

Riflessioni finali sui trust liquidatori

A cura di Maurizio Atzori

Il rapporto fra trust e procedure concorsuali è divenuto indubbiamente tema di grande attualità. Dal timido approccio che risale al 2003, quando nel Fallimento romano delle Officine Romanazzi¹ furono ceduti i crediti fiscali ad un trustee, si è pervenuti all'attuale impiego del trust in ogni ambito del concorso e delle procedure negoziali di composizione della crisi d'impresa. Tuttavia il frenetico ricorso all'istituto, pensato erroneamente come panacea di tutti i mali, ne ha fatto smarrire i connotati essenziali, ponendo nell'ombra quel percorso faticoso, ma ben tracciato in diritto, che ne aveva permesso invece il riconoscimento². Se oggi infatti non può più mettersi in discussione il diritto di cittadinanza del trust nel nostro ordinamento giuridico³, è altrettanto vero che tale diritto è stato affermato sulla base di alcune

¹ In T&AF, 2003, 411 e ss. Trattasi del primo impiego del trust all'interno di una procedura concorsuale ove furono trasferiti al trustee i crediti fiscali del fallito con l'onere successivo di ripartirne il conseguente ricavato ai creditori secondo le percentuali indicate dal curatore nel piano di riparto. Il caso fu anche replicato dalla sezione fallimentare del Tribunale di Saluzzo, 9 Novembre 2006 in T&AF, 2008, 290 e ss, ove il GD autorizzò il trasferimento a trustee dei crediti fiscali di un fallimento.

² Il percorso seguito dalla giurisprudenza, sulla scorta della migliore dottrina che ha consentito il riconoscimento del trust interno, è molto chiaramente espresso dalla sentenza del Tribunale di Bologna 1 ottobre 2003 in T&AF, 2004, 67 e ss, che tuttora rappresenta il *leading case* italiano in materia di legittimità del trust interno.

³ Molteplici i precedenti italiani che hanno trattato direttamente, o dandolo per implicito, il riconoscimento per massimi sistemi del trust interno: Tr. Chieti 10 Marzo 2000 in T&AF, 2000, 372 e ss (Trascrizione di acquisto di immobile da parte di un trustee); Tr. Bologna 18 Aprile 2000 in T&AF, 2000, 372 e ss (Trascrizione di trasferimento di immobile dal disponente al trustee); Tr. Pisa 22 Dicembre 2001 in T&AF, 2002, 241 e ss (Trascrizione di trust dichiarato unilateralmente); Tr. Milano 8 Ottobre 2002 in T&AF, 2003, 270 e ss (Trascrivibilità senza riserva di trust interno autodichiarato); Tr. Firenze 23 Ottobre 2002 in T&AF, 2003, 406 e ss (Trust con beneficiari minorenni in sostituzione di fondo patrimoniale); Tr. Verona 8 Gennaio 2003 in T&AF, 2003, 409 e ss (Trust auto-dichiarato: art. 2740 cc e trascrizione); Tr. Parma 21 Ottobre 2003 in T&AF, T&AF, 2003, 580 e ss. (Trasferimento di quote sociali e trascrizione); Tr. Bologna 16 Giugno 2003 in T&AF, 2004, 73 e ss (Trascrizione di trust auto-dichiarato); Tr. Trento, sez. Cavalese, 20 Luglio 2004 in T&AF, 2004, 573 e ss (Annotazione di un trust interno nel registro tavolare); Tr. Brescia 12 Ottobre 2004 in T&AF, 2005, 83 e ss (Il Creditore del disponente non può pignorare i beni che questi abbia vincolato in un trust); Tr. Venezia 4 gennaio 2005 in T&AF, 2005, 245 e ss; Tr. Trento, sez. Cles, Giudice Tavolare, 7 Aprile 2005 in T&AF, 2005, 574 e ss (Intavolazione del diritto di proprietà del trustee); Cass. 18 Dicembre 2004 in T&AF, 2005, 577 e ss (Validità del trust penale dei creditori del disponente); Tr. Velletri 29 Giugno 2005 in T&AF, 2005, 585 e ss (Omologato l'accordo di separazione consensuale dei coniugi che include l'istituzione di un trust); Tr. Trieste Giudice Tavolare 23 Settembre 2005 in T&AF, 2006, 83 e ss (Ente pubblico, fondazione bancaria, trust di scopo e intavolazione del trasferimento di bene immobile a trustee); Tr. Firenze 2 Luglio 2005 in T&AF, 2006, 89 e ss (Ammissibilità del trust interno nell'ordinamento italiano); Tr. Pordenone 20 Dicembre 2005 in T&AF, 2006, 247 e ss (Omologazione di accordo di separazione consensuale e trust); Tr. Napoli 16 Giugno 2005 in T&AF, 2006, 249 e ss (Applicazione diretta dell'art. 12 della Convenzione de l'Aja); Tr. Trento sez. Cles, Giudice tavolare); Tr. Rovereto Giudice Tavolare 28 Ottobre 2005 in T&AF, 2006, 419 e ss (Annotazione di un Trust auto-dichiarato nel registro tavolare); Tr. Milano 7 Giugno 2006 in T&AF, 2006, 575 e ss (Separazione consensuale dei coniugi, trust e vincolo del trust sui beni costituiti in fondo patrimoniale); Tr. Bologna 20 Marzo 2006 in T&AF, 2006, 579 e ss (Responsabilità del trust per le obbligazioni contratte da un terzo); Tr.

argomentazioni sostanziali che paiono per larga parte dimenticate, quanto meno nel rapporto tra trust e procedure concorsuali.

Occorre allora ribadire con forza che il cuore dell'iter valutativo di un trust non può che essere individuato nella meritevolezza degli interessi⁴ dei quali esso deve essere portatore e l'indagine approfondita dell'operatore dovrà fare emergere non solo la pura legittimità della causa sottesa allo specifico negozio giuridico, ma soprattutto l'esistenza di scopi, non solo leciti ma anche altrimenti preclusi dal diritto vigente nonché l'attitudine funzionale di quello specifico trust, e del programma che l'accompagna, al raggiungimento dell'obiettivo individuato dal disponente.

Chiarissimo subito come non sia da effettuarsi una valutazione discrezionale sulla meritevolezza dell'atto, necessariamente permeata di elementi soggettivi e particolaristici, ma è richiesta invece la oggettiva presenza di un valore aggiunto apportato dal trust, da valutarsi in chiave squisitamente giuridica, che deve risultare di immediata evidenza.

Diversamente, i precetti fondanti del nostro ordinamento giuridico ne uscirebbero scossi considerato che i rapporti fra cittadini italiani, destinati a spiegare i loro effetti nel territorio della nostra Repubblica, sono soggetti alla sola legge italiana senza alcuna possibilità, ancor più negoziabilmente convenuta, di sottrarvisi⁵.

Se quindi l'ordinamento giuridico consente ai cittadini italiani, che diano corso a rapporti di trust dai quali derivino obbligazioni ed effetti circoscritti nel nostro ambito territoriale, di ricorrere eccezionalmente ad una legge straniera per la loro compiuta disciplina, alla base di questa deroga non può che leggersi un apprezzamento, in termini sociali, economici e giuridici, dell'obiettivo che

Bressanone, Giudice Tavolare, 16 Agosto 2006 in T&AF, 2007, 60 e ss (Annotazioni nel registro tavolare del vincolo di trust); Tr. Firenze 20 Ottobre 2006 in T&AF, 2007, 418 e ss (Obbligo del trustee di investimento sicuro dei beni in trust); Tr. Reggio Emilia 14 Maggio 2007 in T&AF, 2007, 425 e ss (Sospensione dell'esecuzione su beni vincolanti in un trust auto-dichiarato); Tr. Milano 10 Luglio 2007 in T&AF, 2007, 579 (Inibitoria degli effetti della sostituzione dei guardiani di un trust); Tr. Trieste 19 Settembre 2007 in T&AF, 2008, 42 e ss (Intavolazione del trasferimento al trustee in presenza di una causa lecita e di interessi meritevoli di tutela); Tr. Genova 1 Aprile 2008 in T&AF, 2008, 392 e ss (Trasferimento a trustee in sede di separazione consensuale); Tr. Padova 2 Settembre 2008 in T&AF, 2008, 628 e ss (Estromissione di beni dal fondo patrimoniale e vincolo in trust); Tr. Firenze 19 Settembre 2008 in T&AF, 2009, 179 e ss (Nullità del trust privo di un fondo sufficientemente identificato o identificabile); Tr. Bologna 1° Aprile 2009 in T&AF, 2009, 411 e ss (Assegno divorzile per mezzo di nomina a beneficiario irrevocabile di un trust); Tr. Torino 31 Marzo 2009 in T&AF, 2009, 413 e ss (Sentenza di divorzio e istituzione di trust); Tr. Cassino 8 Gennaio 2009 in T&AF, 2009, 419 e ss (Validità del trust e revocatoria dell'atto dispositivo); Tr. Milano 17 Luglio 2009, in T&AF, 2009, 649 e ss (Nomina di conciliatore da parte del Presidente del Tribunale).

⁴ I precedenti giurisprudenziali italiani che hanno trattato con maggiore cura la questione dell'interesse meritevole di tutela sono rappresentati dai 3 decreti del giudice tavolare di Trieste, 23 settembre 2005, 9 aprile 2007 e 19 settembre 2007 citt. In dottrina, sin dal 2000, questo argomento fu trattato S.M. CARBONE, *La scelta della legge regolatrice*, in T&AF, 2000, 3 e successivamente da R. LUZZATO, *Legge Applicabile e riconoscimento di trusts secondo la Convenzione dell'Aja*, in T&AF, 2007, 7; L. ROVELLI, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, in T&AF, 2001, 505 e ss.

⁵ In questo senso A. TONELLI, *Tecnica difensiva e opposta aggressività dei trust interni*, Consiglio Superiore della Magistratura - Roma, 3 - 4 luglio 2003 - Incontro di studio n. 767, pubblicato anche da T&AF, 2003, 231 e ss e 367 e ss

V Congresso Nazionale dell'Associazione "Il Trust in Italia"
Diritto fallimentare - Riflessioni finali sui trust liquidatori
A cura di Maurizio Atzori

vuole raggiungersi il quale non potrebbe essere egualmente conseguito con gli strumenti offerti dal diritto vigente.

Partendo da questo precetto quadro, entro il quale devono essere collocati tutti i trust interni, si desume come molteplici trust istituiti e divenuti poi oggetto di provvedimenti giudiziari, non presentino nessun valore aggiunto e pratica utilità se non quella, purtroppo, di cercare scappatoie all'inesorabile applicazione della legge italiana.

Nella realtà socio-giuridica che ruota intorno alla crisi dell'impresa questo è divenuto di palmare evidenza⁶.

Alcun valore aggiunto è infatti ravvisabile in quei trust dei quali si sono occupati il Tribunale di Milano e Alessandria, e molto recentemente quello di Reggio Emilia, che altro fine non hanno se non quello di sottrarre il regime della società in liquidazione alla disciplina prevista dal codice civile. Trattasi di trust che, in certe condizioni, possono essere letti non solo in chiave di frode ai creditori ma anche di elusione delle norme concorsuali⁷.

Peraltro, sotto il profilo più strettamente tecnico, detti atti di segregazione manifestano alcuni gravi equivoci di fondo non solo sulle condizioni che devono assolvere trust interni per essere riconoscibili ai sensi dell'art. 13 della Convenzione, ma soprattutto su alcuni principi di ordine pubblico del nostro ordinamento in materia di tutela dei creditori, regolamentazione processuale dell'insolvenza per il tramite del concorso, negozio in frode - non solo ai creditori - ma alla legge.

Sul punto si ritiene utile proporre l'iter metodologico al quale dovrebbe attenersi il giudice nell'esame di ogni tipologia di trust, evidenziando alcuni criteri che costituiscono un filtro particolarmente efficace proprio in relazione ai trust liquidatori.

Il percorso logico-giuridico al quale deve attenersi il giudice nel momento in cui vaglia un atto trust⁸ è piuttosto complesso ed ha quale unico punto di partenza la Convenzione de L'Aja⁹, trattandosi

⁶ Ci riferiamo ai casi di trust liquidatori dei quali recentemente si sono occupati alcuni tribunali. Segnatamente il Tribunale di Milano: 22 ottobre 2009, in T&AF, 2010, 77 e ss; 30 giugno 2009 in T&AF, 2010, 80 e ss; 29 ottobre 2010 in T&AF, 2011, 146 e ss; C di Appello di Milano 29 ottobre 2009 in T&AF, 2010, 274 e ss; Tribunale di Alessandria, 24 novembre 2009 in T&AF, 2010, 171 e ss e da ultimo il Tribunale di Reggio Emilia 14 marzo 2011 in corso di pubblicazione in T&AF, attualmente reperibile sul sito www.il-trust-in-italia.it

⁷ La prassi ci consegna molteplici casi, alcuni dei quali inediti, di trust istituiti da società sia in liquidazione, sia in palese stato di insolvenza. Pare divenuta usanza diffusa quella di istituire il trust, un attimo dopo aver posto la società in liquidazione, per poi procedere pochi giorni dopo alla successiva - quanto incredibile - cancellazione della società dal Registro delle Imprese. Sulla stessa scia sono difatti anche quei trust, istituiti in stato di manifesta insolvenza, che vorrebbero passare per negozi giuridici accedenti ad accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis lf. Peccato che molto spesso tali negozi in alcun modo risultano aver assolto al requisito minimo che la legge fallimentare richiede ovvero l'aver raccolto il consenso di tutti i creditori. Per tacere poi dell'ulteriore smaccata violazione di uno dei principi fondanti il diritto dei trust, il diritto di informazione dei beneficiari, fatto proprio anche dalla giurisprudenza italiana nel decreto del Tribunale di Reggio Emilia del 14 maggio 2007 in T&AF, 2007, 425 e ss.

⁸ Di questo problema si è occupato il Tribunale di Trieste 23 settembre 2005, in T&AF, 2006, 80 e ss, dove il giudice tavolare ha espressamente indicato quale sia il percorso da seguire per valutare la legittimità di un singolo trust e la sua compatibilità con la Convenzione dell'Aja, la legge applicabile prescelta e l'ordinamento

V Congresso Nazionale dell'Associazione "Il Trust in Italia"
Diritto fallimentare - Riflessioni finali sui trust liquidatori
A cura di Maurizio Atzori

della sola struttura normativa che consente la legittimazione dei trust interni, diversamente non istituibili per il cittadino italiano.

I requisiti minimi dettati dall'art. 2, 2° co della Convenzione sono sostanzialmente riassumibili nella a) esistenza di beni (*rectius* fondo); b) la presenza di un trustee al quale i beni sono intestati, pur tuttavia costituendo una massa distinta; c) il potere e conseguente dovere del trustee di gestire e amministrare tali beni, il tutto sotto l'egida generale del 1° co del citato articolo per il quale detti beni sono posti sotto il controllo del trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico.

Ai requisiti minimi suddetti si accompagna la seconda struttura normativa di riferimento, ovvero quella indicata dall'art. 6 della Convenzione, data dalla legge applicabile prescelta dal disponente.

Chiude questa prima fase dell'indagine l'art. 11 della Convenzione che espressamente stabilisce come un trust che abbia i requisiti minimi citati, e che sia altresì rispondente alla legge applicabile prescelta, debba essere riconosciuto come tale⁹ sicchè, quale effetto principale e minimo del riconoscimento, deriva che i beni in trust risultino separati dal patrimonio personale del trustee, producendo i noti effetti segregativi.

Ma l'indagine del giudice non deve e non può fermarsi a questi primi aspetti, posto che lo stesso Cap. I della Convenzione, che comincia con il citato art. 2, enuncia l'importante precetto di cui al successivo art. 4 ai sensi del quale "La Convenzione non si applica a questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici, in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al trustee"¹¹.

Se un trust non possa definirsi tale, anche solo in base alla prima parte della Convenzione e alle leggi di riferimento che essa richiama, potrebbe rendersi ultronea la prova di resistenza dell'atto di segregazione rispetto alle previsioni di cui gli artt. 15, 16, 18, e da ultimo art. 13 della Convenzione¹² che, nelle motivazioni dei provvedimenti più recenti, ha rappresentato il nucleo forte delle

giuridico italiano. In questo senso anche A TONELLI, in *I Patrimoni di destinazione*, AA.VV., Rimini, 2006, 204 e ss. e ried. 2010

⁹ Ci riferiamo alla Convenzione sulla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento adottata a L'Aja il 1° luglio 1985 e ratificata dallo Stato italiano con Legge 16 ottobre 1988 n. 364 entrata in vigore il 1° gennaio 1992

¹⁰ M LUPOI, in *Trusts*, Milano, 1997, 444 ess., sin da tempi remoti scriveva come un trust che avesse i requisiti minimi di cui agli artt. 2 e 6 della Convenzione doveva poi essere riconosciuto come tale ai sensi del successivo art. 11 producendo quindi gli effetti minimi, previsti dalla Convenzione stessa, rappresentati dalla segregazione che veniva ad imprimersi sui beni in trust.

¹¹ Il Tribunale di Bologna 8 aprile 2000, cit. con nota di A. TONELLI in *Rivista del Notariato*, 2001, 45 e ss e successivamente sempre il Giudice del Registro del Tribunale di Bologna 13 giugno 2003, cit. con nota di A. TONELLI in *Rivista del Notariato*, 2003, 1, espressero come estrema chiarezza come sia l'art. 4, sia l'art. 12 della Convenzione, legittimavano il trustee, che fosse divenuto proprietario di beni nel rispetto delle forme previste dalla legge italiana per il loro specifico trasferimento, a richiedere la trascrizione/iscrizione del suo acquisito diritto di proprietà nei Pubblici Registri Immobiliari e delle Imprese. Si aprì in tal modo la possibilità di trascrivere il diritto di proprietà ai sensi del combinato disposto del cit. art. 12 con gli artt. 2643 e ss cc, ben prima dell'avvento dell'art. 2645 ter cc.

¹² Il Trib di Bologna 1 ottobre 2003, cit. chiarisce con estrema efficacia la portata dell'art. 13 della Convenzione, intesa quale norma di chiusura da applicarsi qualora il trust risulti istituito per perseguire intenti *ripugnanti*, per usare le medesime parole del tribunale bolognese, rispetto all'ordinamento giuridico italiano.

affermazioni di nullità¹³ o non riconoscibilità, per l'ordinamento giuridico italiano, del trust esaminato.

Dando per scontata la presenza di un trustee e la enunciazione in atto della causa del trust, sia essa rappresentata dal perseguimento di una finalità a vantaggio di beneficiari, sia esso un trust di puro scopo¹⁴, ancor prima di esaminare la sussistenza del tanto necessario interesse meritevole di tutela, saltano agli occhi, nella tipologia di trust liquidatori oggetto dei provvedimenti giudiziari di cui si ha notizia, alcune oggettive e insormontabili lacune.

Nello specifico, è noto come la Convenzione non imponga il trasferimento del fondo in capo al trustee con effetti reali, parlando genericamente all'art. 2 di beni *posti sotto il controllo del trustee* ed è altresì pacifico come tale effetto sia necessario in base ai principi generali delle legislazioni che hanno disciplinato il trust, su tutte quella inglese¹⁵. Tuttavia si pretende il rispetto dei principi in

¹³ Con riferimento all'effettiva portata dell'art. 15 della Convenzione secondo A. VICARI, *Il trust sham o simulato*, in T&AF, 2010, 603 e ss, sarebbe errato ricondurre ogni ipotesi di conflitto tra il trust e norme interne, di cui alle lett. a-f dell'art. 15, alla nullità. La norma in esame non enuncerebbe affatto un principio di nullità di carattere generale, limitandosi al contrario a precisare che è data facoltà di disapplicare le norme di cui alla legge regolatrice prescelta che siano di ostacolo alla salvaguardia di dette fattispecie, se tale tutela è richiesta dalla legge del foro. Alla disapplicazione seguirà la specifica sanzione che la legge del foro commina per quella fattispecie con l'effetto che se trattasi di negozio in frode ai creditori, l'atto sarà revocabile, se violerà le norme in materia di successione necessaria, sarà oggetto di azione di riduzione, se sarà in frode alla legge sarà un atto nullo. In questo senso si pronunciò il Tribunale di Bologna 1 ottobre 2003 citato, limitandosi ad annullare il trasferimento al trustee di beni soggetti al regime della comunione di cui all'art. 2740 cc, e riguardante la protezione dei creditori e quindi la garanzia patrimoniale universale di cui all'art. 2740 cc, è necessario fare una precisa distinzione fra due fattispecie diverse, seppur entrambe appartenenti a questa macrocategoria, per usare una semplicistica definizione. Una cosa infatti è l'insolvenza, e quanto da essa derivi, se colpisce determinate categorie di soggetti (art. 1 l.f.) e altra è l'inadempimento delle proprie obbligazioni di natura patrimoniale. Laddove si versi nella prima ipotesi, e tale situazione sia afferente ad un soggetto avente i requisiti di cui all'art. 1 della l.f., subentra *ex lege* il processo fallimentare per mezzo del quale si procede alla soddisfazione dei creditori. Questa norma, ovvero la legge fallimentare, è a presidio del nostro ordinamento, in termini di giustizia sociale e politica economica sicchè può pacificamente ritenersi di ordine pubblico. Un trust quindi che abbia quale sua causa effettiva, quella di evitare l'applicazione della legge fallimentare in caso di insolvenza, non potrà che essere ritenuto nullo in quanto contrario alla legge. Per gli effetti si disapplicheranno, ex art. 15 della Convenzione, le norme di cui alla legge regolatrice prescelta che fossero di ostacolo a detta declaratoria. Un trust invece che abbia quale sua causa effettiva solo quella di frodare in creditori sarà revocabile, ai sensi dell'art. 2901 cc o 64, o 67 l.f., se ne ricorressero i presupposti, con gli effetti radicalmente diversi derivanti da una sentenza che dichiari l'inefficacia di un atto di dotazione patrimoniale al trustee rispetto alla declaratoria di nullità dell'atto istitutivo di trust.

¹⁴ Per la differenza fra trust di puro scopo e trust con beneficiari si rinvia a M LUPOI, *Trusts*, cit. 156 e ss. La prassi ha visto l'adozione di trust di puro scopo sia aventi uno scopo segnatamente pubblico, sia aventi finalità puramente lucrative. Per il primo caso si rinvia alla vicenda che ha dato origine al decreto tavolare triestino del 23 settembre 2005 cit., e alla trattazione che ne è stata fatta, con riferimento sia a quanto è accaduto nella fase iniziale, sia a come si sia pervenuti, una volta costruito l'asilo, alla cessazione del trust. Vd. quindi A. TONELLI in *Trust*, a cura di M. MONEGAT, I VALAS, G LEPORÉ, *Trust di ente pubblico Un'applicazione pratica: trust per un asilo nido*, Torino, 2008, II, 167 e 2010, II, 157 e ss. Per quanto riguarda invece i trust di puro scopo lucrativo, ne costituisce un esempio quello dal quale è scaturito il decreto del Tribunale di Bologna 13 giugno 2003 cit. raccontato da F. LOLLI, in T&AF, 2004, 645 e ss, avente ad oggetto la gestione di un patto parasociale attuato per mezzo di un trust.

¹⁵ Risale al 1997 uno dei primi contributi dottrinali di larga diffusione in materia di Trust, in Guida al Diritto, 1997, Op. 3, a cura di M. LUPOI, in cui veniva precisato "non c'è trust se non c'è trasferimento" per evidenziare proprio come gli effetti dominicali siano imprescindibili in relazione al fondo in trust, rispetto al trustee.

Risulta, infatti, piuttosto semplice evidenziare in detti casi l'assoluta inutilità del trust e conseguentemente, l'intento elusivo delle norme nazionali che ne ha giustificato la genesi. Ultimamente si stanno diffondendo i trust liquidatori inseriti, come nel caso affrontato dal recente provvedimento del Tribunale di Reggio Emilia, nella seguente sequenza di comportamenti: messa in liquidazione della società; dopo pochi giorni il liquidatore istituisce il trust nel quale trasferisce l'intero patrimonio aziendale; quindi, il più presto possibile e senza che *medio tempore* si sia realizzato nulla delle roboanti enunciazioni del programma, il liquidatore provvede alla cancellazione della società che porta con sé il "tesoro" rappresentato dalla nota efficace costitutiva dell'estinzione dell'ente di cui all'art 2495 cc.

Orbene le norme previste dal codice civile in tema di liquidazione della società sono chiare e precise e dettano un percorso liquidatorio della struttura societaria che si dipana nelle conseguenti azioni, nonché negli effetti e responsabilità che ne derivano. Analogamente la successiva e fisiologica cancellazione della società dalla realtà economica e giuridica in cui operava, che si formalizza con la cancellazione dal registro delle imprese, non può intendersi in modo inverso rispetto alla logica seguita dal legislatore. In altri termini la cancellazione, mero atto formale, deve seguire la fase liquidatoria portata a compimento, rappresentandone il conseguente effetto, mentre non può certamente farvisi ricorso in via pregiudiziale, sperando con ciò di dare per "fatto" ciò che non lo è.

Diversamente si invertirebbe la *ratio* prima economico-sociale, poi giuridica delle norme, stravolgendone la portata a tutto campo. E sul punto ha avuto modo di esprimersi molto recentemente anche la Corte di Cassazione²², sulla scorta di alcune decisioni di merito italiane²³.

²² Cass. civ. Sez. Unite, 09/04/2010, n. 8426 Coppola c. Fallimento Assa s.r.l. e altri secondo la quale: "In tema di dichiarazione di fallimento di una società, ai fini del rispetto del termine di un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, previsto dall'art. 10 legge fall., l'iscrizione nel registro delle imprese del decreto con cui il giudice del registro, ai sensi dell'art. 2191 cod. civ., ordina la cancellazione della pregressa cancellazione della società già iscritta nello stesso registro, fa presumere sino a prova contraria la continuazione delle attività d'impresa, atteso che il rilievo, di regola, solo dichiarativo della pubblicità, se avvenuta in assenza delle condizioni richieste dalla legge, comporta che la iscrizione del decreto, emanato ex art. 2191 cod. civ., determina solo la opponibilità ai terzi della insussistenza delle condizioni che avevano dato luogo alla cancellazione della società alla data in cui questa era stata iscritta e, di conseguenza, la stessa cancellazione, con effetto retroattivo, della estinzione della società, per non essersi questa effettivamente verificata; nè è di ostacolo a tale conclusione l'estinzione della società per effetto della cancellazione dal registro delle imprese, a norma dell'art. 2495 cod. civ., introdotto dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, atteso che la legge di riforma non ha modificato la residua disciplina della pubblicità nel registro delle imprese."

²³ In particolare nel decreto del Giudice Registro Imprese di Bologna in data 12.11.07 si legge: "...In primo luogo nell'ordinamento riformato non si rinviene alcuna norma che impedisca al Giudice del registro di esercitare il doveroso ed officioso potere di procedere alla cancellazione di iscrizioni illegittime e cioè prive delle condizioni di legge o, con riferimento alla fattispecie in esame, rappresentanti nei confronti della generalità degli utenti una situazione non corrispondente alla realtà. In secondo luogo, alla natura costitutiva della iscrizione della cancellazione della società non consegue necessariamente l'ablazione del potere di cancellazione da parte del Giudice del registro ove detta iscrizione, costitutiva della estinzione della società, sia frutto di una errata valutazione dei presupposti di legge... Passando ad una valutazione di carattere più generale sul sistema di garanzie offerto dal Registro delle Imprese, si deve osservare che la

Un trust caratterizzato da uno scopo esclusivamente liquidatorio, non accompagnato da alcuna iniziativa di salvataggio della impresa in crisi che realizzi la segregazione dell'intero patrimonio sociale, comportante l'alienazione a titolo gratuito dello stesso dal liquidatore al trustee (e cioè a sé stesso) non fornisce alcuna utilità aggiuntiva alla liquidazione della società se non quella di sgravare il liquidatore dalla redazione del bilancio di liquidazione. Un trust del genere che serva solo e inteso come *escamotage* per accelerarne la cancellazione dal registro delle imprese e, al limite, ove possibile, per guadagnare il fatidico traguardo dell'anno, rilevante per sottrarsi al fallimento ex art. 10 ff., non solo non serve a nulla e, come tale, non è portatore di interessi meritevoli di tutela, (quindi non riconoscibile) ma, proprio attraverso questa inconsistenza, disvela uno scopo ripugnante che non può trovare copertura nella Convenzione. Quand'anche infatti superasse l'esame dell'art. 2 (e anche dell'art. 3) un trust così disegnato rappresenterebbe, comunque, un vero e proprio esercizio di stile utile solo a evidenziare l'intera gamma di patologie che possono affliggere il trust interno. Ancora un trust liquidatorio che abbia ad oggetto un'impresa già insolvente, parimenti non merita alcuna tutela da parte dell'ordinamento giuridico italiano ed è necessariamente destinato alla censura in forza delle norme suddette.

funzione dei conservatori di un pubblico registro non può consistere solo in operazioni di riscontro delle forme degli atti ricevuti, in quanto un pubblico registro comprende atti da mostrare a chi ne faccia richiesta, con la garanzia non solo della loro autenticità, ma anche della loro legittimità. In particolare, il conservatore del registro delle imprese non può esaurire la propria funzione nell'accertare la corrispondenza dell'atto presentato per l'iscrizione alle categorie indicate dalla legge, ma deve verificare se esso sia produttivo degli effetti che la legge gli attribuisce...Tanto premesso, occorre osservare, con riferimento alla fattispecie in esame, che la cancellazione e la conseguente estinzione della società presuppongono ai sensi dell'art. 2492 c.c., che la liquidazione sia compiuta e, dunque, ogni volta che si accerti, in prima battuta, attraverso il controllo del Conservatore, ed, in via generale, attraverso quello del Giudice del Registro, che tale indefettibile presupposto non si sia sostanzialmente realizzato e che, pertanto, la cancellazione sia stata iscritta in mancanza delle condizioni di legge, l'Ufficio del Registro deve utilizzare i propri poteri per il raggiungimento dell'obiettivo che ne giustifica la esistenza e cioè che nel registro delle imprese non si proceda ad iscrivere atti nulli o contrari a norme imperative. D'altro canto, la pacifica diversità (in termini di qualità ed ampiezza) dell'interesse pubblicitario di carattere generale che sovrastende alla attività dell'Ufficio del Registro, rispetto a quello della categoria dei creditori della società cancellata, evidenzia che il meccanismo di modificazione soggettiva dal lato passivo del rapporto obbligatorio previsto dall'art. 2495 c.c., se, forse, può soddisfare il secondo, appare del tutto incongruo rispetto al primo. Sul punto, a parte gli evidenti abusi che potrebbero essere perpetrati se si ritenesse amputato in tale materia il potere correttivo del Giudice del Registro (si pensi proprio al caso di specie nel quale la società ALFA ... si è difesa in un giudizio che la vedeva convenuta sino al 2006, quando già nel 2002 chiedeva la cancellazione e, quindi la propria estinzione; si pensi al caso di cancellazione di ufficio ex art. 2490 c.c. al quale si giunge per un errore degli organi preposti al controllo delle condizioni di legge, o, ancora, in maniera più evidente, ai casi delle cosiddette sopravvivenze o sopravvenienze attive, che, per un verso, non trovano rimedio nella disposizione di cui all'art. 2495 c.c. e, per altro verso non sembra possano essere risolte, così come proposto dalla dottrina, attraverso la configurabilità di acquisto delle stesse in comunione tra gli ex soci...). Alle stesse conclusioni giunge recentemente Trib Padova 2 marzo 2011 e contra Trib Piacenza 14 aprile 2011 entrambe su www.ilcaso.it

E' infatti ancora là dal venire la sottrazione del regime dell'insolvenza dal controllo pubblicistico, che comporta l'applicazione dei suoi principi fondanti, in tema di *par condicio creditorum*, formazione del riparto e procedura di liquidazione dell'attivo, e certo non può ritenersi che le aperture privatistiche portate dalla riforma abbiano fatto venir meno questi principi.

Sul tema vi è poco da aggiungere all'ampia messe di motivazioni già spese nei provvedimenti giudiziari pubblicati se non alcune riflessioni di carattere generale.

Innanzitutto non è estraneo ai temi trattati il principio dell'abuso del diritto che postula l'illiceità di quei negozi posti in essere per "conseguire fini diversi" da quelli per i quali il negozio sia stato disciplinato e ammesso dal legislatore. In tal caso, sempre secondo la Suprema Corte, è conferito al giudice di merito un sindacato «*volto al temperamento dei diritti e degli interessi delle parti in causa, in una prospettiva anche di equilibrio e di correttezza dei comportamenti economici*»²⁴.

In secondo luogo appare corretto il richiamo operato da alcuni²⁵ all'esperienza del diritto straniero, e in primo luogo al Regno Unito ove, nel 2002, l'*Enterprise Act* ha negato che l'accesso alle procedure concorsuali giudiziali possa essere precluso dalla nomina di un liquidatore (*receiver*) il quale agisca nell'interesse dei creditori beneficiari del *receivership*, al di fuori di qualsivoglia controllo giudiziale. L'apertura di una procedura concorsuale non può dunque essere surrogata da nessun istituto privatistico, per quanto esso risulti di consolidata tradizione.

Così in Francia la disciplina sulla *fiducie* ha integrato l'art. 632 del *Code de Commerce*, disponendo la nullità dei negozi per mezzo dei quali l'imprenditore trasferisca "fiduciarmente" a terzi, beni o diritti, nel periodo intercorrente fra la data di cessazione dei pagamenti e la data di apertura di una procedura concorsuale. La modifica tende ad evitare che il negozio di destinazione posto in essere da un imprenditore, in stato di decozione, sia preordinato a impedire l'operatività di procedure concorsuali e risulti in violazione dei diritti e garanzie della massa generale dei creditori del disponente.

Ancora, e sempre sullo stesso tema, vi è da considerare che anche la giurisprudenza penale comincia ad interessarsi del fenomeno trust e del suo utilizzo delittuoso.

Sul punto e solo per un invito alla riflessione per tutti coloro che sostengono la liceità di qualsiasi trust liquidatorio, in virtù della mera enunciazione, tra le finalità dell'atto istitutivo, dell'adempimento delle obbligazioni dell'imprenditore nel rispetto della *par condicio creditorum*, si prenda in considerazione il caso recentemente esaminato dalla Suprema Corte²⁶.

²⁴ Cass. civ., I, 18 settembre 2009 n.20106

²⁵ F. GALLUZZO, "Validità di un trust liquidatorio istituito da una società in stato di decozione", in *Corr. Giur.*, 2010, 527 e ss.; D. GALLETTI, "Il trust e le procedure concorsuali, una convivenza subito difficile", *Nota a: Trib. Milano*, 16 giugno 2009, in *Giur. Comm.*, 2010 (5.2 2010), p. 895-910 -.

²⁶ Cass pen, V, 24 gennaio 2011 n.13276

Si trattava di valutare il sequestro preventivo - finalizzato alla confisca per equivalente - *inter alia* di somme di danaro e altri beni trasferiti in trust da un indagato di associazione per delinquere, finalizzata alla commissione di plurimi delitti di bancarotta fraudolenta, emissione ed utilizzo di fatture per operazioni inesistenti, occultamento o distruzione di scritture contabili e, infine, emissione delle dichiarazioni fiscali. In particolare risultavano utilizzate diverse società, alcune anche di nazionalità estera (c.d. cartiere) le quali, dopo aver acquistato componenti per apparecchi elettronici o computer da società dell'U.E. (operazione neutra a fini Iva) li vendevano ad un prezzo inferiore a quello di costo - assumendosi il relativo debito Iva, con il proposito tuttavia di non versarla (perchè si dileguavano subito dopo, senza lasciare traccia contabile) - ad altre società nazionali che così potevano praticare prezzi inferiori a quelli della concorrenza. Orbene nel citato provvedimento si legge: "...In ragione del peculiare regime del trust in questione, la relativa costituzione sarebbe avvenuta in frode ai diritti dei creditori, tra i quali andava ricompreso anche lo Stato. Si sarebbe trattato, in sostanza, di un mero espediente giuridico, posto in essere dall' O. al fine precipuo di tenere distinti i beni in questione dal proprio patrimonio personale, di fatto però mantenendo la disponibilità dei beni conferiti, in quanto egli stesso era trustee, ossia soggetto fiduciario incaricato della gestione (in definitiva, fiduciario di sè stesso), senza vincolo di sorta od obbligo di giustificare i propri poteri, dunque al di là di qualsivoglia controllo da parte dei beneficiari. In proposito, è appena il caso di osservare che il trust, tipico istituto di diritto inglese, si sostanzia nell'affidamento ad un terzo di determinati beni perchè questi li amministrino e gestisca quale "proprietario" (nel senso di titolare dei diritti ceduti) per poi restituirli, alla fine del periodo di durata del trust, ai soggetti indicati dal disponente. Presupposto coesistente alla stessa natura dell'istituto è che il detto disponente perda la disponibilità di quanto abbia conferito in trust, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, ove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il trust è nullo (*sham trust*) e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio. Tale situazione di mera apparenza, che sul versante civilistico sarebbe causa di radicale nullità, è stata presa a base del ragionamento formulato dal giudice della cautela per consentirgli di giungere alla conclusione che, al di là delle forme, l'O., trustee egli stesso, stesse continuando ad amministrare i beni, conservandone la piena disponibilità. Di talchè, il trasferimento in trust dei beni nulla sarebbe se non un mero espediente per creare un diaframma tra patrimonio personale, e proprietà in trust, con evidente finalità elusiva delle ragioni creditorie di terzi, comprese quelle erariali. Se tale era la finalità dell'iniziativa, risulta irrilevante, contrariamente a quanto assume la difesa, che il trust sia stato costituito il 2 novembre 2010, ovvero quando l'O. non sapeva neppure di essere indagato. Ed invero, presupposto per la confisca di cui alla L. n. 146 del 2006, art. 11, è che detta misura - e, dunque, anche il sequestro preventivo

fra tutti i creditori. Queste, dunque vengono automaticamente sostituite da un'unica posizione beneficiaria, quella del curatore, in rappresentazione del ceto creditorio³⁷.

Se simile passaggio risultasse legittimo, il secondo aspetto da valutarsi attentamente riguarderebbe la possibilità, per il curatore, di scegliere fra tre soluzioni, ciascuna delle quali produce diversi effetti:

- rinunciare alla posizione beneficiaria;
- ricorrere alla applicazione della nota regola per la quale i beneficiari che esauriscano tutte le posizioni beneficiarie, possono in qualsiasi momento porre termine anticipatamente al trust;
- lasciare che il trust operi secondo il programma stabilito.

Partendo dalle prima due opzioni, trattandosi di un trust che di fatto ha unico beneficiario il curatore appunto, saremmo allora in presenza di un trust nudo (o *bare trust*) che, a maggior ragione, consente a detto beneficiario, in qualsiasi momento, di ottenere la cessazione del trust e l'assegnazione dei beni in suo favore³⁸.

Traendo le fila di questa prima parte del nostro ragionamento, si può concludere ritenendo che, nell'ipotesi in cui il beneficiario-curatore rinunci alla propria posizione beneficiaria, trattandosi

³⁷ In questo senso S. BARTOLI, *Due sentenze di beni societari costituiti in trust*, in *Corriere di Merito* 2010, 4, 388 e ss. L'art. 10 a) della legge di Jersey, ad esempio, prevede il diritto del beneficiario di rinunciare alla propria posizione beneficiaria ed in genere trattasi di diritto previsto sia dalla legge inglese sia da tutte le leggi del modello internazionale.

³⁸ La costruzione in termini di rinuncia al trust da parte dell'unico soggetto che può esprimere detta volontà, essendo i creditori obbligati al concorso è, nella sostanza, dunque, la soluzione che può proporsi quando il programma deciso con l'atto segregativo non preveda specificamente la trasformazione del trust, in trust nudo. Quest'ultima soluzione è stata proposta recentemente da autorevole dottrina. Sul punto si è osservato che "...Il suo immediato vantaggio è quello di non dovere ritrasferire beni - e quindi di evitare tutte le relative connotazioni tributarie - e di mantenere in vigore i rapporti che il trustee abbia nel frattempo costituito...Orbene, se sopravviene il fallimento, la trasformazione del trust in trust nudo significa che il trustee viene automaticamente spogliato delle proprie potestà gestorie e dispositive le quali, pur rimanendo il trust in vigore, spettano al curatore fallimentare. Il trust nudo è normalmente un trust nel quale il beneficiario può pretendere il fondo quando crede e, nel frattempo, può impartire disposizioni al trustee, il quale è tenuto a seguirle (salvo che esse siano contro la legge). Qui viene il profilo più complesso perché il curatore del fallimento non può certo essere qualificato beneficiario del trust. Un trust liquidatorio può essere configurato quale trust per uno scopo (il soddisfacimento dei creditori dell'impresa) o quale trust per beneficiari (i creditori dell'impresa)...Se il trust liquidatorio è un trust per uno scopo, esso ha necessariamente un guardiano perché tutte le leggi straniere che disciplinano i trust per uno scopo non "charitable" lo prevedono. L'atto istitutivo dovrà allora attribuire l'ufficio di guardiano al curatore del fallimento che sia successivamente dichiarato e disporre che il guardiano, qualora sia il curatore, ha il potere di impartire al trustee qualsiasi direttiva inerente il fondo in trust... Quest'ultimo guardiano potrà in qualunque momento, qualora lo ritenga, impartire al trustee l'ordine di trasferire il fondo in trust alla massa e così il trust avrà naturalmente termine in conseguenza della sopravvenuta mancanza del fondo in trust...Se il trust liquidatorio è un trust per beneficiari...la soluzione è allora quella di prevedere che, in caso di fallimento, il comitato sia sostituito dal curatore fallimentare e, ulteriormente, che da quel momento le competenze del comitato, ora sostituito dal curatore, si estendano e comprendano il potere di prescrivere al trustee atti di gestione e di disposizione. In questo modo, il trustee, che già non potrebbe fare nulla senza il consenso del comitato (ora del curatore), diventa soggetto alle direttive del curatore e si trasforma in un trustee nudo. Anche in questo caso il curatore può ordinare il trasferimento del fondo in trust alla massa, con la conseguente estinzione del trust..." Così M. LUPOI *Due parole tecniche sull'atto istitutivo di un trust liquidatorio e sui trust nudi*, in T&AF, 2011, 211 e ss)

nell'unica posizione prevista nel trust, si verificherebbero gli effetti automatici di un *resulting trust*³⁹ in favore del disponente con la conseguenza implicita che il fondo tornerebbe in capo al fallito e quindi al curatore.

Nella diversa ipotesi in cui il curatore opti per la cessazione anticipata, applicando la nota *rule Sanders v Vautier*⁴⁰, parimenti il fondo gli verrà assegnato dal trustee e si produrrà il medesimo effetto.

Queste considerazioni di carattere generale consentono allora di ipotizzare un diritto per il curatore di far cessare il trust, anche in assenza di clausola che ne preveda la automatica cessazione in caso di sopravvenuto fallimento, in ragione della sinergia che verrebbe a crearsi, e che pare armonica, fra il diritto dei trust e le regole dettate in caso di apertura del concorso⁴¹.

Resta da valutare la terza opzione che si offre al curatore, rappresentata dalla possibilità di mantenere in piedi la posizione beneficiaria che, stante l'intervenuta apertura del concorso, risulta riconducibile al solo ufficio della curatela fallimentare.

L'accettazione che il curatore decidesse di esprimere, volta a mantenere in piedi il trust a vantaggio del ceto, dovrà necessariamente passare attraverso le norme di cui agli artt. 35, ovvero 41, 4° co l.f., e quindi essere preceduta dal consenso del Comitato dei Creditori o del Giudice Delegato.

Più delicato è il diverso ambito nel quale si potrebbe giungere, adottando questa strada, se si pensa al caso in cui il fondo in trust risulti contenere l'intero attivo fallimentare.

³⁹ Nell'ipotesi rappresentata si tratterebbe di *automatic resulting trust* come individuato dalla dottrina, P. MANES, *Resulting trust: basta la prova della volontà di trasferire il solo legal interest*, in T&AF, 2004, 240 e ss.

⁴⁰ Ci riferiamo alla nota *rule Sanders v Vautier* risalente ad un precedente giurisprudenziale del 1841: 4 Beav 115, 49 ER 282, in T&AF, 2004, 294, che ha riconosciuto ai beneficiari, se tutti d'accordo, tutti maggiorenni, e tutti titolari di una posizione *vested*, di porre termine in qualsiasi momento anticipatamente al trust. Da questo importante precedente, codificato da molte leggi del modello internazionale che hanno legiferato in materia di trust, è derivato anche il diverso diritto dei beneficiari, se in possesso dei requisiti predetti, di poter in qualsiasi momento modificare l'atto istitutivo. E' stato infatti precisato che se costoro hanno il potere supremo di far cessare l'atto non possono anche non avere il potere minore, e meno incisivo, di modifica dello stesso. In tema si rinvia a E. BARLA, F. PIGHI, P. PANICO, *La legge di Jersey sul trust*, cit. 132 e ss.

⁴¹ La ricostruzione in questi termini non è esente da problemi. Quanto ai profili sostanziali essa si fonda sul richiamo all'art. 1411 cc che riconosce al beneficiario del contratto istituito in suo favore il diritto di accettare il negozio giuridico, ovvero di rifiutarlo, apparendo ciò in armonico collegamento con quanto lo stesso diritto dei trust riconosce al beneficiario: rinunciare o accettare la posizione beneficiaria complessiva che dal trust risulta. Orbene l'apparentamento del trust al contratto favore del terzo non è semplice posto che "...Nel trust, ancora, a differenza di quanto accade nel contratto a favore di terzo il settlor non si limita a far acquistare al trustee determinati obblighi nei confronti del beneficiary, ma trasferisce la legal estate al trustee e, soprattutto, l'equitable estate al beneficiary." Così Fimmano, cit. Quanto agli aspetti più propriamente fallimentari occorre prendere atto dei recenti approdi giurisprudenziali secondo i quali nel sistema della legge fallimentare, difatti, la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori non è universale ma piuttosto limitata alle azioni cd. di massa - finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo. In questo senso Cass. civ. Sez. Un. 28 marzo 2006, n. 7029, n. 590934 e, più recentemente, Cass. civ. Sez. I, 23 luglio 2010, n. 17284 in materia di concessione abusiva di credito

Legittimo sarebbe infatti chiedersi se in simile eventualità, di fatto, la liquidazione dei beni portati avanti dal trustee risulterebbe sostituire interamente, sino a renderla inutile, la procedura di liquidazione che la legge fallimentare rimette esclusivamente alla curatela ai sensi degli artt. 104 e s.s. l.f.

Verrebbe spontaneo infatti chiedersi se questo ragionamento, condotto agli estremi, potesse arrivare sino al punto di ritenere il trust uno strumento liquidatorio, consentito dalla legge fallimentare in forza di una interpretazione fortemente espansiva dell'art. 106 l.f.

E' indubbio come l'apertura del concorso attui una segregazione *ex lege* sui beni del fallito che consente al curatore di procedere alla liquidazione dell'attivo nei modi desiderati, con l'ampio spettro di soluzioni offerte dall'art. 106 l.f.

Il punto nodale è che, nella fattispecie ipotizzata si tratta di beni che, al momento del fallimento, erano già usciti dal patrimonio del fallito per entrare, segregati, in quello di un terzo, il trustee, il quale, dunque, agirebbe in funzione liquidatoria del fondo senza commettere alcuna violazione della legge fallimentare.

Simile ricostruzione potrebbe non risultare in violazione dei precetti fallimentari posto che i meccanismi di individuazione del ceto creditorio, rimessi dalla legge alla procedura di formazione dello stato passivo, e la ripartizione dell'attivo, in base al principio della *par condicio*, rimarrebbero di esclusiva competenza della curatela.

Nella pratica, il trustee, liquidati i beni ed incassato il corrispettivo, si limiterebbe a far confluire il *tantundem* nelle casse del fallimento, lasciando al curatore ogni altra incombenza. Sarebbe quindi solo il curatore a formare lo stato passivo, e quindi il piano di riparto conseguente, in base alla graduazione dei creditori come risultante dalla natura dei crediti ammessi.

Anche tale prospettazione non è completamente appagante.

Ed infatti rimane da chiedersi se sia possibile parcellizzare le prerogative del curatore, rappresentative dei principi che reggono l'intera materia dell'esecuzione collettiva, consentendo che determinate attività vengano svolte all'esterno della procedura e senza l'applicazione delle regole per essa previste. Soprattutto rimane da chiedersi se sia possibile che il mosaico processuale del fallimento possa sopravvivere anche nella consapevole rinuncia ad alcune decisive tessere.

A mero titolo di esempio si pensi al rapporto tra acquisizione dell'attivo fallimentare, accertamento del passivo e ripartizione dell'attivo, ricordando sul punto che, soltanto al momento e per effetto della dichiarazione di fallimento, i creditori concorsuali diventano, o meglio possono diventare, creditori concorrenti, acquisendo il diritto di partecipare alla distribuzione proporzionale, nel rispetto della *par condicio*, del ricavo della liquidazione. Si pensi, in particolare, per trasferirci su un

piano pratico, al rapporto tra l'acquisizione all'attivo di determinati beni e il riconoscimento dei relativi privilegi speciali⁴² nonché a tutte le altre conseguenze derivanti da tale riconoscimento⁴³. Tornano dunque prepotentemente le considerazioni già svolte per i trust manifestamente finalizzati alla sottrazione dei beni alla garanzia dei creditori ed elusivi delle regole dettate dai principi della concorsualità sistemizzata ed in particolare quelle relative alla inderogabilità assoluta dell'impianto fallimentare.

Sul punto, con argomentazioni difficilmente contestabili, si è affermato che "...la disciplina del fallimento ... pur contenendo nome di diritto sostanziale, è una legge soprattutto processuale, che regola il procedimento di dichiarazione di fallimento, la sentenza dichiarativa di fallimento ed i suoi effetti, nonché i subprocedimenti per l'accertamento del passivo, per la liquidazione coattiva dei beni del fallito, per la ripartizione tra i creditori concorrenti del ricavato della liquidazione e per le operazioni di chiusura della procedura, non si fa certo fatica ad ascriverla alla categoria delle leggi di applicazione necessaria sia per le finalità di interesse generale che essa persegue, sia, e ancor più, per la sua tendenziale applicazione esclusiva nel territorio nazionale. Con la conseguenza che, in presenza di un'impresa insolvente è necessariamente la legge fallimentare che determina ipso iure la segregazione del patrimonio della fallita, la liquidazione coattiva concorsuale e tutte le operazioni da essa previste per la liquidazione medesima e la ripartizione del ricavato ai creditori nel rispetto della *par condicio creditorum*, impedendo addirittura l'operatività del rinvio alla legge straniera designata dalle norme di conflitto" e, quindi, la stessa riconoscibilità del trust interno in questa materia.⁴⁴

D'altro canto la inderogabilità o meno di una norma è dato oggettivo e, dunque, si pone come insuperabile ostacolo indipendentemente dalle intenzioni delle parti. In tal senso appaiono corrette

⁴² Se è vero infatti che secondo la Cass Sez. Unite 20 dicembre 2001 n. 16060; "... essendo il privilegio accordato dalla legge in considerazione della causa del credito, la quale soltanto costituisce l'elemento essenziale che lo caratterizza, l'eventuale mancanza dei beni oggetto di privilegio speciale è irrilevante nella fase ricognitiva del privilegio stesso, non incidendo né sulla causa del credito né sulla qualificazione della prelazione, ma rileva unicamente nella fase attuativa, come impedimento di fatto all'esercizio del privilegio stesso; sicché la verifica dell'esistenza del bene oggetto del privilegio non è questione da risolvere in fase di accertamento del passivo, ma, attenendo all'ambito dell'accertamento dei limiti di esercitabilità della prelazione, è demandata alla fase del riparto..." rimane ferma la riserva di denegabilità del privilegio speciale quando, già in fase di ammissione, risulti "con certezza" che il bene, non acquisito alla massa, non potrà esserlo neppure in futuro.

⁴³ Ci si riferisce ad esempio alla valutazione dell'interesse ad agire del curatore in revocatoria del pagamento del credito assistito da privilegiato speciale, che è possibile solo se sia acclarata la sussistenza del bene a cui il privilegio si riferisce nell'attivo fallimentare. Solo in questa ipotesi, infatti, si pone l'esigenza di riscontrare la prelazione del creditore assistito da privilegio speciale, atteso che se il bene non sussiste al momento della verifica dello stato passivo, il relativo credito troverà collocazione solo chirografaria in sede di riparto, e questo per effetto dell'impossibilità materiale di realizzazione del privilegio speciale.

⁴⁴ A. DIMUNDO, *Trust interno istituito da società insolvente in alternativa alla liquidazione fallimentare*, in Fall. 2010, Gli Speciali, 18

le considerazioni svolte dal Tribunale di Milano⁴⁵ secondo cui nel caso di disposizione ad opera di un imprenditore non insolvente questa sarebbe comunque incompatibile con la liquidazione concorsuale. Con la dichiarazione di fallimento, la gestione e la liquidazione dei beni del fallito non può più essere proseguita sulla base di un regolamento negoziale del disponente ma *invito domino* secondo le regole della liquidazione concorsuale (spossessamento, norme speciale di regolazione dei contratti pendenti, rispetto della *par condicio* in sede di riparto, vendita forzata con effetti purgativi, ecc.). L'effetto proprio del fallimento di spossessamento del debitore a tutela dei creditori e l'emersione del curatore, quale figura che, per conto della massa dei creditori, amministra e liquida il patrimonio del fallito, renderebbe incompatibile con l'ordinamento italiano un trust che conferisca a un trustee l'intero patrimonio del disponente fallito.

Dunque tutte le volte che il trust liquidatorio contenga nelle sue regole e nel suo programma una pretesa di sopravvivenza rispetto all'apertura della procedura concorsuale i vizi dell'atto istitutivo sarebbero originari e non sopravvenuti, con riverbero su tutti gli atti di disposizione del disponente ed anche su quelli *medio tempore* compiuti dal trustee.

Naturalmente anche tale rigorosa impostazione non esclude che il curatore agendo nell'interesse della massa ben potrebbe decidere, attraverso un percorso transattivo, di approfittare del trust, ove più conveniente dell'esperimento delle azioni giudiziarie, laddove l'opzione fosse condivisa dai creditori concorrenti⁴⁶.

Maggiori perplessità desta anche quest'ultima prospettazione se considerata dal punto di vista della regolamentazione del trust che da siffatta operazione potrebbe uscirne completamente snaturato⁴⁷.

⁴⁵ Trib Milano 16 giugno 2009 cit e vedi altresì nota di F. DI MAJO, *Il trust e la disciplina fallimentare: eccesso di consenso*, in *Dir. Fall.*, 2009, 2, 498 e ss

⁴⁶ Sul punto di notevole interesse è la "Convenzione" stipulata tra curatela fallimentare e trustee nel caso descritto a questo Congresso da P. BASSO, *Trust liquidatorio e fallimento della disponente: una possibile forma di collaborazione*. Appare evidente però come la soluzione descritta nella convenzione intercorsa fra trustee e curatela, per rendere compatibili trust e procedura fallimentare, rappresenti una sorta di ritorno al futuro posto che il curatore fallimentare, cui sarebbe spettato apprendere i beni e liquidarli secondo procedure competitive, non aggredisce il trust ma lascia i beni nel patrimonio del trustee, il quale tuttavia non procede a liquidarli, ma conferisce procura speciale irrevocabile al curatore, che li liquiderà secondo procedure competitive.

⁴⁷ Da questo punto di vista il caso descritto nella nota precedente prevedeva sin dall'istituzione del trust "in ogni caso, nell'ipotesi di ammissione della Disponente ad una procedura concorsuale, l'autorità giudiziaria competente (tribunale e/o Giudice Delegato) potrà apportare al seguente atto tutte le modifiche che ritenesse utili, opportune o necessarie alle finalità della procedura medesima, espressamente comprese, a titolo esemplificativo ed non esaustivo, la sostituzione del Trustee e/o del o dei guardiani"