrimonio attraverso l'istituzione di un patrimonio destinato (artt. 2447-*bis* ss. c.c.).

Questa scelta legislativa potrebbe interpretarsi quale unica modalità lecita di separazione patrimoniale da parte di società, con conseguente impossibilità di istituire il trust.

Le norme in materia di patrimoni destinati costituirebbero pertanto altrettante norme imperative, impeditive alla stipulazione del trust.

Una possibile obiezione a tale ragionamento è che l'ordinamento imporrebbe la forma della società di capitali quale modello di separazione patrimoniale, con conseguente limitazione della responsabilità, solo laddove si intenda svolgere attività di impresa. E soltanto in tale prospettiva avrebbe previsto quale forma di limitazione di responsabilità "endosocietaria" la costituzione di patrimoni destinati (la prevalente lettura della *ratio* dell'introduzione delle norme in materia di patrimoni destinati è, infatti, quella di consentire alle s.p.a. il risparmio dei costi nascenti dalla costituzione di una nuova società).

Ne dovrebbe conseguire che, laddove la società si trovi in situazione di crisi o, comunque, non intenda più svolgere attività d'impresa, l'istituzione del trust sarebbe lecita, perché non

finalizzato allo svolgimento di attività d'impresa ma di attività in senso lato "liquidatoria" o "solutoria".

L'argomento sembra però essere "reversibile": si potrebbe infatti sostenere che la legge ha consentito alle società di utilizzare la destinazione patrimoniale solo quando si tratta di s.p.a., solo quando si tratta di "affari" e solo nella forma *ex artt. 2447-bis ss. c.c.* Pertanto il trust non sarebbe ammissibile *tout court*.

Si potrebbe ulteriormente sostenere che, ammessa l'istituzione di un trust da parte di società di capitali, e ammesso che l'istituto dei patrimoni destinati non debba essere interpretato quale "filtro" che impedisca l'istituzione di un qualunque trust da parte di una s.p.a., alcune delle specifiche norme che lo disciplinano e, più precisamente, quelle da ritenersi inderogabili, debbano essere rispettate, in applicazione dell'art. 15 Conv. In altri termini l'atto istitutivo del trust non potrebbe contenere clausole in conflitto con le norme imperative in materia di patrimoni destinati ⁽¹⁶⁾.

Un secondo nodo problematico generale riguarda la compatibilità tra trust e norme sulla liquidazione della società.

Occorre chiedersi, in altri termini, se una società possa, anziché procedere al suo scioglimento e messa in liquidazione, istituire un trust avente la medesima finalità (un trust "liquidatorio", quindi) ovvero il trust possa essere istituito dalla società quando essa si trova già in stato di liquidazione ⁽¹⁷⁾.

Sia la giurisprudenza più recente ⁽¹⁸⁾ che la dottrina ⁽¹⁹⁾ sollevano perplessità, in quanto lo scopo del trust si andrebbe interamente a sovrapporre a quello della società disponente, al cui raggiungimento sono obbligati sostanzialmente i liquidatori ⁽²⁰⁾.

Osserva in particolare la giurisprudenza:

- che destinare il patrimonio sociale al soddisfacimento dei creditori è la medesima finalità cui è destinato il patrimonio in forza delle disposizioni interne sulla liquidazione;
- che il trust non serve a evitare la "dispersione" dei beni, perché tale obbligo esiste anche a carico del liquidatore;
- che l'alienazione dei beni da parte del trustee è anch'essa attività tipica del liquidatore.

Tutt'al più, afferma il tribunale, potrebbe rinvenirsi una qualche utilità al trust nella misura in cui esso serva a proteggere il patrimonio da iniziative cautelari ed esecutive dei singoli creditori in vista di trattative di "salvataggio" dell'impresa (concordati, accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e simili ⁽²¹⁾).

Aggiunge il tribunale che, poiché oggetto di trust è l'intera azienda, l'effetto protettivo non si produce, atteso che, ai sensi dell'art. 2560, comma 2, c.c, il cessionario dell'azienda - il trustee - risponderà dei debiti risultanti dai libri contabili obbligatori, per cui qualunque creditore potrà agire nei confronti del trustee ⁽²²⁾.

Appare evidente, conclude il tribunale, che siffatto trust non fornisce alcun valore aggiunto rispetto all'ordinaria liquidazione, se non sgravare il liquidatore dai compiti a esso imposti dalla legge e di assegnare al liquidatore stesso la posizione di trustee, la quale, pur comportando significativa responsabilità in base all'atto istitutivo e alla legge regolatrice gli conferisce anche un diritto al compenso pattuito con il disponente, che può essere prelevato direttamente dai beni in trust ⁽²³⁾. E per tale ragione non appare meritevole di tutela in quanto privo di programma negoziale (causa in concreto), con conseguente sua nullità.

Se quelle sopra brevemente esaminate sono possibili obiezioni di carattere generale all'ammissibilità di tali trust, ancor più delicata è la questione con riguardo all'eventualità che il trust venga istituito da parte di una società che si trova in stato di crisi.

Ammesso infatti che sia possibile individuare argomenti idonei a superare le obiezioni di carattere generale, rispetto al trust istituito da impresa in crisi l'esame di compatibilità va fatto con riferimento alle norme dell'ordinamento interno in tema di liquidazione concorsuale (si ritengano esse norme imperative ex art. 15 Conv.; ovvero, come più probabile, di applicazione necessaria ex art. 16 Conv.; ovvero ancora di ordine pubblico ex art. 18 Conv.).

Il tribunale di Milano, in una serie di provvedimenti, emessi nel 2009, considera astrattamente lecito il trust istituito da una società in liquidazione.

In tali decisioni si è ritenuto di individuare una distinzione tra il trust istituito nel momento in cui l'impresa disponente è già insolvente, da ritenersi radicalmente nullo *ab origine* in quanto diretto a eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale, in violazione degli artt. 13 e 15 Conv.; e il trust istituito quando l'impresa non è insolvente, rispetto al quale la successiva dichiarazione di fallimento della stessa si configurerebbe come causa sopravvenuta di "scioglimento" del trust, analogamente a quelle ipotesi negoziali la cui prosecuzione è incompatibile con la dichiarazione di fallimento ⁽²⁴⁾.

In senso analogo si è pronunciato il tribunale di Mantova ⁽²⁵⁾, secondo cui l'unica strada per "salvare" dalla nullità siffatto trust è inserire nell'atto istitutivo una clausola che ne limiti l'operatività in caso di insolvenza, prevedendo la restituzione dei beni in trust agli organi della procedura concorsuale.

4. La posizione dei creditori

Tutti i provvedimenti segnalati nel presente contributo hanno esaminato il trust sotto il profilo della sua compatibilità con le norme in materia di liquidazione concorsuale, concludendo, come detto, nel senso dell'incompatibilità.

Alcune osservazioni su questo specifico profilo verranno svolte più avanti.

Per il momento si osserva come nessuno dei suddetti provvedimenti giudiziari (salvo uno di cui si darà conto più avanti) né, tantomeno, le difese, abbiano considerato la posizione dei creditori.

Sia che i trust in oggetto si configurino come trust con beneficiari, sia che si configurino come trust di scopo, occorre infatti chiedersi quale sia la posizione dei creditori rispetto al momento perfezionativo della fattispecie.

In particolare, nel caso di trust che preveda i creditori quali beneficiari, occorre chiedersi se:

a) occorra il consenso dei (tutti) i creditori affinché si perfezioni la fattispecie e si produca l'effetto di separazione patrimoniale,

oppure

b) i creditori (tutti) acquistino *ipso iure* la posizione beneficiaria (salvo rifiuto) e pertanto il trust si perfezioni a prescindere dal loro consenso ⁽²⁶⁾.

Sembra evidente che, se si accede alla tesi sub a), la quale postula la natura contrattuale di siffatti trust, il creditore (beneficiario) potrà ben eccepire, appunto, il mancato perfezionamento della fattispecie e agire in giudizio, sia richiedendo provvedimenti cautelari aventi a oggetto i beni in trust; sia proponendo un'azione di accertamento dell'inefficacia del trust.

La tesi sub b), tuttavia, appare ampiamente diffusa. Parrebbe esservi sostanziale concordia ⁽²⁷⁾ infatti, nel ritenere che il beneficiario sia estraneo all'atto istitutivo di trust e acquisisca *ipso iure*, salvo rifiuto, la posizione beneficiaria (sembrerebbe ben riflettere tale concezione il fatto che nella prassi il beneficiario, a differenza del trustee, normalmente non presenzi alla costituzione del trust). Ciò non pare, comunque, dover suscitare soverchie perplessità, ove si consideri che la dinamica dell'acquisto *ipso iure* da parte di un soggetto estraneo al negozio, salva sua accettazione (che consolida l'acquisto) ovvero rinuncia (che importa perdita di quanto acquistato) appare analoga a quella che, nel diritto interno, si verifica in altri istituti, come il contratto a favore di terzo (cfr. art. 1411, comma 2, c.c.) e il legato (cfr. art. 649 c.c.).

Pur ammettendo che la fattispecie istitutiva si perfezioni a prescindere dall'accettazione dei beneficiari, non v'è però chi non veda come i beneficiari (uno, più, persino tutti) possano rifiutare la posizione beneficiaria stessa, non potendo certo il trust essere loro "imposto" dal debitore ⁽²⁸⁾.

Né i beneficiari - mi sembra - possono rimanere all'oscuro dell'avvenuta istituzione del trust, poiché secondo la giurisprudenza (straniera, tuttavia) il trustee è tenuto a informare i beneficiari dell'esistenza del trust e della loro posizione ⁽²⁹⁾.

Analogo interrogativo si pone anche se il trust viene configurato come "di scopo" (pur permanendo qualche dubbio in merito all'effettiva possibilità di ravvisare - in siffatti trust - tale distinzione ⁽³⁰⁾).

Prescindendo dall'ipotesi in cui il trust sia tacciabile di nullità per violazione di norme imperative, la questione delle conseguenze del rifiuto dei creditori beneficiari (finanche di uno solo di essi) non è ancora giunta all'esame della giurisprudenza ⁽³¹⁾.

Ritengo si possa concludere nel senso che il creditore che rifiuti la posizione beneficiaria potrà, in primo luogo, ottenere provvedimenti cautelari aventi a oggetto i beni in trust ⁽³²⁾; in secondo luogo, agire per rimuovere gli effetti del trust nei suoi confronti. E ciò potrà fare mediante proposizione dell'azione revocatoria ordinaria ⁽³³⁾ (avente a oggetto gli atti traslativi dei beni al trustee ovvero la dichiarazione unilaterale di trust nel caso di trust autodichiarato, anch'essa costituente, a tali fini, atto di disposizione), qualora acceda alla tesi sub b) ovvero mediante proposizione di un'azione di accertamento del mancato perfezionamento della fattispecie (e, quindi, dell'inefficacia del trust e degli atti traslativi dei beni al trustee a esso conseguenti ovvero della dichiarazione unilaterale di trust nel caso di trust autodichiarato) qualora acceda alla tesi sub a).

Sembra invece difficile ritenere che il rifiuto determini l'inefficacia *automatica* dell'intero trust, sì che il creditore possa, pur in assenza di una sentenza di accertamento dell'inopponibilità del trust nei suoi confronti, aggredire i beni in trust come se non fossero mai usciti dal patrimonio del proprio debitore ⁽³⁴⁾.

5. Clausole di salvaguardia: osservazioni critiche e suggerimenti operativi

5.1 Si è segnalato, nei paragrafi precedenti, l'orientamento giurisprudenziale che, da un lato, considera nullo il trust istituito a vantaggio dei creditori da parte di una società insolvente e, dall'altro, considera il sopravvenuto fallimento quale causa di "scioglimento" del trust, qualora esso sia stato istituito in un momento in cui la società non era insolvente.

Il più recente provvedimento, le cui indicazioni sono seguite, secondo quanto si è avuto modo di constatare, anche dalla prassi professionale, afferma che un trust istituito da un'impresa *già insolvente*, per evitare di essere colpito dalla sanzione di nullità, deve contenere «clausole che ne limitino l'operatività in caso di insolvenza conclamata» prevedendo la restituzione dei beni in

trust agli organi della procedura concorsuale ⁽³⁵⁾. Se ne deduce, pertanto, che in mancanza di tali clausole siffatti trust devono ritenersi affetti da nullità.

Tale ragionamento non si sottrae ad alcuni rilievi critici.

Se l'impresa disponente è *già insolvente*, infatti, l'inserimento nell'atto di una clausola che ne limiti l'operatività ... in caso di insolvenza, pare del tutto inutile, perché il fatto dedotto nella clausola (l'insolvenza appunto) è già in essere al momento dell'istituzione del trust. Un siffatto trust, in definitiva, nascerebbe ... morto, perché l'insolvenza dell'impresa disponente ne precluderebbe fin dall'origine l'operatività.

La presenza della clausola al vaglio, in definitiva, non pare possa conferire validità a una fattispecie (in ipotesi) viziata sotto il profilo genetico.

Infatti, delle due l'una: o il trust è nullo per violazione di norme imperative, e allora la presenza della clausola non sarà certo strumento idoneo a conferirgli una validità che esso intrinsecamente non possiede; oppure è valido, e il verificarsi dell'evento dedotto nella clausola inciderà, a tutto concedere, sulla durata del trust.

Un autore ha osservato che il discrimine tra trust validi e trust non validi non può essere costituito dalla reversibilità della crisi ⁽³⁶⁾. Se così fosse, si afferma, innumerevoli "convenzioni di salvataggio" dovrebbero, allo stesso modo, essere dichiarate invalide ⁽³⁷⁾.

Con particolare riguardo al trust, continua l'autore, la questione risiede invece nel verificare se, *in concreto*, esso persegua finalità meritevoli di tutela ⁽³⁸⁾ altrimenti, prosegue tale autore, si avrebbe una palese disparità di trattamento tra l'atto traslativo di beni al trustee (o la dichiarazione unilaterale di trust) e altre fattispecie che abbiano come effetto quello di sottrarre beni alla liquidazione concorsuale, rispetto alle quali il curatore, salva l'esistenza di vizi genetici che rendano l'atto nullo, potrà esercitare solo l'azione revocatoria. A ritenere il contrario si dovrebbe altrimenti concludere nel senso che, in presenza di una situazione di crisi tale da rendere ineludibile la presentazione di un'istanza di fallimento in proprio da parte dell'imprenditore, nessun atto sia da egli stipulabile in quanto incompatibile con la liquidazione concorsuale.

I limiti di questo lavoro non consentono di approfondire adeguatamente tale profilo, che riguarda, più in particolare, il rapporto tra soluzioni negoziali della crisi d'impresa e norme imperative in materia di procedure concorsuali (intese in senso lato) ⁽³⁹⁾.

L'orientamento giurisprudenziale al vaglio, comunque, pur non sottraendosi, come appena visto, a rilievi critici, non può essere disconosciuto dalla prassi professionale e, primariamente dal notaio chiamato a ricevere siffatti atti di trust, tanto più che il compito di individuare il discrimine tra lo stato di crisi e l'insolvenza non può essere certo affidato al notaio stipulante.

Qualora, comunque, si ritenga di inserire la clausola in oggetto nell'atto istitutivo, l'evento in essa dedotto determinerà la "cessazione" del trust. Sul piano del contenuto, a causa delle importanti conseguenze che ne discendono, tale evento dovrà essere ben individuato. Potrà ad esempio ritenersi che il trust cessi solo a seguito dell'avvenuta dichiarazione di fallimento dell'impresa, ciò che darebbe un punto di riferimento oggettivo, ovvero che cessi anche prima, ad esempio nel momento in cui l'impresa decida di assoggettarsi a una qualsiasi procedura concorsuale giudiziale salvo, anche in questo caso, ben definire cosa si intenda con tale espressione ⁽⁴⁰⁾.

Sul piano degli effetti prodotti da siffatta clausola è opportuno chiarire cosa si intende per "cessazione" del trust.

La cessazione del trust, che è concetto diverso dalla "risoluzione", fa sorgere, a carico del trustee, l'obbligo di trasferire i beni ai beneficiari finali. Tuttavia, nel caso in esame, il beneficiari del trust sono soggetti (i creditori) che hanno solo il diritto di pretendere che il trust attribuisca loro il ricavato della liquidazione dei beni in trust ma non certo i beni stessi, anche perchè tale trasferimento non sarebbe coerente con la funzione propria di siffatti trust.

Nel caso di cessazione del trust (anticipata per effetto del verificarsi dell'evento dedotto come causa di cessazione del medesimo) può allora ritenersi che i beni in trust (il trust fund) debbano essere ritrasferiti all'impresa disponente nel caso di trust con trasferimento di beni al trustee ⁽⁴¹⁾, mentre, nel caso di trust autodichiarato, si avrà la mera cessazione del vincolo che affetta i beni, senza necessità di alcun ritrasferimento.

Altra questione è se a tale atto debbano o meno partecipare i creditori, il cui ruolo in relazione ai trust al vaglio, come si è visto, è controverso.

Ammettendo che la fattispecie istitutiva si perfezioni a prescindere dall'accettazione dei beneficiari e ipotizzando che nei casi in esame il trust si sia perfezionato o perché i creditori (beneficiari) non hanno espresso alcun rifiuto ovvero perché l'atto è stato a essi comunicato, la clausola che individua uno specifico evento quale causa di cessazione del trust è da ritenersi vincolante per costoro nel momento in cui essi hanno manifestato, anche implicitamente, la loro volontà di conseguire la posizione beneficiaria.

Per tale ragione i beneficiari non possono dolersi dell'avvenuta cessazione del trust (salvo, beninteso, che essa sia avvenuta in mancanza dei relativi presupposti) e, pertanto, non devono partecipare alla stipula.

Un'osservazione conclusiva riguarda le modalità esecutive della pubblicità, qualora siffatti trust abbiano a oggetto beni immobili, distinguendo tra trust "traslativo" e trust "autodichiarato".

Nel primo caso la formalità pubblicitaria consisterà nella trascrizione da eseguirsi "contro" il trustee e "a favore" dell'impresa disponente. Nel secondo caso occorrerà pubblicizzare la mera cessazione del vincolo, da eseguirsi con l'annotazione.

A tal fine tornano utili le riflessioni condotte con riferimento alla figura del negozio di destinazione ex art. 2645-ter, c.c.

Vi è chi afferma ⁽⁴²⁾ che la cessazione del vincolo debba essere effettuata, appunto, mediante annotazione a margine della trascrizione del negozio e chi ritiene invece possibile la cancellazione di detta trascrizione ⁽⁴³⁾.

Pare preferibile la tesi per cui la pubblicità debba essere effettuata mediante annotazione a margine della trascrizione del negozio (nel nostro caso dell'atto dichiarativo di trust, trascritto soltanto "contro" il disponente), così come accade per l'avveramento della condizione risolutiva ⁽⁴⁴⁾.

Non pare possibile infatti applicare estensivamente l'art. 2668 c.c., poiché le ipotesi di cancellazione della trascrizione in esso previste non sembrano assimilabili alla cessazione del negozio di destinazione (e quindi del trust).

5.2 Se il trust, invece, non contiene alcuna clausola di salvaguardia, il sopravvenuto fallimento dell'impresa disponente (immaginando che essa abbia istituito il trust quando non era insolvente ma solo in crisi) secondo la giurisprudenza determina lo "scioglimento" del trust, in applicazione analogica delle norme della legge fallimentare che disciplinano lo scioglimento del mandato.

Tale ragionamento non convince.

Al di là delle differenze sostanziali esistenti tra trust e mandato ⁽⁴⁵⁾, questa giurisprudenza non tiene conto del fatto che, a seguito dell'istituzione del trust il disponente, cioè il fallito, non svolge più alcun ruolo, essendo il trust un rapporto giuridico che lega il trustee ai beneficiari. E' pacifico, infatti che le obbligazioni del trustee devono essere adempiute nei confronti dei beneficiari e non del disponente. Non si vede pertanto come possa il curatore fallimentare "sciogliersi" da un rapporto giuridico del quale non è (più) parte.

Sembra invece molto più fondato ritenere che, anche in questo caso, la tipologia di azioni giudiziarie che il curatore potrà esercitare sarà legata alla tesi che riterrà di seguire in merito alla natura e agli effetti del trust.

E così, se il curatore riterrà che siffatto trust sia radicalmente nullo, proporrà un'azione di accertamento della nullità; se riterrà che il sopravvenuto fallimento del disponente determini l'impossibilità sopravvenuta per il trustee di dare corso all'attività prevista nell'atto istitutivo del

trust, proporrà un'azione volta a fare dichiarare l'inefficacia del trust medesimo; se riterrà la fattispecie non perfezionata per mancata adesione dei creditori proporrà, ancora una volta, un'azione volta a fare dichiarare l'inefficacia del trust; infine, se riterrà il trust perfezionato [seguendo la tesi esposta sub b) nel precedente paragrafo] proporrà l'azione revocatoria, fallimentare o ordinaria ⁽⁴⁶⁾.

Un autore ⁽⁴⁷⁾, infine, ha affermato, quale ulteriore soluzione, che l'intervenuta dichiarazione di fallimento "trasformi" per così dire, il trust in questione in bare trust (trust c.d. nudo) ⁽⁴⁸⁾ in favore dello stesso disponente. In sostanza la dichiarazione di fallimento del disponente facendo venire meno la ragione che a suo tempo giustificò l'istituzione del trust fungerebbe da fatto estintivo del trust stesso, il cui trustee (sia egli un terzo, sia egli lo stesso disponente) diverrebbe appunto un bare trustee (o trustee "nudo").

Il curatore fallimentare, in questo caso, ben potrebbe, alternativamente, richiedere al trustee la riconsegna dei beni in trust alla massa fallimentare, con conseguente estinzione del trust, ovvero lasciare in essere il trust, il cui trustee, in ragione di quanto sopra esposto, sarà soggetto alle direttive del curatore stesso.

La soluzione non convince appieno, perché non si vede come possa il trust negoziale a suo tempo istituito dal disponente "trasformarsi" in trust nudo, con conseguente obbligo restitutorio del trustee, in assenza di una sentenza che accerti, appunto, tale obbligo restitutorio del trustee quale conseguenza dell'invalidità, dell'inefficacia o della sopravvenuta impossibilità di detto trust di fonte negoziale. Non pare, infatti, che tale sentenza possa essere quella che dichiara il fallimento ⁽⁴⁹⁾.

6. Posizione del notaio

L'*excursus* fin qui svolto consente, infine, di svolgere alcune conclusive riflessioni sulla posizione del notaio chiamato a ricevere siffatti trust.

Un primo profilo concerne la responsabilità disciplinare del notaio laddove si consolidi l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il trust istituito da un'impresa in crisi e radicalmente nullo per violazione di norme imperative. Pare pacifico che, in questo caso, il notaio incorra nella responsabilità ex art. 28 della l. not. ⁽⁵⁰⁾.

Un secondo profilo, di grande rilievo, concerne la responsabilità penale.

Le fattispecie venute all'attenzione della giurisprudenza sono infatti caratterizzate dal trasferimento in favore del trustee dell'intera azienda sociale, comprensiva, pertanto di tutti i rapporti giuridici attivi e passivi.

Nell'ipotesi in cui il trasferimento venga posto in essere da un'impresa già insolvente è alto il rischio che l'effettive operazioni possano condurre a un'incriminazione per reati di bancarotta ⁽⁵¹⁾ (fraudolenta o semplice). Ciò in particolare nei casi in cui all'istituzione del trust faccia seguito il fallimento e, nel frattempo, il programma predisposto nell'atto istitutivo di trust non sia stato per nulla realizzato (come accaduto in alcuni dei casi venuti all'attenzione della giurisprudenza) ovvero beni in trust siano stati utilizzati per finalità estranee rispetto all'obiettivo primario, costituito dalla loro liquidazione al fine del soddisfacimento delle ragioni creditorie.

In altri termini, istituire un trust apportandovi l'intera azienda, senza procedere ad alcuna attività liquidatoria e anzi, come accaduto in taluni casi, successivamente cancellando la società dal registro delle imprese, anziché favorire l'eliminazione della crisi la aggrava, perché il patrimonio dell'imprenditore viene distratto dalla sua destinazione al soddisfacimento delle ragioni creditorie.

In altri termini, non può escludersi che l'operazione, se pure a un primo esame non appare lesiva della *par condicio creditorum* (si mette infatti a disposizione di tutti i creditori quello che si ha, senza favoritismi e senza occultare alcunché), in concreto aggravi lo stato di dissesto, con eventuali riflessi penali in caso di fallimento.

Emerge, allora, l'eventualità del concorso del professionista nel reato fallimentare commesso dall'imprenditore ⁽⁵²⁾, ciò che rende consigliabile l'estrema cautela nel ricevere siffatti atti istitutivi di trust.

Laddove, poi, tra i creditori danneggiati sia compresa l'Amministrazione Finanziaria, l'eventuale concorso potrà riguardare il reato di sottrazione fraudolenta di beni al pagamento delle imposte, punito dall'art. 11 del d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74 ⁽⁵³⁾.

7. Considerazioni conclusive

Le considerazioni svolte mostrano come il trust sia istituito da maneggiare con estrema delicatezza.

I precedenti giurisprudenziali non aiutano, almeno per ora, a comporre un quadro applicativo dell'istituto, nella fase anteriore alla richiesta, da parte dell'impresa disponente, di ammissione a una qualsiasi procedura concorsuale o all'utilizzo degli strumenti negoziali messi a disposizione dalla legge fallimentare, che metta l'operatore professionale, e il notaio in particolare, al riparo da rischi.

Non v'è dubbio, tuttavia, che di tale istituto possa farsi un uso virtuoso, laddove esso venga collegato nel contesto di uno dei nuovi istituti previsti dalla legge fallimentare (piani attestati ex

art. 67, comma 3, lettera "d", l. fall.; accordi di ristrutturazione ex artt. 67, comma 3, lettera "e" e 182-*bis*, l. fall.; concordati preventivi ex artt. 67, comma 3, lettera "e" e 160 ss., l. fall.): l'esenzione da revocatoria accordata dalla nuova legge a quanto venga posto in essere dal debitore in tale contesto, infatti, vale anche a escludere il rilievo penale di tali condotte in caso di successiva declaratoria di fallimento ⁽⁵⁴⁾.

Con riferimento all'accordo di ristrutturazione dei debiti, ad esempio il trust può servire a disattivare le azioni esecutive per un tempo superiore a quello previsto dall'art. 182-*bis*, l. fall. ⁽⁵⁵⁾ mentre, nel caso di ricorso al concordato preventivo c.d. misto ⁽⁵⁶⁾, il trust può servire a separare i beni dei terzi messi a disposizione del debitore. E' tuttora discusso, infatti, se tali beni rimangano vincolati alla procedura oppure se gli eventuali creditori dei terzi possano agire esecutivamente sui tali beni oppure esercitare avverso l'atto dispositivo dei beni medesimi l'azione revocatoria ⁽⁵⁷⁾.

Daniele Muritano

-
- 1) Cfr. ad es. Franceschelli, Il «trust» nel diritto inglese, Padova, 1935; Libonati, Holding e investment trust, Milano, 1969.
 - 2) Cfr. La giurisprudenza italiana sui trusts, Quaderni della rivista Trusts e attività fiduciarie, Milano, 2011.
 - 3) L'espressione "trust interno" si deve a Lupoi (cfr. Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985, in Vita not., 1992, 976; Introduzione ai trusts, Milano, 1994, 148 ss; Trusts, Milano, 2001, 536).
 - 4) Hanno esaminato *funditus* il problema dell'ammissibilità del trust interno Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in Trusts, 2004, 67 e Trib. Reggio Emilia, 27 agosto 2011, in Trusts, 2012, 61. In senso contrario, con riguardo però al trust autodichiarato, Trib. Napoli (decr.) 1 ottobre 2003, in Trusts, 2004, 74 ss., che sorprendentemente ne argomenta l'inammissibilità adducendo l'esistenza (all'epoca) di una proposta di legge che, appunto, non prevedeva tale figura. Sul trust autodichiarato cfr. Bartoli, Il trust autodichiarato nella Convenzione de L'Aja sui trusts, in Trusts, 2005, 355 ss. (e, con aggiornamenti, in Bartoli-Graziadei-Muritano-Risso, I Trusts interni e le loro clausole, a cura di Bassi e Tassinari, Roma, 2007, ed. fuori commercio).
 - 5) Cass. pen., 18 dicembre 2004, n. 48708, in Trusts, 2005, 574 e Riv. pen., 2005, 582; Cass. pen., 30 dicembre 2004, n. 49974, in Riv. pen., 2006, 126. Cass. pen., 3 dicembre 2009, n. 46626; Cass. pen. 14 maggio 2010, n. 18494; Cass. pen., 9 luglio 2010, n. 26311; Cass. pen., 30 marzo 2011, n. 13276, in Trusts, 2011, 408. Su tale ultima sentenza cfr. Lupoi, La Cassazione e il trust sham, in Trusts, 2011, 469; Palasciano, Sequestro (e confisca) di beni in trust autodichiarato, in il fisco, 20/2011, 2, 3219; Fontana, Utilizzo del trust come schermo abusivo alle pretese del Fisco, in GT, 2011, 688.
 - 6) Cass. 13 giugno 2008, n.16022, in Trusts, 522.
 - 7) Cfr. Vicari, La scelta della legge regolatrice dei trust: una questione di *Principia* beneficiari, in Trusts, 2011, 364. L'autore parla, per l'appunto, di *principia* "socialmente vigenti" in Italia in tema di trust.
 - 8) Il riferimento è al progetto di legge comunitaria per il 2010, che prevedeva l'introduzione del *contratto di fiducia*, definito dall'art. 12, comma 6, lett. a) del d.d.l. come "*contratto con cui il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati in forma di patrimonio separato ad un fiduciario che li amministra, secondo uno scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili*". Tale norma, tuttavia, fu stralciata in sede di approvazione del progetto da parte della Camera dei Deputati, avvenuta nella seduta del 26 luglio 2011 e non appare più nella legge definitivamente approvata (l. 15 dicembre 2011, n. 217).

- 9) Già in epoca risalente si riscontrano esempi di utilizzazione del trust nell'ambito del fallimento, quale strumento volto a consentire una più rapida e favorevole realizzazione dei crediti di natura fiscale o, più genericamente, commerciale. Cfr. Trib. Roma 3 aprile 2003, in *Trusts*, 2003, 411 e Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Trusts*, 2004, 406. ; Trib. Saluzzo, 9 novembre 2006, in *Giur. mer.*, 2008, 3, 739, con nota di Demarchi, Il trust postfallimentare e l'apparente chiusura del fallimento; e in *Giur. comm.*, 2008, II, 207, con nota di Iozzo, Note in tema di trust e fallimento. In dottrina cfr. Semino, Trust e segregazione dei crediti (fiscali) del fallimento esigibili dopo la chiusura della procedura, in *Trusts*, 2004, 343; Greco, La funzione del trust nel fallimento, in *Giur. comm.*, 2005, 708; Id., Il trust quale strumento di soluzione e prevenzione della crisi d'impresa nella riforma delle procedure concorsuali, in *Trusts*, 2007, 212. Esprime serie perplessità sull'utilizzo del trust da parte di imprese crisi Fimmanò, Trust e diritto delle imprese in crisi, in *Riv. not.*, 2011, 511. Più possibilista, invece, Cavallini, Trust e procedure concorsuali, in *Riv. soc.*, 2011, 1094.
- 10) Sui cui cfr. Muritano-Risso, Il trust: diritto interno e Convenzione de L'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio, in Bartoli-Graziadei-Muritano-Risso, *I Trusts interni e le loro clausole*, a cura di Bassi e Tassinari, Roma, 2007, ed. fuori commercio). In senso contrario cfr. Fimmanò, [nt. 10], 535-540, richiamando le argomentazioni già proposte da autorevole dottrina; nonchè Gatt, *Dal trust al trust*, Napoli, 2010, *passim*, che tuttavia propone di considerare acquisito nell'ordinamento interno il trust regolato dalla legge italiana. Per una sintesi del pensiero di tale autrice cfr. Gatt., Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta, in *Notariato*, 2011, 280.
- 11) Per l'ammissibilità cfr., con dovizia di argomenti, Bartoli (nt. 4)..
- 12) Per tale distinzione cfr. Lupoi, Due parole tecniche sull'atto istitutivo di un trust liquidatorio e sui trust nudi, in *Trusts*, 2011, 211, secondo cui se il trust è con beneficiari, essi vanno individuati nei creditori dell'impresa, mentre se il trust è di scopo, quest'ultimo è da rinvenire nel soddisfacimento dei creditori dell'impresa.
- 13) In taluni atti è presente una suddivisione dei creditori in classi (es. privilegiati e chirografari). Nei casi di trust istituiti da società i soci vengono talvolta individuati come beneficiari "residuali".
- 14) I trust esaminati dalla giurisprudenza sono tutti regolati dalla legge di Jersey (Channel Island). Con'è noto la legge inglese non consente di istituire un trust di scopo non "charitable" (benefico) mentre leggi quale quella di Jersey, consentono di istituirlo purchè l'atto preveda la presenza di un "enforcer" e, in caso di sua assenza, le regole per nominarlo.
- 15) E' utile ribadire (onde evitare fraintendimenti) che il ragionamento svolto nel testo si riferisce soltanto ai "trust interni". Diversa è la questione con riferimento ai trust "non interni", cioè dotati di qualificanti elementi di collegamento con un ordinamento straniero. In queste ultime ipotesi appare possibile, senza alcuna pretesa di completezza, disegnare almeno due scenari. Potrebbe in primo luogo accadere che (e in tale caso – si badi - l'art. 15 della Convenzione non viene affatto in questione), pur se le nostre norme di diritto internazionale privato individuano come applicabile ad un trust "non interno" una norma straniera contrastante (in ipotesi) con una nostra norma imperativa, tale norma straniera trovi ugualmente applicazione ex art. 16 l. 31.5.1995, n. 218 (già art. 31 disp. prel. c.c.), in quanto essa non contrasta con il nostro ordine pubblico. In secondo luogo, si può ipotizzare che (e in tal caso viene invece in questione l'art. 15 della Convenzione) le nostre norme di diritto internazionale privato individuino come applicabile ad un trust "non interno" il diritto italiano e che una certa clausola di esso contrasti con una nostra norma imperativa: in casi del genere, non può escludersi che il giudice italiano faccia ricorso, sia pure in ipotesi limitate e quale *extrema ratio*, alla previsione dell'art. 15, paragrafo secondo, della Convenzione, secondo la quale "il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici". Pur se il significato e la portata di tale norma appaiono oscuri, anche per il silenzio sul punto sia dei lavori preparatori che della Relazione esplicativa della Convenzione (così L. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001, 213), appare condivisibile quella dottrina secondo la quale essa si applica "alle sole ipotesi nelle quali l'art. 15 interviene al fine di rendere possibile un coordinamento fra le diverse leggi richiamate dalle norme di conflitto", sì da "permettere al giudice di ricercare una soluzione equilibrata nelle situazioni nelle quali un'applicazione incondizionata e cumulativa di norme desunte da ordinamenti differenti condurrebbe ad un risultato incongruo sul piano della regolamentazione materiale del rapporto" (così ancora L. Contaldi, in questa stessa nota, 215).
- 16) Potrebbe ritenersi, tanto per cominciare, che i beni da vincolare in trust non debbano eccedere la misura del 10% del patrimonio netto, in applicazione dell'art. 2447-bis, comma 2, c.c.
- 17) Il caso del trust istituito da società che si trova già in stato di liquidazione è oggetto dei seguenti provvedimenti: Trib. Milano - Sez. Dist. Legnano, 8 gennaio 2009, in *Trusts*, 2009, 634; Trib. Milano, 16 giugno 2009 in *Trusts*, 2009, 533, Dir. fall., 2009, II, 498, con nota di Di Maio, Il trust e la disciplina fallimentare: eccessi di consenso, *Corr. giur.*, 2010, 522, con nota di Galluzzo, Validità di un trust istituito da una società in stato di decozione; Trib. Milano, 17 luglio 2009, in *Trusts*, 2009, 628 e Dir. fall., 2009, II, 523; Trib. Milano, 30 luglio 2009, in *Trusts*, 2010, 80; Trib. Milano, 22 ottobre 2009, in *Corr. mer.*, 2010, 388; App. Milano, 29

ottobre 2009, in *Trusts*, 2011, 146; Trib. Reggio Emilia, 14 marzo 2011, in *Società*, 2011, 855; Trib. Mantova, 25 marzo/18 aprile 2011, in *Trusts*, 2011, 529; Trib. Brindisi, 28 marzo 2011, in *Trusts*, 2011, 639.

Occorre osservare, inoltre, che i problemi trattati in questo contributo sono comuni anche all'atto di destinazione disciplinato dall'art. 2645-ter, c.c., laddove si ritenga che esso possa essere utilizzato a beneficio dei creditori dell'impresa. Un primo caso di utilizzo dell'atto di destinazione è venuto all'attenzione della giurisprudenza italiana (trattasi di Trib. Vicenza, 31 marzo 2011, in *Corr. mer.*, 2011, 806, con nota di Rispoli), la quale ha tuttavia ritenuto non meritevoli di tutela gli interessi dei creditori di una società insolvente perché altrimenti si consentirebbe a un atto di autonomia privata di incidere sul regime legale inderogabile della responsabilità patrimoniale al di fuori di espressa previsioni normative. Gli interessi meritevoli di tutela presi in considerazione dall'art. 2645-ter, c.c., afferma il tribunale, sono solo quelli attinenti alla solidarietà sociale.

Da segnalare, infine, Trib. Reggio Emilia 27 agosto 2011 (nt. 4), che decide in merito all'opposizione all'esecuzione in una vicenda in cui il trust (autodichiarato) era stato istituito dal socio accomandatario di una società in accomandita semplice, vincolando al soddisfacimento dei creditori i propri beni personali per l'ipotesi di insufficienza di quelli della società che, nel frattempo, aveva proposto un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-bis l. fall.

18) Trib. Reggio Emilia, 14 marzo 2011 (nt. 17).

19) Fimmanò (nt. 9), 515. Possibilista, invece, D'Arrigo, L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa, in AA.VV., *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, a cura di Di Marzio, Padova, 2010, 452, il quale ritiene che l'operazione potrebbe essere posta in essere dal debitore a prescindere dall'assenso dei creditori e anzi "contro" di loro, per difendersi dall'eventuale istanza di fallimento.

20) Così, testualmente, Fimmanò (nt. 9), 515.

21) Nel caso di specie non era certo questa la finalità del trust, atteso che, immediatamente dopo la sua istituzione, la società è stata cancellata dal registro delle imprese, probabilmente al fine di sfuggire alla dichiarazione di fallimento che, ai sensi dell'art. 10 l. fall., non è ammessa quando è decorso il termine di un anno dalla cancellazione. Recente giurisprudenza, tuttavia, ha ritenuto illegittima la cancellazione della società che aveva conferito i propri beni in trust e omesso gli adempimenti prescritti dal codice civile per la liquidazione volontaria (Trib. Bolzano, 17 giugno 2011, in www.ilcaso.it). Sulla legittimità della cancellazione della cancellazione della società dal registro delle imprese eseguita in assenza delle condizioni previste dalla legge cfr. Trib. Padova, 2 marzo 2011, in *Società*, 2011, 900 con nota di Zagra. Cfr. anche Fimmanò-Angiolini, Cancellazione, estinzione e cancellazione della cancellazione: quando la società di capitali può "risorgere" e fallire, in www.ilcaso.it.

22) Cfr. anche Bartoli, Due sentenze in tema di sequestro di beni societari costituiti in trust, in *Corr. mer.*, 2010, 394.

23) Il compenso del trustee sarebbe quindi pagato "in prededuzione" mentre secondo la giurisprudenza (Cass. 26 febbraio 2002, n. 2769, in *Mass. Giur. It.*, 2002) il credito per il compenso del liquidatore non è assistito nemmeno dal privilegio di cui all'art. 2751-bis, n. 2, c.c.

24) Diversa invece la posizione di Trib. Alessandria, 24 novembre 2009 (nt. 17), secondo cui siffatto trust non deve ritenersi nullo bensì, eventualmente, revocabile in presenza dei presupposti richiesti dalla legge fallimentare.

25) Trib. Mantova, 18 aprile/25 marzo 2011 (nt. 17).

26) Come, del resto, prevede la legge regolatrice di siffatti trust maggiormente utilizzata, che è quella di Jersey (Channel Islands).

27) Cfr., per tutti, Bartoli, *Il Trust*, Milano, 2001, 310 ss.

28) Questo profilo è oggetto di valutazione da parte del Tribunale di Brindisi (nt. 17), il quale afferma che «la segregazione dei beni conferiti in trust sino al 31 dicembre 2015, espressamente prevista nell'atto istitutivo del trust, appare inconciliabile con la ragionevole aspettativa dei creditori a un realizzo dei rispettivi crediti entro un termine ragionevole, non potendosi imporre ai creditori - tra i quali l'odierno opposto - che non abbiano in alcun modo prestato una qualche forma di adesione al trust, di attendere così lungo tempo per veder soddisfatto il proprio credito.»

Quanto affermato dal tribunale brindisino è pienamente condivisibile, non potendo la posizione dei beneficiari rispetto alla funzionalità concreta e all'effetto di separazione patrimoniale nascente dal trust essere sottaciuta, se non altro perché, in caso contrario (cioè laddove si ritenesse del tutto irrilevante la posizione dei beneficiari ai fini - quantomeno - della definitività dell'effetto di separazione patrimoniale nascente dal trust), il trust medesimo si presterebbe a essere utilizzato abusivamente. Si pensi, tanto per fare un esempio, a chi istituisse un trust individuando i beneficiari del tutto casualmente (magari consultando l'elenco del telefono...) senza appunto informarli dell'avvenuta istituzione del trust in loro favore.

Argomenti ulteriori in merito alle necessità del consenso dei beneficiari (o, almeno, del “non rifiuto”) possono trarsi dalla recente Cass. 15 settembre 2011, n. 18864 in materia di giudizio di omologazione del concordato preventivo (in Corr. giur., 2012, p. 39).

In tale sentenza, il cui tema specifico consiste nell’individuazione dei limiti del giudizio officioso di fattibilità del concordato preventivo, si afferma che esso (il concordato, appunto), è certamente irriducibile a un contratto, proprio perchè ne fa difetto la volontà concorde di tutte le parti interessate. Esso è quindi ontologicamente diverso, in quanto dotato di effetti cogenti per l'intero ceto creditorio anteriore, rispetto a fattispecie (quali, ad es., la cessio bonorum e, direi, i trust di cui si discute) caratterizzate dall’espressione di autonomia negoziale pura. Diversamente da tali fattispecie, infatti, il concordato preventivo è caratterizzato da eteronomia legale, con conseguente vincolatività degli assenti o dissenzienti sulla base di un consenso solo maggioritario. Ed è proprio l’estensione dell’efficacia all’intera massa dei creditori che rende essenziale l’intervento del giudice, il cui controllo giustifica la preclusione delle azioni esecutive individuali da parte dei creditori assenti o dissenzienti.

Valutato il trust c.d. liquidatorio alla luce di tali considerazioni, ne consegue che costituendo esso un modello volontaristico-negoziale, caratterizzato da autonomia negoziale pura, non può determinare la sospensione/preclusione delle azioni esecutive individuali in assenza di un consenso dei “controinteressati”, cioè della massa dei creditori. L’effetto sospensivo/preclusivo delle azioni individuali che siffatto trust determina, potrà vincolare *tutti* i creditori, solo qualora esso si inserisca nel contesto di una procedura che preveda l’intervento del giudice.

Questa linea argomentativa sembra trovare, da ultimo, conferma nella recente l. 27 gennaio 2012, n. 3, recante “Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento”.

La legge, che consente al debitore di predisporre una proposta di accordo che prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma (art. 8), prevede che tale accordo debba essere raggiunto con i creditori rappresentanti almeno il 70 per cento dei crediti (art. 11) e che ai fini dell’omologazione è necessario che sia verificata l’idoneità dell’accordo ad assicurare il pagamento dei creditori estranei (art. 12).

La procedura sinteticamente esposta mostra da un lato come, anche in questo caso, che affinché un accordo concluso solo con una maggioranza dei creditori possa produrre effetti debba essere sottoposto al vaglio del giudice; dall’altro che, pur in presenza dell’omologazione dell’accordo da parte del giudice, nondimeno i creditori dissenzienti debbano essere integralmente soddisfatti. Poichè inoltre, a seguito dell’omologazione dell’accordo, ai sensi dell’art. 10, comma 3 (richiamato dall’art. 12, comma 3), non possono essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali né disposti sequestri conservativi né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore, ne consegue che, anche con riguardo a tale specifica procedura di composizione della crisi, la sospensione/preclusione delle azioni esecutive individuali può discendere o dal consenso del creditore ovvero – indirettamente – dall’assunzione dell’obbligo di soddisfare il creditore dissenziente alla scadenza.

Di fronte a tale quadro normativo (oltre che giurisprudenziale) ci si può allora chiedere se, al fine di impedire che i trust c.d. liquidatori possano essere messi nel nulla dal rifiuto di anche di uno solo dei creditori di aderirvi, possa ipotizzarsi che essi debbano essere istituiti con modalità tali da “replicare” gli effetti propri delle procedure di soluzione della crisi regolate dalla legge fallimentare ovvero dalla citata l. 27 gennaio 2012, n. 3. Più precisamente, ci si potrebbe interrogare in merito alla sorte del trust qualora esso contenga clausole che prevedano che i creditori eventualmente dissenzienti saranno soddisfatti regolarmente alla scadenza e che il mancato pagamento (eventualmente preceduto da una diffida adempiere) costituisce causa di cessazione del trust. La finalità del presente studio non consente di approfondire ulteriormente la questione.

29) Cfr. *Hawkesley v May* [1956] 1 QB 304; *Re Emmet's Estate* (1881) 17 Ch D 142; *Re Lewis* [1904] 2 Ch 656; *Re Mackay* [1906] 1 Ch 25. Cfr. anche il documento redatto dalla Jersey Law Commission intitolato *The Rights of Beneficiaries To Information Regarding a Trust*, [Febbraio 1998] Consultation Paper, I, consultabile sul sito Internet della Jersey Law Commission all’indirizzo www.lawcomm.gov.je/index1.htm, in particolare la parte 3 (sito consultato il 27 settembre 2011).

30) Tale specifico profilo è esaminato da Trib. Reggio Emilia, 27 agosto 2011 (nt. 4), che tuttavia esclude di poter ravvisare nella fattispecie sottoposta al suo esame un trust di scopo.

Osserva sul punto un autore (Parisi, *Trust a garanzia di creditori che aderiscono ad un piano di ristrutturazione*, in *Trusts*, 2008, 448), con argomenti riferiti a un trust di garanzia in favore dei creditori di una società di persone in liquidazione, ma estensibili anche ai trust al vaglio, che «I trust istituiti a vantaggio diretto o indiretto di una o più persone non sono pertanto qualificabili come trust di scopo, sebbene anch’essi vengano generalmente istituiti per il perseguimento di determinate finalità e la realizzazione di un determinato programma. Il discrimine non è dunque costituito dalla sussistenza o meno di uno scopo o di una finalità, ma nella presenza o meno di beneficiari individuati o anche solo individuabili, che abbiano azione contro il

trustee: nel nostro caso tali soggetti sono i creditori della società, ai quali l'atto istitutivo riconosce poteri anche prima del termine stabilito per la liquidazione della società. Il trust qui descritto è pertanto senza dubbio un trust con beneficiari in cui, ai sensi della legge regolatrice adottata, non è obbligatoria la presenza di un guardiano. Occorre infatti fugare un possibile equivoco e intendersi sul significato del termine "beneficiari", traduzione del termine inglese beneficiaries. Come detto, esso indica i soggetti titolari di pretese nei confronti del trustee secondo quanto previsto nell'atto istitutivo del trust e non, come pure la traduzione italiana "beneficiari" potrebbe evocare, il destinatario di una attribuzione liberale o comunque a titolo gratuito, senza corrispettivo. Ove invero si intenda il termine "beneficiari" in tale ultima accezione, si porrebbe alla errata conclusione di considerare questo trust come un trust di scopo e non un trust con beneficiari. Si può allora concludere dicendo che questo non è un trust di scopo, bensì un trust con beneficiaries, se pur non destinatari di attribuzioni liberali o a titolo gratuito, attribuzioni che normalmente si ritengono connesse con la figura di beneficiario: infatti i creditori hanno diritto di ricevere dal fondo in trust solo una somma corrispondente ai crediti ancora vantati nei confronti della società allo scadere del termine fissato per la liquidazione e sono pertanto destinatari di una attribuzione *solvendi causa* e non certo *donandi causa*».

- 31) Anche la giurisprudenza più recente (cfr. Trib. Reggio Emilia 27 agosto 2011, nt. 4), pur nella pregevolezza delle argomentazioni poste a base della decisione, non ha esaminato tale questione.
- 32) I provvedimenti del tribunale di Milano citati alla nt. 17 avevano appunto per oggetto la richiesta di sequestro conservativo dei beni in trust.
- 33) Con riguardo alla proposizione dell'azione revocatoria ordinaria emerge un ulteriore profilo degno di rilevanza, che non è possibile approfondire nella presente sede, relativo all'individuazione delle parti in causa. In particolare se, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio, debbano essere convenuti, oltre al disponente e al trustee, anche gli altri beneficiari del trust. Ciò è importante al fine di individuare la natura, onerosa o gratuita dell'atto e per esaminare la *scientia damni* o il *consilium fraudis*. Anche tale profilo sembra influenzato dalla soluzione delle questioni relative alla natura del trust e, in particolare, se si tratta o meno di atto recettizio (nel qual caso sembra potersi concludere nel senso del litisconsorzio necessario). Tali profili sono esaminati da Trib. Reggio Emilia, 27 agosto 2011 (nt. 4), il quale conclude (se non abbiamo inteso male) nel senso della irrilevanza dell'individuazione della natura recettizia o meno del trust, perché, afferma il tribunale, o i beneficiari del trust sono litisconsorti necessari ai sensi dell'art. 102 c.p.c. oppure hanno un innegabile interesse nella causa, che giustifica la loro chiamata in giudizio per ordine del giudice ai sensi dell'art. 107 c.p.c.
- 34) Il Tribunale di Brindisi, nel provvedimento citato alla nt. 17 ritiene che siffatto trust non possa essere riconosciuto nell'ordinamento interno e che pertanto non possa riconoscersi alcun effetto giuridico al vincolo di segregazione apposto sui beni e che, conseguentemente, è legittima l'esecuzione forzata sui beni di proprietà del trustee.
La sentenza pare criticabile, anzitutto laddove postula che il trust non possa essere *riconosciuto* nell'ordinamento interno, che è questione che nulla a che vedere con la vicenda sottoposta al suo esame, che non riguarda la legittimità del trust interno (e, quindi, solo in questo senso, la sua riconoscibilità) ma l'opponibilità al creditore pignorante dell'effetto di separazione patrimoniale da esso nascente. In secondo luogo perché, come emerge dal testo della sentenza, la società disponente era stata nel frattempo dichiarata fallita. Se, come dice il tribunale, il trust non è "riconoscibile", i beni trasferiti al trustee devono intendersi come appartenenti alla società disponente e quindi alla massa fallimentare. Ammettere la prosecuzione dell'esecuzione forzata da parte di un singolo creditore su detti beni, *formalmente* intestati ancora al trustee, viola palesemente il principio della *par condicio creditorum*.
- 35) Trattasi di Trib. Mantova, 18 aprile 2011 (nt. 17).
- 36) Galletti, Il trust e le procedure concorsuali: una convivenza subito difficile, in Giur. comm., 2011, II, 900.
- 37) Cfr. sul punto anche Boggio, Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi, Milano, 2007, *passim*.
- 38) La lettura dei provvedimenti giurisprudenziali emanati in materia mostra come, nella più parte dei casi il trust sia stato utilizzato al fine di sottrarre i beni alla garanzia dei creditori e non certo per eliminare l'insolvenza dell'impresa in crisi.
- 39) Un'approfondita indagine di tale tematica è svolta da Di Marzio, Il diritto negoziale della crisi d'impresa, Milano, 2011, 65 ss., spec. 77, ove si afferma che il diritto della crisi d'impresa è attualmente conformato all'insegna dell'autonomia privata, per cui la procedura fallimentare resta relegata alla funzione di rimedio "sussidiario", da attivarsi solo laddove debitori e creditori non siano riusciti a comporre negozialmente la crisi d'impresa. Il che, a nostro avviso, sembra ancora una volta mostrare come sia determinante, per la riuscita di una soluzione della crisi d'impresa attraverso l'istituzione di un trust, il ruolo svolto dai creditori/beneficiari.

- 40) Ad esempio, sempre per ragioni di certezza operativa, potrebbe legarsi la cessazione del trust all'emanazione di un provvedimento (es. l'ammissione al concordato preventivo), oppure alla mera presentazione della domanda di ammissione a tale procedura.
- 41) Entrando pertanto a far parte della massa, in caso di cessazione del trust determinata dal fallimento del disponente.
- 42) Cfr. Circolare Agenzia del Territorio n. 5 del 7 agosto 2006, in Bianca M.-D'Errico-De Donato A.-Priore, L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile, Milano, 2006, 97 ss. e in Trusts, 2007, 131 ss.
- 43) Cfr. Petrelli, La trascrizione degli atti di destinazione, in Riv. dir. civ., 2006, 161 ss., § 12; Gabrielli, Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari, in Riv. dir. civ., 2007, 339.
- 44) Cfr. Baralis, Prime riflessioni in tema di art. 2645-ter, c.c., in Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, Atti dei Convegni di Rimini dell' 1 luglio e di Catania dell'11 novembre 2006, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2007, 155 (riferendosi però alla pubblicità dell'ipotesi di revoca del negozio da parte del disponente).
- 45) Su cui v. ampiamente Bartoli, Mandato e trust, in Il mandato. Disciplina e prassi, a cura di V. Cuffaro, Bologna, 2011, 437 ss.
- 46) Cfr. Bartoli (nt. 23). Non convince appieno la soluzione proposta da Cavallini (nt. 10), il quale (1111) ritiene che sopravvenuto il fallimento si possa ottenere la cooperazione degli organi fallimentari mediante la nomina del curatore come "guardiano", in modo da potere ottenere il dovuto controllo dell'operato del trustee. Tale soluzione da un lato presuppone che il curatore venga autorizzato dal giudice a non proporre alcuna azione per eventualmente rendere inefficace il trust; dall'altro attribuisce al giudice (non si indica, peraltro, chi sarebbe competente alla nomina del guardiano, se il giudice delegato o il tribunale) un potere che non è previsto da alcuna norma. Lo stesso autore ritiene, inoltre (1111-1112), che il curatore, in veste di guardiano del trust possa procedere alla revoca del programma liquidatorio del trust, con conseguente cessazione dell'effetto di separazione patrimoniale e ritorno dei beni in trust a disposizione della massa. Anche tale affermazione non convince. Ammesso infatti che il curatore possa essere nominato guardiano del trust (ciò di cui è lecito dubitare), la revoca del trust potrà avvenire o per effetto dell'esercizio di un potere che lo stesso atto istitutivo attribuisca al guardiano oppure per effetto dell'esercizio di un potere che una norma attribuisca al guardiano. Ma, ancora una volta, tale potere di revoca non è previsto da alcuna norma.
- 47) Per questa soluzione cfr. Lupoi (nt. 12), 212.
- 48) Sul trust nudo cfr. Bartoli, Il trust, Milano, 2001, 133-134 e bibliografia ivi citata; Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, Padova, 2011, § 100.
- 49) Analogamente Cavallini (nt. 10), 1108. L'autore (correttamente a nostro avviso) precisa (1110) che in assenza di azione proposta dal curatore volta fare dichiarare la nullità o l'inefficacia del trust, esso sopravviverà alla dichiarazione di fallimento.
- 50) La giurisprudenza appare consolidata nel ritenere che, quand'anche la contrarietà a legge non sia espressamente prevista, il notaio sia responsabile quando la nullità risulta da un orientamento giurisprudenziale inequivoco. Cfr. Cass., 1 febbraio 2001, n. 1394, in Riv. not., 2001, 892; Cass. 4 novembre 1998, n. 11071, in Riv. not., 1999, 1014; Cass. 19 febbraio 1998, n. 1766, in Riv. not., 1998, 704; Cass. 4 maggio 1998, n. 4441, in Riv. not., 1998, 717; Cass. 11 novembre 1997, n. 11128, in Giust. civ., 1998, 380.
- 51) La bancarotta si distingue in "propria", in cui il soggetto attivo del reato è l'imprenditore individuale fallito o il socio illimitatamente responsabile di società di persone; e "impropria", in cui il soggetto attivo è l'amministratore, il sindaco, il direttore generale, il liquidatore o l'istitutore di società (di persone o di capitali). Per tale distinzione cfr. Bricchetti-Pistorelli, La bancarotta e gli altri reati fallimentari, Milano, 2011, 1 ss.
- 52) Si riporta qui di seguito la sintesi di alcuni passi tratti da Bricchetti-Pistorelli (nt. 43), 24 ss., e la giurisprudenza ivi citata.
- Concorre nel reato il legale che assuma l'iniziativa di ideare e programmare egli stesso gli atti di distrazione ovvero li proponga e li attui ovvero svolga un'attività diretta a garantire l'impunità o che, comunque, col proprio aiuto e con le proprie preventive assicurazioni, favorisca o rafforzi l'altrui proposito delittuoso (Cass. pen, 27 maggio 1988, Pennati, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1989, 578, Cass. pen. 18 novembre 2003, Bonandrini, in Cass. pen., 1987, 1468).
- Sussiste responsabilità per concorso quando l'avvocato, oltre a consigliare il cliente sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori, lo assiste nella stipulazione dei relativi negozi simulati. Nello stesso senso, il commercialista che nel rendere una consulenza professionale, si spinga oltre l'ambito della sua prestazione e suggerisca al cliente un mezzo fraudolento finalizzato a celarne le reali condizioni economiche, indicando in concreto la via per adottare l'illecito espediente (Cass. pen. 23 giugno 1988, Guadagni, in Cass. pen., 1989, 1858; Cass. pen., 3 dicembre 1998, Minieri, in Fisco, 1999, 1537).

- 53)** Per un approfondimento cfr. Sola, La sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte tra certezze normative e vacillazioni giurisprudenziali, in Dir. prat. trib., 2010, 651, nota a Cass. 4 giugno 2009, n. 36838 in tema di sequestro preventivo di immobile oggetto di donazione tra coniugi. Altri precedenti - tra i molti - riguardano il sequestro di beni oggetto di operazioni di scissione (Cass. pen., 9 febbraio 2011, n. 1959, in Corr. trib., 2011, 2182, con nota di Traversi), fondo patrimoniale (Cass. pen., 10 giugno 2009, n. 38925, in Fisco on line, 2009), vendita (Cass. 22 aprile 2009, n. 25147, in Fisco, 2009, 4799, con nota di Becalli).
- 54)** L'art. 217-bis della l. fall., introdotto dal comma 2-bis dell'art. 48 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione, prevede infatti che «Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis ovvero del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)».
- 55)** L'art. 182-bis, l. fall., prevede, al comma 3, che dalla data della pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti nel registro delle imprese e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore. Si applica l'articolo 168, secondo comma. A tale articolo l'art. 48, comma 2, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, ha aggiunto un sesto comma, il quale prevede che il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo (una norma simile è contenuta nell'art. 10, comma 3, della l. 27 gennaio 2012, n. 3, recante «Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento»). Tale norma prevede che all'udienza fissata per l'esame della proposta di accordo da parte del debitore il giudice, in assenza di iniziative o atti in frode ai creditori, dispone che, per non oltre centoventi giorni, non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali né disposti sequestri conservativi né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di accordo, da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore. La sospensione non opera nei confronti dei titolari di crediti impignorabili.»).
- Il trust potrebbe servire, appunto, senza passare attraverso la procedura prevista dalla norma, a disattivare le azioni esecutive per un termine superiore ai sessanta giorni e, in ogni caso, fin dall'inizio delle trattative, salvo si ritenga che la norma abbia natura imperativa, così vietando l'utilizzo di qualsiasi strumento giuridico (incluso il trust, quindi) che conduca a superare il termine in essa previsto. Si tratta di indagine che esula dai limiti del presente scritto anche se, a prima lettura, non si vedono ragioni di principio per ritenere la norma imperativa, tanto più che, come più volte osservato nel testo, un tale risultato non può prescindere, anche attraverso l'utilizzo dal trust, da una condivisione dell'iniziativa con il ceto creditorio, che nel quadro della ampia negozialità degli strumenti di risoluzione della crisi d'impresa, appare certamente in grado di tutelare al meglio i propri interessi.
- Ritiene che il risultato di disattivare le azioni esecutive per un termine superiore ai sessanta giorni sia meritevole di tutela Trib. Reggio Emilia, 27 agosto 2011 (nt. 4) che trae argomento dalla ritenuta legittimità giurisprudenziale dei trust che protraggono il vincolo di destinazione nascente dal fondo patrimoniale oltre i termini previsti dall'art. 171 cc.; destinano ai bisogni della famiglia beni che non potrebbero essere oggetto di fondo patrimoniale; sono istituiti per soddisfare i bisogni della famiglia di fatto. A parte quest'ultimo argomento, gli altri destano talune perplessità, almeno laddove il trust così istituito sia strutturato in modo esattamente corrispondente al quello proprio del fondo patrimoniale, nel qual caso le relative clausole dovrebbero (come riconosce lo stesso giudice) rispettare le norme imperative previste dagli artt. 167 ss., c.c.
- 56)** Figura, da ritenersi ammissibile anche dopo la riforma della legge fallimentare, che si sostanzia nella messa a disposizione della massa dei creditori non solo dei beni del debitore ma anche di beni di terzi. Cfr. Lo Cascio, Il concordato preventivo, Milano, 2011, 189 ss.
- 57)** Secondo la giurisprudenza i beni dei terzi sono estranei alla disciplina del concordato preventivo. Cfr. Cass. 8 luglio 1998, n. 6671, in Fall., 1999, 406, con nota di Lo Cascio.

(Riproduzione riservata)