

ANNO LXIX (Seconda Serie) - N. 4-5

Luglio-Ottobre 2014

RIVISTA
DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA

G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA

E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

**M. ACONE - G. BONGIORNO - V. COLESANTI
L.P. COMOGLIO - C. CONSOLO - G. COSTANTINO
C. FERRI - R.E. KOSTORIS - S. LA CHINA - S. MENCHINI
G. MONTELEONE - R. ORIANI - N. PICARDI - A. SALETTI
B. SASSANI - F. TOMMASEO - N. TROCKER - R. VACCARELLA**

www.edicolaprofessionale.com/RDP



Wolters Kluwer
Italia

CEDAM

TRUST E PROCEDURE CONCORDATE

SOMMARIO: 1. Le diverse funzioni del *trust* nelle procedure concorsuali. – 2. Il *trust* in funzione esecutiva. – 3. Il *trust* in funzione preparatoria. – 4. Il *trust* in funzione sostitutiva: il *trust* liquidatorio. – 5. (Segue) La posizione della giurisprudenza di merito. – 6. (Segue) Il recente intervento della Cassazione. – 7. (Segue) Considerazioni critiche. – 8. Conclusioni.

1. – Da circa un decennio si assiste ad un progressivo ed inesorabile incremento delle pronunce giurisprudenziali riguardanti il possibile utilizzo del *trust* quale strumento di soluzione della crisi d'impresa.

Il fenomeno non è ovviamente passato inosservato nemmeno sul piano scientifico, dando già luogo a numerosi contributi sul tema.

Di certo le aperture della giurisprudenza a favore del *trust* interno, nonché la chiara tendenza legislativa a favorire soluzioni concordate della crisi d'impresa hanno costituito l'ambiente ideale per lo svilupparsi di una linea di riflessione che a tutt'oggi pare – tuttavia – ancora solamente abbozzata.

Una panoramica generale dell'applicazione pratica dell'istituto consente di individuare diversi impieghi del *trust* in ambito concorsuale, ciascuno dei quali si caratterizza – tra l'altro – per la diversa funzione assegnata allo stesso al fine di risolvere la crisi.

In alcuni casi il *trust* diviene uno degli strumenti diretti a garantire un miglior funzionamento della procedura concorsuale rispetto a specifiche esigenze. Quanto appena indicato avviene nella fase propriamente esecutiva della procedura o, ancor prima, nella fase di avvio della stessa, soprattutto allo scopo di garantirne la fruttuosità pratica e ciò in particolare nelle ipotesi in cui l'effetto segregativo del patrimonio, che tipicamente appartiene al *trust*, possa correggere le lacune presenti nella disciplina degli effetti protettivi previsti dalla legge. In altri casi, infine, il *trust* perde questa funzione strumentale e non appare più uno mezzo di supporto al rimedio concorsuale, bensì aspira a sostituirlo del tutto.

Sono, dunque, fondamentalmente due le funzioni che possono essere assegnate al *trust* in questo ambito: una funzione strumentale di supporto della procedura concorsuale, che si declina in chiave esecutiva o preparatoria, nonché una funzione propriamente sostitutiva.

Sempre in chiave generale, è opportuno segnalare sin d'ora che la giurisprudenza, se, da un lato, ha accolto con discreto favore l'impiego del *trust* in funzione strumentale alle procedure concorsuali, dall'altro ha nutrito una significativa diffidenza nei confronti dei *trust* istituiti al di fuori della procedura e più

presamente con funzione sostitutiva della disciplina fallimentare (1).

In questo secondo ambito, infatti, si è sviluppato un dibattito giurisprudenziale particolarmente intenso e diretto a determinare i casi in cui l'impiego del *trust* fosse in realtà abusivo, ovvero finalizzato a sottrarsi all'applicazione delle norme inderogabili a tutela dei creditori.

Sul piano scientifico ed anche applicativo è senz'altro questo l'ambito di studio che suscita maggior interesse. Per questa ragione, si procederà prima alla ricognizione delle distinte modalità d'impiego del *trust* in funzione di supporto delle procedure concorsuali; successivamente si esamineranno con maggior grado di approfondimento i limiti entro cui il *trust* possa essere utilizzato come uno strumento alternativo ed autonomo di risoluzione della crisi d'impresa.

2. – Procedendo nell'ordine stabilito, la prima e meno controversa applicazione del *trust* ricorre – come detto – allorché l'istituto costituisca uno strumento di supporto di una procedura concorsuale prevista dalla legge.

In questa prospettiva il *trust* si pone in termini direttamente strumentali rispetto al soddisfacimento degli interessi tutelati dalla procedura e, coordinandosi necessariamente con questa, va incontro – fatti salvi i dovuti distinguo – al controllo e/o all'avallo degli organi fallimentari e/o dei creditori (2).

Detta funzione, d'altra parte, può – come anticipato – ulteriormente specificarsi in due diverse direzioni: quella esecutiva e quella preparatoria.

L'applicazione pratica offre riscontro della prima soprattutto all'interno della procedura fallimentare, sebbene possa avere rilievo anche nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione, nonché nelle procedure concorsuali da sovraindebitamento del debitore civile.

Nel processo di fallimento (3), il *trust* in funzione esecutiva-attuativa ha tro-

(1) Le nomenclature utilizzate in dottrina ed in giurisprudenza per etichettare il *trust* alla luce dei diversi impieghi funzionali a cui si presta sono varie. Si pensi, ad esempio, a quella proposta da F. Galluzzo, *Validità di un trust liquidatorio istituito da una società in stato di decozione*, in *Corriere giur.* 2010, 527 ss., spec. 531, che distingue tra il *trust* endo-fallimentare ed il *trust* anti-fallimentare; impostazione, come vedremo nel prosieguo, ripresa di recente da Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, in *www.ilcaso.it*, e che, a sommosso pare di chi scrive, appare fuorviante per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, perché il c.d. *trust* «endo-fallimentare» o «endo-concorsuale» contrassegna una categoria eccessivamente ampia, difficilmente riconducibile ad unità, se non rilevando il mero collegamento funzionale che il disponente stabilisce tra il *trust* e una procedura concorsuale; in secondo luogo, poiché la dicitura «anti-fallimentare» o «anti-concorsuale», che etichetta la seconda categoria presa in considerazione, indica una connotazione necessariamente negativa, che in realtà costituisce il *quod demonstrandum*, con la conseguenza che il criterio classificatorio impiegato appare effettivamente disomogeneo.

(2) Tale circostanza, come nel prosieguo diremo, è stata di recente evidenziata anche da Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, cit.

(3) Sul *trust* postfallimentare, v. in dottrina S. Bartoli, *La chiusura anticipata a mezzo trust delle procedure fallimentari titolari di crediti di imposta*, in *Trusts* 2004, 542 ss.; P.F. Censoni,

vato impiego soprattutto in presenza di crediti fiscali non ancora sorti o esigibili (4), nonché di crediti controversi non ancora riscossi (5).

Al ricorrere di tali ipotesi (6), infatti, la giurisprudenza ha ammesso l'istituzione del *trust* al fine di poter procedere alla chiusura del fallimento, rimettendo al *trustee* la riscossione dei suddetti crediti in alternativa alla poco redditizia cessione degli stessi o all'ulteriore protrarsi a tempo indefinito della procedura con pregiudizio delle ragioni creditorie.

Il modello prevalentemente adottato è stato il seguente: autorizzazione del giudice delegato all'istituzione del *trust* a favore dei creditori insinuati, con successivo conferimento allo stesso delle residue attività fallimentari, amministrare dal *trustee*, nominato nella persona di un professionista esterno, sotto il controllo del

Chiusura del fallimento e attività residue degli organi fallimentari: la sorte postfallimentare dei crediti di imposta, in *Fall.* 2004, 1297 ss.; G. Fauceglia, *La funzione del trust nelle procedure concorsuali*, in *Fall.* 2004, 102 s.; G. Semino, *Trust e segregazione dei crediti (fiscali) del fallimento esigibili dopo la chiusura della procedura*, in *Trusts* 2004, 343 ss.; V. Greco, *La funzione del trust nel fallimento*, in *Giur. comm.* 2005, I, 744; L. Guglielmucci, *Parere sui crediti d'imposta non riscuotibili durante il fallimento*, in *Dir. fall.* 2005, 162 ss.; E. Stasi, *Sui crediti tributari formati nella procedura fallimentare*, in *Fall.* 2005, 473 ss.; D. Zanchi, *A proposito di due ulteriori applicazioni del trust al fallimento*, in *Trusts* 2007, 123 ss.; P.G. Demarchi, *«Il trust» postfallimentare e l'apparente chiusura del fallimento*, in *Giur. merito* 2008, 741 ss.; V. Bacone, *Il trust dalla Convenzione dell'Aja al Draft Common Frame of Reference*, Napoli 2010, 297 ss.; F. Fimmanò, *Trust e procedure concorsuali*, in *Fall.* 2010, *Gli speciali, Profili del trust nelle procedure concorsuali*, 23 ss.; E. Scoditti, *Trust e fallimento*, in *Trusts* 2010, 472 ss.; C. Cavallini, *Trust e procedure concorsuali*, in *Riv. soc.* 2011, 1113 ss.; A. Busani, C. Fanara, G.O. Mannella, *Trust e crisi d'impresa*, Milano 2013, 164 ss.; R. Ranucci, *I difficili rapporti tra Trust interno e le procedure concorsuali*, in *Trusts* 2014, 571 ss.

(4) Cfr. Trib. Roma 3 aprile 2003, in *Fall.* 2004, 101 ss., con nota di G. Fauceglia, cit.; Trib. Salluzzo 9 novembre 2006, in *Trusts* 2008, 290 s.; in *Giur. comm.* 2008, II, 206 ss., con nota di F. Iozzo, *Note in tema di trust e fallimento*; in *Giur. merito* 2008, 739 ss., con nota di P.G. Demarchi, cit.; cfr. anche la circolare n. 2 del Tribunale di Sulmona del 21 aprile 2004, in *Fall.* 2005, 471 ss., con nota di E. Stasi, *Sui crediti tributari formati nella procedura fallimentare*.

(5) Trib. Prato 12 luglio 2006, in *La giurisprudenza italiana sui trust: dal 1899 al 2011*, in *Trusts, Quaderni* 2011, 294; Trib. Firenze 26 ottobre 2006, in *Trusts* 2007, 418; Trib. Salluzzo 9 novembre 2006, cit. Ricorrono in giurisprudenza anche altre applicazioni particolari e diverse rispetto a quella indicata nel testo: cfr. ad es. Trib. Bologna 2 marzo 2010, in *Trusts* 2010, 267 ss., con nota di commento di M. Casalini, *Trust di scopo a vantaggio di una procedura concorsuale*, *ivi* 2010, 359 ss.; Trib. Roma 11 marzo 2009, in *Trusts* 2009, 541, in cui si è autorizzato il curatore a istituire un *trust* cui conferire le somme destinate ai creditori irreperibili con il fine di versarle ai creditori rimasti insoddisfatti decorsi cinque anni dalla chiusura del fallimento; cfr., anche, in materia di liquidazione coatta amministrativa, A. Tonelli, M. Montefameglio, *Il trust rende possibile la chiusura in tempi rapidi della liquidazione coatta amministrativa di una cooperativa agricola emiliana*, in *Trusts* 2010, 328 ss.

(6) Per un esame chiaro e puntuale delle fattispecie indicate nel testo, v., per tutti, L. Guglielmucci, *op. cit.*, 162 ss.

curatore, nominato guardiano; tutto al fine di procedere alle successive distribuzioni in conformità al piano di riparto reso esecutivo.

La singolare funzionalizzazione del patrimonio segregato ha, così, consentito una sorta di «ultrattività» della procedura fallimentare, oggetto in dottrina di diversi rilievi critici (7). Rilievi sovente fondati, posto che la legge fallimentare ed in specie gli artt. 116, 117 e 118 l. fall. contemplano una chiara sequela procedimentale in cui il completamento delle attività liquidative costituisce il necessario ed indefettibile presupposto per provvedere al riparto finale ed alla successiva chiusura del fallimento.

Inoltre, la riforma della legge fallimentare, allo scopo dichiarato di «evitare ritardi nelle chiusure delle procedure concorsuali» (8), ha previsto all'art. 106, comma 1°, l. fall. la possibilità di cessione di tutti i crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri, nonché anche delle azioni revocatorie concorsuali già esercitate; inoltre all'art. 117, commi 3° e 4°, l. fall. ha escluso che gli accantonamenti, dovuti alle controversie pendenti o relativi ad i crediti ammessi con riserva, impediscano la chiusura del procedimento. Ed ancora la medesima disposizione, al comma 4°, prevede espressamente che il giudice delegato possa assegnare ai singoli creditori che vi acconsentano i crediti d'imposta del fallito non ancora rimborsati (9).

Oltre all'ipotesi ora esaminata, la possibilità di impiegare la segregazione fiduciaria dei beni in funzione esecutiva di una procedura concorsuale ricorre – come detto – anche nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione, nonché nel procedimento di liquidazione del patrimonio del debitore civile sovraindebitato.

Tuttavia in materia di concordato preventivo la funzione esecutiva è sovente

(7) Osservazioni critiche nei confronti delle applicazioni giurisprudenziali indicate nel testo sono state formulate da L. Guglielmucci, *op. cit.*, 168 s., secondo cui gli organi fallimentari non avrebbero il potere di modificare l'ordinario *iter* della procedura attraverso l'impiego del *trust*, dando così luogo ad una sostanziale *prorogatio* della stessa; cfr. anche, similmente, P.G. Demarchi, *op. cit.*, 744; è stato anche polemicamente osservato che, ammettendo istituzione del *trust* postfallimentare, si potrebbe giungere alla conclusione di provvedere con tali modalità alla liquidazione dell'intero attivo, derogando – così – a norme imperative ed in violazione dell'art. 15, lett. e), conv. Aja 1° luglio 1985, che specificamente richiama la «protezione dei creditori in caso di insolvenza»: così, P.F. Censoni, *op. cit.*, 1303, secondo cui, per questa via, si violerebbe la garanzia patrimoniale a salvaguardia dei soggetti titolari di crediti non ammessi al concorso (crediti sorti nei confronti del fallito durante il fallimento, crediti pregressi, ma fondati su un titolo inopponibile o inefficace o revocabile, crediti sorti dopo la chiusura del fallimento o ancora crediti sorti in precedenza, ma non ammessi al passivo e suscettibili di successivo accertamento nelle forme ordinarie); similmente, F. Fimmanò, *Trust e procedure concorsuali*, cit., 23 s.; cfr. anche C. Cavallini, *op. cit.*, 1115, che però, preso atto dei rilievi evidenziati in dottrina, ammette la possibilità di impiegare il *trust* con le modalità indicate nel testo nel quadro di un'efficace cooperazione tra «pubblico» e «privato».

(8) Così la Relazione illustrativa al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, *sub* art. 106 l. fall.

(9) Lo evidenzia puntualmente F. Fimmanò, *Trust e procedure concorsuali*, cit., 24; ripreso da R. Ranucci, *op. cit.*, 578.

riconnessa a quella preparatoria, per cui l'argomento sarà affrontato unitariamente nel prosieguo.

Tale commistione può verificarsi anche negli accordi di ristrutturazione, nonché in talune procedure in materia di sovraindebitamento. D'altro canto, in tali ambiti di applicazione, sussistono esigenze specifiche che ne autorizzano una trattazione separata.

Con riferimento agli accordi di ristrutturazione, previsti dall'art. 182 *bis* l. fall. (10), l'impiego del *trust* nella prospettiva indicata è giustificato dall'assenza di una regolamentazione legale della fase esecutiva; e ciò nonostante le diverse riforme abbiano senz'altro progressivamente avvicinato gli accordi ad una vera e propria procedura concorsuale, allontanandola – di contro – dalla configurazione negoziale pura che in origine apparteneva loro.

Ed è stato a tal proposito correttamente evidenziato che il pericolo maggiore derivante dall'applicazione pratica dell'istituto risiede, più che nella sua fase genetica, nella sua fase attuativa, interamente affidata all'autonomia privata e senza alcun controllo giudiziale (11).

In questa prospettiva, dunque, il *trust* può ben assumere il ruolo di «strutturare» una fase esecutiva diversamente liquida e amorfa, dotando, ad esempio, i creditori beneficiari di poteri di controllo dell'operato del debitore-disponente, eventualmente nominando un guardiano diretto a verificare la corretta esecuzione dell'accordo, semmai con il conferimento di un potere autorizzatorio dei singoli atti esecutivi posti in essere dal *trustee*.

Una problematica assai vicina a quella ora esposta appartiene anche alle nuove procedure concorsuali in materia di sovraindebitamento, disciplinate dalla l. n. 3/2012, riformata dal d.l. n. 179/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 221/2012 (12).

La lacunosa disciplina legale, infatti, presenta diversi margini di applicazione

(10) Cfr. in particolare V. Greco, *Il trust quale strumento di soluzione e di prevenzione della crisi d'impresa nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Trusts 2007*, 219 ss.; Id., *Trust e accordi di ristrutturazione e di attuazione del piano*, in F. Di Marzio (a cura di), *Il correttivo alla riforma fallimentare*, Torino 2008, 212; L. Rovelli, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182-bis legge fallimentare*, in *Fall. 2007*, 595 ss.; D. Zanchi, *Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art. 182 bis l. fall.*, in *Trusts 2008*, 155 ss.; C. Cavallini, *op. cit.*, 1102; A. Gallarati, *La crisi del debitore «civile» e «commerciale» tra accordi di ristrutturazione e trust*, in *Contratto impr.* 2013, 104 ss.

(11) Così, molto chiaramente, L. Rovelli, *op. cit.*, 599; cfr. anche A. Gallarati, *La crisi del debitore «civile»*, cit., 112; nonché C. Cavallini, *op. cit.*, 1102, il quale evidenzia che la sopravvenuta impossibilità dell'oggetto contrattuale, qualora conduca alla dichiarazione di fallimento del debitore, comporta per i creditori estranei all'accordo – nonché anche per quelli rimasti insoddisfatti – l'impossibilità di ottenere la revocatoria degli atti esecutivi ex art. 67, comma 3°, lett. f), l. fall.

(12) Lo evidenzia correttamente A. Gallarati, *La crisi del debitore «civile»*, cit., 117, sebbene in riferimento alla disciplina del sovraindebitamento anteriore alla riforma operata con il d.l. n. 179/2012.

del *trust* nella prospettiva di migliorare il funzionamento delle diverse procedure ivi previste. Ciò si verifica in particolare del procedimento di liquidazione regolato dagli artt. 14 *ter* ss. della legge.

Quest'ultimo, infatti, costituisce una procedura esecutiva concorsuale prevalentemente volontaria, ovvero rimessa – eccezion fatta per il caso di conversione *ex* art. 14 *quater* – all'iniziativa dello stesso debitore sovraindebitato; procedura la cui fase di liquidazione dell'attivo è solo vagamente abbozzata, mentre è del tutto assente la disciplina della fase di ripartizione dell'attivo (13). Anche in questo caso, quindi, il *trust* potrebbe assolvere ad una funzione simile a quella poc'anzi indicata in riferimento agli accordi di ristrutturazione.

3. – Venendo alla funzione di supporto che il *trust* può assumere nella fase preparatoria ed introduttiva delle procedure concorsuali, occorre riferirsi prevalentemente alla disciplina degli effetti protettivi del patrimonio del debitore riconnessi alla presentazione della domanda diretta ad accedere alla procedura concorsuale; disciplina che non sempre è idonea, o sul piano oggettivo, o sul piano temporale, a garantire la fruttuosità pratica del rimedio nella fase preliminare o di avvio dello stesso.

Sul piano oggettivo, l'esigenza di integrare o sostituire mediante il *trust* gli effetti protettivi del patrimonio derivanti dalla domanda introduttiva della procedura concorsuale ha trovato riscontro applicativo soprattutto in materia di concordato, sebbene possa ben emergere anche negli accordi di ristrutturazione o nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Nel concordato preventivo, ciò si è verificato nei casi in cui fossero promessi in garanzia dell'adempimento della proposta beni provenienti da terzi (14).

È noto, infatti, che gli effetti protettivi determinati dalla proposizione della domanda di concordato riguardano unicamente, stante la chiara lettera, nonché la *ratio* dell'art. 168 l. fall., il patrimonio del debitore (15). Sicché, in alternativa alla co-

(13) Sul procedimento di liquidazione del patrimonio, sia consentito il rinvio a R. Donzelli, *Prime riflessioni sui profili processuali delle nuove procedure concorsuali in materia di sovraindebitamento*, in *Dir. fall.* 2013, I, 609 ss.; nonché al recente contributo di D. Vattermoli, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto «oggettivamente» concorsuale*, *ivi* 2013, I, 762 ss.

(14) Sul tema, v. in dottrina L. Panzani, *Trust e concordato preventivo*, in *Fall.* 2005, 555 ss.; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo ed il trust*, in *Fall.* 2007, 245 ss.; Id., *Proposta di concordato preventivo mediante trust*, in *Trust* 2009, 587 ss.; F. Fimmanò, *Trust e procedure concorsuali*, *cit.*, 25 ss.; Id., *Il trust a garanzia del concordato preventivo*, in *Banca* 2010, II, 90 ss.; A. Caprioli, *Assunzione del concordato preventivo da parte di società controllante, costituzione di trust e tutela dei creditori personali dell'assuntore*, *ivi*, 93 ss.; E. Scoditti, *op. cit.*, 475 ss.; L. Tronci, *Note sull'utilizzo del trust nella fase di declino dell'impresa*, in *Dir. fall.* 2011, II, 594 ss.; A. Gallarati, *La composizione negoziale della crisi d'impresa mediante concordato preventivo e trust*, in *Riv. dir. impresa* 2012, 123 ss.; S. Leuzzi, *Il trust nel concordato preventivo*, in *Trusts* 2013, 577 ss.; A. Busani, C. Fanara, G.O. Mannella, *op. cit.*, 130 ss.

(15) La giurisprudenza, infatti, ritiene che gli effetti protettivi prodotti dalla proposizione

stituzione di garanzie reali, l'istituzione del *trust* ha risposto all'esigenza di segregare i beni del terzo, sottraendoli alle iniziative esecutive e cautelari dei propri creditori (16); ai quali in ogni caso spetta, qualora ne ricorrano i presupposti, l'azione revocatoria ordinaria – o eventualmente fallimentare – da promuoversi nei confronti dell'atto di dotazione del *trust*.

In questi casi la giurisprudenza ha ammesso l'istituzione di un *trust* – sovente autodichiarato – a favore dei creditori concorsuali, talvolta nominando *trustee* il commissario giudiziale (17), talaltra, più correttamente, il liquidatore, e riservando di conseguenza al commissario il ruolo di guardiano (18).

La giurisprudenza ha, peraltro, sottoposto il *trust* istituito in funzione della proposizione della domanda di concordato ad un sindacato sostanzialmente assimilabile a quello riservato, come vedremo, al *trust* liquidatorio sostitutivo, ovvero operando un penetrante controllo della causa concreta del negozio (19).

Come anticipato, peraltro, la funzione di supporto del *trust* durante la fase introduttiva delle procedure concorsuali può derivare anche dall'esigenza di rispondere ad una disciplina degli effetti protettivi non del tutto soddisfacente sul piano temporale.

Il problema ha attualmente scarso rilievo in materia di concordato preventivo, in cui semmai – soprattutto con l'introduzione della domanda di concordato con riserva *ex art.* 161, comma 6°, l. fall. – si corre il rischio contrario, ovvero quello dell'eccessiva compressione dei poteri di azione esecutiva e cautelare appartenenti ai creditori.

Diversamente, l'esigenza è sorta – come anticipato – in materia di accordi di ristrutturazione (20).

della domanda di concordato siano limitati al patrimonio del debitore e non del terzo: cfr. Cass., 3 agosto 2012, n. 13944, in *Fall.* 2013, 763; Cass., 8 luglio 1998, n. 6671, in *Fall.* 1999, 466 ss., con nota di G. Lo Cascio, *Sulla procedibilità delle azioni esecutive individuali sui beni offerti dal terzo*.

(16) Cfr. Trib. Parma 3 marzo 2005, in *Fall.* 2005, 553 ss., con nota di L. Panzani, *Trust e concordato preventivo*; Trib. Mondovì 16 settembre 2005, in *Trusts* 2009, 182 ss.; Trib. Napoli 19 novembre 2008, in *Trusts* 2009, 636 ss.; in *Banca* 2010, II, 56 ss., con le citate note di F. Fimmano e A. Caprioli; Trib. Ancona 10 gennaio 2011, inedita; Trib. Pescara 11 novembre 2011, in *Trusts* 2012, 299 ss.; in *www.ilcaso.it*; Trib. Ravenna 4 aprile 2013, in *Trusts* 2013, 632 ss. Cfr. anche, sempre in materia di concordato preventivo, Trib. Sondrio 12 ottobre 2013, in *plurisonline*.

(17) Trib. Parma 3 marzo 2005, cit.

(18) Trib. Mondovì 16 settembre 2005, cit.; Trib. Napoli 19 novembre 2008, cit.; Trib. Ancona 10 gennaio 2011, cit.; Trib. Pescara 11 novembre 2011; cfr. di recente Trib. Ravenna 4 aprile 2013, in cui, nominato il commissario guardiano, si è disposto che il disponente-*trustee* dovesse acquisirne il parere favorevole prima di procedere ad atti di liquidazione del patrimonio assoggettato al vincolo segregativo, riservando, peraltro, al giudice delegato il potere di risolvere gli eventuali conflitti insorti riguardo al compimento dei singoli atti.

(19) Trib. Catania 10 aprile 2012, in *plurisonline*; App. Catania 21 novembre 2012, in *Trusts* 2014, 62 ss.; per i dovuti approfondimenti, v. *infra*, §§ 5-7.

(20) Cfr. in particolare A. Gallarati, *La crisi del debitore «civile»*, cit., 107 ss.

La disciplina dell'istituto, infatti, al momento della sua prima introduzione, seguiva un'impostazione strettamente negoziale e l'art. 182 *bis* l. fall. non prevedeva alcun effetto protettivo del patrimonio quale conseguenza del deposito dell'accordo e nell'attesa della sua omologazione.

Successivamente, la riforma operata dal d.lgs n. 169/2007 ha iniziato ad alterare la fisionomia dell'istituto, menzionando al comma 1° dell'art. 182 *bis* l. fall. la «domanda» di omologazione e prevedendo, inoltre, che per i sessanta giorni successivi alla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese fosse inibito ai creditori per titolo e causa anteriore a suddetta data l'introduzione o la prosecuzione di processi cautelari o esecutivi riguardanti i beni del patrimonio del debitore.

In ultimo, con il d.l. n. 78/2010, convertito con modificazioni dalla l. n. 122/2010, è stata introdotta anche la possibilità – ora prevista dai commi 6° e 7° dell'art. 182 *bis* l. fall. – di ottenere in pendenza delle trattative un'anticipazione in via cautelare dei suddetti effetti protettivi del patrimonio, ma, anche in questo caso, per un periodo non superiore a sessanta giorni dal deposito dell'istanza.

Stante l'evoluzione della disciplina degli accordi di ristrutturazione, la giurisprudenza di merito ha in più occasioni ed in diversi momenti ritenuto ammissibile la segregazione del patrimonio del debitore in *trust* al fine di colmare, prima, la totale assenza di una disciplina riguardante gli effetti protettivi (21) e, successivamente, le lacune temporali comunque presenti nella regolamentazione legale degli stessi (22); e ciò all'ovvio scopo di evitare che la fruttuosità della proposta avanzata dal debitore potesse essere pregiudicata da comportamenti processuali opportunistici posti in essere dai creditori allertati dall'avvio delle trattative o comunque prima dell'omologazione dell'accordo.

Occorre, d'altro canto, evidenziare che nell'opinione di questa stessa giurisprudenza l'ammissibilità e la validità del *trust* in funzione preparatoria e di supporto degli accordi di ristrutturazione ricorrono solo qualora l'istituzione del *trust* appaia strettamente riconnessa «alla realizzazione dell'accordo di ristrutturazione» (23), ovvero costituisca uno strumento di garanzia degli interessi dei creditori, risultando – di contro – inefficace ed in ogni caso non riconoscibile, qualora il suo impiego risulti abusivo o simulato alla luce dei medesimi canoni valutativi – che tra

(21) «È meritevole di tutela il *trust* con il quale il socio accomandatario di una società in accomandita semplice, al fine di favorire la liquidazione della società mediante un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 *bis* l. fall. e di prevenire azioni giudiziarie e concorsuali, ha segregato i propri beni personali nominandosi *trustee* e gestendo e amministrando i beni nell'interesse dei creditori che hanno così assunto la qualità di beneficiari»; così, Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2007, in *Contratti* 2008, 15 ss., con nota di A. Reali, *Il trust tra tutela e frode ai creditori*.

(22) Trib. Bologna 17 gennaio 2011, in *www.ilcaso.it*, in cui si è evidenziato che il blocco delle azioni esecutive e cautelari è comunque limitato a due mesi ed inoltre non è previsto che permanga anche successivamente l'avvenuta omologazione dell'accordo; cfr. anche, negli stessi termini, Trib. Reggio Emilia 27 agosto 2011, in *Trusts* 2012, 61 ss.

(23) Trib. Bologna 17 gennaio 2011, cit.

breve esamineremo – utilizzati dalla giurisprudenza in materia di *trust* liquidatorio (24).

Prima di passare all'esame della fattispecie ora evocata, va dato atto che le esigenze appena evidenziate sussistono anche in materia di sovraindebitamento.

Più precisamente, la l. n. 3/2012, oltre al procedimento di liquidazione di cui si è già dato conto, contempla altre due distinte procedure.

La prima, rivolta ad ogni debitore sovraindebitato non soggetto a diverse procedure concorsuali, è disciplinata dagli artt. 7 ss. e mira a realizzare una soluzione negoziata del sovraindebitamento con modalità sostanzialmente assimilabili al concordato preventivo.

La seconda, disciplinata dagli artt. 7 ss., nonché soprattutto dagli artt. 12 *bis* e 12 *ter*, è invece a beneficio esclusivo dei consumatori e non presenta significative affinità con altri istituti già presenti nel nostro ordinamento, posto che la proposta avanzata dal debitore richiede esclusivamente l'omologazione da parte del tribunale, senza previa approvazione da parte dei creditori coinvolti nella crisi.

Indicati sommariamente i rimedi previsti in materia di sovraindebitamento, va subito evidenziato che ciascuno di questi presenta una specifica disciplina degli effetti protettivi del patrimonio del debitore sovraindebitato, ma in nessun caso detti effetti sono collegati alla proposizione della domanda introduttiva della procedura. Diversamente, il blocco delle azioni esecutive e cautelari scatta solo a seguito del decreto con il quale il tribunale ammette il debitore alla procedura di accordo di composizione della crisi o di liquidazione del patrimonio rispettivamente ai sensi degli artt. 10, comma 2°, lett. *c*), e 14 *quinquies*, comma 2°, lett. *b*); tenendo anche conto che nel procedimento riservato al consumatore, ovvero ai sensi dell'art. 12 *bis*, comma 2°, l'inibitoria è concessa solo qualora si dimostri che la prosecuzione di specifici procedimenti di esecuzione forzata possa pregiudicare la fattibilità del piano.

Ciò significa che in questo ambito la segregazione del patrimonio del debitore in *trust* in funzione della presentazione della domanda di ammissione alle procedure di sovraindebitamento potrebbe avere la stessa funzione preparatoria e protettiva già evidenziata in materia di accordi di ristrutturazione ed avallata dalla giurisprudenza di merito anche in riferimento all'originaria disciplina dell'istituto (25).

(24) Cfr., in termini estremamente ampi ed approfonditi, Trib. Reggio Emilia 27 agosto 2011, cit.

(25) Va anche tenuto conto che, attualmente, ovvero in attesa dell'emanazione dei regolamenti ministeriali diretti a disciplinare gli organismi di composizione della crisi ai sensi dell'art. 15, comma 1°, l. n. 3/2012, l'accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento appare decisamente laboriosa, non potendosi, ad esempio, ricorrere all'assistenza del proprio legale di fiducia nella predisposizione della domanda di ammissione e dovendosi al contrario e preliminarmente far istanza ai sensi dell'art. 15, comma 9°, al presidente del tribunale per la nomina di un professionista incaricato. Sicché, per poter beneficiare del blocco delle azioni esecutive e cautelari, il debitore non solo dovrà attendere lo svolgimento della fase introduttiva della pro-

Ed al riguardo il debitore potrà contare su una valutazione di liceità del ricorso al *trust* sicuramente più favorevole e meno stringente rispetto alle altre procedure concorsuali che si pongono come alternative al procedimento per la dichiarazione di fallimento.

Come detto, infatti, le procedure in materia di sovraindebitamento sono tutte rimesse alla libera scelta del debitore e non all'iniziativa dei creditori insoddisfatti.

4. – Come già anticipato, d'altro canto, l'applicazione del *trust* in ambito concorsuale suscita particolare interesse nei casi in cui l'effetto segregativo del patrimonio diventi il perno attorno al quale concepire una procedura di superamento della crisi del tutto autonoma rispetto alle soluzioni previste dal nostro ordinamento.

È questa l'ipotesi che pone i quesiti interpretativi più delicati e che ha avuto maggior riscontro sul piano applicativo (26), soprattutto in riferimento al c.d. *trust* liquidatorio (27), ovvero il *trust* istituito unilateralmente dall'imprenditore allo

cedura, ma anche il tempo necessario all'espletamento di questi incombenzi preliminari. Sul punto, peraltro, si veda Cons. Stato, Sez. Consultiva, 10 settembre 2013, n. 3812, che ammette la possibilità di costituire organismi di composizione della crisi anche prima dell'emanazione dei decreti attuativi.

(26) Come si vedrà nel testo, gran parte delle pronunce giurisprudenziali hanno riguardato casi concreti nei quali il *trust* in funzione sostitutiva della procedura fallimentare rappresentava effettivamente l'ultimo tentativo di risposta – oramai tardiva – ad una situazione d'insolvenza conclamata. Tuttavia, come meglio emergerà dall'illustrazione della giurisprudenza, sussistono interessanti margini di applicazione dell'istituto allorché l'impresa non versi in una situazione di crisi irreversibile ed al *trust* sia attribuito lo scopo di prevenire l'insolvenza in un percorso di risanamento eventualmente formalizzato anche ai sensi dell'art. 67, comma 3°, lett. d), l. fall.: cfr. al riguardo le condivisibili considerazioni di C. Cavallini, *op. cit.*, 1098 ss.: cfr. anche V. Greco, *Trust di attuazione di un piano attestato*, in *Trusts* 2014, 24 ss.

(27) Sul tema, v. in dottrina F. Di Maio, *Il trust e la disciplina fallimentare: eccessi di consenso*, in *Dir. fall.* 2009, II, 498 ss.; E. Raganella, M. Regni, *Il trust liquidatorio nella disciplina concorsuale*, in *Trusts* 2009, 598 ss.; A. Dimundo, «Trust interno» istituito da società insolvente in alternativa alla liquidazione fallimentare, in *Fall. Gli Speciali* 2010, 3 ss.; L.E. Fiorani, *Trust liquidatorio e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. priv.* 2010, 127 ss.; F. Galluzzo, *op. cit.*, 527 ss.; A. Patti, *L'accelerazione delle soluzioni concordate: esperienze applicative*, in *Fall.* 2010, 1087 ss.; P. Pirruccio, *La segregazione dell'intero patrimonio aziendale nel trust non consente il normale svolgimento della procedura concorsuale in danno alla massa dei creditori*, in *Corriere mer.* 2010, 1593 ss.; F. Tedioli, *Trust con funzione liquidatoria e successivo fallimento dell'impresa*, in *Trusts* 2010, 494 ss.; E. Scoditti, *op. cit.*, 472 ss.; D. Galletti, *Il Trust e le procedure concorsuali: una convivenza subito difficile*, in *Giur. comm.* 2011, 895 ss.; M. Lupoi, *Due parole tecniche sull'atto istitutivo di trust liquidatorio e sui trust nudi*, in *Trusts* 2011, 211 ss.; D. Zanchi, *In tema di trust liquidatorio*, in *Giur. it.* 2011, 2553 ss.; C. Cavallini, *op. cit.*, 1093 ss.; V. Greco, *Nuova finanza, credito di scopo per il salvataggio dell'impresa*, in *Dir. fall.* 2012, II, 150 ss.; S. Lorenzo, *Atti di destinazione e crisi d'impresa: strumento a tutela o contro le procedure concorsuali?*, in *Riv. not.* 2012, I, 1085 ss.; S. Luoni, *Note in tema di liquidazione, cancellazione di società e di trust liquidatorio*, in *Giur. it.* 2012, 2294 ss.; F. Rota, G. Biasini, *Il trust e gli istituti affini in Italia*,

scopo – solamente dichiarato o effettivamente perseguito – di provvedere alla liquidazione dei beni dell'impresa a favore dei creditori (*trust* con beneficiari) o per il soddisfacimento degli stessi (*trust* di scopo) (28).

Va precisato che il carattere sostitutivo del suddetto *trust* non ha rilievo unicamente funzionale, bensì anche strutturale, ovvero è apprezzabile direttamente sul piano degli effetti giuridici in concreto prodotti.

La segregazione dei beni dell'impresa in *trust*, infatti, in un sol colpo paralizza le pretese esecutive dei creditori ed al contempo, pur non ostando ad una successiva dichiarazione di fallimento, priva la procedura di attivo fallimentare, posto che i beni del fallito evocati dall'art. 42 l. fall. sono oramai transitati al *trust* in forza dell'atto di conferimento.

5. – Il tema è stato posto all'attenzione della giurisprudenza di merito (29) e, da ultimo, anche della Cassazione (30) ed ovviamente la questione centrale affrontata dalle corti ha riguardato la legittimità o meno del *trust* liquidatorio.

Milano 2012, 151; A. Busani, *La tassazione dell'atto istitutivo del vincolo di destinazione e del trust «liquidatorio»*, in *Corriere trib.* 2013, 487 ss.; P. Spolaore, *Trust con funzione liquidatoria e valutazione di meritevolezza*, in *Banca* 2013, II, 170 ss.; A. Busani, *Revoca giudiziale del trustee di un trust liquidatorio di s.r.l.*, in *Soc.* 2013, 641 ss.; A. Busani, C. Fanara, G.O. Mannella, *op. cit.*, 34 ss.; G. Sturniolo, *L'utilizzo «distorto» del trust liquidatorio: problemi, prospettive e possibili soluzioni*, in *Trusts* 2013, 401 ss.; R. Ranucci, *op. cit.*, 571 ss.; cfr. anche lo studio n. 161/2011 del Consiglio nazionale del notariato sul tema *Note sul trust istituito da imprese in crisi (in funzione liquidatoria)*, in www.notariato.it; nonché in *Trusts* 2012, 558 ss.

(28) Sul punto, v., per tutti, M. Lupoi, *Due parole tecniche*, cit., 212.

(29) Cfr. sul punto: Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2007, in *Trusts* 2008, 15 ss.; Trib. Casino 9 gennaio 2009, in www.ilcaso.it; Trib. Milano 16 giugno 2009, in *Corriere giur.* 2010, 522 ss., con nota di F. Galluzzo, *Validità di un trust liquidatorio*, cit.; in *Giur. mer.* 2010, 1590 ss., con nota di P. Pirruccio, *La segregazione dell'intero patrimonio aziendale nel trust non consente il normale svolgimento della procedura concorsuale in danno alla massa dei creditori*; in *Dir. fall.* 2009, II, 498 ss., con nota di F. Di Majo, *op. cit.*; in www.ilcaso.it; Trib. Milano 17 luglio 2009, in *Dir. fall.* 2009, II, 523 ss.; in www.ilcaso.it; Trib. Milano 27 luglio 2009, in www.ilcaso.it; Trib. Milano 30 luglio 2009, in *Trusts* 2010, 80 ss.; Trib. Milano 22 ottobre 2009, in *Trusts* 2010, 77 ss.; in *Corriere mer.* 2010, 388; Trib. Milano 29 ottobre 2010, in www.ilcaso.it; App. Milano 29 ottobre 2009, in *Trusts* 2010, 271 ss.; in www.ilcaso.it; Trib. Mantova 17 luglio 2009, in www.ilcaso.it; Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2011, in *Giur. it.* 2011, 2553 ss., con nota di D. Zanchi, *In tema di trust liquidatorio*; Trib. Bolzano 17 giugno 2011, in *Trusts* 2012, 177 ss.; Trib. Bolzano 23 luglio 2011, in *Trusts* 2012, 178 ss.; Trib. Brindisi 28 marzo 2011, in *Trusts* 2011, 639 ss.; Trib. Mantova 25 marzo 2011, in *Trusts* 2011, 529 ss.; Trib. Monza 15 febbraio 2012, il *plurisonline*; Trib. Reggio Emilia 26 aprile 2012, in *Trusts* 2012, 496 ss.; Trib. Reggio Emilia 2 maggio 2012, in www.ilcaso.it; Trib. Cremona 8 ottobre 2013, in *Trusts* 2014, 303 ss.; in www.ilcaso.it; Trib. Milano 23 gennaio 2013, in *Soc.* 2013, 637 ss., con nota di A. Busani, *Revoca giudiziale*, cit.; in www.ilcaso.it; Trib. Napoli 28 novembre 2013, in *Trusts* 2014, 567 ss., con nota di R. Ranucci, *op. cit.*; Trib. Napoli 3 marzo 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Bolzano 8 aprile 2013, in *Trusts* 2014, 49 ss.; Trib. Bologna 9 settembre 2014, in www.ilcaso.it.

(30) Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, cit.

Tale valutazione è stata operata muovendo dal testo della convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 (31) ed in particolare sulla base degli artt. 13 e 15, lett. e).

L'art. 13 prevede che lo Stato non sia tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, siano più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione.

L'art. 15, invece, esclude che la convenzione possa ostacolare l'applicazione delle disposizioni di legge inderogabili previste dalle regole di conflitto del foro in una serie di materie, tra cui in particolare, alla lett. e), «la protezione di creditori in casi di insolvenza».

Va precisato che i *trust* liquidatori sottoposti al vaglio della giurisprudenza erano tutti *trust* interni, nei quali l'unico elemento di estraneità rispetto al nostro ordinamento era costituito dalla legge applicabile al *trust*; legge applicabile che, ai sensi dell'art. 6 della convenzione, è rimessa alla libera scelta del disponente (32).

La precisazione appena formulata non è secondaria, posto che i criteri utilizzati dalla giurisprudenza nella valutazione di ammissibilità del *trust* liquidatorio costituiscono l'applicazione, nello specifico settore del diritto concorsuale, dei criteri previamente adottati in punto di legittimità e riconoscibilità dei c.d. *trust* interni (33).

La giurisprudenza di merito, dunque, talora facendo perno sull'art. 15 della Convenzione (34), talaltra richiamando la norma di chiusura prevista dall'art. 13 (35), ha ritenuto che il *trust* liquidatorio debba essere dichiarato del tutto inefficace, poiché abusivo, in frode alla legge o comunque simulato, nei casi in cui, sulla base di una valutazione in concreto del programma negoziale, risulti che l'atto istitutivo si ponga come unica finalità economico-sociale concreta la sottrazione del

(31) Convenzione ratificata in Italia con l. 16 ottobre 1989, n. 364.

(32) Nella prassi la legge privilegiata è costituita dalla *Trusts (Jersey) Law* del 1984, da ultimo riformata, dopo ulteriori cinque revisioni precedenti, nel 2013 e consultabile in www.il-trust-in-italia.it.

(33) Il precedente che ha avviato il consolidamento della giurisprudenza sul punto è costituito da Trib. Bologna 1° ottobre 2003, in *Trusts* 2004, 67 ss., che ha sostanzialmente aderito all'orientamento dottrinale favorevole al riconoscimento del *trust* interno: cfr. in particolare M. Lupoi, *Introduzione ai trusts, Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Milano 1994, 146 ss.; Id., voce *Trust: II) Diritto italiano e Convenzione dell'Aja*, in *Enc. giur.*, vol. XXXI, Roma 1995, 3 ss.; Id., *Trusts*, Milano 2001, 448 ss.; Id., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Torino 2011.

(34) Il richiamo all'art. 15 della Convenzione ricorre chiaramente in Trib. Milano 27 luglio 2009, cit.; ma cfr. anche Trib. Milano 16 giugno 2009, cit.; Trib. Milano 17 luglio 2009, cit.; Trib. Mantova 17 luglio 2009, cit.

(35) Si riferiscono all'art. 13 della Convenzione ai fini della valutazione di legittimità del *trust* liquidatorio, tra gli altri, Trib. Milano 16 giugno 2009, cit.; Trib. Milano 17 luglio 2009, cit.; Trib. Cassino 9 gennaio 2009, cit.; Trib. Mantova 17 luglio 2009, cit.

patrimonio dell'impresa alle regole pubblicistiche che presiedono alle procedure concorsuali.

Sulla base del principio ora indicato, si è ritenuto illegittimo il *trust* al ricorrere delle seguenti ipotesi:

a) qualora si accerti che, al momento dell'istituzione del *trust*, l'imprenditore versava già in stato d'insolvenza, dovendosi in tal caso riconoscere nel *trust* lo strumento diretto ad eludere le norme inderogabili in materia fallimentare (36), con contestuale violazione dell'obbligo dell'imprenditore di richiedere il proprio fallimento (37);

b) a prescindere da quanto appena indicato, qualora, alla luce di altri indici di valutazione, emerga in ogni caso l'abusività del ricorso al *trust* (38) o, secondo una specificazione ancor più restrittiva di questo orientamento, non risulti provata l'idoneità del programma negoziale al raggiungimento di uno scopo lecito, che non sia altrimenti raggiungibile dalle parti nell'espletamento della loro autonomia negoziale mediante l'utilizzo di strumenti tipici (39);

(36) Trib. Milano 16 giugno 2009, cit.; Trib. Milano 17 luglio 2009, cit.; Trib. Milano 27 luglio 2009, cit.; Trib. Milano 22 ottobre 2009, cit.; Trib. Milano 29 ottobre 2010, cit.; App. Milano 29 ottobre 2009, cit.; Trib. Napoli 3 marzo 2014, cit.; cfr. anche Trib. Mantova 17 luglio 2009, cit., che tuttavia ritiene nullo il *trust* istituito in stato d'insolvenza solo qualora manchi la c.d. clausola di salvaguardia e non nel caso opposto.

(37) Trib. Milano 16 giugno 2009, cit., che non a caso in motivazione richiama l'istituto del concordato stragiudiziale, ritenuto inammissibile da parte di taluni provvedimenti di merito proprio sulla base di un presunto obbligo del debitore insolvente di richiedere il fallimento *ex art.* 217, n. 4, l. fall.: cfr. ad es. Trib. Ferrara 28 giugno 1980, in *Giur. comm.* 1981, II, 306 ss.

(38) Si pensi al caso del *trust* autodichiarato, di per sé astrattamente legittimo, in cui i beneficiari, ovvero i creditori, o, alternativamente, il guardiano non abbiano alcun potere di controllo sull'operato del *trustee*; o al caso in cui il programma concreto di segregazione non abbia trovato alcuna attuazione, o ancora al caso in cui il *trustee* non sia tenuto all'obbligo di rendicontazione: in giurisprudenza, per la valorizzazione di tali indici di valutazione, v. Trib. Milano 16 giugno 2009, cit.; Trib. Catania 10 aprile 2012, cit.; Trib. Monza 15 febbraio 2012, cit.; Trib. Milano 23 gennaio 2013, cit.; Trib. Bologna 9 settembre 2014, cit., che prospetta, al ricorrere di tali ipotesi, anche la possibilità di ritenerlo simulato (*sham*); conclusione che ricorre di frequente nella giurisprudenza, poiché comuni circostanze fattuali possono assumere un duplice rilievo, ovvero, prima, in ordine alla possibilità di negare il riconoscimento del *trust* sulla base dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja e, poi, al fine di verificarne l'esistenza e la validità alla luce della legge regolatrice dello stesso, come previsto dall'art. 4 della Convenzione; sul *trust* simulato, v. di recente, Cass. 30 marzo 2011, n. 13276, in *Trusts* 2011, 408, con commento di M. Lupoi, *La cassazione e il trust «sham»*, *ivi*, 469 ss.; sul tema, con particolare riferimento alla materia concorsuale, v. A. Busani, *Revoca giudiziale*, cit., 647 ss.

(39) In questo senso, si orientano due recenti pronunce, che muovono dal carattere necessariamente residuale del *trust* rispetto agli altri istituti appartenenti al nostro ordinamento: cfr. Trib. Napoli 3 marzo 2014, cit., nonché, in ambito familiare, Trib. Trieste 22 gennaio 2014, in *www.il-caso.it*; d'altro canto, cfr. le condivisibili osservazioni contenute in Trib. Urbino 11 novembre 2011 e Trib. Urbino 31 gennaio 2012, entrambe pubblicate in *Trusts* 2012, 401 ss., secondo cui il

c) qualora l'atto istitutivo, sebbene posto in essere dall'imprenditore ancora *in bonis*, non contenga una clausola di salvaguardia, che determini il venir meno del *trust* nel caso in cui sopravvenga la dichiarazione di fallimento (40), posto che, secondo questa lettura, non andrebbe condivisa l'opinione giurisprudenziale che individua in detta dichiarazione una «causa sopravvenuta di scioglimento» del *trust*, in applicazione analogica degli artt. 72 ss. l. fall. ed in particolare dell'art. 78 l. fall. (41).

In posizione isolata, tuttavia, vanno segnalati alcuni precedenti, i quali, premessa la svolta in chiave privatistica e negoziale delle procedure concorsuali, hanno ritenuto oramai superato il carattere inderogabile della disciplina fallimentare, con la conseguenza di non poter dichiarare illegittimo o inefficace il *trust* solo poiché istituito in stato d'insolvenza o solo per la mancata previsione della clausola di salvaguardia poc'anzi indicata (42).

6. – Il quadro giurisprudenziale appena esposto riassuntivamente è stato di recente arricchito dalla prima pronuncia della Corte di cassazione sul tema del 9 maggio 2014, n. 10105; pronuncia, che, sebbene riguardi direttamente il *trust* liquidatorio, presenta spunti interessanti di ordine più generale, ovvero riferibili al più ampio tema dei rapporti tra *trust* e procedure concorsuali.

Proprio in questa direzione, dalla lettura della motivazione del provvedimento, non propriamente limpida nel passaggio che ora si illustra (43), pare accolta dalla Cassazione una fondamentale distinzione tra due diverse ipotesi (44): da un lato, quella in cui il *trust* appaia attuativo delle procedure concorsuali e si ponga sotto il controllo del ceto creditorio e del giudice (c.d. *trust* endo-fallimentare); dall'altro, il caso in cui il *trust* sia diretto unilateralmente a sostituirsi alla procedura fallimentare, impedendo lo spossessamento dell'imprenditore insolvente (c.d. *trust* anti-concorsuale).

carattere di residualità del *trust* non trova riscontro in alcun riferimento normativo o principio giuridico ed al contrario appare lesivo del principio di autonomia negoziale; in questo senso sembra deporre anche un passo della motivazione di Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, cit.

(40) Trib. Milano 29 ottobre 2010, cit.; cfr. anche App. Catania 21 novembre 2012, cit.; in dottrina, v. sul tema M. Lupoi, *Due parole tecniche*, cit., 211 s.

(41) Cfr. Trib. Milano 16 giugno 2009, cit., che sembrerebbe paventare anche un'ipotesi di nullità sopravvenuta nel caso in cui sia dichiarato il fallimento; sul punto, v. le critiche di A. Di-mundo, *op. cit.*, 15; nonché di R. Ranucci, *op. cit.*, 577.

(42) Trib. Reggio Emilia 2 maggio 2012, cit.; Trib. Cremona 8 ottobre 2013, cit.

(43) E ciò per le ragioni, di ordine classificatorio, esplicitate sin dalla prima nota di questo scritto.

(44) In realtà la Cassazione formula un triplice distinguo, individuando i casi in cui: a) il *trust* viene concluso dalla società per sostituirsi *in toto* alla procedura liquidatoria; b) il *trust* è concluso quale alternativa alle misure concordate di risoluzione della crisi d'impresa (c.d. *trust* endo-concorsuale); c) il *trust* è istituito per sostituirsi alla procedura fallimentare, impedendo, così, lo spossessamento del debitore insolvente (c.d. *trust* anti-concorsuale).

In questo secondo caso, prosegue la Cassazione, la possibilità di sostituire il processo di fallimento con il *trust* deve essere esclusa, poiché quest'ultimo è «ancorato a regole ed interessi comunque privati del disponente», mentre il primo, «di natura schiettamente pubblicistica», è diretto a tutela della *par condicio creditorum*, mediante dettagliate procedure e requisiti a tutela dei creditori.

Né – si osserva – l'istituzione del *trust* può essere assimilabile alle soluzioni negoziali della crisi previste dal nostro ordinamento, la cui disciplina è comunque diretta alla soddisfazione di interessi più generali, si svolge sotto il controllo del giudice e richiede l'approvazione del ceto creditorio.

Al ricorrere di tale fattispecie, osserva la Corte, preliminare al vaglio di legittimità condotto alla luce della legge straniera applicabile, il giudice è tenuto a formulare un giudizio sulla riconoscibilità del *trust* nel nostro ordinamento.

Nell'opinione della Corte, il *trust* liquidatorio istituito dall'impresa insolvente non supera positivamente questo secondo sindacato, poiché diretto ad ostacolare l'applicazione delle norme imperative a protezione dei creditori in caso d'insolvenza, come previsto dall'art. 15, lett. e), della Convenzione dell'Aja.

Più in particolare, osserva la Cassazione, il *trust* così valutato non sarà nullo, come ritenuto dalla maggior parte della giurisprudenza di merito in precedenza menzionata, bensì, in quanto non riconoscibile, del tutto inesistente e radicalmente inefficace. E detta inefficacia dovrà essere valutata dal giudice in via incidentale al momento di pronunciare la sentenza dichiarativa di fallimento, non potendosi impedire tale risultato nemmeno inserendo all'interno dell'atto istitutivo la clausola di salvaguardia determinante lo scioglimento del *trust* in caso di fallimento del disponente.

Venuto meno il *trust*, verrà meno anche l'atto di dotazione, causalmente dipendente dal primo e dunque nullo, con possibilità di ricondurre all'attivo fallimentare i beni dell'impresa.

7. – Esaminato lo stato della giurisprudenza in materia di *trust* liquidatorio, va subito ammesso che non tutti gli argomenti sui quali questa si fonda appaiono pienamente convincenti.

Di certo va respinta l'idea, sostenuta in talune pronunce (45), che con la rifor-

(45) Come detto in precedenza (cfr. *supra*, § 5, in fine) la tesi criticata nel testo ha avuto credito in giurisprudenza (cfr. Trib. Reggio Emilia 2 maggio 2012, cit.; Trib. Cremona 8 ottobre 2013, cit.) ed è stata ripresa anche in dottrina (cfr. G. Sturmiolo, *op. cit.*, 406), sostenendosi che la degiurisdizionalizzazione delle procedure concorsuali comporta tra i suoi effetti anche il superamento della natura inderogabile della disciplina concorsuale. Inoltre, si osserva che l'ordinamento ammette comunque la possibilità di risolvere la crisi mediante *cessio bonorum*, ovvero al di fuori delle procedure concorsuali. Tanto il primo, quanto il secondo argomento, tuttavia, non si dimostrano convincenti. La c.d. degiurisdizionalizzazione delle procedure concorsuali, infatti, non implica affatto la possibilità di sacrificare unilateralmente e discrezionalmente le ragioni dei creditori; e difatti, nei casi in cui il superamento della crisi ha condotto il legislatore a derogare all'ordinaria pienezza di tutela del credito, sono in ogni caso indicati puntualmente i limiti insuperabili e le legittime modalità entro cui ciò è ammesso. Per quel che, invece, riguarda la *cessio bonorum*, è

ma della legge fallimentare la disciplina delle procedure concorsuali abbia perso il suo carattere imperativo e ciò vale, come correttamente precisato da parte della Cassazione, tanto in riferimento al processo di fallimento, quanto in riferimento alle procedure negoziate. Probabilmente grava ancora sulla corretta impostazione del problema la nota contrapposizione tra visioni pubblicistiche e privatistiche delle procedure concorsuali; contrapposizione del tutto fallace e dal sapore tardottocentesco, posto che nella materia in questione ciò che rileva non è l'interesse pubblico dello Stato, quanto l'interesse sovraindividuale inevitabilmente connesso alla natura giurisdizionale concorsuale dei rimedi.

D'altro canto, quanto appena osservato non implica nessun obbligo in capo al debitore insolvente di richiedere il proprio fallimento. Tale obbligo, infatti, non è previsto dall'art. 6 l. fall., né si può desumere dall'art. 217, n. 4, l. fall., che opera sul piano distinto e separato dell'illecito penale. Inoltre, come correttamente osservato (46), ritenere sussistente tale obbligo avrebbe l'effetto di determinare l'abusività del ricorso alle procedure concorsuali negoziate previste nel nostro ordinamento ogniqualevolta il debitore si trovi in stato d'insolvenza.

Ciò premesso, occorre chiedersi se l'inderogabilità della disciplina fallimentare conduca o meno – ed entro quali limiti – al mancato riconoscimento del *trust* liquidatorio.

In primo luogo, per risolvere tale quesito pare più corretto riferirsi all'art. 13 della Convenzione dell'Aja, ritenuta in dottrina ed in giurisprudenza norma di chiusura sul riconoscimento del *trust*, piuttosto che all'art. 15, lett. e), della Convenzione, che invece, come autorevolmente osservato, riguarda la prevalenza delle norme inderogabili individuate dalle regole di conflitto del foro sulla legge disciplinatrice del *trust* (47).

Impostato così il problema, a prescindere dallo stato d'insolvenza del debitore al momento della sua istituzione, occorre ritenere non riconoscibile il *trust* liquidatorio allorquando dall'esame del programma negoziale il ricorso alla segregazione dei beni in *trust* risulti abnorme, abusivo o comunque diretto a perseguire risultati ripugnanti per l'ordinamento (48); ammesso e non concesso che tale *trust* sia da

piuttosto agevole osservare che tale istituto, da un lato, riposa sull'accordo raggiunto con i creditori e, dall'altro, incide sulle procedure concorsuali nella misura in cui sia in grado di eliminare l'insolvenza, permanendo la quale la dichiarazione di fallimento appare un esito ineludibile.

(46) Cfr. D. Galletti, *Il Trust e le procedure concorsuali: una convivenza subito difficile*, in *Giur. comm.* 2011, 900; C. Cavallini, *op. cit.*, 1101; R. Ranucci, *op. cit.*, 577.

(47) Cfr. in particolare M. Lupoi, *Introduzione ai trusts*, cit., 146 s.; nonché G. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano 2001, 170 ss.

(48) Cfr., sul punto, la dottrina maggioritaria, la quale ritiene che l'art. 13 attribuisca al giudice il potere di non riconoscere i *trust* «abnormi», «abusivi», ovvero «ripugnanti» per il nostro ordinamento in quanto, in sostanza, volti ad operare in frode alla legge; così, M. Lupoi, *Trusts*, cit., 533 ss.; Id., *Introduzione ai trusts*, cit., 152; M.S. Carbone, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella convenzione dell'Aja del 1985*, in *Trusts* 2000, 145 ss.; L. Rovelli, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, ivi 2001, 505 ss.; *contra*,

considerarsi esistente, legittimo e pienamente efficace se valutato alla luce della propria legge regolatrice.

Il piano di riflessione diviene, invece, più scivoloso in punto di principio qualora ci si chieda se l'insolvenza dell'imprenditore al momento dell'istituzione del *trust* costituisca essa stessa una condizione sufficiente per poter negare il riconoscimento.

Come visto, il quesito ora proposto è risolto positivamente dalla Cassazione; tuttavia, la pronuncia poc'anzi esaminata omette di prendere posizione riguardo ad una serie di questioni che diversamente necessitano di essere considerate.

In giurisprudenza, ad esempio, si è osservato che la dichiarazione di fallimento del debitore-disponente non può incidere sull'atto istitutivo del *trust*, posto che quest'ultimo ha già esaurito i suoi effetti, sicché le vicende attinenti al *settlor* non possono costituire cause sopravvenute d'invalidità dello stesso (49).

Se, peraltro, si legge con attenzione la giurisprudenza favorevole all'orientamento ora in esame, l'inesistenza o in ogni caso l'invalidità dell'atto non sarebbe l'effetto della successiva dichiarazione di fallimento, bensì andrebbe ricollegata all'attività di accertamento *ex post* dell'insolvenza dell'imprenditore al momento in cui è istituito il *trust* (50).

Tuttavia, è piuttosto agevole osservare che la dichiarazione di fallimento ha carattere costitutivo, sicché non pare propriamente agevole discorrere d'insolvenza prima che un provvedimento giudiziale l'accerti autoritativamente.

Più concretamente, si tengano da conto le seguenti circostanze:

- il debitore non è tenuto a richiedere il proprio fallimento;
- la proposizione della domanda di fallimento da parte dei creditori ha carattere puramente eventuale;

G. Contaldi, *op. cit.*, 123 ss. Il che, in ogni caso, non comporta, come già evidenziato in precedenza (cfr. *supra*, nota 39), che si debba addirittura dimostrare che gli interessi leciti perseguiti mediante il *trust* non sia comunque conseguibili con istituti già presenti nel nostro ordinamento; e ciò poiché il carattere necessariamente residuale del *trust*, che emerge dalla lettura di parte della giurisprudenza, non trova alcun riscontro positivo: né di ordine sistematico, né di ordine letterale.

(49) Trib. Reggio Emilia, 2 maggio 2012, cit.; in dottrina, l'argomento è speso da G. Sturmiolo, *op. cit.*, 406.

(50) Occorrono al riguardo alcuni chiarimenti. Innanzitutto, il *trust* liquidatorio che non possa essere riconosciuto come previsto dall'art. 13 della Convenzione non è nullo, bensì, come correttamente evidenziato dalla Cassazione, del tutto inesistente per l'ordinamento italiano, ovvero radicalmente inefficace. Tale regime dell'atto, d'altro canto, non dipende affatto dalla dichiarazione d'insolvenza, che in ipotesi potrebbe intervenire successivamente. Ciò che rileva a tal fine è unicamente l'accertamento del profilo funzionale del *trust* nei termini richiesti dall'art. 13 e tale accertamento richiede la valutazione di taluni indici di abusività, che ovviamente vanno ricercati in un momento anteriore rispetto alla pronuncia dichiarativa che accerti l'impossibilità di riconoscere il *trust*. Non pare, quindi, sussistere nessuna anomalia o particolarità rispetto alle ordinarie dinamiche dell'accertamento giudiziale. Ed il discorso non sembra mutare nei profili essenziali ora tratteggiati, qualora, riconoscibile il *trust* in applicazione dei criteri dettati dalla Convenzione dell'Aja, il giudice debba valutare l'eventuale validità dello stesso anche alla luce della legge regolatrice.

– parimenti eventuale è l'accoglimento di detta istanza, che peraltro dipende anche dal superamento delle soglie previste dall'art. 1, comma 2°, l. fall.

Si tenga anche conto che il nostro ordinamento conosce uno strumento precisamente diretto a ricondurre alla massa fallimentare i beni che sono stati sottratti alla stessa prima della dichiarazione di fallimento e tale strumento è ovviamente costituito dalla revocatoria fallimentare oltre che da quella ordinaria (51). Inoltre, come l'istituzione del *trust* non impedisce la dichiarazione di fallimento, parimenti lo stesso non impedisce l'esercizio delle revocatorie dell'atto di trasferimento al *trust* dei beni del disponente; la cui validità, ai sensi dell'art. 4 della Convenzione dell'Aja, è disciplinata dalla legge individuata sulla base dei criteri di collegamento della legge del foro.

Da quanto sinora osservato derivano due distinte conseguenze.

In primo luogo, non sussiste alcuna correlazione necessaria ed automatica tra insolvenza del debitore disponente e non riconoscibilità del *trust*.

In secondo luogo, come già detto e come risulta ora confermato, la strada per valutare il rapporto tra *trust* liquidatorio e procedura fallimentare va individuata unicamente sulla base della norma di chiusura prevista all'art. 13 della Convenzione, che appunto legittima un penetrante sindacato giudiziale rivolto in concreto a verificare se l'istituzione del *trust* risulti abusiva, ovvero finalizzata a conseguire risultati ripugnanti per l'ordinamento italiano. Ed in questa prospettiva lo stato d'insolvenza del debitore, eventualmente già manifestatosi in termini evidenti al momento di istituire il *trust*, costituisce *uno* dei criteri valutativi che il giudice può impiegare nello svolgimento del sindacato suddetto (52).

Sindacato, che dovrà essere condotto sulla base di una valutazione complessiva del programma negoziale del *trust*, tenendo anche conto, proprio al fine di accertare che il *trust* sia stato costituito al solo scopo di eludere la disciplina fallimentare, dell'inserimento – come evidenziato tanto in dottrina quanto in giurisprudenza (53) – di apposite clausole di risoluzione del *trust* al sopravvenire della sentenza dichiarativa di fallimento, considerando difficilmente applicabili in via analogica le previsioni contenute agli artt. 72 e 78 l. fall.

Alla luce di queste conclusioni è, dunque, possibile formulare un ulteriore rilievo critico all'impostazione seguita dalla giurisprudenza ed in particolare dalla Cassazione; rilievo, che, peraltro, sembra confermare quanto sinora osservato.

Come visto, infatti, la Corte ha ritenuto che il giudice che dichiara il fallimento debba in via incidentale negare il riconoscimento al *trust*, con conseguente nulli-

(51) Sul tema dei rapporti tra *trust* e azione revocatoria, v. M.A. Lupoi, *Aggiungi un posto a tavola: azione revocatoria in ambito trust e litisconsorzio necessario*, in *Trusts* 2013, 2012, in commento a Trib. Reggio Emilia, 26 aprile 2012, *ivi*, 493 ss.

(52) Per considerazioni sostanzialmente analoghe a quelle formulate nel testo, v. C. Cavallini, *op. cit.*, 1107, secondo cui l'inopponibilità del *trust* liquidatorio al fallimento potrà verificarsi «solo se il *trust* sia stato disposto palesemente ed inequivocabilmente per eludere l'applicazione futura della legge fallimentare, senza alcun vantaggio per i creditori (...)».

(53) Cfr. *supra*, nota 40.

tà dell'atto di conferimento dei beni dell'impresa in *trust* e possibile apprensione degli stessi all'attivo fallimentare da parte del curatore.

Tuttavia l'inesistenza del *trust*, in quanto non riconoscibile, e *a fortiori* la nullità dell'atto di conferimento, per mancanza di causa, non costituiscono l'oggetto del processo per la dichiarazione di fallimento, che è esclusivamente diretto ad accertare l'insolvenza in ordine alla produzione degli effetti previsti dall'art. 16 l. fall.

Il tribunale fallimentare potrà certamente valutare l'esistenza, la validità e l'efficacia del *trust*, ma unicamente qualora la segregazione dei beni dell'imprenditore in *trust*, e semmai l'attuazione in concreto del programma di liquidazione, rilevino in ordine alla sussistenza o meno dello stato di decozione.

D'altro canto, se si volesse condurre alle dovute – ed estreme – conseguenze il principio affermato dalla Cassazione, si dovrebbe anche negare ai creditori la possibilità di procedere individualmente sui beni in *trust*, imponendo agli stessi di formulare l'istanza *ex art.* 6 l. fall. proprio al fine di ottenere l'accertamento dell'insolvenza necessario a rimuovere lo schermo segregativo.

8. – Le riflessioni sinora svolte confermano il crescente rilievo che il *trust* riveste in materia concorsuale; rilievo dovuto senz'altro alla straordinaria elasticità dell'istituto, pronto ad adattarsi alle diverse esigenze, ma anche all'indubbio interesse che suscita l'effetto segregativo del patrimonio del disponente in questo specifico ambito, tanto in vista di applicazioni virtuose dello strumento, quanto, purtroppo, in ordine ad un suo utilizzo fraudolento.

L'osservazione panoramica del fenomeno induce a formulare due distinte considerazioni di sintesi.

In primo luogo, la dimensione giurisprudenziale dell'istituto in materia concorsuale è sovente ruotata attorno a fattispecie concrete elusive, alimentando, da un lato, la diffidenza nei confronti del *trust*, sovente percepito come un rimedio inidoneo in concreto a porre soluzione alla crisi dell'impresa, e distogliendo, dall'altro, l'attenzione dai possibili impieghi legittimi ed efficaci del rimedio.

In secondo luogo, come evidenziato in premessa, è netta l'impressione che il percorso che la riflessione giuridica deve compiere attorno all'istituto non è del tutto compiuto; e ciò soprattutto in un settore, come quello fallimentare, in cui sovente si assiste ad una difficile convivenza tra la dimensione privata (ovvero negoziale) del fenomeno concorsuale e l'opposta dimensione pubblica (ovvero giurisdizionale) dello stesso.

Come nelle relazioni amorose più appassionanti, insomma, il *trust* e le procedure concorsuali si attraggono ed al contempo si respingono.

Di certo, volendo proseguire nella metafora, dovranno reciprocamente approfondire i rispettivi caratteri. È ancora presto, infatti, per dire l'ultima parola riguardo alla loro in-compatibilità.

ROMOLO DONZELLI
Professore associato
nell'Università di Macerata