

# IL DIRITTO FALLIMENTARE E DELLE SOCIETA' COMMERCIALI

RIVISTA BIMESTRALE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

GIÀ DIRETTA DA ITALO DE PICCOLI (1924-1940), RENZO PROVINCIALI (1941-1981),  
ANGELO BONSIGNORI (1982-2000) E GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE (1982-2003)

## DIREZIONE

GIROLAMO BONGIORNO, CONCETTO COSTA,  
MASSIMO DI LAURO, ELENA FRASCAROLI SANTI,  
BRUNO INZITARI, GIUSEPPE TERRANOVA, GUSTAVO VISENTINI

[www.edicolaprofessionale.com/DFSC](http://www.edicolaprofessionale.com/DFSC)



Wolters Kluwer

CEDAM

Poste italiane s.p.a. - Spedizione in Abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1,  
comma 1 - DCB Milano - Pubblicazione bimestrale - Con I.P.

CONTIENE  
INDICI  
DELL'ANNATA

TRUST E COMPOSIZIONE NEGOZIALE  
DELLA CRISI D'IMPRESA: CAUSA IN CONCRETO,  
RICONOSCIBILITÀ E AZIONE REVOCATORIA

di

IVAN LIBERO NOCERA (\*)

SOMMARIO: 1. Premessa: *trust* e procedure concorsuali. – 2. Efficienza del *trust* nel diritto negoziale della crisi d'impresa. – 3. Riconoscibilità del *trust* nella crisi d'impresa alla luce della Cass. 10105/2014. – 4. *Segue*: segregazione patrimoniale ed «elusione» della disciplina concorsuale. – 5. Superamento della rilevanza dell'insolvenza e ascesa della causa in concreto. – 6. Elementi esogeni ed endogeni rivelatori del *trust* c.d. anti-concorsuale. – 7. Esperibilità dell'azione revocatoria. – 8. *Segue*: gratuità o onerosità del *trust*. – 9. Sorte del *trust* in caso di sopravvenuto fallimento. – 10. Brevi considerazioni conclusive.

1. *Premessa: trust e procedure concorsuali.* – È noto che il *trust*, per essere riconoscibile dall'ordinamento giuridico italiano, deve superare un primo giudizio di compatibilità con la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 <sup>(1)</sup>, per poi successivamente essere esaminato e confrontato con i precepti generali della legge applicabile prescelta, nonché con le norme imperative italiane, appurando – mediante un attento vaglio della causa concreta <sup>(2)</sup> – che sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, nel rispetto dei limiti imposti dalla legge, quali quelli sottesi alla disciplina fallimentare <sup>(3)</sup>.

---

(\*) Assegnista di ricerca in diritto privato presso l'Università di Brescia e Avvocato in Torino – Studio Legale Grosso, de Rienzo, Riscossa, Di Toro e Associati.

<sup>(1)</sup> Ratificata dall'Italia con legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

<sup>(2)</sup> È oramai diffusa la teoria della c.d. causa in concreto, definita dalla Cassazione, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, pag. 1718, con nota di R. ROLFI, come «funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere».

<sup>(3)</sup> In proposito cfr., *ex multis*, Tribunale Forlì, 5 febbraio 2015, in *IlCaso.it*; Tribunale Bologna, 9 gennaio 2014, *ivi*; Tribunale Milano, 3 maggio 2013, in *www.mpotrustee.it*; Tribunale Reggio Emilia, 14 marzo 2011, *ivi*; Tribunale Milano, 16 giugno 2009, in *Trusts e att.*

Funzionalmente quest'ultima e il *trust* apparirebbero *prima facie* antitetici, fondata la prima sul principio della *par condicio creditorum*, il secondo sulla separazione della garanzia patrimoniale. Del resto, se *trust* vuol dire letteralmente «fiducia», anche da un punto di vista terminologico-concettuale emergerebbe a prima vista una dissonanza o, per lo meno, un'ardua compatibilità rispetto al fenomeno dell'insolvenza che invece esprime la lacerazione del rapporto fiduciario e giuridico tra debitore e creditore <sup>(4)</sup>.

Tuttavia, nella temperie contemporanea caratterizzata da una sorta di «pensiero debole» giuridico, in quanto segnata dalla fine del dogma di indisponibilità dell'insolvenza, della responsabilità patrimoniale generale <sup>(5)</sup> e della parità di condizioni tra i creditori <sup>(6)</sup>, il *trust* può coniugarsi con la spinta alla «disintermediazione giudiziaria» della crisi <sup>(7)</sup> e all'espansione della tendenza innovativa al salvataggio dell'impresa.

È conosciuto l'uso del *trust* nell'ambito del c.d. diritto negoziale alla cri-

---

*fid.*, 2009, pag. 533; Tribunale Trieste, 23 settembre 2005, in *Trusts e att. fid.*, 2006, pag. 83; e in dottrina, A. TONELLI, *La nuova strada della non riconoscibilità per i trust «ripugnanti»*, in *Il Caso.it*, 2014; V. GRECO, *Il trust quale strumento di soluzione e di prevenzione della crisi d'impresa nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Trusts e att. fid.*, 2007, pag. 212; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo ed il trust*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2007, pag. 245; L. PANZANI, *Trust e concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2005, pag. 555; G. FAUCEGLIA, *La funzione del trust nelle procedure concorsuali*, in *Il Fall.*, 2004, pag. 102.

<sup>(4)</sup> Peraltro, nel diritto come nella musica, sovente «harmonia est discordia concors» (cfr. GAFFURIO, *Angelicum ac divinum opus musicae*, 1508).

<sup>(5)</sup> Si vedano sul punto le riflessioni di U. NATOLI-L. BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, 1982, pag. 286.

<sup>(6)</sup> Il problema della *par condicio creditorum* consiste appunto nel temperamento tra l'applicazione del criterio della parità di trattamento dei creditori e la necessità di assicurare tutela giuridica ad interessi che variamente ad esso si contrappongono (cfr. G. D'ANGELO, *Appunti sulla par condicio creditorum*, in *Dir. fall.*, 1991, pag. 726; G. TARZIA, *Par aut dispar condicio creditorum?*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pag. 9), «rimodellando la *par condicio* in una regola secondo la quale ogni credito (secondo la causa che lo ha determinato o secondo la qualità del creditore) è diversamente tutelato dall'ordinamento in base ad una speciale graduazione dei valori» (in tal senso S. CICCARELLO, voce *Privilegio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, pag. 723). Tale principio, di per sé «corrispondente ad un'intuitiva esigenza di parità di trattamento» (così U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, pag. 61), esige dall'interprete uno sforzo ricostruttivo che possa indagare la sua reale portata operativa fuggendo da una ingiustificata «mitizzazione». Si veda in proposito V. COLESANTI, *Mito e realtà della «par condicio»*, in *Il Fall.*, 1984, pag. 32. Al pari di ogni principio, si presta ad essere utilizzato *ad usum conditor legum*, ovvero sottoposto ad operazioni di estensione o compressione a seconda delle scelte discrezionali di politica del diritto effettuate dal legislatore. È infatti possibile individuare storicamente fasi in cui tale principio è stato oltremodo ampliato o ridotto come osserva A. MAISANO, *La tutela concorsuale dei diritti*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, II, Napoli, 1989, pag. 845.

<sup>(7)</sup> Questa espressione si rintraccia in V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei «contratti di salvataggio» (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, pag. 369.

si d'impresa<sup>(8)</sup>, ambito che comprende sia un istituto tradizionale – quale il concordato preventivo – sia quelli di recente e recentissima introduzione – ossia il piano attestato, gli accordi di ristrutturazione e la convenzione di moratoria (quest'ultima introdotta dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83)<sup>(9)</sup>. In particolare, la giurisprudenza ha riconosciuto il conferimento in *trust* di beni di terzi, previsto nella proposta di ammissione al concordato preventivo, a garanzia dell'esecuzione e del buon esito del concordato<sup>(10)</sup>. Inoltre, è stato ritenuto ammissibile un *trust* volto al superamento dello stato di crisi attraverso la predisposizione di un piano ai sensi dell'art. 67, lett. *d*), legge fallim.<sup>(11)</sup> ovvero di un accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis* legge fallim.<sup>(12)</sup>

Infatti, proprio la composizione negoziale della crisi esige il tentativo di ripristino – di ristrutturazione appunto – del rapporto obbligatorio e dunque dell'affidamento tra debitore e creditori. Occorre tuttavia verificare fino a che punto è possibile ritenere compatibili *trust* e crisi d'impresa, valutando la sostenibilità di tale mezzo di segregazione patrimoniale come strumento attuativo di istituti volti alla gestione della crisi d'impresa.

## 2. *Efficienza del trust nel diritto negoziale della crisi d'impresa.* – Nel-

<sup>(8)</sup> Tale locuzione è suggerita da F. DI MARZIO, *Diritto negoziale e crisi della grande impresa*, in *Il Fallimentarista.it*, secondo il quale «l'aggettivo “negoziale” descrive uno specifico settore del diritto rilevante: discriminato non solo in positivo (per l'aggregazione dei fattori negoziali costituiti da accordi e concordati), ma anche in negativo (per esservi estranea la procedura di fallimento)». Più diffusamente, cfr. F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011.

<sup>(9)</sup> Si veda su tutti L. PANZANI, *Trust e concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2005, pag. 555; E. RAGAGLIA, *Trust e procedure fallimentari*, in *Appinter.csm.it*; U. APICE, *Il Trust e le procedure concorsuali*, in *www.il-trust-italia.it*, 2006; G. SCHIANO DI PEPE, *Trust di protezione patrimoniale e fallimento*, in *Trusts e att. fid.*, 2004, pag. 215; V. GRECO, *Il trust quale strumento di soluzione e di prevenzione della crisi d'impresa nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Trusts e att. fid.*, 2007, pag. 212; G. LO CASCIO, *Proposta di concordato preventivo mediante trust*, in *Il Fall.*, 2009, pag. 336; F. DI MAJO, *Il trust e la disciplina fallimentare, eccesso di consenso*, in *Dir. fall.*, 2009, II, pag. 498; F. FIMMANÒ, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. not.*, 2011, pag. 511; D. GALLETTI, *Il trust e le procedure concorsuali: una convivenza subito difficile*, in *Giur. comm.*, 2010, pag. 895; A. BUSANI-C. FANARA-G.O. MANNELLA, *Trust e crisi d'impresa*, Milano, 2013; L. COSENTINO, *Il trust di Jersey nel concordato preventivo*, in *IlCaso.it*, 2013; P. SPOLAORE, *Il trust nelle soluzioni negoziali della crisi d'impresa*, Milano, 2014.

<sup>(10)</sup> Cfr., *ex multis*, Tribunale Parma, 3 marzo 2005, in *Il Fall.*, 2005, pag. 553; Tribunale Pescara, 11 ottobre 2011, in *IlCaso.it*; Tribunale Napoli, 19 novembre 2008, in *Il Fall.*, 2009, pag. 325; Tribunale Mondovì, 16 settembre 2005, in *Trusts e att. fid.*, 2009, pag. 182; Tribunale Ravenna, 4 aprile 2013, *ivi*, 2013, pag. 632; Tribunale Chieti, 14 maggio 2013, in *IlCaso.it*; Tribunale Ravenna, 22 maggio 2014, *ivi*; Tribunale Pescara, 29 ottobre 2014, *ivi*.

<sup>(11)</sup> Cfr. Tribunale Alessandria, 24 novembre 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2010, pag. 171.

<sup>(12)</sup> Si vedano, *ex multis*, Tribunale Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Trusts e att. fid.*, 2007, pag. 425; Tribunale Reggio Emilia, 6 marzo 2010, *ivi*, 2010, pag. 274; Tribunale Reggio Emilia, 27 agosto 2011, *ivi*, 2012, pag. 61.

l'ambito degli strumenti di composizione negoziale della crisi d'impresa, l'istituto di origine anglosassone può spiegare la sua utilità ed efficacia fungendo da virtuoso regolatore della crisi d'impresa, tutelando le ragioni della ristrutturazione.

L'imprenditore in crisi, invero, può avvalersi dell'effetto segregativo prodotto dal *trust* per proteggere i beni dalle azioni esecutive dei creditori, in modo tale che egli stesso o il *trustee* possano negoziare «in ambiente protetto» la ristrutturazione del debito e proteggere l'accordo eventualmente raggiunto in attesa dell'omologa. I creditori interessati all'operazione di ristrutturazione sarebbero infatti al riparo sia dello stesso debitore che in seguito alla segregazione patrimoniale non sarebbe più nel possesso dei propri beni sia da azioni disgregative degli altri creditori estranei all'operazione. È pur vero che questi ultimi, nel caso di accordo di ristrutturazione sono già salvaguardati dalla disciplina dell'art. 182-*bis* legge fallim., che prevede la loro integrale soddisfazione, tuttavia, per svariati motivi o per semplice diffidenza, possono comunque non voler attendere l'esecuzione dell'accordo né esperire lo strumento dell'opposizione, preferendo agire «come schegge incontrollate» all'assalto del patrimonio imprenditoriale, con conseguente pregiudizio per la massimizzazione dell'interesse collettivo<sup>(13)</sup>.

L'istituto di origine anglosassone può inoltre rappresentare un utile ausilio per rafforzare le garanzie che accompagnano il tentativo di composizione della crisi<sup>(14)</sup>. In particolare, la proposta di concordato può prevedere un piano in cui un terzo si accolla le obbligazioni concordatarie, rendendosi cessionario di tutte le attività del patrimonio del debitore, e a garanzia degli adempimenti assunti vengano conferiti in *trust* gli immobili della società in concordato e dell'assuntore<sup>(15)</sup>. Allo scopo di assicurare che il *trustee* non disponga del patrimonio segregato se non per la finalità di devolvere il ricavato della loro vendita ai creditori, il disponente in costanza di procedura può «concordare» informalmente con il tribunale che ad assumere questa veste sia lo stesso com-

---

<sup>(13)</sup> Si veda in merito l'analisi di D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, pag. 17 e L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, pag. 52.

<sup>(14)</sup> In proposito si vedano le lucide riflessioni di S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da F. Vassalli-F.P. Luiso-E. Gabrielli, IV, Torino, 2014, pagg. 101 segg. L'apporto di finanza esterna costituito da beni immobili posti a disposizione dal terzo può essere realizzato mediante conferimento di detti beni in *trust* liquidatorio autodichiarato, con designazione del terzo quale *trustee*, del Commissario giudiziale quale *protector* e della massa dei creditori del concordato quale beneficiario, come affermato dal Tribunale Pescara, 20 marzo 2015, in *www.ilcaso.it*.

<sup>(15)</sup> Cfr. Tribunale Napoli, 19 novembre 2008, in *Il Fall.*, 2009, pag. 325; Tribunale Parma, 3 marzo 2005, *ivi*, 2005, pag. 553.

missario giudiziale, ovvero la persona che il tribunale già prima della sentenza di omologazione abbia in ipotesi individuato come futuro liquidatore dei beni <sup>(16)</sup>.

Inoltre, il *trust*, può costituire un mezzo adeguato per favorire il coordinamento dei creditori aderenti all'accordo nel porre in essere una liquidazione controllata dei cespiti del debitore, risolvendo i problemi connessi all'azione collettiva. Infatti, favorisce certamente gli obiettivi primari del diritto delle imprese in crisi di ostacolare l'aggressione dei beni dell'imprenditore e soprattutto di ottenere la migliore valorizzazione dell'attivo: la separazione patrimoniale, invero, come detto, rende possibile porre gli *asset* al riparo di iniziative espropriative e cautelari dei singoli creditori nonché consente di affidare gli interessi dell'intero ceto creditorio al *trustee*, soggetto potenzialmente indipendente e imparziale <sup>(17)</sup>.

In aggiunta, nella distribuzione delle risorse tra i creditori partecipanti, l'istituto del *trust* – pur senza elidere in radice l'ingiustizia che può derivare dall'«*impar condicio*» fra creditori – può quanto meno attenuare le principali conseguenze che l'esecuzione del concordato o dell'accordo *ex art. 182-bis* legge fallim. può produrre sul piano delle asimmetrie distributive e informative. Infatti, l'adozione di tale figura può implementare il livello di trasparenza dell'operazione di ristrutturazione in quanto il *trustee* – se dotato di particolari requisiti di professionalità oltre che di indipendenza – può svolgere compiti di amministrazione o liquidazione particolarmente gravosi, provvedendo comunque alla redazione di un rendiconto periodico sul proprio operato. In tal modo si potrebbe mitigare il rischio, sempre latente, che i creditori aderenti meglio strutturati collidano con il debitore, orientando sostanzialmente l'operazione di ristrutturazione, con inevitabile pregiudizio dei creditori meno dotati di «potenza informativa» ovvero dei creditori di minoranza <sup>(18)</sup>.

Nella fase esecutiva del concordato o dell'accordo quindi il *trust* può costituire un più affidabile momento di controllo sui modi e sui tempi di esecuzione, oltre che sulla sua stessa conformità alla funzione dell'accordo medesimo <sup>(19)</sup>. Considerando che nell'ambito degli accordi di ristruttura-

---

<sup>(16)</sup> Un precedente di designazione *pro futuro* della persona del liquidatore già nel provvedimento di ammissione al concordato si rintraccia in Tribunale Mondovì, 6 maggio 2005, in *Red. Giuffrè*, 2007.

<sup>(17)</sup> Tale aspetto è particolarmente sottolineato da ampia letteratura anglosassone tra cui si veda *ex multis* P. AGHION, *Bankruptcy and its reform*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Londra, I, pag. 145; T.H. JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy law*, Washington, 2001, *passim*.

<sup>(18)</sup> Questo profilo è analizzato da un punto di vista economico da M. BELCREDI, *Crisi d'impresa e ristrutturazione finanziaria*, Milano, 1995, pagg. 19 e 50.

<sup>(19)</sup> Si veda in merito L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l.fall.*, in *Trusts e att. fid.*, 2007, pag. 398.

zione possono altresì svolgersi attività liquidative <sup>(20)</sup> il *trust* può consentire l'attribuzione ad un soggetto professionalizzato del compito di liquidare beni difficilmente monetizzabili, coinvolgendo i creditori nella gestione di partecipazioni critiche in cui, ad esempio, si realizza una conversione dei crediti in capitale <sup>(21)</sup>.

3. *Riconoscibilità del trust nella crisi d'impresa alla luce della Cass. 10105/2014.* – Le enunciate «virtù» del *trust* negli strumenti di composizione negoziale della crisi non esimono tuttavia da un'indagine in concreto sulla funzione economico-individuale della singola operazione.

Nella stagione della c.d. «privatizzazione» della disciplina fallimentare, il giudizio di meritevolezza degli interessi sottesi al rapporto negoziale che dà fondamento al *trust* è infatti chiamato a valutare la causa in concreto dello stesso con riferimento al suo utilizzo nell'ambito della crisi d'impresa, misurando così l'utilità dello strumento di segregazione patrimoniale nel quadro della tutela dei creditori.

Invero, il *trust* si pone all'interno di una più ampia e complessa operazione negoziale volta alla composizione della crisi. Di conseguenza, si rende necessario, al fine di sottrarsi alle conseguenze di un'eventuale elusione di norme inderogabili o di principi di ordine pubblico, che sia rispettata la congruenza di tale mezzo di separazione patrimoniale con lo stato di dissesto dell'impresa e la sua disciplina <sup>(22)</sup>. Il *trust* infatti deve essere parametrato sulla natura e sulla dimensione della concreta situazione di crisi.

Pertanto, è indispensabile esaminare l'atto costitutivo di *trust* per verificare la corrispondenza alle norme imperative del programma negoziale che si è prefisso il disponente e valutare la meritevolezza degli interessi sottesi a tale atto avendo accertato la causa concreta del *trust* nell'ambito del singolo concordato preventivo o accordo di ristrutturazione <sup>(23)</sup>.

---

<sup>(20)</sup> Sul punto si vedano G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2006, pag. 16; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fall.*, 2006, pag. 129.

<sup>(21)</sup> Questa esigenza emerge in maniera particolarmente rilevante nell'ipotesi tutt'altro che peregrina in cui oggetto della crisi sia una società partecipe di un gruppo a sua volta esposto verso le banche, laddove gli istituti di credito sono interessati sia all'andamento della società partecipata sia al mantenimento del valore della partecipazione, per cui risulterà necessario assicurare tempestività e coerenza tra attività di liquidazione e consolidamento del debito.

<sup>(22)</sup> Si vedano in proposito le riflessioni di D. GALLETTI, *Sull'utilizzo del trust nelle procedure concorsuali*, Relazione al Convegno «Trust: novità della giurisprudenza e della prassi nel diritto commerciale, successorio, tributario e internazionale privato», Piacenza, 15 giugno 2009, disponibile in [www.assotrusts.it/trust.piacenza2009.pdf](http://www.assotrusts.it/trust.piacenza2009.pdf); Id., *Il trust e le procedure concorsuali: una convivenza subito difficile*, in *Giur. comm.*, 2010, pag. 895.

<sup>(23)</sup> Il Tribunale Milano, 16 giugno 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2009, pag. 533, ha evidenziato la rilevanza del giudizio di meritevolezza degli interessi con riferimento alla causa con-

In proposito, costituisce indubbiamente un *leading case*, anche per l'elevato sforzo motivazionale, la pronuncia della Cassazione n. 10105/2014 (24).

In tale provvedimento la Suprema Corte ha individuato tre ipotetiche soluzioni astrattamente configurabili di *trust* in funzione liquidatoria: a) il c.d. *trust* extra-concorsuale, vale a dire quello concluso in sostituzione della procedura liquidatoria, allo scopo di conseguire con altri mezzi il risultato equivalente di recuperare l'attivo, pagare il passivo, ripartire il residuo e cancellare la società; b) il c.d. *trust* endo-concorsuale, ossia concluso quale alternativa alle misure concordate di risoluzione della crisi d'impresa o in loro attuazione; c) il c.d. *trust* anti-concorsuale, che sostituisce la procedura fallimentare ed impedisce lo spossessamento dell'imprenditore insolvente.

Secondo la Cassazione, «nel primo caso, potrebbe dirsi lo strumento vietato qualora si esiga che esso, per essere riconosciuto nel nostro ordinamento, assicuri un *quid pluris* rispetto a quelli già a disposizione dell'autonomia privata nel diritto interno. Non sembra però che l'ordinamento imponga questo limite, alla luce del sistema rinnovato dalle riforme attuate negli ultimi anni, che ammettono la gestione concordata delle stesse crisi d'impresa. Nelle altre due fattispecie, poi, la causa concreta va sottoposta ad un vaglio particolarmente attento e, in caso di esito negativo, il *trust* sarà non riconoscibile, non potendo l'ordinamento fornire tutela ad un regolamento di interessi che, pur veicolato da un negozio in astratto riconoscibile in forza di convenzione internazionale, in concreto contrasti con i fini di cui siano espressione norme imperative interne» (25).

---

creta. Esplicitamente il Tribunale Reggio Emilia, 14 marzo 2011, in *Il Caso.it*, ha sottolineato che «non ogni *trust* è valido ed efficace in quanto tale, è indispensabile perciò esaminare l'atto costitutivo di *trust* per comprendere il programma negoziale che si è prefisso il disponente e valutare la meritevolezza degli interessi sottesi a tale atto, oltre che l'eventuale possibilità di raggiungere i medesimi obiettivi con istituti di diritto interno», aggiungendo che «nell'ipotesi di un *trust* liquidatorio avente lo scopo di realizzare uno "strumento liquidatorio, al fine di operare la liquidazione in modo più ordinato ed efficace, realizzando e garantendo la conservazione del valore dell'impresa, in funzione del miglior realizzo, nell'interesse dei creditori sociali e dei soci", che non si accompagna a nessuna iniziativa di salvataggio di impresa in crisi, è necessario valutare quale sia il valore aggiunto di un *trust* siffatto rispetto alle ordinarie attività di liquidazione».

(24) In tal senso, Cassazione, 9 maggio 2014, n. 10105, in *Riv. Notariato*, 2014, 2, pag. 335; in *Notariato*, 2015, pag. 79, con nota di S. BARTOLI; in *Corr. giur.*, 2015, pag. 197, con nota di U. LA PORTA.

(25) Si veda in proposito l'acuta analisi di F. DI MAIO, *Riconoscimento e disconoscimento del trust interno liquidatorio nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 2014, pag. 606. La Suprema Corte collega la non riconoscibilità all'art. 15, lett. e), Conv. e non all'art. 13 Conv., reputando tale ultima norma come rivolta allo Stato, a differenza della prima rivolta direttamente al giudice. Tuttavia, è l'art. 13 Conv. ad assegnare al giudice del foro il potere di non riconoscere quello specifico *trust* che, applicando una legge straniera ad un rapporto i cui elementi importanti tranne la scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abi-

Occorre evidenziare come la Suprema Corte non ritenga il requisito della residualità quale elemento indispensabile per il riconoscimento del *trust* interno, distaccandosi in ciò da quanto affermato da alcune decisioni di merito <sup>(26)</sup>. Sarà quindi riconoscibile il *trust* liquidatorio che risulta lecito e meritevole di tutela, anche qualora non offra un apporto giuridico maggiore rispetto agli istituti già presenti nel nostro ordinamento.

La Cassazione, inoltre, sottolinea l'importanza di uno scrupoloso vaglio giudiziale della causa concreta, al fine di analizzare gli esiti concreti, ossia gli effettivi risultati derivanti dall'utilizzo di un determinato *trust* nell'ambito di una specifica crisi d'impresa <sup>(27)</sup>. Come si vedrà meglio nel successivo paragrafo, appare quindi determinante unicamente verificare l'incompatibilità del mezzo di segregazione patrimoniale «con le norme inderogabili e di ordine pubblico in materia di procedure concorsuali» più che la semplice circostanza della sussistenza dello stato d'insolvenza del disponente.

4. Segue: *segregazione patrimoniale ed «elusione» della disciplina concorsuale*. – Nonostante il valore – più volte sottolineato – assegnato all'analisi in concreto dell'elemento causale, la Corte, senza renderne ragione, aggiunge poi che, ove la causa «sia quella di segregare tutti i beni dell'impresa

---

tuale del *trustee* siano connessi ad uno Stato che non preveda il *trust*, di fatto produca abusi di diritto. È quindi l'art. 13 Conv., quale norma residuale, che conferisce al giudice il potere di non riconoscere il *trust* che, pur non essendo sanzionabile con gli strumenti interni in quanto non viola norme interne, determini effetti aberranti. L'art. 15 Conv., invece, assegna al giudice il potere di disapplicare, avvalendosi degli strumenti sanzionatori interni, il *trust* contrario a norme imperative, senza però cogliere il profilo dell'abuso.

<sup>(26)</sup> Cfr. Tribunale Trieste, 22 gennaio 2014, in *IlCaso.it* e Tribunale Bologna, 9 gennaio 2014, *ivi*, là dove si afferma che «è richiesta invece la oggettiva presenza di un valore aggiunto apportato dal *trust*, da valutarsi in chiave squisitamente giuridica, che deve risultare di immediata evidenza. E ciò per una ragione evidente quanto ineludibile dovendosi considerare che i rapporti fra cittadini italiani, destinati a spiegare i loro effetti nel territorio della nostra Repubblica, (come nel caso di specie) sono soggetti alla sola legge italiana senza alcuna possibilità, ancor più negozialmente convenuta, di sottrarvisi». Si vedano nello stesso senso Tribunale Monza, 15 febbraio 2012, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; Tribunale Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Trusts e att. fid.*, 2007, pag. 425.

<sup>(27)</sup> In proposito, sia pure in campo penale, la Cassazione ha affermato che «La funzione destinataria, invero, deve costituire la legittima espressione dell'esercizio di un potere dispositivo di cui il c.d. negozio di destinazione costituisce l'atto programmatico iniziale, con la conseguenza che siffatto potere ordinante, nel conformare l'uso del bene, non si esaurisce nel solo momento programmatico, ma si articola attraverso un procedimento attuativo che, pur diversamente graduabile a seconda delle concrete vicende negoziali, deve comunque rendere effettiva e rilevante la destinazione anche nei confronti dei terzi. La destinazione, infatti, quale indice essenziale del collegamento fra patrimonio ed attività, costituisce, in generale, una tecnica di funzionalizzazione dei beni ed acquista oggettività quando è attuata in fatto, ossia attraverso la manifestazione di una concreta attività che ne realizzi il vincolo» (Cassazione pen., 27 maggio 2014, n. 21621, in *Cass. Pen.*, 2014, 12, pag. 4150).

a scapito di forme pubblicistiche quale il fallimento, che prescrive dettagliate procedure e requisiti a tutela dei creditori del disponente, l'ordinamento non può accordarvi tutela». Infatti, in questa ipotesi, secondo la Suprema Corte, il *trust*, sottraendo l'azienda al suo titolare con l'assegnazione della liquidazione dell'intero attivo alla discrezionalità del *trustee*, determinerebbe l'effetto di sottrarre il patrimonio del debitore ai procedimenti pubblicistici di gestione delle crisi d'impresa.

È evidente la duplice paradossale contraddizione in cui incorre la Cassazione.

Infatti, la mera segregazione dei beni e la conseguente sottrazione del patrimonio al suo titolare per essere affidato al *trustee* costituisce – come affermato dalla stessa sentenza – non la causa concreta, bensì «lo schema generale (se si vuole, la causa astratta) di segregazione patrimoniale propria dello strumento in esame, che si inserisce nell'ambito della più vasta categoria dei negozi fiduciari, e nel quale quindi un soggetto viene incaricato di svolgere una data attività per conto e nell'interesse di un altro, secondo un prestabilito programma ed in misura più continuativa e complessa rispetto al mandato; di conseguenza, ne sono sovente oggetto non solo singoli beni, ma anche un complesso di situazioni soggettive unitariamente considerato, come l'azienda, che viene intestata ad altri». L'astratta meritevolezza di tale causa è già stata riconosciuta dal legislatore con la legge di ratifica della Convenzione de L'Aja.

Pertanto, oggetto di vaglio deve essere il programma concreto predisposto dal disponente. Come osserva la stessa Suprema Corte, «occorre perciò esaminare, al fine di valutarne la liceità, le circostanze del caso di specie, da cui desumere la causa concreta dell'operazione». Tale «programma concreto non può che risultare sulla base del singolo regolamento d'interessi attuato, la causa concreta del negozio».

Di conseguenza, la circostanza che oggetto di conferimento in *trust* sia l'intero patrimonio aziendale è inconferente rispetto alla meritevolezza della causa, la quale non può essere inficiata da un dato meramente quantitativo.

Inoltre, non si comprende come la Cassazione possa assegnare disvalore al *trust* che «determina l'effetto, non accettabile per il nostro ordinamento, di sottrarre il patrimonio del debitore ai procedimenti pubblicistici di gestione delle crisi d'impresa». Infatti, la disciplina fallimentare con gli istituti negoziali degli accordi di ristrutturazione e del piano attestato di risanamento, cui si è recentemente unita la convenzione di moratoria di cui all'art. 182-*septies* legge fallim., consente una gestione dell'insolvenza alternativa a quella pubblicistica concorsuale.

Il divieto di eludere le norme inderogabili ai sensi dell'art. 15 Conv., non impedisce certo che il singolo *trust* possa evitare la liquidazione fallimentare istituendo un regime liquidatorio-negoziale alternativo a quello

fallimentare, anche qualora l'impresa sia già in stato d'insolvenza. Ovviamente, in tale eventualità occorrerà prevedere opportuni meccanismi di vigilanza nonché evidenziare nell'atto istitutivo del *trust*, con particolare puntualità, le ragioni che giustificano il ricorso a tale strumento rispetto alle ordinarie procedure liquidatorie, specificando come questo istituto sia funzionale ad una liquidazione efficace e ad assicurare la conservazione del valore dell'impresa senza pregiudicare l'interesse complessivo dei creditori sociali.

Invero la stessa Suprema Corte afferma che «la ricerca di soluzioni alternative, che riescano a scongiurare il fallimento, è vista con favore dal legislatore degli ultimi due lustri, svolgendosi peraltro pur sempre tali iniziative negoziate sotto il controllo del ceto creditorio o del giudice». Coerentemente, sottolinea l'illiceità di strumenti che non «contemplano alcun potere di amministrazione o controllo da parte del ceto creditorio o di un organo pubblico neutrale».

Di conseguenza, dovrebbe avere positivo accoglimento un *trust* in cui l'operato del *trustee* – indipendente rispetto al disponente e dotato di profili professionali coerenti con la complessità dell'attività gestoria – sia soggetto alla vigilanza se non all'esplicito consenso di un guardiano (detto anche *protector* o *enforcer*), il cui ufficio può essere assunto direttamente dal comitato dei creditori *ex art. 40* segg. legge fallim. o da un soggetto da questi designato (28).

È quindi da interpretare nell'ottica della necessità di prevedere effettive garanzie per i creditori l'affermazione in cui la Suprema Corte ritiene elusiva «un'operazione – come il trasferimento in *trust* dell'azienda sociale – elusiva del procedimento concorsuale e degli interessi più generali alla cui soddisfazione esso è preposto». Infatti – come anticipato – di per sé il trasferimento in *trust* dell'azienda non può costituire un presupposto sufficiente per ritenere elusiva l'operazione.

Pertanto, è evidente che la Cassazione quando parla di «elusione del procedimento concorsuale» non si riferisca alla derogabilità della disciplina della crisi d'impresa – espressamente ammessa dal sistema, come ricordato dalla stessa Corte – bensì alla lesione in concreto degli interessi tutelati dalla normativa concorsuale. Infatti, il *trust* liquidatorio deve essere di-

---

(28) Giova brevemente rammentare come un *trust* liquidatorio possa essere configurato come *trust* c.d. di scopo qualora persegua un fine determinato senza che sia designato o sia previsto designare alcun beneficiario: pertanto non vi è alcun soggetto legittimato ad agire contro il *trustee* per tutelare un interesse proprio, ma è presente un guardiano, ovvero un soggetto terzo ed indipendente rispetto al *trustee*. Nella differente ipotesi in cui il *trust* si configuri come c.d. *trust* per beneficiari, lo stesso dovrebbe contemplare, in assenza di un guardiano, che i beneficiari medesimi siano titolari di effettivi poteri di controllo sull'operato del *trustee*, ad esempio per mezzo di pareri vincolanti rispetto a specifici atti del *trustee* o attraverso il diritto di rendiconto.

sconosciuto allorché – sottolinea il Collegio – «finisce per eludere artificialmente le disposizioni concorsuali sottraendo al curatore la disponibilità dell'attivo societario», dove l'avverbio «artificiosamente» fissa il confine tra *trust* lecito e illecito, e testimonia come la Cassazione sia ben consapevole della possibilità riconosciuta dalla legge di eludere «lecitamente» la procedura fallimentare, tramite il ricorso agli strumenti di gestione negoziale della crisi.

Il disvalore deriva quindi non dalla mera «elusione» della procedura concorsuale, bensì dall'elusione «artificiosa». L'artificio sarebbe costituito dal contemplare nel programma di segregazione meccanismi che – come evidenziato dalla Corte – non «prevedono trattative vigilate con i creditori al fine della soluzione concordata della crisi, né contemplano alcun potere di amministrazione o controllo da parte del ceto creditorio o di un organo pubblico neutrale», realizzando un'operazione che «non permetta loro la condivisione del governo del patrimonio insolvente, in una situazione per essi priva di utilità in ragione dell'insindacabile amministrazione del fondo in *trust*».

Perciò, in ultimo, il disconoscimento del *trust* è subordinato alla verifica che le concrete modalità con cui si intende perseguire il risultato astrattamente lecito di segregazione patrimoniale pregiudichi i creditori del disponente, violando così l'art. 15 Conv. in tema di protezione dei creditori in caso di insolvenza.

5. *Superamento della rilevanza dell'insolvenza e ascesa della causa in concreto.* – La Suprema Corte pare tuttavia incorrere in una ulteriore contraddizione.

Infatti, da un lato rifugge da affermazioni astratte e aprioristiche, assegnando in più punti assoluta rilevanza alla disamina della causa concreta del negozio, dall'altro afferma che «il *trust* deve essere disconosciuto dal giudice del merito, ogni volta che sia dichiarato il fallimento per essere accertata l'insolvenza del soggetto, ove l'insolvenza preesistesse all'atto istitutivo», marcando automaticamente come non riconoscibile il *trust* istituito in presenza di uno stato di decozione. Tale stato – come evidente – è un elemento esterno al contenuto del contratto e, pertanto, non può identificarsi con la funzione economico-individuale del negozio, non afferendo alla causa concreta, in quanto è privo dell'elemento soggettivo-teleologico che la contraddistingue. La condizione di insolvenza può al massimo costituire uno degli indici esteriori da cui presumere che il *trust* sia orientato verso uno scopo artificialmente elusivo delle procedure concorsuali.

Del resto, collegare il riconoscimento del *trust* al mero riscontro della sussistenza o meno dello stato d'insolvenza in capo al disponente al momento della sua costituzione presenta vari profili di criticità.

In primo luogo è palese la difficoltà dell'accertamento postumo, ora

per allora, della sussistenza della decozione al momento della costituzione del *trust*, considerando l'intrinseca relatività, «soggettivizzazione» e quindi indeterminatezza del concetto di insolvenza.

Infatti, la nozione di insolvenza *ex art. 5 legge fallim.* ha natura essenzialmente finanziaria, posto che fa riferimento unicamente allo squilibrio fra flussi finanziari in entrata e in uscita, da cui deriva un'incapacità dell'impresa a far fronte in modo regolare ai pagamenti. Pertanto, si assegna agli operatori economici – ed in particolar modo agli istituti di credito – la valutazione di convenienza in ordine al ritiro o meno del fido che provoca il c.d. deficit di cassa: l'insolvenza, dunque, si manifesta solo quando l'operatore bancario (di norma) valuta l'imprenditore incapace di permanere nel circuito economico e quindi non più idoneo a conservare le linee di credito già concesse. In brutale sintesi: un soggetto è insolvente quando non gode più della fiducia del mercato, ossia non è ritenuto dagli operatori bancari o in generale dai potenziali finanziatori meritevole di ricevere credito, a prescindere dall'incidenza del patrimonio netto <sup>(29)</sup>.

È dunque condivisibile la riflessione secondo la quale «l'insolvenza è nozione che sfugge ad una definizione identificabile in termini oggettivi, e l'accostamento è ad una delle massime acquisizioni della fisica teorica, a quel principio di indeterminazione (elaborato da Werner Heisenberg), per cui certi elementi della materia non sono suscettibili di percezione oggettiva, perché la stessa presenza attiva dell'osservatore (che pure è necessaria per acquisire la conoscenza) altera l'oggetto, rendendolo inconoscibile, nella stessa misura in cui l'osservazione, finalizzata alla conoscenza, lo rende altro da sé» <sup>(30)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> È infatti possibile che un imprenditore sia insolvente pur avendo un totale delle voci dell'attivo di entità superiore a quello del passivo, in quanto la maggior parte dei beni non è facilmente liquidabili o i crediti non possono essere riscossi in tempo utile a fronte di pagamenti previsti a breve scadenza; al pari è verosimile che un imprenditore non sia insolvente sebbene il passivo sia notevolmente superiore all'attivo, giacché riesce comunque ad accedere al mercato del credito o fa ricorso a risorse personali per ripianare il *deficit* patrimoniale. Si vedano in proposito la lucida analisi di L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., *passim*.

<sup>(30)</sup> In tal senso L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l.fall.*, cit., pag. 399. In giurisprudenza, giova ricordare come la Cassazione, 27 febbraio 2008, n. 5215, in *Il Caso.it*, affermi che «È fuor di dubbio che l'accertamento dell'insolvenza, come sopra intesa, non s'identifica in modo necessario ed automatico con il mero dato contabile fornito dal raffronto tra l'attivo ed il passivo patrimoniale dell'impresa: sia perché anche in presenza di un eventuale sbilancio negativo è possibile che l'imprenditore continui a godere di credito e sia di fatto in condizione di soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, configurandosi l'eventuale difficoltà in cui egli versa come meramente transitoria; sia perché, all'opposto, ove l'eccedenza di attivo dipenda dal valore di beni patrimoniali non agevolmente liquidabili, o la cui liquidazione risulterebbe incompatibile con la permanenza dell'impresa sul mercato e con il puntuale adempi-

Infatti, lo stato d'insolvenza esige la non transitorietà degli inadempimenti ma non la loro irreversibilità<sup>(31)</sup>. Pertanto, lo stato di insolvenza può ben essere reversibile nel caso in cui l'imprenditore possa recuperare la capacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni in un lasso di tempo ragionevole<sup>(32)</sup>.

Oltre a ciò, giova evidenziare come il nostro ordinamento già contempli la possibilità che un imprenditore insolvente possa evitare le procedure concorsuali attraverso istituti squisitamente privatistici: attraverso la *cessio bonorum* di cui all'art. 1977 cod. civ. i creditori dell'impresa decotta potrebbero infatti vincolarsi contrattualmente a soddisfarsi sul patrimonio oggetto della cessione.

Ma v'è di più.

La domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o al pari della domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione possono essere proposte da un imprenditore in stato d'insolvenza, visto che il presupposto dello «stato di crisi» di cui agli artt. 160 e 182-*bis* legge fallim., pacificamente include lo stato d'insolvenza (come affermato dall'ult. comma dell'art. 160 legge fallim.).

Di conseguenza, posto che – come sostiene la Corte – «è preliminarmente la formulazione di un giudizio di riconoscibilità del *trust* nel nostro ordinamento, nel raffronto con le norme inderogabili e di ordine pubblico in materia di procedure concorsuali», da tale confronto non emerge l'illiceità del *trust* per il solo fatto che sia stato istituito in situazione di decozione: l'ordinamento, invero, ammette il ricorso a strumenti di gestione negoziale alter-

---

mento di obbligazioni già contratte, il presupposto dell'insolvenza ben può ugualmente essere riscontrato. Resta vero, nondimeno, che l'eventuale eccedenza del passivo sull'attivo patrimoniale costituisce, pur sempre, nella maggior parte dei casi, uno dei tipici «fatti esteriori» che dimostrano l'impotenza dell'imprenditore a soddisfare le proprie obbligazioni (cfr., in tal senso, Cassazione, 1° dicembre 2005, n. 26217). Ed, in ogni caso, anche a prescindere dal semplice risultato della somma algebrica tra poste attive e passive della situazione patrimoniale, è evidente che pur sempre dai dati di contabilità dell'impresa è bene muovere, ove possibile, per poter vagliare, nella concretezza di ciascuna singola fattispecie, se il debitore disponga di risorse idonee a fronteggiare in modo regolare le proprie obbligazioni, avendo riguardo alla scadenza di queste ed alla natura e composizione dei cespiti dai quali sia eventualmente prospettabile ricavare l'occorrente per farvi fronte».

<sup>(31)</sup> Cfr. in proposito G. FERRI, *Insolvenza e temporanea difficoltà*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, pag. 448.

<sup>(32)</sup> Sulla distinzione tra non transitorietà e irreversibilità dell'insolvenza si vedano le riflessioni di M.F. CAMPAGNA, *Insolvenza e crisi nella vigente legge fallimentare*, in M. NUZZO (a cura di), *Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, 2014, pag. 399; M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, pag. 80; P. PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, pagg. 96-97; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., pagg. 151-152, il quale definisce lo stato di insolvenza «una nozione orientata a breve termine» che «non sembra incorporare un giudizio circa la definitiva incapacità di adempiere del debitore».

nativi al fallimento, anche qualora l'imprenditore versi già in stato di insolvenza.

Quindi, là dove la Cassazione, con riferimento alla fattispecie concretamente affrontata, ne afferma la non riconoscibilità *ex art. 15 Conv.* «poiché il *trust* – secondo gli accertamenti di merito della sentenza impugnata, che ha ravvisato come esso fu costituito in una situazione di insolvenza – si palesa oggettivamente incompatibile con queste [ossia le norme inderogabili e di ordine pubblico in materia di procedure concorsuali, *n.d.a.*]», occorre mettere l'accento sugli accertamenti di merito: altrimenti – banalmente – non si comprenderebbe il rilievo assegnato nella stessa pronuncia al vaglio della causa concreta del *trust*, dovendosi il giudice limitare al mero riscontro della preesistenza della decozione all'atto istitutivo della segregazione patrimoniale.

Pertanto, l'accertamento – *oborto collo* postumo – della circostanza che al momento dell'istituzione del *trust* l'imprenditore fosse o meno insolvente dovrebbe perdere rilevanza a vantaggio dell'indagine sull'effettiva articolazione dinamica degli interessi sottesi allo specifico impiego del *trust*, al fine di appurarne la riconoscibilità o meno nel nostro ordinamento.

Tale assunto trova conferma nell'analisi di una recente sentenza di merito del Tribunale di Milano <sup>(33)</sup>, successiva alla pronuncia della Cassazione. Infatti, il giudice meneghino – pur incorrendo nelle stesse già analizzate contraddizioni della Suprema Corte – nega il riconoscimento al *trust* che, al di là delle mere affermazioni di principio, non permette di fatto ai creditori la condivisione del governo del patrimonio trasferito al *trustee* e che non ha realizzato un effettivo affidamento intersoggettivo dei beni, posto che nella specie il fiduciario era un socio della stessa società disponente. In tale provvedimento, pur censurando il *trust* in quanto istituito in una situazione d'insolvenza, si assegna rilievo determinante alla causa concreta dell'operazione, nella specie incompatibile con le norme di ordine pubblico in materia di procedure concorsuali.

Di conseguenza, applicando la teoria della causa in concreto richiamata dalla Suprema Corte, qualora si accerti che il *trust* sia volto non già a eludere artificiosamente la disciplina fallimentare ma ad agevolare la conclusione e l'esecuzione di un concordato o di un accordo di ristrutturazione – in cui la liquidazione è nella disponibilità delle parti – deve ritenersi possibile individuare spazi di liceità in cui tale strumento di segregazione patrimoniale possa dispiegare la sua utilità quale regime liquidatorio-negoziale alternativo, idoneo a scongiurare il fallimento <sup>(34)</sup>.

<sup>(33)</sup> Cfr. Tribunale Milano, 17 gennaio 2015, n. 818, in *Trusts e att. fid.*, 2015, pag. 288.

<sup>(34)</sup> La necessità di un'analisi del concreto programma del *trust* e quindi, per converso,

6. *Elementi esogeni ed endogeni rivelatori del trust c.d. anti-concorsuale.* – Per tutto quanto osservato, parrebbe più coerente – anche alla luce di una lettura sistematica della sentenza della Corte – considerare dirimente ai fini del riconoscimento del *trust*, più che la preesistenza o meno dell'insolvenza all'atto costitutivo<sup>(35)</sup>, la valutazione del concreto programma predisposto dal disponente. Questo deve essere coerente con gli obbiettivi ultimi ed effettivi che si è prefisso di raggiungere, inoltre gli interessi da esso perseguiti devono essere meritevoli di tutela e non in contrasto con le norme imperative del nostro ordinamento, anche alla luce di un giudizio comparativo con gli interessi del ceto creditorio potenzialmente pregiudicati dalla costituzione del *trust*<sup>(36)</sup>.

A tal fine, è possibile individuare indici esterni e interni al *trust*, sinto-

---

l'assenza di una aprioristico divieto dell'uso del *trust* nell'ambito della crisi d'impresa è ribadita nel seguente passaggio della menzionata decisione della Suprema Corte: «l'alternatività degli strumenti lecitamente utilizzabili va esclusa, qualora – come nel caso *sub c)* [(c.d. *trust* anti-concorsuale) n.d.a.] – non due istituti privatistici si comparino, ma strumenti di cui l'uno, quale il *trust*, ancorato a regole ed interessi comunque privati del disponente, e l'altro di natura schiettamente pubblicistica, qual è la procedura concorsuale, destinata a sopravvivere nel caso di insolvenza a tutela della *par condicio creditorum* e che non è surrogabile da strumenti che (ove pure siano trasferiti al *trustee* anche i rapporti passivi) né garantiscono tale parità, né escludono procedure individuali, né prevedono trattative vigilate con i creditori al fine della soluzione concordata della crisi, né contemplano alcun potere di amministrazione o controllo da parte del ceto creditorio o di un organo pubblico neutrale. Del pari, altro è rispetto alle soluzioni negoziali delle crisi d'impresa il realizzare un'operazione – come il trasferimento in *trust* dell'azienda sociale – elusiva del procedimento concorsuale e degli interessi più generali alla cui soddisfazione esso è preposto: operazione che, sotto le vesti di attribuire ai creditori la posizione di beneficiari, non permetta loro la condivisione del governo del patrimonio insolvente, in una situazione per essi priva di utilità in ragione dell'insindacabile amministrazione del fondo in *trust*».

<sup>(35)</sup> Numerosi provvedimenti di merito hanno ritenuto nullo il *trust* liquidatorio istituito da società insolvente per contrasto con le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale: Tribunale Napoli, 3 marzo 2014, in *IlCaso.it*; Tribunale Bolzano, 8 aprile 2013, in *Trusts e att. fid.*, 2014, pag. 49; Appello Milano, 29 ottobre 2009, *ivi*, 2010, pag. 271; Tribunale Milano, 30 luglio 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2010, pag. 80; *contra*, Tribunale Cremona, 8 ottobre 2013, in *IlCaso.it*, ha evidenziato che «il *trust* liquidatorio costituito quando l'impresa si trovi in stato di dissesto non è *ab origine* nullo o inefficace ai sensi dell'art. 13 della convenzione de L'Aja per contrasto con le norme di diritto pubblico che prevedono la liquidazione concorsuale; in detta ipotesi, infatti, la disciplina applicabile sarà quella prevista dall'atto istitutivo del *trust* o, in mancanza, dalla legge regolatrice prescelta, per il caso di impossibilità del *trust* di raggiungimento dello scopo»; nello stesso senso cfr. Tribunale Reggio Emilia, 2 maggio 2012, in *IlCaso.it*.

<sup>(36)</sup> In proposito, cfr. Tribunale Reggio Emilia, 27 agosto 2011, in *Trusts e att. fid.*, 2012, pag. 61, secondo la quale «L'effetto segregativo realizzato col *trust* (e a questo coesenziale), difatti, non è il fine ma il mezzo (*melius*, uno dei mezzi) attraverso il quale raggiungere diversi e più pregnanti obiettivi corrispondenti ad altrettante esigenze (la segregazione patrimoniale è mero corollario di un *trust* validamente istituito e l'analisi della validità non può, dunque, avere inizio da questa e/o dagli effetti per i creditori ma dagli scopi del programma negoziale)».

matici del concreto pericolo che l'istituto sia utilizzato al solo fine di eludere artificialmente la disciplina imperativa concorsuale, ponendosi in conflitto con il nostro ordinamento, con il conseguente disconoscimento *ex officio* del negozio, in ossequio all'art. 15 Conv.

Gli indicatori esogeni, in via esemplificativa, sono identificabili nell'entità del debito; nel ridotto attivo; negli infruttuosi tentativi di pignoramento; nell'immediata cancellazione della società dal registro delle imprese a seguito dell'istituzione del *trust*; nella mancata pubblicità dell'atto di costituzione del *trust*, effettuato per scrittura privata registrata e non per forma pubblica; nella circostanza che il *trustee* si limiti a mantenere occultato il patrimonio del disponente ai suoi creditori; nel mancato deposito del libro degli eventi del *trust* e del rendiconto; nella mancata informazione ai creditori sull'attuazione del programma negoziale; nel mancato riversamento di alcun beneficio a favore dei creditori; nel mancato compimento di qualsiasi attività di liquidazione da parte del *trustee*.

Invece, gli elementi endogeni sintomatici del pericolo che il *trust* sia simulato ovvero orientato verso una finalità artificialmente elusiva possono essere individuati, anche qui in via esemplificativa, nella clausola che consente la modificazione *ad nutum* dell'atto istitutivo di *trust* da parte del disponente (con variazione delle finalità originarie e rideterminazione dell'assetto dei beni in *trust*); nella mancata designazione a *trustee* di un c.d. «*trustee* professionale» indipendente; nella designazione a beneficiario o a guardiano dello stesso disponente; nella previsione di guardiani del *trust* coincidenti con soggetti riconducibili alla compagine societaria della società disponente; nell'effettiva assenza in capo al guardiano di prerogative di esercizio concreto di controllo sull'operato del *trustee*; nella sussistenza di vincoli di parentela tra il *trustee* e il disponente; nella pretermissione degli interessi di alcuni beneficiari<sup>(37)</sup>. Giova sottolineare quindi la rilevanza di prevedere la clausola di irrevocabilità che privi esplicitamente il disponente della possibilità di revocare l'attribuzione patrimoniale al *trustee*, ovvero clausole che limitino l'operatività del *trustee* in caso di insolvenza, stabilendo in particolare la restituzione dei beni segregati al curatore<sup>(38)</sup>.

La sussistenza dei suddetti indici, come detto, è sintomatica del con-

<sup>(37)</sup> Si veda sul punto, Tribunale Reggio Emilia, 21 ottobre 2014, in *IlCaso.it*.

<sup>(38)</sup> Come afferma M. ATZORI, *Riflessioni finali sui trust liquidatori*, in AA.VV., *Moderni sviluppi sul trust*, Padova, 2011, pag. 549, «dunque tutte le volte che il *trust* liquidatorio contenga nelle sue regole e nel suo programma una pretesa di sopravvivenza rispetto all'apertura della procedura concorsuale i vizi dell'atto istitutivo sarebbero originari e non sopravvenuti, con riverbero su tutti gli atti di disposizione del disponente ed anche su quelli *medio tempore* compiuti dal *trustee*. Naturalmente anche tale rigorosa impostazione non esclude che il curatore agendo nell'interesse della massa ben potrebbe decidere, attraverso un percorso transattivo, di approfittare del *trust*, ove più conveniente dell'esperienza delle azioni giudiziarie, laddove l'opzione fosse condivisa dai creditori concorrenti».

creto pericolo che il *trust* non sia meritevole di tutela; la loro assenza, per contro, potrà dare maggiore garanzia ai creditori, inducendoli ad accettare la soluzione del *trust* rispetto alla ordinaria liquidazione.

Il principale profilo di criticità del *trust* che porta la Suprema Corte a rifiutare in talune ipotesi la compatibilità di tale istituto rispetto alla crisi d'impresa è costituito dalla mancanza di garanzie pubblicistiche ovvero di un controllo da parte di un «organo neutrale», a differenza degli altri strumenti di composizione della crisi d'impresa previsti dall'ordinamento <sup>(39)</sup>.

Posto che – come detto – l'ufficio di guardiano può essere ricoperto direttamente dal comitato dei creditori *ex art. 40* segg. legge fallim. o da un soggetto da questi designato, qualora il *trust* sia incorporato in uno dei tipici strumenti di composizione negoziale della crisi in cui sono previste garanzie pubblicistiche di controllo, le possibilità che il *trust* sia riconosciuto saranno maggiori quanto più il programma di segregazione agevoli effettivamente il ricorso allo strumento di gestione negoziale della crisi o la sua attuazione senza «eludere artificiosamente» la disciplina <sup>(40)</sup>.

7. *Esperibilità dell'azione revocatoria.* – Dopo aver esaltato la valenza della causa in concreto del *trust* ai fini della sua riconoscibilità nell'ambito delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa, giova sottolineare come l'utilizzo di tale strumento di separazione patrimoniale non lascerebbe i creditori privi di tutela.

E infatti evidente che la segregazione patrimoniale compiuta con il *trust* integra un atto dispositivo del patrimonio del debitore-disponente, idoneo a diminuire la garanzia patrimoniale generica dei creditori, interponendo limiti all'esecuzione forzata.

I creditori sono tutelati con due differenti rimedi.

Preliminarmente, il notaio – e il *trustee* nell'accettare l'ufficio, specie se professionista – sono tenuti a vagliare la meritevolezza degli interessi avendo riguardo alla causa concreta del *trust* <sup>(41)</sup>. Inoltre, il giudice può – come visto – disconoscere il *trust* ai sensi dell'art. 15 Conv. qualora dalla valuta-

<sup>(39)</sup> Infatti, sia nel concordato preventivo sia nell'accordo di ristrutturazione (quale che sia l'ampiezza del sindacato riconosciuto al giudice in sede di omologazione dell'accordo) è presente un controllo giudiziale, mentre nel piano attestato e nella convenzione di moratoria *ex art. 182-septies* legge fallim. vi è comunque un controllo preventivo da parte del professionista indipendente.

<sup>(40)</sup> Diffusamente sul *trust* c.d. endo-concorsuale, cfr. F. GALLUZZO, *Validità di un trust liquidatorio istituito da una società in stato di decozione*, in *Corr. giur.*, 2010, pag. 531. In proposito, V. GRECO, in *Il trust ordinato dal Tribunale per conservare l'impresa e/o i suoi valori*, in *Dir. fall.*, 2010, pag. 555, ha qualificato tale tipologia di *trust* come «*trust* risanatore» o «*trust* di ristrutturazione» o ancora «*trust* di salvataggio».

<sup>(41)</sup> Cfr. L.F. RISSO-D. MURITANO, *Il trust: diritto interno e Convenzione de L'Aja, Ruolo e responsabilità del notaio*, in E.Q. BASSI-F. TASSINARI (a cura di), *I trust interni e le loro clausole*, Consiglio Nazionale del Notariato, 2007, pag. 37.

zione della causa concreta si appuri che il regolamento di interessi sotteso al *trust* contrasti con i fini di cui siano espressione norme imperative interne eludendo artificiosamente le disposizioni concorsuali. Ovviamente quest'ultima valutazione interverrebbe quando il negozio sia stato già istituito e il patrimonio del debitore sia stato già conferito, per cui i beni trasferiti al *trustee* sarebbero aggredibili presso costui.

In aggiunta, gli stessi creditori possono esperire i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale previsti dall'ordinamento a garanzia della solvibilità del debitore, tra i quali principalmente l'azione revocatoria ordinaria.

L'ammissibilità di tale rimedio deriva dall'art. 15, lett. *b)* e *f)*, Conv., alla cui stregua l'istituzione di un *trust* (interno) non può pregiudicare indebitamente i creditori del disponente <sup>(42)</sup>. Pertanto, il *trust* che violi i diritti riconosciuti quali inderogabili non è di per sé nullo, ma soggetto a quanto previsto dalla legge del foro a tutela dei terzi creditori e quindi, *in primis*, all'azione revocatoria ordinaria o fallimentare.

Nell'ipotesi in cui sopraggiunga il fallimento, gli atti di conferimento in *trust*, se posti in essere in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione omologato o di un piano attestato, non saranno revocabili <sup>(43)</sup>, ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. *e)* e *d)*, legge fallim. <sup>(44)</sup>.

<sup>(42)</sup> Sul punto, cfr. I. VALAS, *Le trust disputes: azioni relative ai termini del trust ed alla sua validità*, in M.G. MONEGAT-G. LEPORE-I. VALAS (a cura di), *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, vol. II, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2010, pag. 465.

<sup>(43)</sup> In proposito, secondo il Tribunale Milano, 2 marzo 2013, in *Giur. it.*, 2013, pag. 2275, l'esclusione della revocabilità comprenderebbe anche la revocatoria ordinaria sia «per ragioni di corretta interpretazione sistematica della norma esonerativa», sia «per la considerazione che in ogni caso della fattispecie di cui all'art. 2901 cod. civ. non sarebbe configurabile il *consilium fraudis* essendo gli accordi funzionali alla liberazione di risorse necessarie per il pagamento integrale dei debitori estranei». In dottrina è opinione maggioritaria la possibilità di applicare le norme esonerative di cui all'art. 67 legge fallim. anche all'azione revocatoria promossa dal curatore *ex art. 66* legge fallim., come sostengono P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, cit., pag. 489; G. TERRANOVA, *Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2010, I, pag. 42; L. GUGLIELMUCCI, *Le azioni di ricostituzione del patrimonio*, in *Il Fall.*, 2007, pag. 1050; S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, cit., pag. 87. *Contra* G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, Padova, 2006, pag. 857. In senso dubitativo cfr. L. PANZANI-G. TARZIA, *Gli effetti del piano attestato e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti sugli atti pregiudizievoli*, cit., pag. 1069.

<sup>(44)</sup> Tuttavia, tale esenzione non opera allorché a fallire sia il terzo che ha immesso nuova finanza, in quanto i creditori dei terzi sono estranei alla crisi di impresa, per cui il loro interesse alla salvaguardia della garanzia patrimoniale non può essere pregiudicato. In tal senso, cfr. A. CAPRIOLI, *Assunzione del concordato preventivo da parte di società controllante, costituzione di trust e tutela dei creditori personali dell'assuntore*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2010, pag. 106. All'opposto, R. ROSAPEPE, *Il Fallimento*, in AA.Vv., *Diritto fallimentare*, 2008, pag. 252, confrontando la norma di cui alla lett. *e)* dell'art. 67, comma 3, legge fallim. con quella della lett. *d)* dello stesso articolo, che fa espresso riferimento alle garanzie concesse sui beni

Riguardo all'applicazione del rimedio revocatorio in presenza di *trust*, è tuttavia indispensabile precisare quale sia l'atto pregiudizievole che può essere impugnato: l'atto istitutivo del *trust* oppure l'atto che nel *trust* abbia veicolato i beni del disponente in favore del *trustee*.

La distinzione tra atto istitutivo e atti di conferimento (o di dotazione o dispositivi) si spiega ponendo mente che in *common law* gli effetti traslativi non rientrano nell'ambito del *contract*, dunque il trasferimento della proprietà non costituisce di per sé un automatico effetto del contratto in quanto tale, esigendo invece un apposito atto tra le parti.

È palese che oggetto dell'azione revocatoria non possa essere l'atto costitutivo del *trust* ma l'atto di trasferimento al fiduciario. È infatti questo l'atto «dissimulativo» col quale i beni sono posti sotto il controllo del *trustee* nell'interesse del beneficiario o per uno scopo specifico, realizzando un travaso patrimoniale. Invero, la costituzione del *trust* non produce effetti dispositivi essendo un atto di pura pianificazione e perciò neutro, sebbene precluda ad uno o più atti di trasferimento dei beni o dei diritti dal *settlor* al *trustee*, affinché quest'ultimo provveda a gestire secondo le istruzioni del disponente e nell'interesse del beneficiario i beni segregati nell'ambito del proprio patrimonio <sup>(45)</sup>.

Il *trustee* è dunque il proprietario fiduciario del bene o del diritto il cui trasferimento è oggetto di revocatoria, e perciò è il soggetto nei cui confronti deve eseguirsi l'eventuale pronuncia di inefficacia dell'atto dispositivo.

Il terzo avente causa del debitore è invece il beneficiario <sup>(46)</sup>. Pertanto, a quest'ultimo si deve fare riferimento per individuare la sussistenza dell'elemento soggettivo della consapevolezza del pregiudizio o della partecipazione alla dolosa preordinazione di cui all'art. 2901, comma 1, n. 2, cod. civ., o per valutare la presenza della *scientia decoctionis* ai sensi dell'art. 67 legge fallim. <sup>(47)</sup>.

---

del debitore, ritiene che l'esenzione posta dalla lett. e) sia relativa a tutte le garanzie, comprese quelle concesse da terzi.

<sup>(45)</sup> Sia consentito in merito il riferimento a I.L. NOCERA, *Trust e fallimento: utilizzo nelle procedure concorsuali*, in *Fall. & crisi d'imp.*, 2008, pag. 1103; V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, pag. 897; M. INDOLFI, *Sull'ammissibilità del trust auto-dichiarato*, in *Il Fall.*, 2015, pag. 449.

<sup>(46)</sup> Come affermato dal Tribunale Novara, 29 gennaio 2015, in *IlCaso.it*, «appare improprio qualificare il *trustee* come terzo acquirente in capo al quale dovrebbe richiedersi la consapevolezza delle finalità elusive, in quanto il *trustee* è semplicemente l'esecutore delle finalità del *trust* ed è del tutto indifferente ad esse».

<sup>(47)</sup> Sono infatti i beneficiari a ricevere i vantaggi del *trust*, come osservano F. FIMMANÒ, *Trust e procedure concorsuali*, in *Il Fall.*, 2010, pag. 30; G. TUCCI, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts e att. fid.*, 2003, pag. 34; G. SCHIANO DI PEPE, *Trust di protezione patrimoniale e fallimento*, cit., pag. 215. Secondo invece L. PANZANI, *Trust e procedure concorsuali*, in CALAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali*, Padova, 2011, pag. 1019, e

Per spiegare meglio la differenza tra negozio istitutivo e negozio di trasferimento dei beni, durante i lavori preparatori della Convenzione de L'Aja, si è fatto ricorso all'efficace immagine del *trust* come «missile attivato da una rampa di lancio»<sup>(48)</sup>.

È possibile infatti distinguere due negozi: quello propriamente istitutivo del *trust* – meramente programmatico – e quello che opera il trasferimento dei beni. Come il missile necessita di un'apposita rampa di lancio, allo stesso modo il meccanismo del *trust* non può operare senza un valido ed efficace negozio che metta sotto il controllo del *trustee* i beni da segregare in funzione della realizzazione della finalità del *trust*.

È dunque l'atto dispositivo a poter essere impugnato con l'azione revocatoria, sia in quanto logicamente anteriore alla realizzazione della separazione patrimoniale (che si produce solo a trasferimento compiuto), sia perché, in forza dell'art. 4 Conv., è assoggettato al diritto nazionale e quindi all'azione revocatoria ordinaria o fallimentare<sup>(49)</sup>.

Infatti, mentre l'atto istitutivo del *trust* deve essere regolato dalla legge straniera individuata dalle parti ai sensi dell'art. 6 Conv., l'atto di destinazione – con cui si trasferiscono i beni dal disponente al *trustee* – sarà soggetto alla *lex fori*, ai sensi dell'art. 4 Conv. L'applicazione di due diverse normative rende necessaria la distinzione tra i due atti anche qualora l'istituzione del *trust* ed il trasferimento dei beni al *trustee* avvengano *uno actu*, o meglio nell'ambito di un solo rogito e di un unico momento stipulatorio<sup>(50)</sup>, nonché anche nella fattispecie di *trust* autodichiarato<sup>(51)</sup>.

---

F. DIMUNDO, *Trust interno istituito da società insolvente in alternativa alla liquidazione fallimentare*, in *Il Fall.*, 2010, pag. 13, tale presupposto soggettivo deve sussistere in capo al *trustee* quale destinatario dell'atto di trasferimento.

<sup>(48)</sup> Tale similitudine è riportata da L. ROVELLI, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, in *Trusts e att. fid.*, 2001, pag. 505.

<sup>(49)</sup> L'art. 4 Conv. afferma infatti che essa «non si applica alle questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici in virtù dei quali i beni sono trasferiti al *trustee*». Si vedano in merito, Tribunale Monza, 12 gennaio 2015, in *IlCaso.it*; Tribunale Firenze, 9 novembre 2010, *ivi*; e in dottrina, F. DIMUNDO, *Trust interno istituito da società insolvente in alternativa alla liquidazione fallimentare*, cit., pag. 10; L. PANZANI, *Trust e procedure concorsuali*, cit., pag. 1003. Del resto, in ipotesi di sequenza contratto preliminare-definitivo, la Cassazione, 16 gennaio 1992, n. 500, in *Mass. Giur. it.*, 1992, pag. 322, ha stabilito che «l'accertamento degli elementi e dei presupposti afferenti all'azione revocatoria fallimentare deve essere compiuto con riguardo alla vendita definitiva – del bene – quale negozio in virtù del quale si verifica il trasferimento definitivo del diritto di proprietà – e non anche al contratto preliminare di vendita».

<sup>(50)</sup> Tribunale Reggio Emilia, 26 aprile 2012, in *Trusts e att. fid.*, 2012, pag. 493 e Tribunale Firenze, 6 giugno 2002, in *Trusts e att. fid.*, 2004, pag. 256, hanno adottato pronunce di revoca di *trust* che contenevano sia l'istituzione e il programma di segregazione, sia il trasferimento strumentale in capo al *trustee* dei beni da vincolare. In tal caso, la contestualità tra istituzione e conferimento suggeriva e facilitava da parte dei creditori l'estensione dell'azione revocatoria all'intero atto stipulato dal debitore. Tuttavia, l'unitarietà del documento non

Tale differenziazione si rivela opportuna non solo per una questione di carattere formalistico, bensì anche pratico, in considerazione dei limiti temporali posti dalla disciplina ordinaria e fallimentare in relazione alla revoca degli atti onerosi. Inoltre – data la sottolineata discrasia tra atto costitutivo e atto traslativo di dotazione dei beni – la declaratoria d’inefficacia di tale ultimo atto non travolgerà necessariamente il primo, il quale potrà mantenere la propria efficacia qualora, al netto della disposizione patrimoniale privata d’efficacia e considerando la finalità globalmente perseguita, sia idoneo a regolare ulteriori vicende destinatorie. Tale ipotesi potrebbe ravvisarsi qualora il *trust* riguardi beni provenienti da più soggetti e sia impugnato solo il trasferimento eseguito da uno di loro, in quanto l’altro disponente è reputato solvibile.

Pertanto, il creditore che abbia vittoriosamente esercitato l’azione revocatoria nei confronti dell’atto di conferimento di beni in *trust* da parte del proprio debitore, e nei cui confronti detto atto sia stato dichiarato inefficace dal giudice, può legittimamente sottoporre a pignoramento i beni che siano nella titolarità del *trustee*, facendo ricorso alle forme dell’espropriazione presso il terzo proprietario <sup>(52)</sup>.

Vale ribadire quindi come l’atto costitutivo del *trust* si configuri come un semplice schema di rapporto obbligatorio al pari della delegazione, potendo assumere, se la fonte è negoziale, diverse cause. L’atto istitutivo, quindi, per sua natura sfugge alla qualificazione di atto a titolo gratuito od oneroso, in quanto non incide pregiudizievolemente sul patrimonio del disponente.

Tuttavia, occorre sottolineare l’eccezione del *trust* autodichiarato in

---

vale di per sé a obliterare la distinzione sussistente tra il negozio costitutivo e quello di destinazione, dato che non incide in alcun modo sulla reciproca autonomia fra i due negozi pur ricalcando, ogni negozio di dotazione, il proprio comparto causale su quello del negozio istitutivo.

<sup>(51)</sup> Cfr. Tribunale Forlì, 5 febbraio 2015, in *www.ilcaso.it*, secondo il quale «anche nella fattispecie di *Trust* auto-dichiarato, pur realizzandosi il negozio dispositivo *uno actu* con l’atto istitutivo del *trust*, emerge una differenza ontologica tra il negozio di istituzione e quello di disposizione, essendo quest’ultimo imperniato sul trasferimento al *trustee* di posizioni soggettive delle quali egli si avvale per svolgere il compito affidatogli nel negozio istitutivo». Sulla riconoscibilità del *trust* autodichiarato cfr. le lucide riflessioni di A. TONELLI, *Riflessioni sull’ordinanza del tribunale di Monza 12 ottobre 2015 e sulla sentenza del tribunale di Monza del 13 maggio 2015: ma l’Italia è un paese non trust?*, in *www.ilcaso.it*; e, in giurisprudenza, Tribunale Torino, 8 ottobre 2015; Tribunale Pescara, 20 marzo 2015; Tribunale Ravenna, 22 maggio 2014; Tribunale Bologna, 18 dicembre 2014; Tribunale Milano, 28 marzo 2014; Tribunale Reggio Emilia, 27 gennaio 2014; Tribunale Sondrio, 12 ottobre 2013; Tribunale Ravenna, 4 aprile 2013; Tribunale Pescara, 11 ottobre 2011; Tribunale Bologna, 2 marzo 2010; tutte in *www.ilcaso.it* e in *www.il-trust-in-italia.it*.

<sup>(52)</sup> In tal senso, cfr. Tribunale Torino, 5 maggio 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2010, pag. 92.

cui l'atto istitutivo del *trust* può incidere sulla garanzia dei creditori<sup>(53)</sup>. Infatti, in seguito al cumulo nella stessa persona dei ruoli di disponente e di *trustee*, l'atto istitutivo è di per sé pregiudizievole per i creditori, anche in assenza di un trasferimento di beni, in quanto rende operativo il meccanismo segregativo, idoneo a integrare l'*eventus damni*<sup>(54)</sup>.

8. Segue: *gratuità o onerosità del trust*. – Ai fini della qualificazione come oneroso o gratuito dell'atto da revocare sarà necessario perciò avere riguardo solo ai singoli atti dispositivi in relazione al complesso assetto di interessi, ossia ai rapporti tra disponente e beneficiario, apprezzando quindi la causa concreta di tali negozi di destinazione, indipendentemente dai rapporti tra disponente e *trustee*.

Infatti, il soggetto rispetto al quale va verificata l'esistenza o meno di una *causa solvendi* ai fini del riconoscimento della natura onerosa o gratuita è esclusivamente il destinatario finale del vantaggio rispetto al quale il disponente si sia obbligato all'istituzione del *trust* e nella cui sfera patrimoniale si spiegheranno gli effetti dell'eventuale dichiarazione di inefficacia conseguente all'accoglimento dell'azione revocatoria.

In proposito, occorre nuovamente fare ricorso alla causa concreta, esaminando l'interesse globale sotteso all'intera operazione, e dunque vagliando l'entità dell'attribuzione, la qualità dei soggetti, la durata del rapporto, la preesistenza di un debito da estinguere, la sussistenza di un vantaggio patrimoniale, la prospettiva di subire un depauperamento, collegato o meno ad un – sia pur indiretto – guadagno ovvero ad un risparmio di spesa<sup>(55)</sup>.

---

<sup>(53)</sup> L'ammissibilità del *trust* autodichiarato è stata posta in dubbio da Cassazione, 24 febbraio 2015, n. 3735 e 25 febbraio 2015, n. 3886, in *Il-trust-in-italia.it* e da Tribunale Bergamo, 4 novembre 2015, in *IlCaso.it*.

<sup>(54)</sup> Invero, la costante giurisprudenza di legittimità ritiene che «per il vittorioso esperimento dell'azione revocatoria ordinaria, non è richiesta la totale compromissione della consistenza patrimoniale del debitore, ma soltanto il compimento di un atto che renda più incerto o difficile il soddisfacimento del credito, di talché la potenzialità lesiva del negozio impugnato può dipendere anche solo da una modificazione qualitativa, piuttosto che quantitativa, del patrimonio del debitore» (così, *ex multis*, cfr. Cassazione, 14 agosto 2014, n. 17987, in *DeJure.it*; Cassazione, 9 febbraio 2012, n. 1896, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 2, pag. 146; Cassazione, 29 marzo 2007, n. 7767, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, pag. 3).

<sup>(55)</sup> La necessità di un'analisi della causa concreta ai fini della qualificazione di un atto come oneroso o gratuito è affermata dalla Cassazione, sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Guida al dir.*, 2010, 16, pag. 56. In particolare sul *trust* cfr. Tribunale Napoli, 16 giugno 2015, in *IlCaso.it*. Come ha osservato Tribunale Alessandria, 24 novembre 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2010, pag. 171, occorre fare riferimento al rapporto (o meglio alla causa giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale) tra disponente e beneficiario. Analogamente, secondo il Tribunale Bologna, 23 aprile 2015, in *IlCaso.it*, «Poiché l'atto dispositivo di beni in *trust* può avere natura di liberalità, costituire adempimento di un obbligo morale o un mezzo per adempiere ad un obbligo giuridico (c.d. *trust* liquidatorio), per accertare la natura liberale o onerosa del *trust*, si dovrà avere riguardo alle intenzioni del disponente e agli obblighi del

Di conseguenza, si qualificherà a titolo gratuito l'atto con il quale il disponente assoggetta determinati beni al *trust* con finalità liberali nei confronti dei beneficiari, mentre sarà a titolo oneroso l'atto con il quale i beni siano destinati all'adempimento di una obbligazione, quale il soddisfacimento dei creditori del disponente con l'estinzione dei debiti di costui.

Applicando la disciplina codicistica, pertanto, qualora si qualifichi il

---

*trustee* nei confronti dei beneficiari». Di conseguenza, dovrà essere riconosciuta natura gratuita all'atto con il quale il disponente conferisce alcuni beni in *trust* con scopi liberali nei confronti dei beneficiari. Al contrario, avrà natura onerosa l'atto istitutivo con il quale si destinano determinati beni all'adempimento di una obbligazione. In proposito, secondo alcune pronunce (Tribunale Novara, 29 gennaio 2015, in *IlCaso.it*; Tribunale Cassino, 8 gennaio 2009, *ivi*; Tribunale Monza, 12 gennaio 2015, *ivi*), dato che la mancata previsione di un corrispettivo è indice di gratuità dell'atto di trasferimento di beni in *trust*, può essere accolta l'azione revocatoria ordinaria di tale atto qualora risulti provata, anche per presunzioni, la consapevolezza in capo al debitore disponente del pregiudizio arrecato agli interessi del creditore. Secondo Tribunale Genova, 18 febbraio 2015, in *IlCaso.it*, l'atto col quale viene costituito un *trust* nel quale vengono conferiti i beni immobili è revocabile, ricorrendone i presupposti, ai sensi dell'art. 2901 cod. civ. essendo lo stesso un atto a titolo gratuito con effetto segregativo al pari di quello ottenibile con il fondo patrimoniale o il conferimento di determinati fondi ad un intermediario finanziario. La giurisprudenza è assolutamente pacifica nel considerare l'attribuzione dei beni al fondo come atto a titolo gratuito, inefficace ai sensi dell'art. 64 legge fallim., quindi l'atto di costituzione del fondo patrimoniale compiuto dal fallito nel periodo sospetto, rientrando nel *genus* degli atti a titolo gratuito, è soggetto revocatoria da parte del curatore del fallimento, ai sensi dell'art. 64 legge fallim., dato che origina un patrimonio di scopo indifferente alla dichiarazione d'insolvenza, impedendo che i beni inclusi in tale patrimonio entrino a far parte della massa attiva, e pertanto riduce la garanzia patrimoniale (cfr. Cassazione, 8 settembre 2004, n. 18065, in *Mass. Giur. it.*, 2004, pag. 880; Cassazione, 16 luglio 2010, n. 16761, in *DeJure.it*). Analogamente, in un caso in cui era stata proposta un'azione revocatoria ordinaria nei confronti dell'apporto di determinati beni al patrimonio di fondi aventi finalità assistenziale e previdenziale, costituenti patrimoni segregati e separati, il Tribunale Nola, 24 ottobre 2013, in *IlCaso.it*, ha affermato che «la costituzione di un patrimonio segregato e separato, se non accompagnata da una trasparente informazione di quantità e qualità di prestazioni collegate al funzionamento del fondo, non può che apparire, nel mondo dei traffici giuridici ed al ceto creditorio, quale segregazione di informazione sulla consistenza del patrimonio del debitore, da cui deriva la inevitabile presunzione di gratuità degli atti di apporto al fondo e di destinazione di essi a null'altro che a sottrarre beni dei debitori dalla garanzia patrimoniale dei creditori di cui all'art. 2740 cod. civ.». In tema si veda diffusamente A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contr. e impr.*, 2009, pag. 487, che riconduce il *trust* alla categoria del «negozio giuridico unitario», con il quale, nonostante la pluralità degli strumenti utilizzati (atto istitutivo e atti di dotazione), le parti realizzano un assetto di interessi unitario ed inscindibile; cfr. inoltre G. TUCCI, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, cit., pag. 34; F. FIMMANÒ, *Trust e procedure concorsuali*, cit., pag. 30; F. TEDIOLI, *Trust con funzione liquidatoria e successivo fallimento dell'impresa*, in *Trusts e att. fid.*, 2010, pag. 494. È opportuno in tale tema fare riferimento all'elaborazione del formante giurisprudenziale riguardo al fondo patrimoniale, sebbene sia impropria una piena equiparazione tra le due figure, in quanto nel *trust* i beneficiari godono, nei confronti del *trustee*, di diritti che non sono presenti in un fondo patrimoniale (per un confronto si veda M.L. CENNI, *Trust e fondo patrimoniale*, in *Trusts e att. fid.*, 2001, pag. 523).

*trust* a titolo gratuito, l'attore in revocatoria avrà un onere della prova meno gravoso, in quanto sarà sufficiente dimostrare l'*eventus damni* e la *scientia damni* del disponente, senza dover provare – come invece accade in caso di *trust* a titolo oneroso – che il terzo beneficiario fosse anch'egli edotto del pregiudizio arrecato ai creditori.

Allorché si appuri che il *trust* sia a titolo oneroso, invece, chi agisce in revocatoria deve dimostrare che il beneficiario fosse consapevole del pregiudizio che l'atto di conferimento comportava per i creditori del disponente, potendo tuttavia giovare anche di presunzioni semplici quali la sussistenza di uno stato di sofferenza debitoria ovvero di una situazione di conclamata illiquidità, nonché di rapporti di parentela o comunque di non indipendenza tra il debitore-disponente e il *trustee*.

Nell'ipotesi in cui il debitore conferisca nel *trust* tutto il suo patrimonio o una significativa porzione di esso, senza che residuino altri beni di sufficiente valore e di facile esazione coattiva da parte dei creditori, la consapevolezza del pregiudizio per le ragioni di questi ultimi è ritenuta *in re ipsa* <sup>(56)</sup>.

Inoltre, qualora l'atto di conferimento al *trustee* sia successivo al sorgere del debito sarà sufficiente per l'attore in revocatoria ordinaria dimostrare che il debitore fosse edotto del pregiudizio che l'atto determinava alle ragioni creditorie (*scientia fraudis*). Se invece l'atto di conferimento sia antecedente al sorgere del credito chi agisce in revocatoria ha l'onere di provare la dolosa preordinazione del debitore-disponente.

Allorché l'azione revocatoria ordinaria sia esperita dal curatore *ex art. 66 legge fallim.* occorre rammentare, in ordine al requisito soggettivo in capo al terzo, come tale azione presenti struttura e disciplina eclettiche, in quanto partecipi di quella ordinaria e fallimentare <sup>(57)</sup>. Infatti, il rimedio ai

---

<sup>(56)</sup> Secondo la giurisprudenza «nel caso in cui il debitore disponga del suo patrimonio mediante vendita contestuale di una pluralità di beni, l'esistenza e la consapevolezza sua e dei terzi acquirenti del pregiudizio patrimoniale che tali atti recano alle ragioni del creditore ai fini dell'esercizio da parte di quest'ultimo dell'azione pauliana, sono "*in re ipsa*"» (in tal senso, *ex multis*, Cassazione, 18 maggio 2005, n. 10430, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, pag. 5; Tribunale Massa, 23 settembre 2014, in *Trusts.it*).

<sup>(57)</sup> Si veda sul punto la Cassazione, 7 maggio 2015, n. 9170, in *IlCaso.it*, secondo la quale «L'unica differenza fra la revocatoria *ex art. 66 legge fallim.* e la revocatoria *ex art. 2901 cod. civ.* è l'ambito di efficacia: la prima, esercitata dal curatore, giova a tutti i creditori, la seconda giova soltanto al creditore che ha esercitato l'azione. Ma le caratteristiche dell'azione sono le medesime, trattandosi dello stesso istituto trasposto in un diverso settore dell'ordinamento. È quindi errato ritenere che, anche in tema di revocatoria ordinaria, il curatore sia gravato dalla prova della conoscenza da parte del terzo dello stato di insolvenza del debitore, come avviene in caso di revocatoria fallimentare *ex art. 67 legge fallim.*; è in realtà sufficiente che sia dimostrato il semplice pregiudizio, per la massa dei creditori, dell'atto dispositivo. Pertanto, chi propone questa azione deve unicamente provare la conoscenza, da parte del terzo, del pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore, ovvero sia la menomazione

sensi dell'art. 66 legge fallim., pur presupponendo gli stessi requisiti dell'*actio pauliana* di cui all'art. 2901 cod. civ., si caratterizza rispetto a questa per il fatto che è rivolta a tutelare la garanzia patrimoniale di tutti i creditori presenti e futuri dell'imprenditore.

Pertanto, un orientamento – adottato da una giurisprudenza non recente ma sostenuto da autorevole dottrina<sup>(58)</sup> – afferma come non sia necessario distinguere fra atti negoziali (compiuti in frode) posteriori e anteriori al sorgere dei crediti altrui, giacché l'essenza del rimedio si basa sull'unico pregiudizio possibile, costituito dal fatto che l'atto dispositivo abbia concretamente pregiudicato o reso più difficile il soddisfacimento dei crediti. Di conseguenza, nell'esercizio in sede fallimentare dell'azione revocatoria ordinaria il curatore non è tenuto a provare, relativamente ai creditori posteriori all'atto revocato, la dolosa preordinazione di cui all'art. 2901, n. 2, cod. civ., essendo sufficiente la prova in capo al terzo della consapevolezza dell'*eventus damni*.

Per quanto attiene ai profili processuali, segnatamente alla natura di litisconsorte necessario in capo al beneficiario ovvero al *trustee*, occorre operare una distinzione in ordine alla situazione giuridica in capo ai vari soggetti.

Nel giudizio di revocatoria riguardante un *trust* che crea diritti definitivamente acquisiti in capo al beneficiario (*fixed interests*), questo sarà litisconsorte necessario, posto che l'atto istitutivo gli conferisce il diritto di avanzare pretese immediate sui beni segregati o sui redditi da essi prodotti. Infatti, tale beneficiario è legittimato a pretendere l'adempimento dei diritti o interessi provenienti dal *trust*, senza che vi sia alcun margine di discrezionalità in capo al *trustee*.

In tale ipotesi, il beneficiario ha quindi già fatto affidamento sul diritto scaturente dal *trust* e, pertanto, ha un interesse diretto a far valere i propri diritti. Dunque, il beneficiario è comunque esposto a subire nella propria sfera giuridica una diminuzione patrimoniale anche solo prospettica e uno svantaggio in conseguenza dell'eventuale pronuncia di revoca dell'atto oggetto di impugnazione<sup>(59)</sup>. Egli perciò sarà destinatario degli effetti delle azioni esecutive *ex art. 602* segg. cod. proc. civ. esperite dal creditore.

---

della garanzia generica di cui all'art. 2740 cod. civ., posto che la norma non richiede, per la sua applicazione, che il debitore sia insolvente, né che il creditore abbia consapevolezza dello stato di decozione del debitore o della società di cui è parte».

<sup>(58)</sup> Cfr., Cassazione, 10 dicembre 1987, n. 9122, in *Il Fall.*, 1988, pag. 322; Cassazione, 3 maggio 1978, n. 2055, in *Foro it.*, 1979, I, pag. 2930; e, in dottrina, N. SANTI DI PAOLA, *La revocatoria ordinaria e fallimentare nel decreto sulla competitività*, Matelica, 2006, pag. 105; B. QUATRARO-M. GIORGETTI-A. FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, Milano, 2009, pag. 383; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, pag. 256; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, II, pag. 1148.

<sup>(59)</sup> Si vedano sul punto I. VALAS, *Le trust disputes: azioni relative ai termini del trust ed*

Pertanto, dalla mancata integrazione del contraddittorio nei confronti dei beneficiari deriverà la pronuncia del giudice di improseguibilità del giudizio, a meno che l'atto istitutivo lasci aperta la possibilità per il disponente o per il *trustee* di indicare nuovi beneficiari o revocare beneficiari previamente indicati <sup>(60)</sup>.

Quando invece unico titolare dei beni del *trust* e legittimato a tutelarne le ragioni è il *trustee*, e i beneficiari – data la natura «discrezionale» del *trust* <sup>(61)</sup> – presentano soltanto un interesse al trasferimento finale dei beni, secondo il programma dettato nell'atto di affidamento del disponente, e sono quindi titolari di una mera aspettativa, dal momento che non hanno un diritto a ricevere distribuzioni di rendita o capitale dal *trustee*, sarà quest'ultimo a rivestire la natura di litisconsorte necessario <sup>(62)</sup>. In tale tipologia di *trust*, infatti, i beneficiari sono legittimi titolari di posizioni di vantaggio, subordinate tuttavia ad una scelta discrezionale del *trustee*.

Nondimeno, tale classificazione pecca di eccessiva rigidità <sup>(63)</sup>. Invero,

---

*alla sua validità*, cit., pag. 465; S.P. CERRI, *Trust e azione revocatoria nella recente giurisprudenza di merito*, in *Trusts e att. fid.*, 2015, pag. 137.

<sup>(60)</sup> Cfr. diffusamente S. LEUZZI, *L'azione revocatoria ordinaria in ambito di trust*, in *Giustiziacivile.com*, 2014.

<sup>(61)</sup> Il *trust* è «discrezionale» se il *trustee* ha il potere di determinare liberamente i beneficiari, il *quantum* loro spettante e il *quomodo* dell'elargizione.

<sup>(62)</sup> Cfr. Tribunale Cassino, 8 gennaio 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2009, pag. 419, e Tribunale Milano, 20 maggio 2015, in *IlCaso.it*, secondo cui «nella causa di revocatoria ex art. 2901 cod. civ. dell'atto di dotazione di beni in *trust*, il *trustee* è litisconsorte necessario in quanto è amministratore del patrimonio nell'interesse del beneficiario e proprietario fiduciario del bene o del diritto il cui trasferimento è impugnato ed è, inoltre, il soggetto nei cui confronti deve eseguirsi ed avere effetto la pronuncia che dichiara l'inefficacia del trasferimento e nei cui confronti è necessario procedere ai sensi dell'art. 602 cod. proc. civ. mediante l'espropriazione contro il terzo proprietario».

<sup>(63)</sup> Sul punto, il Tribunale Reggio Emilia, 26 aprile 2012, in *Trusts e att. fid.*, 2012, pag. 493, ha affermato che «i beneficiari vantano diritti nei confronti del *trustee* e sul *trust-fund* (anche se si tratta di diritti solo eventuali che richiedono la mediazione del *trustee*) in maniera analoga a quanto accade per il coniuge del soggetto che ha costituito il fondo patrimoniale oggetto di revocatoria dato che anche nei confronti di quello (come beneficiario dell'atto) si spiegheranno gli effetti pregiudizievoli dell'accoglimento della domanda». Inoltre, come ulteriore argomento a favore della necessità di ritenere i beneficiari comunque litisconsorti necessari, il giudice emiliano effettua un ragionamento *a contrario* rispetto alla giurisprudenza che esclude il litisconsorzio necessario nei confronti dei figli della coppia che ha costituito il fondo patrimoniale: infatti a differenza di questi ultimi per cui si esclude il litisconsorzio (Cassazione, 17 marzo 2004, n. 5402, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, pag. 3), per i beneficiari di un *trust* l'attribuzione dei beni in *trust*, dei quali sono *beneficial owners* (ossia soggetti a beneficio dei quali i beni devono essere impiegati dal *trustee*), non è meramente eventuale. La stessa analogia è invece usata dal Tribunale Genova, 12 maggio 2014, in *Trusts.it*, per negare la necessità della partecipazione in giudizio dei beneficiari, qualora il *trustee* disponga «senza alcuna limitazione» dei beni conferiti in *trust*, potendo alienarli, sostituirli o disporre del reddito eventualmente reinvestendolo. Secondo il giudice genovese infatti «L'assegnazione dei beni, dunque, per i beneficiari è meramente eventuale, potrà non ri-

sebbene nella suddetta tipologia di *trust* c.d. discrezionale in capo al beneficiario sia possibile identificare una mera aspettativa e non la titolarità di un diritto soggettivo, la circostanza che l'accertamento della natura onerosa o gratuita dell'atto debba compiersi con riferimento al rapporto con i beneficiari, e che i concreti effetti che il provvedimento spiega riguardano il beneficiario, imporrebbe di far partecipare al processo tale figura, anche in ipotesi di *trust* c.d. discrezionale <sup>(64)</sup>.

In ogni caso occorre identificare in capo ai beneficiari quell'interesse giuridicamente protetto e qualificato che li legittima ad intervenire, al limite, a titolo adesivo dipendente <sup>(65)</sup>.

9. *Sorte del trust in caso di sopravvenuto fallimento.* – Si è visto che qualora sopraggiunga il fallimento senza che il concordato o l'accordo abbiano ottenuto l'omologa giudiziale, i creditori potranno agire in revocatoria sugli atti di conferimento in *trust*. In tale ipotesi è tuttavia dibattuta in giurisprudenza la sorte del *trust*.

Un provvedimento del Tribunale di Milano ha ipotizzato la sopravvivenza al fallimento del *trust* che abbia ad oggetto una parte del patrimonio aziendale, applicando analogicamente quanto previsto dall'art. 46, comma 1, n. 3, legge fallim. per il fondo patrimoniale <sup>(66)</sup>. Pertanto, secondo tale orientamento i beni conferiti in *trust* non sarebbero aggredibili dal curatore, salvo l'esperimento dell'azione revocatoria nei confronti dell'atto istitutivo.

Nondimeno, l'applicazione in via analogica della riferita norma è ostacolata dalla *ratio* della stessa. Infatti, tale disposizione mantiene in vita il fondo patrimoniale in quanto la causa di quest'ultimo istituto – identificabile nel far fronte ai bisogni familiari al fine di assicurare alla famiglia una base patrimoniale stabile – è ontologicamente eterogenea rispetto alla liquidazione concorsuale, volta invece a soddisfare il ceto creditorio. Al contrario, non si ravvisa alcuna eterogeneità nell'ipotesi di *trust* liquidatorio, giacché anch'esso, come la liquidazione concorsuale, è volto alla liquidazione patrimoniale: non sarebbe quindi giustificabile la sua sopravvivenza al fallimento.

---

guardare i beni conferiti o non intervenire per sopravvenuta consumazione dei beni stessi; in questi termini la posizione dei beneficiari deve ritenersi simili a quella dei figli minori, i quali hanno interesse attuale al mantenimento dei beni nel fondo patrimoniale in quanto beneficiari dei frutti quali partecipi del gruppo familiare e, raggiunta la maggiore età, possono vantare una aspettativa sui beni in termini successori».

<sup>(64)</sup> In tal senso cfr. M.A. LUPOI, *Aggiungi un posto a tavola: azione revocatoria in ambito di trust e litisconsorzio necessario*, in *Trusts e att. fid.*, 2013, pag. 17.

<sup>(65)</sup> Si vedano le lucide riflessioni di M.A. LUPOI, *Profili processuali del trust*, in *Trusts e att. fid.*, 2009, pag. 162 e di I. VALAS, *Le trust disputes: azioni relative ai termini del trust ed alla sua validità*, cit., pag. 473.

<sup>(66)</sup> Cfr. Tribunale Milano, 16 giugno 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2009, pag. 533.

Secondo un differente indirizzo, il fallimento sopravvenuto del disponente si configura come causa sopravvenuta di scioglimento dell'atto istitutivo del *trust*, analogamente a quelle ipotesi negoziali la cui prosecuzione è incompatibile con la dichiarazione di insolvenza. Di conseguenza, possono trovare applicazione analogica le disposizioni di cui agli artt. 77 e 78 legge fallim. che prevedono lo scioglimento *ex lege* di fattispecie negoziali stipulate dalla impresa *in bonis* dominate dall'*intuitu personae*, la cui prosecuzione non è compatibile con la liquidazione fallimentare <sup>(67)</sup>.

Tuttavia, tale opzione solleva dubbi posto che il *trust* non è certamente un negozio sinallagmatico e inoltre con la costituzione e il conferimento dei beni il disponente ha comunque eseguito la sua prestazione. Le riferite disposizioni, invece, riguardano rapporti di cui è ancora titolare il fallito.

Un altro orientamento ritiene il fallimento del disponente una causa di «nullità sopravvenuta» del *trust* <sup>(68)</sup>. Una decisione – rimasta tuttavia isolata – ha individuato quale requisito di validità dell'atto istitutivo del *trust* liquidatorio la sussistenza della «clausola di salvaguardia» che imponga la sua automatica risoluzione al momento dell'apertura del fallimento, determinando dunque la nullità del *trust* a prescindere dal sopraggiunto fallimento <sup>(69)</sup>.

Tale indirizzo si presta a molteplici obiezioni.

In primo luogo, si osserva come, a prescindere dalla previsione della suddetta clausola «di salvaguardia», il *trust* si risolverebbe comunque per impossibilità di raggiungimento dello scopo, con effetti *ex nunc*. Inoltre, secondo quanto affermato dalla Cassazione <sup>(70)</sup>, la clausola di salvaguardia rimarrebbe inoperante qualora il *trust* non permetta il normale svolgimento della procedura a causa dell'effetto segregativo, impedendo al curatore di amministrare e liquidare i beni conferiti in *trust*.

Tuttavia, l'orientamento che afferma la «nullità sopravvenuta» del *trust* si scontra con due importanti rilievi di carattere generale.

---

<sup>(67)</sup> In tal senso, cfr. Tribunale Napoli, 28 novembre 2013, in *Il Fall.*, 2014, pag. 567, con nota di R. RANUCCI; Tribunale Milano, 16 giugno 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2009, pag. 533, il quale postula il ricorso alle norme sullo scioglimento in caso di *trust* costituito quando l'imprenditore poi fallito non era ancora insolvente. In dottrina, si veda A. BUSANI-C. FANARA-G.O. MANNELLA, *Trust e crisi d'impresa*, cit., pag. 80.

<sup>(68)</sup> Cfr. Appello Milano, 22 ottobre 2009, in *IlCaso.it*; Tribunale Napoli, 3 marzo 2014, *ivi*; Tribunale Milano, 16 giugno 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2009, pag. 533 in caso di *trust* costituito quando l'imprenditore poi fallito era già insolvente.

<sup>(69)</sup> In tal senso, Appello Milano, 29 ottobre 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2010, pag. 271, afferma la necessità all'interno del *trust* liquidatorio di «clausole che ne limitino la operatività nel caso di insolvenza conclamata, in modo da restituire i beni comunque alla procedura inderogabile e di carattere pubblicistico prevista per questi casi». In mancanza di tali clausole conseguirebbe la nullità dell'atto istitutivo per contrarietà a norme imperative e l'assoggettamento alla procedura fallimentare del patrimonio separato.

<sup>(70)</sup> Cfr. Cassazione, 9 maggio 2014, n. 10105, cit., pag. 335.

È noto come l'invalidità radicale di un atto sorga contestualmente all'atto stesso e non possa essere postuma, né dipendere da un evento futuro meramente eventuale <sup>(71)</sup>. In aggiunta, dato che l'atto istitutivo del *trust* è disciplinato, per definizione, dalla legge straniera scelta dal disponente è alla luce di quella legge che si dovrebbe verificare l'invalidità o meno del *trust*. Le leggi straniere che disciplinano il *trust* sono di norma molto permissive e non colpiscono certo con la nullità il *trust* in contrasto con i principi o con le norme degli Stati stranieri che non prevedono il *trust*.

Invero, la Suprema Corte nella pronuncia n. 10105/2014 su esaminata ha stabilito che il *trust* liquidatorio debba essere disconosciuto dal giudice del merito, qualora in seguito all'analisi della sua causa concreta si appuri che sia volto a sostituirsi alla procedura fallimentare e ad impedire lo spossessamento dell'imprenditore insolvente. Pertanto, la Cassazione – sebbene dichiarare dapprima di aderire all'indirizzo secondo cui il *trust* costituito dall'imprenditore insolvente in conflitto con la disciplina concorsuale sia nullo – nella parte espositiva prevede per tale negozio il non riconoscimento *ex art. 13 Conv.*, sanzione incompatibile con la nullità, la quale presuppone invece che l'atto sia stato riconosciuto dal nostro ordinamento.

Il giudice che pronuncia la sentenza dichiarativa del fallimento provvederà quindi *incidenter tantum* al disconoscimento del *trust* elusivo.

La sanzione del non riconoscimento riguarda l'atto istitutivo del *trust*, il quale, di conseguenza, sarà improduttivo di qualsiasi effetto giuridico e, pertanto, non produrrà l'effetto della segregazione dei beni conferiti nel *trust*. La declaratoria di non riconoscimento e quindi di inesistenza dell'atto istitutivo del *trust* travolge infatti anche l'atto di destinazione, che sarà nullo *ex art. 1418, comma 2, cod. civ.*, in quanto causalmente collegato al primo <sup>(72)</sup>.

Tuttavia, l'assoggettamento degli atti di trasferimento all'azione revocatoria prescinde dal riconoscimento o meno dell'atto costitutivo del *trust*: pertanto, sarà possibile esercitare tale rimedio anche qualora il *trust* non sia riconoscibile. Infatti – come visto – i negozi di trasferimento si distin-

---

<sup>(71)</sup> In proposito, *ex multis*, Cassazione, 5 aprile 2001, n. 5052, in *Foro it.*, 2001, I, pag. 2185; in dottrina, cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pag. 749; R. SCOGNAMIGLIO, *Sull'invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Scritti giuridici*, I, 1996, pag. 208.

<sup>(72)</sup> In proposito, Cassazione, 9 maggio 2014, n. 10105, cit., pag. 335, afferma che «Secondo l'art. 4 della Convenzione, questa non si applica alle questioni preliminari relative alla validità degli «atti giuridici in virtù dei quali dei beni sono trasferiti al trustee». Alla stregua, dunque, della legge interna, dal momento che il negozio istitutivo del *trust* si pone come antecedente causale (almeno dal punto di vista logico-giuridico, anche qualora contestuale) dell'attribuzione patrimoniale operata con l'atto di trasferimento dei beni, ove non riconoscibile il primo diviene privo di causa il secondo (nullo *ex art. 1418, comma 2, prima parte, cod. civ.* perché operato in esecuzione di negozio non riconoscibile)». Analogamente, cfr. Tribunale Bologna, 9 gennaio 2014, in *IlCaso.it*.

guono strutturalmente dall'atto costitutivo del *truste* sono integralmente sottoposti al diritto interno. Dunque, il giudice chiamato a giudicare su un'azione revocatoria avente ad oggetto gli atti di trasferimento dei beni con riferimento ad un *trust* che ritiene non riconoscibile dovrà – analogamente alla posizione del giudice civile che può disapplicare ma non annullare un atto amministrativo illegittimo – decidere nel merito dell'azione revocatoria.

Pertanto, gli atti di trasferimento ove arrechino un pregiudizio che si risolve nel sottrarre al fallimento beni che altrimenti sarebbero stati oggetto di liquidazione concorsuale – pregiudizio analogo a quello provocato da qualsiasi atto di disposizione – non saranno nulli ma potranno essere dichiarati inopponibili al fallimento sperando l'azione revocatoria.

Del resto, l'art. 15, lett. e), Conv. stabilisce che quest'ultima, nell'obbligare i singoli Stati al riconoscimento del *trust*, non ostacola l'applicazione delle disposizioni poste a tutela dei creditori, rimandando quindi integralmente ad esse per la qualificazione della fattispecie e per l'individuazione dei rimedi attivabili. Di conseguenza, posto che la costituzione del *trust* determina, in caso di successivo fallimento, la sottrazione alla massa fallimentare dei beni altrimenti oggetto di liquidazione concorsuale, il naturale rimedio che l'ordinamento appronta a tutela dei creditori non è già l'invalidità ma l'esperimento dell'azione revocatoria, ottenendo così una dichiarazione di inefficacia dei singoli atti di disposizione <sup>(73)</sup>.

Tuttavia, salvi gli effetti del disconoscimento nonché di un'eventuale revocatoria, in alcuni casi potrebbe essere preferibile la continuazione del negozio in funzione liquidatoria attraverso il subentro del curatore, in qualità di rappresentante della massa dei creditori, nella posizione dei beneficiari o nella posizione di guardiano o di *trustee* <sup>(74)</sup>. Ciò ovviamente solo nel caso in cui tale subentro sia previsto dall'atto istitutivo del *trust*, o, in mancanza, dalla legge regolatrice prescelta, per l'ipotesi di impossibilità di raggiungimento dello scopo del *trust*.

La curatela, applicando in via analogica l'art. 155 legge fallim. previsto per la liquidazione del patrimonio destinato, potrebbe provvedere alla gestione separata di quanto conferito in *trust*, attraverso lo strumento dell'esercizio provvisorio, con tutti i presupposti e le cautele previste dalla leg-

---

<sup>(73)</sup> In tal senso, Tribunale Cremona, 8 ottobre 2013, in *IlCaso.it*; Tribunale Reggio Emilia, 2 maggio 2012, *ivi*, secondo la quale «nei rapporti fra *trust* e fallimento, occorre considerare che il fallimento del disponente (originariamente *in bonis* al momento dell'istituzione) non può incidere sull'atto di *trust* che ha già definitivamente spiegato ed esaurito i suoi effetti. Nel diritto dei *trust*, infatti, il disponente «esce di scena» e una vicenda successiva, attingente al *settlor*, non può determinare effetti sulla «vita» del *trust*, tantomeno assurgendo a causa sopravvenuta di invalidità dell'atto istitutivo».

<sup>(74)</sup> Si veda in merito M. LUPOI, *Due parole tecniche sull'atto istitutivo di un trust liquidatorio e sui trust nudi*, in *Trusts e att. fid.*, 2011, pag. 211.

ge<sup>(75)</sup>. A tal proposito sarebbe opportuno prevedere nell'atto istitutivo del *trust* che il curatore possa utilizzarlo come «*trust nudo*», ossia senza svolgere attività diverse dal mantenimento dell'intestazione del bene o dallo svolgimento di compiti meramente amministrativi<sup>(76)</sup>.

Al contrario, in caso di disconoscimento e conseguenti effetti *ex tunc*, con la «riviviscenza» delle garanzie eventualmente costituite quando il *settlor* aveva già trasferito i beni al *trustee*, si potrebbe creare un pregiudizio alle ragioni del fallimento<sup>(77)</sup>.

10. *Brevi considerazioni conclusive.* – Le considerazioni svolte mostrano come l'incontro tra *trust* e strumenti di composizione della crisi d'impresa ben possa essere virtuoso e quindi interpretato *magis ut valeat*, ossia al meglio delle sue capacità espansive<sup>(78)</sup>, senza tuttavia esimere l'operatore da un'attenta ponderazione che valga a far emergere i reali interessi che l'operazione di segregazione patrimoniale nell'ambito della crisi d'impresa è diretta a realizzare.

Tale controllo necessario dovrebbe essere sufficiente a superare le diffidenze nei confronti dell'utilizzo dell'istituto anglosassone nel nostro ordi-

---

(75) Secondo tale disposizione l'apertura della procedura concorsuale produce il semplice spossessamento, sicché l'amministrazione del patrimonio separato è sottratta agli amministratori ed è affidata al curatore fallimentare. Di conseguenza, il fallimento della società non comporta necessariamente l'immediata liquidazione dei beni che costituiscono il patrimonio destinato, ben potendo questi ultimi costituire oggetto di esercizio provvisorio disposto dal Tribunale fallimentare. Si vedano in merito F. CIAMPI, *Patrimoni e finanziamenti destinati in rapporto con le regole del concorso fallimentare*, in *Società*, 2004, pag. 1215, e C. COMPORI, *Sub art. 155*, in A. NIGRO-M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, II, pag. 958. Infatti dalla lettera dell'art. 155, comma 1, legge fallim. che parla di «amministrazione del patrimonio destinato» anziché di svolgimento dello specifico affare, è possibile dedurre che al curatore sarebbe attribuito il solo compito della amministrazione «conservativa» del patrimonio, preservandone, da un lato, la separazione e, dall'altro, la funzione produttiva. Sarebbe invece escluso dai compiti del curatore (per lo meno, tra quelli previsti dall'articolo) quello della continuazione dello svolgimento dell'affare, per il quale un eventuale esercizio provvisorio sarebbe richiesto ai sensi dell'art. 104 legge fallim. Ciò si desumerebbe peraltro anche dal comma 2 dell'art. 155 legge fallim., là dove è demandato al terzo, cessionario del patrimonio, la prosecuzione dell'attività in modo tale da conservare la funzione produttiva del patrimonio. L'effetto eventuale ed ulteriore del fallimento della società istitutiva è quello della cessazione dell'affare, che però è subordinata ad un preliminare e necessario accertamento dell'impossibilità o dell'inopportunità della continuazione.

(76) Sul punto, cfr. M. LUPOI, *Due parole tecniche sull'atto istitutivo di un trust liquidatorio e sui trust nudi*, cit., pag. 211.

(77) Si veda in proposito G. FANTICINI, *Il trust liquidatorio e il conflitto con il fallimento: confronto sui pro e i contro*, Relazione al V Congresso nazionale dell'associazione *Il trust in Italia*, Sestri Levante, 12-14 maggio 2011, e disponibile al sito *Il-trust-in-italia.it*.

(78) Giova rammentare, in proposito, l'affermazione di Giuliano contenuta nel Digesto: «*Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*» (Iul. l. 12 D. *de rebus dubiis* 34, 5).

namento, ritenuto viatico per operazioni elusive o comunque in frode alla legge. Del resto, è bensì vero che il *trust* possa essere piegato a fini illeciti, nondimeno si dovrebbe invocare a sua difesa l'adagio secondo il quale *a posse ad esse non valet consequentia* <sup>(79)</sup>.

In conclusione, vale ribadire che qualora si costituisca un *trust* nell'ambito di uno strumento di composizione negoziale della crisi, sarà necessario non già verificare la sussistenza o meno dello stato d'insolvenza del disponente, bensì indagare la causa concreta da questo perseguita con il programma negoziale di segregazione: essa sarà meritevole di tutela se è coerente con l'obiettivo di garantire il migliore soddisfacimento dei creditori.

**ABSTRACT:** *The present essay focuses on the lawfulness and legal enforceability of trust, when it is used in the context of business crises. The Author, after having examined the usefulness of trust in relation with several typologies of debt restructuring agreement, provides an innovative approach to the leading case ruled by the Cass. 10105/2014 verdict. In particular, he underlines that for the purpose of recognition of this legal institute in insolvency matters, the existence of an insolvency state at the time of trust creation loses relevance, in favour of an even greater importance of its practical scope. Therefore, given the significance of the valuation of the actual fund segregation programme, the Author examines some possible indices of trust avoidance, drawing on the caselaw. Finally, in terms of creditor protection, he also considers the issues related to the actio Pauliana as well as to trust survival in the event of bankruptcy.*

---

<sup>(79)</sup> Invero, vale ricordare come il legislatore stesso tolleri e riconosca istituti, quali le società di comodo, dove, al contrario del *trust*, per definizione le finalità e le funzioni sono divergenti rispetto a quelle cui l'istituto è tipicamente preordinato. Sono stati infatti sempre vani i tentativi effettuati per elaborare una disciplina civilistica repressiva delle società di comodo la cui definizione si fonda peraltro su un dato prettamente quantitativo. Si vedano in merito le sempre attuali osservazioni di G. CROSTAROSA GUICCIARDI, *Le società di comodo tra diritto commerciale e diritto tributario*, in *Il Fisco*, 1995, pag. 5483.

