

La tutela dei creditori del disponente (negli ultimi vent'anni di trust)

di Alberto Gallarati

L'articolo riproduce la relazione tenuta al Convegno del Ventennale dell'Associazione Il Trust in Italia, a Genova, il 10 maggio 2019. L'Autore tratta in chiave critica alcuni dei principali orientamenti della giurisprudenza in relazione alla tutela dei creditori del disponente, mettendo in evidenza, da un lato, alcune problematiche legate all'azione revocatoria e, dall'altro, come, molte volte, quando si è trattato di tutelare i creditori di chi avesse disposto in trust, le Corti abbiano tenuto un atteggiamento iperprotettivo, dimostrando di non trattare l'istituto al pari degli altri modelli civilistici che possano produrre effetti simili nella sfera di chi ha disposto. Così, alcuni principi cardine del diritto civile e processuale civile sono stati reinterpretati all'occorrenza o disapplicati, ignorando, per contro, gli strumenti messi a disposizione del giudice dalla Convenzione dell'Aja e, in particolare, l'art. 13 della stessa, che presenta significative potenzialità.

This article represents the report held at the Conference of the Twentieth Anniversary of the Association Il Trust in Italia, in Genoa, May 10th, 2019. The Author discusses in a critical key the majority of Court decisions concerning the protection of settlor's creditors. In particular, the Author remarks certain issues with respect to claw back action and the over-protection granted by the above-mentioned decisions to the settlor's creditors. In Author's view, this over-protection shows how Courts still not treat trusts like the other dispositions of assets under Italian Law. In fact, Courts reinterpreted or misapplied some key principles of civil law and civil procedure, ignoring the remedies provided by the Hague Convention and, in particular, Article 13, which has significant potential.

■ Introduzione

Il tema della tutela dei creditori del disponente pone al centro dell'attenzione una serie di questioni che si collocano al cuore del riconoscimento del trust nel nostro ordinamento ed al cuore del medesimo trust.

Difatti, e lo vedremo meglio nel seguito, la prassi degli ultimi vent'anni ha evidenziato come i creditori di chi ha disposto si siano rivolti verso il modello creato dal loro debitore, tentando di colpire non soltanto l'atto dispositivo (regolato dalle norme del diritto italiano, quando relativo a trust interni istituiti nel nostro ordinamento) ma anche l'atto istitutivo (regolato dalla legge straniera).

In tal modo, si è creato un filone di impiego dei rimedi alquanto criticabile e rispetto al quale – complice anche la complessità dell'istituto e la difficoltà di comprenderlo appieno ancora rinvenibile in tanti giuristi di *civil law* – si sono stratificate pronunce altrettanto criticabili ed ispirate più a garantire, nel complesso, una tutela ai creditori, che non una rigorosa applicazione delle regole del nostro ordinamento, incluse quelle della Convenzione dell'Aja.

Di queste pronunce abbiamo un recente esempio, che può essere rinvenuto nell'ordinanza della Corte di cassazione (1), recentemente pubblicata, con cui si afferma la revocabilità ai sensi del 2901 c.c. dell'atto istitutivo. Ma di questo avremo modo di parlarne nel seguito.

Il *fil rouge* che seguirò, allora, non sarà quello che congiunge i vari rimedi resi disponibili ai creditori da parte del nostro ordinamento, ma sarà quello dettato per il riconoscimento dei trusts dalla Convenzione ed in particolare dagli artt. 15, 16, 18 e, poi, 13, che,

Alberto Gallarati - Prof. Associato di Diritto Privato dell'Università di Torino, Avvocato

Relazione tenuta al Convegno del Ventennale dell'Associazione Il Trust in Italia, a Genova il 10 maggio 2019.

Nota:

(1) Si veda Cass. civ., 15 aprile 2019, n. 10498, in www.dirittobancario.it e in questa *Rivista*, 2019, pag. 546.

vedremo, dovrebbe aver un impiego molto più chirurgico di quanto appare.

In tal modo, cercherò di far emergere le menzionate criticità per tentare di indicare una possibile correzione.

■ Percorso interpretativo finalizzato al riconoscimento

Al fine del riconoscimento, naturalmente, occorre innanzitutto che il modello di cui trattasi sia trust amorfo ai sensi dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja.

Una volta appurata la sussistenza di simili lineamenti, l'interprete dovrà verificare la validità del trust alla luce dell'idoneità della legge scelta ai sensi dell'art. 6 della Convenzione (2).

Se il test ha esito positivo, il trust va riconosciuto. Si potranno così produrre gli effetti segregativi di cui all'art. 11, in modo tale che le posizioni di disponente, suoi creditori, trustee, suoi creditori, e beneficiari siano riorganizzate intorno al fondo in trust.

A questo punto, il trust dovrà passare al vaglio degli artt. 15, 16 e 18, che potranno determinare la disapplicazione del diritto straniero scelto dal disponente.

Se poi il controllo effettuato secondo le tre citate norme non dovesse far emergere alcuna violazione, le Corti avranno ancora la possibilità di fruire dell'art. 13 (3), che, in presenza di determinati requisiti, di cui diremo più in là, consente di disapplicare le regole convenzionali e negare il riconoscimento a un trust nel nostro sistema giuridico.

Si può dunque immediatamente comprendere come gli artt. 15, 16 e 18 operino su piani diversi rispetto all'art. 13 e, pertanto, l'applicazione dei primi, piuttosto che del secondo, dovrebbe condurre a differenti risultati.

■ Le norme imperative di cui all'art. 15 della Convenzione

L'art. 15 della Convenzione dell'Aja afferma di non pregiudicare gli effetti delle regole inderogabili previste dalla *lex fori*.

Si tratta, più nel dettaglio di una eccezione ai limiti tradizionalmente previsti dal diritto internazionale privato all'applicazione della legge straniera, i quali, come noto, sono identificabili in ordine pubblico e norme di applicazione necessaria.

È oramai dato acquisito, nel nostro ordinamento, che l'elenco di aree in cui agiscono le norme imperative fatte salve dall'art. 15 non sia tassativo (4).

Tra queste, vi sono le norme poste a protezione dei creditori, nel cui ambito si annoverano le disposizioni in materia di azione revocatoria, ordinaria e fallimentare, nonché, secondo un certo orientamento, le regole sul fallimento, che disporrebbero o sottintenderebbero un principio di indisponibilità dell'insolvenza.

In entrambi i casi, le criticità non mancano e, negli ultimi dieci anni, si sono riflesse tanto nei documenti processuali quanto nelle decisioni e negli orientamenti della dottrina.

L'azione revocatoria

Rispetto alle regole sull'azione revocatoria, va immediatamente premesso come questa, probabilmente, potrebbe operare a prescindere dall'art. 15, atteso che, avendo ad oggetto l'atto dispositivo, che è questione *rocket launching*, è comunque, esclusa, ai sensi dell'art. 4 della Convenzione, dal raggio di applicazione della medesima.

Sul punto, i temi più discussi, e proprio di recente affrontati dalla Suprema Corte, attengono alla determinazione della natura onerosa o meno dell'atto

Note:

(2) Secondo l'art. 6 della Convenzione dell'Aja "Il trust è regolato dalla legge scelta dal costituente. La scelta deve essere espressa, oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che costituisce il trust o portandone la prova, interpretata, se necessario, avvalendosi delle circostanze del caso.

Qualora la legge scelta in applicazione del precedente paragrafo non preveda l'istituzione del trust o la categoria del trust in questione, tale scelta non avrà valore e verrà applicata la legge di cui all'art. 7".

L'art. 7 prevede a sua volta che: "qualora non sia stata scelta alcuna legge, il trust sarà regolato dalla legge con la quale ha più stretti legami.

Per determinare la legge con la quale un trust ha più stretti legami, si tiene conto in particolare:

a) del luogo di amministrazione del trust designato dal costituente;

b) della situazione dei beni del trust;

c) della residenza o sede degli affari del trustee;

d) degli obiettivi del trust e dei luoghi dove dovranno essere realizzati".

(3) In giurisprudenza si veda Tribunale di Bologna, 1° ottobre 2003, n. 45451, in questa *Rivista*, 2004, pag. 67. In dottrina, si vedano M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, pag. 538; M. Lupoi, "Legittimità dei trusts 'interni'", in I. Beneventi (a cura di), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, pag. 37; Hayton, *The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*, 36 I.C.L.Q. 260 (1987), pag. 274. Sulla particolare funzione dell'art. 13 della Convenzione nel nostro ordinamento farei riferimento al mio "L'art. 13 della Convenzione dell'Aja sui trusts. Competizione tra modelli e inefficacia dei trust 'ripugnanti'", in *Riv. dir. civ.*, 2015, pag. 1491.

(4) Grazie al Relatore Generale questo principio è stato chiaro sin dall'immediata approvazione della Convenzione e recepito dal formante dottrinale. Si veda sul punto Von Overbeck, *Rapport Explicatif sur la Convention-Trust de 1985*, ai paragrafi 125-126; Deli, "Art. 15", in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, pag. 1287; M. Lupoi, *Trusts (supra, nota 4)*, pag. 540; Underhill - Hayton, *Law Relating to Trusts and Trustees*, 17th ed. by D.J. Hayton, B. Matthews and C.C.J. Mitchell, London, 2006, 1287. Il principio è stato anche confermato dalla giurisprudenza, inglese (*Charalambous v Charalambous (Ancillary Relief Nuptial Settlement)* [2004] EWCA civ. 1030) e, più di recente, da quella del nostro sistema giuridico (Tribunale di Alessandria, 24 novembre 2009, in *Guida al Dir.*, 2011, pag. 77).

dispositivo in trust ed ai criteri guida cui l'interprete deve attenersi, nonché al numero di persone da coinvolgere nell'azione revocatoria.

A simili e questioni, da ultimo, si è aggiunta, per effetto di una ordinanza della medesima Suprema Corte, pubblicata in data 15 aprile 2019, anche la revocabilità dell'atto istitutivo, la cui non soggezione ad azione revocatoria pareva, peraltro, un dato oramai acquisito al sistema, sin dalla fine del secolo scorso.

L'accertamento della natura, onerosa o meno, della disposizione in trust

Il principio recentemente espresso dalla Corte di cassazione (5) in merito all'accertamento della natura onerosa o meno dell'atto dispositivo in trust impone all'interprete di focalizzarsi sul rapporto sussistente tra disponente e beneficiari, che si evince dalla programmazione di interessi prevista dall'atto istitutivo.

Più in particolare, quindi, sarebbe la causa dell'atto istitutivo, nella quale va altresì rintracciata la causa dell'atto dispositivo, a determinare l'onerosità o meno del titolo in virtù del quale è effettuata una disposizione in trust.

Non sempre, tuttavia, questa regola parrebbe poter essere applicata. Infatti, parrebbero poter sussistere casi in cui l'atto dispositivo ha causa esterna e, pertanto, l'accertamento della natura onerosa o meno della disposizione in trust dovrebbe adagiarsi su questa.

Pertanto, dopo aver analizzato le situazioni in cui la causa della disposizione coincide con quella dell'atto istitutivo del rapporto, vedremo come, in determinati scenari, possa rilevare una causa da questo indipendente.

Rilevanza della causa dell'atto istitutivo

Nell'ottica dell'azione revocatoria, l'atto istitutivo ha titolo gratuito, nei trust con beneficiari, quando il disponente intenda arricchirli, ad esempio dando corso al passaggio intergenerazionale dei beni inclusi nel proprio patrimonio, e, nei trust di scopo, quando il rapporto è stato creato in luogo di un ente *no profit*, come la fondazione, ed il disponente è mosso da intenti benefici.

Diversamente, l'atto istitutivo ha titolo oneroso quando il disponente intenda adempiere ad una obbligazione. Si pensi ad un trust in funzione di escrow account – nel cui ambito il trustee è obbligato a liberare le somme incluse nel fondo in favore del venditore o dell'acquirente di una partecipazione societaria, a seconda che si siano verificate o meno sopravvenienze

passive garantite nel contratto –, o ancora, ad un trust posto a servizio di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione, anche in funzione di garanzia.

In questi scenari, la causa dell'atto istitutivo rileverà sempre laddove si tratti di rendere relativamente inefficace la disposizione di colui che ha sottoscritto il rapporto, ovvero di terzi i cui atti aderiscano alla medesima causa.

Rilevanza di una causa esterna

Come si è in precedenza accennato, la causa dell'atto istitutivo potrebbe non essere decisiva.

Ci sono infatti situazioni in cui la causa dell'atto dispositivo potrebbe non coincidere con quella dell'atto istitutivo, ma affondare le proprie radici in un rapporto esterno.

Si pensi, ad esempio, ad un terzo che dispone in un trust liberale, per adempiere ad una obbligazione di pagamento che lo stesso abbia nei confronti di uno o più beneficiari ovvero del disponente. Si tratterebbe di una forma di *datio in solutum*, tale per cui il creditore acconsente alla disposizione in trust in luogo dell'adempimento.

Se si applicasse la regola della Suprema Corte, l'atto sarebbe in ogni caso a titolo gratuito. Per contro, il medesimo dovrebbe essere qualificato alla stregua di un atto a titolo oneroso e, pertanto, i creditori di chi ha disposto, dovrebbero essere soggetti al regime probatorio meno agevole.

Altra situazione potrebbe essere quella di un trust istituito *solutionis causa* dall'imprenditore o dall'amministratore di una società in crisi, a garanzia dei debiti da questa contratti. Qui, un terzo, al fine di beneficiare il disponente, potrebbe integrare la garanzia prestata. Può essere il caso del coniuge che disponga nel descritto trust di garanzia istituito dall'altro coniuge a servizio di una procedura concordata di risoluzione della crisi di impresa.

Anche in questo scenario, applicando la regola operativa elaborata di recente dalla Cassazione l'atto di disposizione in trust sarebbe a titolo oneroso, mentre dovrebbe probabilmente essere qualificato quale atto a titolo gratuito.

Nota:

(5) Cass. civ., Sez. III, 29 maggio 2018, n. 13388 in *Giur. it.*, 2019, con mia nota, "L'azione revocatoria degli atti dispositivi in trust", in *Giur. it.*, 2019, pag. 775.

Ancora, pensiamo al disponente che effettui un atto dispositivo, successivo a quello con cui ha dotato per la prima volta il trustee di trust liberale, per adempiere ad un debito che ha con i beneficiari. Anche in questo caso, saremmo di fronte ad una prestazione in luogo dell'adempimento eseguita da chi ha istituito il rapporto non in forza di questo ma in ragione di una obbligazione di pagamento da estinguere.

Qui, la regola operativa elaborata dalla Suprema Corte indicherebbe la natura gratuita dell'atto, il quale, invece, dovrebbe essere qualificato quale atto a titolo oneroso.

Conclusioni sull'accertamento della natura dell'atto dispositivo

In conclusione, le linee guida dettate dalla Cassazione per la individuazione della natura onerosa o gratuita dell'atto di disposizione in trust non parrebbero applicabili indiscriminatamente: non sempre rileva la causa dell'atto istitutivo giacché non sempre è ad essa aderente quella dell'atto dispositivo.

L'eventuale pluralità di attori da coinvolgere nell'azione revocatoria

L'altro tema a cui abbiamo in precedenza accennato e il quale è stato recentemente affrontato dalla Suprema Corte, nonché da una corposa parte della dottrina che si occupa di trusts, è quello della sussistenza o meno, nell'ambito dell'azione revocatoria, del litisconsorzio necessario tra disponente, trustee e beneficiari.

Al riguardo, si registrano, almeno, cinque orientamenti.

Una prima tesi distingue a seconda che l'atto istitutivo del rapporto attribuisca ai beneficiari una posizione *vested* (quesita) o una posizione *contingent*, o ancora, una mera aspettativa (6), concludendo in favore del litisconsorzio necessario di tutti i beneficiari laddove questi fossero titolari di un diritto di credito, da esercitarsi nei confronti del trustee ed in base al quale ciascuno di essi può ottenere erogazioni di reddito o capitale (7).

Un secondo orientamento, invece, si è espresso in senso contrario (8) (non senza ravvedersi) (9) ed ha ritenuto, così come si legge in alcune decisioni di merito, che anche i beneficiari *contingent* debbano essere necessariamente chiamati in causa (10). A tale conclusione, si è pervenuti sulla base di un'analogia della posizione di detti soggetti con quella del

titolare di un credito non certo, né liquido ed esigibile, a cui è riconosciuta la legittimazione ad agire.

Una terza tesi ha invece affermato, a prescindere dal tipo di interesse coinvolto, la necessaria presenza di tutti i beneficiari (11), mentre una quarta tesi ne ha predicato l'irrelevanza, negandola (12).

Da ultimo, non mancano Corti che, disorientate dalla particolare struttura del modello anglo-americano, hanno richiesto l'integrazione del contraddittorio in via prudenziale (13).

Ratio comune agli orientamenti che affermano, secondo varie declinazioni, il litisconsorzio, è la sussistenza ex art. 102 c.p.c. di un rapporto unico con pluralità di parti, rispetto al quale deve esser resa una pronuncia idonea ad incidere sull'intero medesimo diritto e, quindi, sulla posizione di tutti i litisconsorti necessari.

Se così è, allora, il litisconsorzio non parrebbe sussistere né in ragione della struttura del trust né in ragione della funzione giuridica ed economica ad esso ascrivibile.

Litisconsorzio e struttura del trust

In particolare, nelle varie summenzionate tesi si è sostanzialmente assunto che l'effetto dell'azione revocatoria possa incidere sulla posizione dei

Note:

(6) M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Padova, 2016, pag. 136 ss.

(7) Trib. Lucca, 8 aprile 2016, in www.ilcaso.it; Tribunale di Cassino, 1° aprile 2009, in questa *Rivista*, 2010, pag. 183. Si vedano in dottrina, Valas, "Le Trust disputes: azioni relative ai termini del trust ed alla sua validità", in Monegat - Lepore - Valas, *Trust - Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, Torino, 2010, II, pag. 473; Bucchi, "Revocatoria ordinaria: agevole rimedio contro il trust gratuito in pregiudizio dei creditori del disponente", in questa *Rivista*, 2013, pag. 277; Ceni, "Trust e azione revocatoria nella recente giurisprudenza di merito", in questa *Rivista*, 2015, pag. 143.

(8) Si vedano le diverse posizioni di Corsini, *Il trustee nel processo di cognizione*, Torino, 2012, pag. 138 ss.; M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust* (*supra*, nota 6), pag. 304 ss. M.A. Lupoi, "Aggiungi un posto a tavola: azione revocatoria in ambito di trust e litisconsorzio necessario", in questa *Rivista*, 2013, pag. 19.

(9) M.A. Lupoi, "Beneficiari litisconsorti nell'azione revocatoria?", in questa *Rivista*, 2013, pag. 19. Si veda poi ancora, per una posizione mediana rispetto a quelle precedentemente espresse da medesimo Autore, M.A. Lupoi, "Ancora sul ruolo processuale dei beneficiari in un'azione revocatoria: una questione di "onerosità"?", in questa *Rivista*, 2019, pag. 252.

(10) Tribunale di Reggio Emilia, 26 aprile 2012, in questa *Rivista*, 2012, pag. 493.

(11) La tesi va ricondotta a Tribunale di Reggio Emilia, 26 aprile 2012, in questa *Rivista*, 2012, pag. 493 ed è stata seguita da altri, tra cui, Tribunale di Torino, 5 aprile 2017; Tribunale di Bologna, 22 marzo 2015; Tribunale di Lodi, 30 gennaio 2013, in questa *Rivista*, 2014, pag. 53.

(12) Tribunale di Milano, 19 ottobre 2015, n. 11690, in questa *Rivista*, 2016, pag. 11.

(13) Tribunale di Torino, 22 marzo 2015, in questa *Rivista*, 2016, pag. 319.

beneficiari, come se il trust instaurasse un rapporto plurilaterale.

Tuttavia, sappiamo, che il trust non dà luogo a simile tipo di rapporto, benché oggi la relazione trustee-beneficiari sia ricostruita in termini di diritti obbligatori (14), che però restano estranei alla revocatoria ed ai suoi effetti.

Del resto, non parrebbe sussistere litisconsorzio necessario in caso di revocatoria di un atto di trasferimento di un bene concesso in opzione a un terzo, la cui posizione potrebbe essere assimilata a quella di un beneficiario *vested*, che ha titolo per chiedere al gestore erogazioni di reddito e capitale secondo la propria discrezionalità ovvero allo scadere di determinati termini. Inoltre, se si leggesse il trust alla stregua di una organizzazione complessa (15), si potrebbe porlo in analogia con tali tipi di modelli, come le società. E allora, qui, occorrerebbe ragionare circa la necessità o meno di coinvolgere nel processo colui al quale sia attribuita da un terzo una partecipazione in una società di capitali per effetto di un conferimento non proporzionale eseguito dalla medesima persona la cui disposizione è oggetto di revoca.

Litisconsorzio e funzione giuridica ed economica

Se poi si avesse riguardo alla funzione del litisconsorzio si perverrebbe alla medesima conclusione, che depone in favore della sua insussistenza, tanto sotto una prospettiva giuridica quanto sotto una prospettiva economica.

In particolare, la funzione del litisconsorzio non è di proteggere i terzi, che sono già protetti dall'inefficacia nei loro confronti della sentenza, bensì di proteggere l'attore, garantendo che il giudice possa pronunciarsi compiutamente sul diritto controverso (16).

Pertanto, il litisconsorzio sussiste solo se la sentenza deve spiegare effetti contro terzi. Altrimenti, questa sarebbe *inutiliter data*.

Sul punto, in dottrina sono state assunte diverse posizioni.

Tra queste, alcuni hanno ritenuto sussistere il litisconsorzio nella misura in cui sia necessario accertare l'elemento soggettivo della revocatoria, e, pertanto, solamente in caso di atto a titolo oneroso (17).

Altri, invece, si sono espressi in senso opposto, osservando come detto elemento soggettivo sarebbe ricavabile dall'atto istitutivo e dall'atto dispositivo (18). Pertanto, in questa prospettiva, la partecipazione di persone diverse non sarebbe

funzionale al soddisfacimento di un bisogno di tutela dell'attore.

Quest'ultima tesi, condivisibile da un punto di vista strettamente giuridico, è preferibile in un'ottica di analisi economica del diritto in quanto, se da un lato il litisconsorzio evita l'insorgere di una moltitudine di processi successivi ad una sentenza *inutiliter data* e, quindi, riduce i costi per l'attore, dall'altro lato va dosato con accuratezza, perché comporta comunque un aumento di costi per i terzi che debbono partecipare all'unico processo instaurato nonché per l'attore medesimo nel convenirli.

Ne consegue che è efficiente una regola che lo limiti alle ipotesi in cui è strettamente necessario per la tutela dell'attore, tra le quali non parrebbe esservi il caso dell'azione revocatoria degli atti dispositivi di trust.

L'azione revocatoria dell'atto istitutivo tra retorica e realtà

Come abbiamo in precedenza accennato, la già citata ordinanza della Cassazione (19) ha fatto nuovamente emergere il tema della revocabilità dell'atto istitutivo.

In particolare, la Suprema Corte ha affermato tale principio precisando come l'azione revocatoria sia esperibile nei confronti di detto atto "purché ad esso segua l'atto dispositivo".

Com'è facile intuire, il principio è poco lineare, giacché sembrerebbe dire che quando l'atto dispositivo segue immediatamente quello atto istitutivo, può essere revocato questo, al fine di rendere relativamente inefficace il primo.

Così facendo, da un lato, sullo sfondo dell'ordinanza, permane, giustamente, la rilevanza dell'atto dispositivo, ma dall'altro, si legittima un uso retorico di termini tecnici, cioè si legittima una allusione o una

Note:

(14) M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust* (supra, nota 7), pagg. 131-132 ss.

(15) Più diffusamente sul punto si veda il mio *Il trust come organizzazione complessa*, Milano, 2010.

(16) Si veda Zanuttigh, voce "Litisconsorzio", in *Dig. Disc.Priv.*, Sez. Civ., XI, Torino, 1994, pag. 43; Menchini, *Il processo litisconsortile: struttura e poteri delle parti*, Milano, 1993, pag. 530; Luiso, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2015, pag. 300. In giurisprudenza si veda Cass., 26 luglio 2006, n. 17027, in *Giust. civ. mass.*, n. 7-8/2006.

(17) Si veda sul punto, M.A. Lupoi, *Beneficiari litisconsorti nell'azione revocatoria?* (supra, nota 10), pag. 487.

(18) Corsini, *Il trustee nel processo di cognizione*, Torino, 2012, pag. 147.

(19) Si veda Cass. civ., 15 aprile 2019, n. 10498, cit.

metonimia, in virtù delle quali è ammesso dire una cosa per l'altra.

Questa conclusione è rinforzata dal fatto che non si rinviene chiaramente, nell'ordinanza, un principio tale per cui se all'atto istitutivo non consegue l'atto dispositivo non è possibile esperire la revocatoria sul primo.

Inoltre, una regola operativa secondo cui l'atto istitutivo sia revocabile è fuorviante, oltre che idonea a creare effetti distorti, per diverse ragioni.

In primo luogo, in quanto l'atto istitutivo, di per sé, non reca pregiudizio alcuno ai creditori del disponente.

In secondo luogo, poiché una declaratoria di inefficacia di tale atto comporterebbe la relativa inefficacia di tutti gli atti dispositivi successivi, a prescindere dal pregiudizio effettivo arrecato alle ragioni dei creditori di chi ha disposto.

Per giunta, tra questi atti, vi potrebbero anche essere disposizioni di terzi, le quali, una volta reso relativamente inefficace l'atto istitutivo nei confronti di un creditore, rischierebbero di essere a loro volta relativamente inefficaci verso quel creditore. L'effetto distorto della regola, qui, è chiaramente dovuto all'assenza di un rapporto di credito tra chi ha disposto e la persona che ha ottenuto la declaratoria di inefficacia relativa.

Ancora, si determinerebbero ulteriori inefficienze, in quanto il creditore non dovrebbe più dimostrare i presupposti della revocatoria per i successivi atti dispositivi e si troverebbe in una indebita posizione di vantaggio.

Infine, i presupposti del 2901 c.c. potrebbero essere violati: non è affatto certo che tutti i futuri atti di disposizione siano pregiudizievoli per il creditore che ha agito. Parallelamente, il debitore verrebbe indebitamente gravato da costi, determinati dall'inefficacia relativa di tutti questi atti.

Anche in questo caso, un confronto con le regole operative sulle organizzazioni complesse può essere di aiuto. Anzi, è dirimente, giacché la revocatoria dell'atto istitutivo potrebbe essere equiparata alla revocatoria di uno statuto societario, che per ovvi motivi non ha ragion d'essere.

Sembrerebbe allora che anche in questo frangente la Corte abbia preferito privilegiare una forma di tutela sostanziale dei creditori, giustificando il fine con ogni mezzo, anziché applicare razionalmente gli strumenti civilistici disponibili per i medesimi creditori.

La (in)disponibilità dell'insolvenza

L'altro grande tema relativo alle norme imperative poste a tutela di coloro che vantano un credito nei confronti del disponente è quello dell'indisponibilità dell'insolvenza.

L'occasione di pronunciarsi su questa questione si è presentata sia nei Tribunali che in Cassazione, quando vennero portati all'attenzione dei giudici i trust liquidatori dell'intero patrimonio del debitore.

Sul tema, dopo alcuni orientamenti contrastanti, parte dei quali hanno qualificato anche il trust come contratto pendente (20), la Suprema Corte ha ritenuto che i trust liquidatori istituiti da debitori insolventi fossero nulli per violazione delle norme imperative previste dalla Legge fallimentare (21).

Il principio è discusso in dottrina e, secondo diverse tesi, alla luce delle ultime riforme di tale legge non

Note:

(20) Si vedano Tribunale di Milano, 29 ottobre 2010, 146 e Tribunale di Milano, 16 giugno 2009.

(21) Si veda la recente Cass. civ., 9 maggio 2014, n. 10105, in questa *Rivista*, 2014, pag. 414, e in www.dirittobancario.it, con mia nota, "La Corte di cassazione si pronuncia sui trust liquidatori dell'intero patrimonio del debitore", in *Riv. dir. banc.*, [dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), n. 13/2014, che ha ritenuto "non riconoscibile" ex art. 15 lett. e) della Convenzione il trust liquidatorio istituito da impresa insolvente per violazione delle norme indisponibili della Legge fallimentare. Tale inderogabilità era già stata in precedenza sostenuta dalle Corti di merito e da parte della dottrina. In particolare, si è formato un orientamento secondo cui l'insolvenza del debitore, disponente del suo intero patrimonio, sarebbe causa di nullità, *ab origine*, dell'atto istitutivo del trust, in quanto per l'appunto finalizzato all'elusione delle norme imperative che governano la liquidazione concorsuale, in violazione degli artt. 1344 o 1418 del Codice civile nonché 13 e 15, lett. e) della Convenzione dell'Aja (si vedano sul punto Corte d'Appello di Milano, 29 ottobre 2009 che decide Tribunale di Milano, 16 giugno 2009, con nota di Di Maio, "Il trust e la disciplina fallimentare: eccessi di consenso", in *Dir. Fall.*, 2009, pag. 498; con nota di Galluzzo, "Validità di un trust liquidatorio istituito da una società in stato di decozione", in *Corr. giur.*, 2010, pag. 527; con nota di Pirruccio, "La segregazione dell'intero patrimonio aziendale nel trust non consente il normale svolgimento della procedura concorsuale in danno alla massa dei creditori", in *Giur. merito*, 2010, pag. 1593; Tribunale di Milano, 17 luglio 2009 che conferma il precedente ed è scaricabile da <http://www.ilcaso.it>; e Tribunale di Milano 22 ottobre 2009, in *Riv. dir. priv.*, 2010, con nota di Fiorani, "Trust liquidatorio e tutela dei creditori", in *Riv. dir. priv.*, 2010, pag. 127). Si vedano inoltre Tribunale di Mantova, 18 aprile 2011, scaricabile da <http://www.ilcaso.it>; Tribunale di Bolzano, 8 aprile 2013, in questa *Rivista*, 2014, pag. 49 e Tribunale di Napoli, 3 marzo 2014, in <http://www.ilcaso.it>. In tema di trust liquidatorio si sono anche pronunciati Tribunale di Milano 29 ottobre 2010, in questa *Rivista*, 2011, pag. 146, il quale ritiene che la nullità debba essere ricondotta all'art. 1418 c.c. In dottrina, oltre agli Autori delle citate note a sentenza, si vedano Raganella - Regni, "Il trust liquidatorio nella disciplina concorsuale", in questa *Rivista*, 2009, pag. 598; Tedioli, "Trust con funzione liquidatoria e successivo fallimento dell'impresa", in questa *Rivista*, 2010, pag. 494; Dimundo, "Trust interno" istituito da società insolvente in alternativa alla liquidazione fallimentare", in *Fall.*, 2010, S, pag. 3; Panzani, "Il trust nell'esperienza giuridica italiana: il punto di vista della giurisprudenza e degli operatori", in *Nuovo dir. soc.*, 2010, pag. 7. Si veda inoltre il mio "La crisi del debitore 'civile' e 'commerciale' tra accordi di ristrutturazione e trust", in *Contratto e impresa*, 2013, pag. 104.

parrebbe essere più operativo nel nostro ordinamento (22).

A ciò va aggiunto come, a presidio delle violazioni della *par condicio creditorum* non sia stata pensata dal legislatore la nullità degli atti, bensì l'inefficacia relativa. Tant'è che non sono nulli nemmeno gli atti con cui è realizzato il reato di bancarotta *pre-fallimentare* – che si consuma alla data di dichiarazione giudiziale d'insolvenza (23) – rispetto ai quali la giurisprudenza ha stabilmente ritenuto che l'azione revocatoria fosse l'unico rimedio (24).

In ogni caso, va osservato come il problema parrebbe mal posto, in quanto, anche nell'ipotesi di liquidazione dell'intero patrimonio del debitore per mezzo di un trust, le regole del fallimento non subirebbero un cortocircuito.

Difatti, i creditori conservano sempre azione contro la società e possono farne dichiarare il fallimento tanto laddove siano trasferiti al trustee solo cespiti – ed allora resterà debitore unico la società – quanto nel caso in cui siano trasferiti cespiti con alcuni debiti o una azienda, situazioni che importano responsabilità solidale.

Agli organi della procedura spetterà l'esercizio dell'azione.

Infine, potrebbe verificarsi il caso che il trust liquidatorio sia adottato con il consenso dei creditori. In questo scenario, ove poi il trustee cristallizzi la liquidazione, poiché le clausole dell'atto istitutivo glielo consentano, paralizzando di fatto le posizioni dei beneficiari-creditori, sarebbe contraddittorio conceder loro l'azione revocatoria rispetto ad un atto a cui hanno acconsentito.

In simile situazione, allora il rimedio più appropriato parrebbe essere l'art. 13 della Convenzione dell'Aja (25).

■ Il rimedio di cui all'art. 13 della Convenzione

Quanto all'art. 13 della Convenzione dell'Aja, va immediatamente ricordato come siano oramai scartate le ipotesi sull'eventuale sua utilizzabilità nei confronti di un impiego residuale del trust, a cui sia associato un valore aggiunto (26), rispetto ad un modello civilistico tradizionalmente conosciuto nel nostro sistema giuridico (27).

Difatti, come rimarcato anche dalla Suprema Corte (28), il nostro sistema non contempla una simile limitazione all'autonomia contrattuale, anzi,

questa è caratterizzata da una duplice portata, che da un lato consente l'adozione di strumenti atipici, purché associati a causa lecita, e, dall'altro, assegna agli attori del mercato la possibilità di scegliere tra modelli aventi analoga portata, siano essi tipici o atipici.

Permangono, invece, in giurisprudenza, diverse interpretazioni, non del tutto conformi allo spirito della norma e al sistema di limiti e rimedi predisposto dalla Convenzione. Se, infatti, alcuni hanno ritenuto di utilizzare l'art. 13 per applicare l'art. 1344 del Codice

Note:

(22) Sono per la derogabilità Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, Milano, 2009, pag. 82. Si vedano inoltre, Lombardi, "Le recenti ristrutturazioni del debito: il caso Risanamento", in *Corr. giur.*, 2010, pag. 694; Rovelli, "I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria", in *Fall.*, 2009, pag. 1034; Rovelli, "Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182-bis Legge fallimentare", in *Fall.*, 2007, pag. 595; Roppo, "Profili strutturali e funzionali dei contratti di 'salvataggio' (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)", in *Riv. dir. priv.*, 2007, pag. 284; A. Patti, "L'accelerazione delle soluzioni concordate: esperienze applicative", in *Fall.*, 2010, pag. 1101; D'Ippolito, "L'esperto nelle procedure di composizione della crisi d'impresa e il regime di responsabilità", in *Resp. civ. e prev.*, 2012, pag. 1859; Cavallini, "L'impresa, la crisi, il giudice", in *Riv. soc.*, 2012, pag. 760; Galletto, "Il trust a scopo di garanzia e le nuove prospettive nell'ordinamento interno", in *Nuovo dir. soc.*, n. 8/2012, pag. 50. Nega la derogabilità Dimundo, "Pactum de non petendo e insolvenza", in *Fall.*, n. 9/1996, pag. 905.

(23) Tra molte, si veda Cass. pen. 15 maggio 2009, n. 32164, in *Fall.*, 2010, pag. 623.

(24) Si vedano Amara - Corapi, "I rimedi negoziali contro i fatti di bancarotta *pre-fallimentare*", in *Obbl. e contr.*, 2012, pag. 374; Rabitti, "Controllo di validità degli atti strumentali ai reati fallimentari e disciplina della revocatoria", in *Riv. dir. civ.*, 1997, pag. 349; Nuvolone, "Revocatoria e reati fallimentari", in *Temi*, 1955, pag. 309.

(25) Sul punto farei riferimento al mio "L'art. 13 della Convenzione dell'Aja sui trusts. Competizione tra modelli e inefficacia dei trust 'ripugnanti'", in *Riv. dir. civ.*, 2015, pag. 1491.

(26) Si veda in questo senso Lupoi, "La reazione dell'ordinamento di fronte a trusts elusivi", in questa *Rivista*, 2005, pag. 333; Lupoi, "Sette voci sulla trasmissione della ricchezza familiare. La legittima funzione 'protettiva' dei trusts interni", in *Contratto e impr.*, 2004, pag. 236; Lupoi, *L'atto istitutivo di trust*, Milano, 2005, pag. 4; Lupoi, "Lettera a un notaio conoscitore dei trusts", in *Riv. not.*, 2001, pag. 1159; Maimeri, "Trust e operatività bancaria", in D. Zanchi (a cura di), *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, Torino, 2009, pag. 328. In giurisprudenza si vedano Tribunale di Brescia, 12 ottobre 2004, cit., pag. 83; Tribunale di Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Giur. merito*, 2008, pag. 707, dove si osserva come autorevole dottrina abbia "sostenuto che il trust è, rispetto al nostro ordinamento, uno strumento residuale, al quale ricorrere quando gli ordinari strumenti civilistici non consentono di conseguire il medesimo obiettivo, che però deve rappresentare interessi meritevoli di tutela"; e Tribunale di Napoli, 19 novembre 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, pag. 56, in cui si legge che il trust, in precedenti decisioni, è stato ritenuto ammissibile in quanto idoneo a perseguire in maniera più efficiente obiettivi non altrettanto ottenibili con gli strumenti tradizionali.

(27) Sul punto si veda il mio "La crisi del debitore 'civile' e 'commerciale' tra accordi di ristrutturazione e trust", in *Contr. e impr.*, 2013, pag. 104.

(28) Si veda Cass. civ., 9 maggio 2014, n. 10105, cit.

civile (29) (non curandosi del fatto che avrebbe dovuto essere invocato l'art. 15, trattandosi di norma imperativa che dispone l'illiceità della causa) altri, invece, (con il medesimo difetto di cui sopra) hanno pensato di applicarlo ora facendo leva sull'art. 2740 del medesimo Codice (30), ora predicandone l'irriconeoscibilità per un generico vizio di incompatibilità con il nostro sistema giuridico (31).

Anche in queste ipotesi, come accennato in precedenza, parrebbe che le Corti abbiano prediletto una tutela sostanziale del credito, senza considerare con attenzione l'impiego più consono alla Convenzione del rimedio previsto dall'art. 13.

Questo, per contro, dovrebbe essere applicato quando vi sia una paralisi nel funzionamento dei rimedi civilistici per effetto di una sottrazione abusiva della fattispecie alle regole di conflitto del Foro (32) ed in assenza di violazione di norme imperative (33).

Trattandosi dunque di un rimedio che colpisce una fattispecie incapace di violare norme non derogabili, la sanzione da allocare dovrebbe essere quella dell'inefficacia, che come noto, è più severa della nullità (34), giacché il giudice non potrà né ricorrere alla conversione *ex art.* 1424 c.c. né far uso dell'art. 2652 c.c. n. 6, il quale limita a un quinquennio il periodo di tempo entro cui può essere travolto l'atto compiuto da chi ha ottenuto un diritto su di un bene, in forza di un contratto su cui pende l'azione di nullità (35).

Note:

(29) Si vedano Tribunale di Milano, 17 luglio 2009, in <http://www.ilcaso.it>, 3; Tribunale di Bologna, Giudice del Registro, 16 giugno 2003, in questa *Rivista*, 2003, pag. 580; e in *Giur. it.*, 2004, pag. 1191, con nota di Monticelli,

"Trust interno e registro delle imprese, vecchi pregiudizi e nuove (in)certezze su un istituto di difficile armonizzazione"; Rovelli, "Libertà di scelta della legge regolatrice", in questa *Rivista*, 2001, pag. 513.

(30) Tribunale di Bologna, Giudice del Registro, 30 aprile 2003, in questa *Rivista*, 2003, pag. 583; Tribunale di Belluno, Giudice Tavolare, 25 settembre 2003, in questa *Rivista*, 2003, pag. 255. Commentano il provvedimento Di Ciommo, "Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno", in questa *Rivista*, 2003, pag. 178; Dolzani, "Il trust nel sistema pubblicitario del libro fondiario", in questa *Rivista*, 2003, pag. 257; Battistella, "Il trust e le implicazioni di diritto tavolare", in questa *Rivista*, 2006, pag. 27.

(31) Tribunale di Velletri, 29 giugno 2005, in questa *Rivista*, 2005, pag. 577; Tribunale di Trento, 20 luglio 2004, in questa *Rivista*, 2004, pag. 573; e Tribunale di Belluno, Giudice Tavolare, 25 settembre 2003, in questa *Rivista*, 2003, pag. 255. È peraltro esplicitamente contrario Tribunale di Brescia, 12 ottobre 2004, in questa *Rivista*, 2005, pag. 83.

(32) Si vedano Von Overbeck, *Rapport Explicatif sur la Convention-Trust de 1985*, (supra, nota 5), par. 123, secondo cui, riferendosi all'art. 13 della Convenzione, "la clause sera surtout utilisée par les juges qui estiment que la situation a été abusivement soustraite à l'application de leur propre loi" e Carbone, "Autonomia privata, legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pagg. 782-783.

(33) Rinvierei al mio "L'art. 13 della Convenzione dell'Aja sui trusts. Competizione tra modelli e inefficacia dei trust 'ripugnanti'", in *Riv. dir. civ.*, 2015, pag. 1491.

(34) La distinzione tra invalidità e inefficacia è dovuta a Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt am Main, 1887, pag. 246, trad. it. C. Fadda e P.E. Bensa (a cura di) *Diritto delle Pandette*, I, Torino, 1930, pag. 264. Nella nostra letteratura si vedano perlomeno Scialoja, "Nullità ed inefficacia", in *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, pag. 22; Tondo, "Invalidità e inefficacia del negozio giuridico", in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1962, pag. 995; Falzea, "voce Efficacia giuridica", in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pag. 432; Scalisi, "voce Inefficacia (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, pag. 341; Scognamiglio, "voce Inefficacia (dir. priv.)", in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, 1; Tommasini, "voce Invalidità", in *Enc. dir.*, XXII, Milano, pag. 575; Sacco - De Nova, *Il contratto*, Torino, II, 2004, pagg. 505-506; Valle, "La categoria dell'inefficacia del contratto", in *Contr. e impr.*, 1998, pag. 1212; Gentili, "L'inefficacia del contratto telematico", in *Riv. dir. civ.*, 2000, pag. 747; Gallo, *Trattato del contratto*, 3, Torino, 2010, pag. 1909. In giurisprudenza si vedano Cass. civ., 26 marzo 1968, n. 947, in *Foro it.*, 1968, I, c. 1906; Cass. civ., 28 ottobre 1982, n. 5647, in *Mass. Foro it.*, 1982; Cass. civ., 8 gennaio 1980, n.123, in *Mass. Foro it.*, 1982, c. 1980.

(35) Per ulteriori considerazioni rinvierei nuovamente al mio "L'art. 13 della Convenzione dell'Aja sui trusts. Competizione tra modelli e inefficacia dei trust 'ripugnanti'", in *Riv. dir. civ.*, 2015, pag. 1491.