

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 13 - giugno 2016

LA TUTELA DEI CREDITORI E DEI LEGITTIMARI NEL *TRUST*

Duccio Zanchi

LA TUTELA DEI CREDITORI E DEI LEGITTIMARI NEL *TRUST**

Duccio Zanchi

Professore a contratto nell'Università di Siena

Partendo dal dato, oggettivamente rilevabile, per cui si è sovente tentato di utilizzare il trust con intenti fraudolenti, l'autore indaga su quali siano gli strumenti a disposizione dei legittimari e dei creditori nei confronti del disponente, del trustee e dei beneficiari, all'interno di trust che siano formalmente e sostanzialmente legittimi e che vanno dall'azione di riduzione, all'esercizio della tutela invalidativa, al sequestro, all'azione revocatoria.

It happens often that people deals with trusts trying to steal defraud his creditors. Starting from this point of view, the Author examines the instruments provided by the system in favour of creditors and heirs of various individuals like settlor, beneficiaries, trustee and enforcer.

Sommario:

1. Premessa e ambito dell'indagine
2. I legittimari alla morte del disponente
3. Azione di riduzione e azione di nullità
4. Tutela invalidativa e nullità del *trust*
5. Lesione di legittima nei trust *inter vivos*
6. Variazione nella consistenza e nel valore dei beni in trust
7. Legittimario e beneficiario
8. Tutela dei creditori, in generale. I creditori del Disponente
9. L'azione revocatoria
10. L'atto lesivo degli interessi creditori
11. Altri rimedi di tipo invalidativo: l'azione di nullità e il sequestro
12. I creditori del trustee
13. La legge applicabile alla responsabilità del trustee
14. I creditori dei beneficiari
15. La protezione dei beneficiari

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione, debitamente aggiornata, dell'intervento tenuto nel corso del Convegno "Struttura ed evoluzione della fattispecie. Il rapporto con il mandato fiduciario e con il nuovo contratto di fiducia" tenutosi presso la Camera di Commercio di Milano, il 22 e il 23 giugno 2010.

Stante la facilità di reperire le fonti giurisprudenziali, gli estremi della citazione sono forniti solo con riferimento alla pubblicazione in una rivista.

1. Premessa e ambito dell'indagine

Al fine di definire l'ambito dell'indagine, si precisa che è adottata come ipotesi di lavoro quella di fare riferimento a trust correttamente istituiti, supportati da una causa meritevole di tutela,¹ e pertanto non attaccabili sotto il profilo della loro legittimità, né ripugnanti per l'ordinamento. Quindi il ragionamento che segue non prende in considerazione situazioni patologiche o quegli atti di trust che siano posti in essere con intento fraudolento, potenzialmente *sham* o, sotto altro titolo, comunque nulli.

Semmai non appare pleonastico fare un riferimento alla normativa di recente introduzione sulla successione e con la facoltà, riconosciuta a ciascuno di poter scegliere, a determinate condizioni, la legge che regolerà la propria successione. Questo, infatti, ricorrendo le condizioni previste, consente a ciascuno di superare legittimamente i vincoli posti dalla legislazione interna riguardo alle quote di riserva a favore dei legittimari².

È noto e pacifico che il disponente, in forza dell'art. 8 della Convenzione, ha piena libertà di scegliere la legge regolatrice del trust e che questa disciplina "la validità, l'interpretazione, gli effetti e l'amministrazione del trust". È altresì noto che il trust può, entro certi limiti, essere regolato anche

¹ Pertanto si tratta di trust pienamente regolari sotto ogni punto di vista, avendo altresì presente che, nel rispetto dei limiti posti dalla Convenzione, si può ricorrere al trust indipendentemente dalla presenza d'istituti analoghi già presenti nell'ordinamento. Inoltre, sotto altro angolo visuale tutti i trust non si sottraggono a una valutazione della causa degli stessi - per vedere se l'atto che si pone in essere realizza interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento - e il cui ricorrere deve essere valutato sulla base del principio della "causa concreta" intesa quale "scopo pratico del negozio, la sintesi cioè degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, di là dal modello astratto utilizzato".

Anche il trust allora, come atto unilaterale tipico, non può sfuggire al giudizio di liceità e di meritevolezza che, secondo l'elaborazione dottrina e giurisprudenziale, ricorre laddove non vi sia contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume.

² Dal 17 agosto 2015, è in vigore la *Regulation (Eu) N. 650/2012 Of The European Parliament And Of The Council of 4 July 2012*, in materia di successione e di creazione di un certificato europeo delle successioni.

Questo Regolamento si occupa in particolare dell'individuazione del foro competente nel caso di successione di soggetti che abbiano beni in almeno due paesi dell'Unione e mira a dare certezza ai cittadini dell'Unione sulla legge applicabile in questi casi, attraverso l'applicazione di una sola legge regolatrice della successione. Si noti che è possibile sottrarsi legittimamente alla normativa interna in tema di successioni andando a istituire un trust in paesi che pongono limiti all'applicazione di leggi straniere in tema di successioni e di tutela dei creditori: ci riferiamo in particolare ai trust del c.d. modello internazionale. Cfr. LUPOI, *Istituzione del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Milano, 2016, 25 ss.

da più leggi (art.10), sempre riconducibili a paesi che abbiano una legislazione sul trust, ma ciò non sposta i termini dell'indagine³.

D'altra parte le norme di salvaguardia (art.15, 16 e 18) affermano il principio della prevalenza della *lex fori* in determinate materie fra le quali appunto si annoverano (art.15, lett. c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima nonché la tutela dei creditori in caso di (art.15, lett. e) "insolvenza" o "insolvibilità" secondo le traduzioni italiane non ufficiali, *insolvency* o *insolvabilité* nel testo delle due versioni ufficiali, francese e inglese in cui la Convenzione è stata redatta. La traduzione italiana apprestata dall'Associazione Il Trust in Italia, opta per il termine "insolvenza". In altre traduzioni si trova invece il termine "insolvibilità", traducendo alla lettera il termine francese. In diritto italiano in realtà, secondo autorevole dottrina⁴ "l'insolvenza di cui alla legge fallimentare è cosa diversa da quella qualificata con lo stesso vocabolo dal codice civile e alla quale meglio si attaglierebbe la denominazione di 'insolvibilità'". E mentre "insolvenza" – sempre secondo la citata dottrina – si riferisce a un semplice comportamento omissivo, "insolvibile" è chi non può pagare anche se volesse. La questione non è di poco conto perché dalla risposta che si fornisce deriva l'individuazione della legge applicabile che potrebbe essere diversa se si arrivasse alla conclusione che nei rispettivi ordinamenti i termini usati hanno una valenza tecnica riferibile solo all'ipotesi del fallimento. Ora il termine *insolvency* si usa nell'ambito delle procedure concorsuali nei confronti di società (per le persone fisiche si usa *bankruptcy*), ma il termine è usato anche per descrivere la situazione patrimoniale di chi non è comunque in grado di pagare i propri debiti, indipendentemente dal fatto di essere o meno soggetto a fallimento. Quanto a *insolvabilité*, è termine con una valenza generale che si usa per qualunque situazione d'incapacità di eseguire pagamenti, anche se il termine, per le persone fisiche che non esercitino attività d'impresa, è, più propriamente, quello di *surendettement*.

Ciò premesso esamineremo, partitamente, la posizione dei legittimari e dei creditori, di tutti coloro cioè che vantano, a qualsiasi titolo, una posizione creditoria nei confronti dei soggetti del trust.

³ Si ricorda che, in ogni caso, leggi diverse possono disciplinare parti organiche di un atto e non singoli punti.

⁴ PROVINCIALI, Voce "Insolvenza (*dir.priv.*)" in *Enciclopedia del Diritto*, XXI, 780 ss., Milano, 1971.

I legittimari sono indicati nell'art.536 c.c., e comprendono il coniuge, i figli legittimi, i figli naturali, gli ascendenti legittimi⁵. Ai figli legittimi sono equiparati i legittimati e gli adottivi. Legittimari sono, secondo la legge, coloro che hanno diritto a una quota, che varia in ragione del loro numero, e del grado di ciascuno di essi, nella successione di un determinato soggetto.

All'interno del trust, i destinatari delle pretese dei legittimari pretermessi, o dei creditori, sono riconducibili a tre categorie: disponente, trustee, beneficiari. La posizione del guardiano risulta, sotto questo profilo, più sfumata atteso che lo stesso non è titolare di poteri di gestione per quanto riguarda il fondo⁶, ma solo di poteri, che possono risultare più o meno incisivi, di controllo che si sostanziano nel prestare o meno il consenso rispetto a certe, rilevanti, decisioni del trustee, ovvero nell'impartire direttive al trustee con riferimento a determinati atti. Inoltre se il guardiano è titolare di poteri personali, che quindi può esercitare nel suo interesse, diventa concettualmente arduo poter valutare la sua responsabilità in ordine all'esercizio degli stessi. Se invece è titolare di poteri fiduciari, come di norma accade, che debbano essere esercitati nell'interesse dei beneficiari, trattandosi pur sempre di una funzione di controllo, bisogna vedere com'è strutturato, in concreto, questo potere. Esso, infatti, di norma è subordinato alla richiesta che il trustee gli faccia in ordine a certe scelte (di acquisto, d'investimento, per esempio) da compiere, e allora risulterà, anche in questo caso, più problematico individuare, nell'espletamento di quest'ufficio, profili di responsabilità, fatto salvo il caso di un comportamento deliberatamente doloso. Quelli del guardiano si pongono invece come autonomi poteri, che lo stesso deve decidere in ogni momento se e come esercitare, quando questi abbia il compito di controllare in generale l'operato del trustee, oppure i bilanci del trust. Questo in via generale, dovendosi comunque far sempre riferimento al singolo trust e a ciò che le clausole dell'atto prevedono. In ogni caso, laddove l'attività del guardiano risulti fonte di responsabilità, per avere egli esercitato dolosamente i suoi poteri, sarà tenuto a rispondere secondo le leggi ordinarie degli eventuali danni arrecati. A questo proposito, dal momento che questa indagine si riferisce ai trust interni, la responsabilità del guardiano verso i beneficiari sarà valutata secondo quanto prevede l'atto.

⁵ La legge 10 dicembre 2012, n. 219 ha voluto eliminare qualsiasi forma di discriminazione tra figli legittimi e figli naturali. Il nuovo testo dell'art. 315 (*Stato giuridico della filiazione*), recita, infatti: "Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico".

⁶ Riconosce la titolarità di poteri di gestione in capo al guardiano LUPOI, *Istituzione del diritto dei trust*, cit.,153, ma limitatamente ai poteri di revoca e di nomina del trustee.

Riteniamo peraltro che il guardiano possa essere chiamato a rispondere per il comportamento tenuto anche nei confronti del disponente. Infatti, il rapporto fra questi due soggetti ha la natura di un mandato con conseguente applicazione delle relative norme di diritto interno. Del resto, la Convenzione, laddove stabilisce che cosa sarà disciplinato dalla legge straniera si riferisce unicamente alla figura del trustee e all'amministrazione del trust laddove, come abbiamo notato, il guardiano svolge una funzione che esula dall'amministrazione in senso proprio, oltre ad essere una figura solo eventuale all'interno del trust.

2. I legittimari alla morte del disponente

Iniziamo dunque dal disponente e dai suoi legittimari, ipotesi che rappresenta il caso più classico e ricco di spunti critici.

A) Inquadrata così la materia, si assume che le pretese dei legittimari vengano in rilievo al momento della morte del disponente⁷. Com'è noto, infatti, il trust può essere istituito *inter vivos* o *mortis causa*. Si parla, in quest'ultima ipotesi, di trust testamentario⁸. Con questa locuzione ci si riferisce in senso stretto a quel trust direttamente istituito da un soggetto attraverso il proprio testamento, assumendo egli stesso il ruolo di disponente, e che si realizza con il conferimento di determinati beni in trust per il vantaggio di taluni (beneficiari) o per il conseguimento di un determinato scopo, e con la nomina a tal fine di un trustee che dia attuazione alla volontà del disponente – testatore. Tale trasferimento di beni si configura come istituzione di erede e, infatti, il trustee diventa un vero e proprio erede testamentario. Tale tesi non è pacifica in dottrina ritenendosi per esempio che mai il trustee, che non si arricchisce a seguito della disposizione testamentaria, possa assumere la qualifica di erede che dovrebbe competere unicamente ai beneficiari⁹. Al di là della correttezza di questo inquadramento

⁷ A parte, infatti, ipotesi residuali di cui diamo conto in prosieguo, il diritto del legittimario sorge al momento dell'apertura della successione ed è in quella sede che può evidenziarsi l'eventuale violazione dei suoi diritti.

⁸ Sul tema si rinvia, anche per la bibliografia, a MONTINARO - ZANCHI, *Successioni mortis causa, trust e vincolo testamentario di destinazione*, e ZANCHI, *Trust testamentario*, in PETRELLI (cur.), *Formulario notarile commentato*, diretto da G. BONILINI, VII, I, 56 ss. Milano, 2011.

⁹ Di seguito la formula elaborata da LUPOI, *L'atto istitutivo di trust*, Milano, 2005: "Art. 1. Istituzione di erede fiduciario

teorico, anche i fautori di questa tesi finiscono poi per convergere sulle conclusioni qui rassegnate.

Ma con trust testamentario si indica anche l'ipotesi che si realizza nominando, nell'atto di ultima volontà, un erede che attui le volontà del *de cuius*. In questo caso, l'erede assumerà il ruolo di disponente che vincolerà in trust i beni ricevuti assumendo il ruolo di trustee¹⁰.

3. Azione di riduzione e azione di nullità

Senza addentrarsi nell'indagine su altre tipologie di testamento (segreto/semisegreto), in questi casi i legittimari pretermessi potranno esperire azione di riduzione nei confronti dell'erede- beneficiario ovvero nei confronti del trustee¹¹.

Infatti, si afferma, la tutela dei legittimari non è principio generale dell'ordinamento italiano. Gli atti di liberalità, contenuti nelle disposizioni testamentarie soggette a riduzione, non sono pertanto nulli o annullabili, ma sono invece validi anche se suscettibili di essere resi inoperanti, in tutto o in parte, nei limiti di ciò che sia necessario per l'integrazione della quota di riserva attraverso l'esercizio del diritto potestativo dell'erede legittimario di chiederne la riduzione. E questa non è un'azione di nullità perché se i

A. Istituisco <nome> mio erede fiduciario con il vincolo di impiegare quanto gli perverrà secondo le disposizioni che seguono, istitutive di trust del quale egli sarà trustee”.

Dello stesso autore vedi anche *Riflessioni sulla “fiducia dopo la morte”*, in *Trusts*, 2007, 333.

¹⁰ A questo proposito si tratta di stabilire se l'erede è un mero fiduciario o un erede gravato e in questo senso occorre risalire alle intenzioni del testatore che possono risultare dal testamento o *aliunde*. In sostanza la domanda cui rispondere è: a beneficio di chi il testatore ha stabilito il *commodum*? Infatti, se il testatore ha voluto beneficiare il fedecommissario (uso questo termine attesa la struttura della fattispecie), in questo caso colui che è designato come erede è un semplice soggetto interposto che non beneficia della disposizione testamentaria. Proseguendo nell'analisi, ove sia rispettata la legittima, anche se l'erede è un mero gravato, il testamento è salvo perché l'erede è libero di onorare la fiducia. Interessanti spunti anche in CARNEVALI, *Alienazione abusiva del fiduciario e revoca di essa ex art. 2901 c.c.*, in *Trusts*, 2007, 556, nota a T. Genova, 23 maggio 2005.

¹¹ T. Lucca, 23 settembre 1997 e T. Venezia, 4 gennaio 2005, secondo cui: «*la lesione delle aspettative del legittimario non determina la nullità del trust, ma la possibilità di applicare le disposizioni del diritto interno strumentali alla reintegrazione della quota riservata ai legittimari*». E inoltre: «*Trattandosi di trust interno, esso è del tutto legittimo anche qualora il suo effetto sia quello di privare un erede del disponente della sua quota di legittima: il legittimario deve agire in riduzione e non per la nullità del trust, qualificando i trasferimenti dal disponente al trustee quali liberalità indirette*».

legittimari non propongono l'azione, o vi rinunciano, le disposizioni restano ferme con tutti i crismi della legalità¹².

Vale la pena di ricordare, per inciso, che i diritti di un legittimario non si ritengono violati laddove il disponente non li abbia rispettati a favore di soggetto nei cui confronti il legittimario stesso sia tenuto a obblighi di mantenimento ex art.433 c.c.¹³. Con riferimento alla risalente sentenza del Tribunale toscano testé citata, ma il discorso vale anche per la più recente sentenza della Corte veneziana, si è sostenuta, in dottrina la tesi della nullità del trust, in base all'art.13 della convenzione dell'Aja¹⁴. Tesi peraltro non è del tutto condivisa da chi, partendo dalla difficoltà di individuare il legittimato passivo dell'azione di riduzione - atteso che il trustee non ha ricevuto nulla a titolo di liberalità, che i beneficiari nulla riceveranno dal *de cuius*, e che probabilmente non avranno ancora ricevuto nulla al momento in cui saranno convenuti in giudizio - ipotizza che sarebbe stato preferibile, accertata la lesione di legittima, impugnare l'atto istitutivo del trust e il relativo programma in quanto lesivo della legittima, riconoscendo allora coerentemente la legittimazione passiva del trustee, e successivamente dar vita a un'azione volta a far valere un credito nei confronti del beneficiario nella misura dell'eccedenza rispetto alla disponibile.

Questo starebbe a dimostrare che l'azione di riduzione non è l'unica alternativa possibile in caso di violazione di legittima anche se, a parte il

¹² A questo proposito, FANTICINI, in *La giurisprudenza recente sui trust interni*, in *Trusts*, 2005, 5, afferma che: «col trust, difatti, non si ha una sostituzione de residuo (ovvero una doppia istituzione di erede con indicazione dell'ordo successiois), bensì una vera e propria acquisizione del patrimonio del *de cuius* da parte del trustee (seppure col vincolo di destinazione caratteristico dell'istituto e col vincolo segregativo che gli è proprio)».

¹³ SESTA, *Codice delle successioni e donazioni*, Milano, 2011, 948.

¹⁴ Cfr. LUPOI, *Foro It.* 2007, I, 3391. Sull'art.13 della Convenzione, cfr., da ultimo, Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, intervenendo su un tema che appariva sostanzialmente assestato in dottrina, afferma invece, senza tentennamenti, che la previsione dell'art. 13 della Convenzione si rivolge «agli Stati e costituisce una norma di preventiva chiusura». Sul punto cfr., da ultimo TONELLI, *Certezze ed incertezze del diritto: Nota a Cass. n. 10105 del 9 maggio 2014 e T.Belluno 16 gennaio 2014*, in *www.ilcaso.it* del 5 novembre 2014, che non condivide del tutto l'arresto della Corte: «Dall'art. 13 derivano allora due possibilità: o lo Stato – legislatore disciplina il trust con norma interna, non potendo certo lo Stato, in quanto tale, altro fare, oppure rimane il potere residuale del giudice che, in assenza di norma interna che regolamenti l'istituto, potrà non riconoscere il trust che produca effetti aberranti». Ancora una posizione diversa rispetto a quella fatta propria dalla Corte, T. Bologna 9 gennaio 2014 cit. ha decretato la non riconoscibilità di un trust interno, per mancanza dei requisiti minimi di cui all'art. 2 della Convenzione, ex art. 13. Sulla stessa linea, in precedenza, anche T. Bologna, 1 ottobre 2003, nonché LUPOI, *Introduzione ai trusts*, Milano, 1994, 148 ss.

precedente, potrebbe essere interesse del legittimario che il trust dal quale non è escluso possano derivargli altri benefici, continui a rimanere in vigore.

In ogni caso il tema dell'azione di riduzione può assumere connotati assai articolati in relazione alla qualificazione che vogliamo dare all'apporto in trust di determinati beni e alle previsioni dell'atto istitutivo dello stesso. Quanto al tema dell'individuazione del legittimato passivo all'azione di riduzione, si è detto che potrebbero essere sollevate, in teoria, sia da parte del trustee che dei beneficiari, eccezioni non peregrine, soprattutto nel caso del trust. Infatti, mentre l'erede fiduciario è un erede a tutti gli effetti – che darà seguito alle disposizioni testamentarie fiduciariamente impartitegli – e pertanto non sussistono incertezze in ordine alla sua legittimazione passiva, in caso di esercizio dell'azione di riduzione, il trustee si pone come un soggetto interposto in quanto diviene titolare dei beni ereditari per attuare il programma del trust a vantaggio di altri soggetti che sono gli effettivi titolari dei *commoda* (i beneficiari). Ciò potrebbe legittimare una condotta ostruzionistica da parte del trustee convenuto in giudizio che potrebbe eccepire il difetto di legittimazione passiva anche se il dato formale (l'istituzione di erede) sembrerebbe non consentire una tale scelta¹⁵. Del resto, nel caso in cui ci si trovi di fronte a un trust in cui l'individuazione dei beneficiari sia rimessa alla discrezionalità del trustee, con designazione da effettuarsi anche in un tempo tale da superare presumibilmente l'aspettativa di vita del legittimario pretermesso, viene naturale chiedersi se questa situazione non porti sostegno alla tesi della legittimazione del trustee, perché altrimenti, laddove prevalessimo la tesi opposta si potrebbe configurare la mancanza di una condizione per l'esercizio dell'azione, ovvero, più fondatamente, la violazione di un principio di ordine pubblico tale da legittimare pertanto un'azione di nullità per violazione dell'art. 13 della Convenzione, nei confronti di quel trust¹⁶. Soluzione che sembrerebbe difficilmente eludibile anche se, com'è noto la tesi della nullità potrebbe non apparire troppo coerente con la previsione del secondo comma dell'art.15 della Convenzione secondo cui “quando le disposizioni del precedente

¹⁵ Al riguardo LUPOI osserva che l'art. 13 della Convenzione può essere applicato dal giudice quando, ad esempio, la particolare configurazione di uno specifico trust renda non esperibile l'azione revocatoria per la difficoltà di individuare il giusto convenuto: LUPOI, *Lettera ad un notaio curioso di trust*, Riv. Notariato, 1998,3,343; e, *La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi*, Trusts, 2005, 333.

¹⁶ Si pensi per esempio a un trust destinato a durare ancora molti anni dopo la morte del disponente – *de cuius* e in cui al trustee sia demandato il compito di scegliere i beneficiari del capitale all'interno di una cerchia prestabilita di soggetti, ma lasciando alla sua discrezionalità la determinazione delle quote di ciascuno.

paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di attuare gli scopi del trust in altro modo”.¹⁷ Vale la pena di ricordare che tale norma aveva appunto lo scopo di “mitigare le disastrose conseguenze che potrebbero derivare dall’applicazione del considerevole numero di norme imperative che potrebbero assumere rilevanza negli ordinamenti di diritto privato degli Stati contraenti, particolarmente nei sistemi di *civil law*”.¹⁸ Ma non è agevole vedere come gli scopi del trust potrebbero essere attuati in altro modo se non appunto individuando nell’erede trustee il soggetto contro cui far valere le pretese dei legittimari lesi nei loro diritti.

4. Tutela invalidativa e nullità del *trust*

Naturalmente questo non esclude che, ricorrendone i presupposti, il legittimario non possa avvalersi della tutela invalidativa della disposizione lesiva, e agire, quindi, anche per far dichiarare la nullità dell’atto di trust laddove questo presenti altri vizi – diversi da quelli testé cennati - che siano comunque suscettibili di produrre questo esito. In questo senso, mentre rispetto a un trust testamentario non sembra concretamente configurabile, per intuibili motivi, il ricorso a una forma di tutela inibitoria, due sentenze del Tribunale di Firenze del 19 settembre 2008 e del 2 luglio 2005 hanno dichiarato la nullità di un trust per incertezza sull’oggetto dei beni conferiti l’una e per l’inidoneità di certi beni (facenti parte di una comunione *pro indiviso*) a essere conferiti in trust¹⁹. A proposito della nullità del trust, categoria che sovente viene invocata, talora a sproposito anche quando ne difettano i presupposti, il trust è regolato da una legge straniera, e quindi la nullità va stabilita sulla base di ciò che essa prescrive. Se pensiamo alle leggi del modello inglese, in primo luogo un trust sarà *void*, o *unlawful*, cioè nullo,

¹⁷ DELI, *Commento all’art. 15 della Convenzione dell’Aja*, in GAMBARO – GIARDINA - PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, in *Le nuove leggi Civili Commentate*, 1286 ss.

¹⁸ Sono le parole di VON OVERBECK, *Explanatory Report in Hague Conference in Private International Law, Acts and Documents*, 1985, 403.

¹⁹ Il ricorrere dell’incertezza circa i beni conferiti in trust (*certainty of intention*), o sulla volontà del disponente di dar vita a un trust (piuttosto che a un altro negozio) (*certainty of subject matter*) o, infine, sui beneficiari (*certainty of objects*) fa sì che il trust non venga ad esistenza. (*Knight v Knight* [1840] *Beav* 148, 49 ER 58. Sul tema cfr, da ultimo Cass. n. 15 marzo 2016, n.5068, in tema di donazione di quote ereditarie ancora in comunione, secondo cui: “La donazione di cosa, in tutto od in parte, altrui è nulla per mancanza di causa donandi, salvo che l’altruità del bene sia nota alle parti e risulti dal titolo, traducendosi in una donazione obbligatoria di dare” .

qualora sia “*against the policy of the law to enforce*”.²⁰ oppure quando difetti anche una sola delle tre certezze (dell’intenzione, dei beni e dei beneficiari) ovvero quando il trust è *sham* cioè simulato, quando cioè si realizza una intesa fra disponente e trustee per cui quest’ultimo si pone come l’esecutore della volontà del primo così che in concreto non si è verificato nessuno spossessamento dei beni conferiti e il trust è solo un paravento per continuare a gestire le cose come prima²¹. D’altro canto il trust soggiace

²⁰ J.LAW e E.A.MARTIN, *Oxford dictionary of law*, Oxford, 2009, precisa: «*Such trusts include those that offend the ‘rule against perpetuities’ or the rule against the inalienability or that are contrary to public policy. If a trust is void the property in the trust will normally be held on resulting trust for the settlor or his estate*». Quanto alla giurisprudenza italiana, T. Bergamo 4 novembre 2015, n. 2444: «*È nullo l’atto istitutivo di un trust autodichiarato, poiché difetta del trasferimento dal disponente al trustee*»; T. Piacenza, 6 luglio 2015, n. 539, in *Trusts*, 2016, 62: «*La duplice circostanza che il disponente conservi l’effettivo controllo e la gestione dei beni in trust e che il trustee sia una società costituita ad hoc e senza dipendenti, sebbene deponga per la non effettività del trust, non vale a provare che il trust abbia l’esclusivo scopo di frodare i creditori e dunque sia nullo*»; T. Monza 13 maggio 2015, n. 1425, in *Trusts*, 2016, 58: «*Deve ritenersi nullo il trust autodichiarato il cui scopo proclamato è vincolare la quota di ½ della proprietà di un immobile al soddisfacimento dei bisogni e delle esigenze della famiglia del disponente e il cui effettivo piano causale viene di fatto a coincidere con la mera segregazione dei beni in danno dei creditori, in quanto l’interesse in concreto perseguito attraverso la sua istituzione non è meritevole di tutela da parte dell’ordinamento interno*». E ancora: «*L’inesistenza, l’inefficacia o la nullità dell’atto istitutivo del trust è rilevabile d’ufficio*»; T. Milano 6 maggio 2015 n. 5690: «*È nullo, per mancata coincidenza tra il soggetto intimante il precetto e il soggetto titolare della pretesa munita di titolo esecutivo e per mancata indicazione del rapporto successorio che legittimerebbe il precettante a far valere il diritto, il precetto che il trustee di un trust liquidatorio, in cui è conferito il patrimonio della s.r.l. in liquidazione creditrice, notifica al debitore senza nulla precisare in ordine al rapporto successorio dal lato creditorio e limitandosi a dichiarare di voler agire per il recupero del credito in favore non proprio, bensì della medesima s.r.l. in liquidazione*»; T. Forlì 20 febbraio 2015, n. 249 in tema di trust liquidatorio; T. Roma, 7 gennaio 2015, n. 265: «*È nullo l’atto attraverso cui il disponente, comproprietario di un immobile, conferisce in trust la quota che egli afferma di avere usucapito, ma che spetta ad altro soggetto*». T. Napoli 3 marzo 2014, dichiara la nullità di un trust liquidatorio autodichiarato, istituito quando la società sia già in stato di dissesto perché viola i principi inderogabili di diritto interno inerenti la protezione dei creditori. T. Bolzano, 5 aprile 2013, in *Trusts* 2014, 49: «*Il trust liquidatorio, il cui scopo sia quello di tutelare i creditori ricorrendo alla segregazione patrimoniale di tutto il patrimonio aziendale, istituito quando l’impresa si trova già in stato di insolvenza - ed avrebbe dovuto accedere agli istituti concorsuali - è nullo perché incompatibile con gli artt. 13 e 15 lett. e) della Convenzione dell’Aja*».

²¹ Sulla base di una sentenza (1967) della *Court of Appeal* inglese (*Snook v London and West Riding Investments Ltd*, in *Trusts*, 2006, 286, che si riferisce propriamente alla materia contrattuale (*transaction sham*) si indicano quegli atti «*compiuti allo scopo di generare nei terzi il convincimento che tra i contraenti sia sorto un certo diritto o una certa obbligazione*

anche inevitabilmente alle norme di salvaguardia previste dalla Convenzione (artt.16,17 e 18, oltre che al già citato art. 13) ma le norme imperative interne non potrebbero determinare la nullità dell'atto istitutivo, ma soltanto la sua inefficacia nell'ordinamento italiano.

Infatti, l'art. 15 del testo convenzionale - nell'interpretazione datane dalla sentenza n. 10105 del 2014 della Corte di Cassazione - non sancisce un'invalidità del trust, bensì una sua irricognoscibilità (e conseguentemente l'improduttività degli effetti in contrasto) nel nostro Paese²². Non si deve comunque dimenticare che, con riferimento all'art. 15 della Convenzione, il giudice può cercar di attuare gli scopi del trust in altro modo laddove le disposizioni del primo comma della norma citata siano di ostacolo al riconoscimento del trust²³.

5. Lesione di legittima nei trust *inter vivos*

Di là dall'ipotesi del trust testamentario, occorre poi chiedersi se una virtuale lesione della legittima possa verificarsi laddove il disponente, nel corso della sua esistenza, abbia istituito un trust che non rispetti le previsioni di legge riguardo ai soggetti cui la stessa riserva una quota di eredità²⁴.

Poiché la sussistenza della lesione può essere valutata solo all'apertura della successione, l'aver definito un determinato assetto dei propri beni da parte del *de cuius* potenzialmente lesivo dei diritti dei legittimari, non facoltizza questi ultimi a impugnarne le risultanze, vivo il disponente²⁵.

quando invece il diritto e l'obbligazione voluta sono differenti». In materia vedi anche *High Court of Justice, Minwalla v Minwalla*, 3 dicembre 2004; *High Court of Justice, Shalson v Russo-Mimram*, 11 luglio 2003; *Court of Appeal – Lord Denning, Diplock v Russell*, 16 gennaio 1967.

²² Dall'intervento di G. FANTICINI al Convegno annuale di aggiornamento dell'Associazione "Il Trust in Italia", Desenzano del Garda, 29-30 Giugno 2016.

²³ Ma vedi T. Mantova 18 aprile 2011, in *Trusts*, 2011, 529, per cui: «*Il trust liquidatorio carente della clausola che in caso di insolvenza conclamata preveda la consegna dei beni al curatore è nullo ai sensi dell'art. 15 della Convenzione dell'Aja in quanto diretto ad eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale. Tale nullità essendo ab origine rende inammissibile qualsiasi richiesta di 'armonizzazione'*».

²⁴ Nel caso di trust *inter vivos* si parla di lesione virtuale atteso che il diritto del legittimario (e quindi la sua lesione) vengono in rilievo alla morte del disponente atteso che è a quel momento che si dovrà procedere (tenuto conto delle donazioni effettuate in vita) alla valutazione dell'eventuale lesione.

²⁵ T. Udine 17 agosto 2015, n. 1148: «*Il trust discrezionale non garantisce all'erede legittimario quella quota certa e determinata del patrimonio del de cuius che gli attribuisce inderogabilmente il diritto italiano, per cui egli ha interesse a chiedere il ripristino della*

Ciò premesso, si presenta un quadro di una certa complessità. Secondo una teoria, l'azione potrebbe essere esperita dai legittimari, loro eredi o aventi causa, sempre dopo la morte del *de cuius*, laddove si ritenesse di ricondurre l'istituzione di questo tipo di trust fra le c.d. liberalità atipiche (art.809 c.c.) applicando all'azione l'art. 555 c.c. previsto per le donazioni (tipiche) eccedenti la quota di legittima, secondo la tesi del Tribunale di Venezia sopra citato.²⁶

La soluzione prospettata, la qualificazione cioè come liberalità atipica del conferimento in trust, non appare condivisa da chi afferma che questa contrasterebbe col *favor* riconosciuto al trust dalla Convenzione e anche col manifestato intento degli Stati contraenti di non ricondurre il trust nell'ambito delle categorie civilistiche dei sistemi di *civil law*. Peraltro non si può che prendere atto che la donazione è un contratto e che le altre liberalità che esulano da questo schema sono genericamente condotte alla categoria delle liberalità indirette. Non sembra quindi che si possano individuare situazioni intermedie.

Quanto all'individuazione del legittimato passivo dell'azione di reintegro esperita dal legittimario pretermesso, se il trust è stato istituito *inter vivos*, i casi sono due: o, all'apertura della successione, il trust è tuttora esistente, oppure è già cessato. In entrambi i casi, i problemi saranno risolti alla stregua dell'art. 563 c.c. (*Azione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*) e con l'avvertenza che, in materia, non può trovare ingresso il principio della dispensa dalla collazione atteso che, secondo il costante insegnamento della Cassazione, la rinuncia si pone come una clausola del contratto (di donazione) e non può quindi essere validamente apposta in un separato documento²⁷.

In ogni caso occorrerà sempre far riferimento alle previsioni del singolo trust, perché questo potrebbe aver previsto soltanto la presenza di beneficiari

condizione di certezza riconosciuta dalla legge (diritto ad una quota determinata del patrimonio del de cuius) e ritenuta dalla parte stessa preferibile rispetto ad una situazione di incertezza che pure comporti la mera possibilità di un trattamento più vantaggioso»; T. Oristano 27 luglio 2015, n. 567, in Trusts, 2015, 578: «Non sussiste in capo ai figli del disponente l'interesse ad agire per sentire dichiarare la nullità del trust, dalla quale deriverebbe l'inefficacia del trasferimento dei beni al trustee e la conseguente inclusione degli stessi nel patrimonio del disponente, in quanto, in primo luogo, al momento della proposizione della domanda gli attori non vantavano alcun diritto su tali beni».

²⁶ A margine di questa ipotesi si osserva come non appaia applicabile alla fattispecie la previsione del 4° comma dell'art. 563 c.c. (opposizione alla donazione da parte del coniuge e dei parenti in linea retta del donante) in contrasto con la previsione dell'art. 809 c.c..

²⁷ A questo proposito, per tutti cfr. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 1982, 742.

del reddito e una durata collegata all'esaurimento del fondo in trust. Ma si può anche pensare al caso in cui, con il trust, il disponente abbia voluto individuare un mezzo per soddisfare le pretese dei propri creditori e in questo caso le pretese dei legittimari andrebbero insoddisfatte. Sono tutte ipotesi in cui possono variare le modalità da individuare per realizzare la tutela dei beneficiari.

6. Variazione nella consistenza e nel valore dei beni in trust

Sempre dal punto di vista della tutela dei legittimari, ci si chiede se debbano essere valutate le variazioni nella consistenza e nel valore dei beni conferiti in un trust nell'intervallo, potenzialmente anche lungo, che intercorre fra la data d'istituzione del trust e la cessazione dello stesso laddove questa coincida con la morte del disponente. Durante tale intervallo, infatti, è ragionevole pensare che i beni conferiti in trust possano subire variazioni nella loro natura a seguito di vendite, di nuovi acquisti di permutazioni che intervengano, o delle oscillazioni derivanti dagli investimenti di liquidità effettuati. Orbene, tale circostanza non produce conseguenze ove si consideri che, ai fini dell'azione di riduzione, il valore da prendere in considerazione è quello che risulta all'apertura della successione²⁸.

Ora i beni conferiti in trust rappresentano l'oggetto, come abbiamo visto, di donazione indiretta e pertanto chi agisca in riduzione non dovrebbe risentire delle negative conseguenze derivanti da un deprezzamento del valore dei beni donati. In questo caso il legittimario, i cui diritti siano stati violati, potrebbe agire in riduzione contro il trustee in forza del richiamo dell'art.809 c.c. Per quanto riguarda l'oggetto della domanda occorre aver presente che l'azione di reintegro ha natura restitutoria nel senso che, ove positivamente esercitata, consente, a colui che agisce, di acquisire una quota del bene in danno di coloro ai quali era stato attribuito. Orientamento affermato, anche con riferimento alle c.d. donazioni indirette, in una

²⁸ Cass. 17 marzo 2016, n. 5320: «*Nel procedimento per la reintegrazione della quota di eredità riservata al legittimario, si deve aver riguardo al momento dell'apertura della successione per calcolare il valore dell'asse ereditario – mediante la cosiddetta riunione fittizia – stabilire l'esistenza e l'entità della lesione di legittima nonché determinare il valore dell'integrazione spettante al legittimario leso. Peraltro, qualora tale reintegrazione venga effettuata mediante compenso in danaro nonostante l'esistenza, nell'asse, di beni in natura, essa deve essere adeguata al mutato valore – al momento della decisione giudiziale – del bene a cui il legittimario avrebbe diritto, affinché ne costituisca l'esatto equivalente*».

risalente sentenza del Supremo Collegio secondo cui «*nell'ipotesi di acquisto di un immobile con denaro proprio del disponente e intestazione ad altro soggetto, che il disponente medesimo intenda in tal modo beneficiare, con la sua adesione, la compravendita costituisce strumento formale per il trasferimento del bene e il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario e, quindi, integra donazione indiretta del bene stesso, non del denaro. Pertanto, in caso di collazione, secondo le previsioni dell'art. 737 c.c. il conferimento deve avere a oggetto l'immobile, non il denaro impiegato per il suo acquisto.*²⁹».

Con successiva pronuncia, ma con riferimento però alla circolazione di beni di provenienza donativa, la Corte ha affermato che «*alla riduzione di siffatta liberalità indiretta non si applica il principio della quota legittima in natura (connaturata all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile ex art.560 c.c.), poiché l'azione non mette in discussione la titolarità dei beni donati e l'acquisizione riguarda il loro controvalore, mediante il metodo dell'imputazione*» così che la pretesa attrice potrebbe essere soddisfatta con una somma di denaro³⁰.

In concreto dunque può accadere:

che il disponente conferisca in trust una somma di denaro che rimane tale. Il legittimario si rivarrà su questa;

il disponente ha conferito una somma di denaro che il trustee ha impiegato per acquistare un immobile. Il legittimario non può pretendere di vedersi riconosciuta una porzione d'immobile, ma avrà diritto a essere liquidato con una somma di denaro;

il disponente ha conferito un immobile, e allora sarà l'immobile a rientrare nella collazione;

il disponente ha conferito un immobile che è stato venduto dal trustee. È sulla somma ricavata dalla vendita che può rivalersi il legittimario pretermesso;

nell'ipotesi infine di trasformazione o permutazione dei beni in trust l'azione dovrà rivolgersi alla consistenza attuale del fondo.

²⁹ Cass. 5 agosto 1992, n. 9282.

³⁰ Cass. 12 maggio 2010, n. 11496.

7. Legittimario e beneficiario

Una situazione certamente tipica all'interno di un trust è quella in cui il legittimario risulti al tempo stesso titolare di posizioni beneficiarie derivanti dal trust che il *de cuius* abbia istituito. Naturalmente il solo fatto che il godimento di queste sia differito nel tempo rispetto al diritto di entrare subito in possesso della quota a esso spettante, non rappresenta un ostacolo all'esercizio della tutela invalidativa atteso che sembrerebbe, in questa ipotesi, difettare il presupposto per l'esercizio dell'azione di riduzione. Tuttavia non è raro trovarsi di fronte a situazioni in cui, essendo il soggetto che si ritiene in qualche misura leso, anche beneficiario del trust, questo contenga una clausola che comporta la perdita della posizione beneficiaria per il caso in cui il soggetto agisca in riduzione³¹. Di talché il legittimario potrebbe essere distolto dall'intraprendere una tale iniziativa per la perdita che gliene deriverebbe di situazioni potenzialmente più vantaggiose.

Questa cui abbiamo fatto ora cenno, che s'inquadra come clausola di decadenza parziale, configura in sostanza una condizione risolutiva. La stessa è stata ritenuta illecita o lecita a seconda che sia volta a impedire azioni giudiziarie di tipo pubblicistico o privatistico e quindi lecita in questo caso trattandosi pur sempre di rinuncia alla tutela giudiziaria prevista per la tutela di diritti disponibili. La giurisprudenza comunque ha ritenuto illecite le clausole miranti a impedire impugnazioni per vizi della volontà del testatore ovvero l'esperimento dell'azione di riduzione da parte del legittimario, ma, più recentemente il Supremo Collegio, ha ritenuto lecita la condizione risolutiva che vieti al legittimario l'impugnazione del testamento o di una parte di esso a pena della perdita della sola porzione disponibile del lascito³². Conclusivamente, sulla validità di una clausola come quella ipotizzata non vi sono precedenti specifici, anche se in dottrina si sono espresse riserve circa la sua legittimità soprattutto laddove la clausola stessa anziché nell'atto di trust sia inserita in un testamento atteso che verrebbe a costituire una condizione incorrendo quindi nel divieto di cui all'art.549 c.c. (*Divieto di pesi o condizioni sulla quota dei legittimari*).

³¹ BARTOLI - MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, Torino, 2008, 151 ss.

³² Cass. 2 gennaio 1997,1, in *Notariato*, 1997,309.

8. Tutela dei creditori, in generale. I creditori del Disponente³³

L'ordinamento consente in linea generale, a chi vanti una posizione creditoria, di potersi avvalere di una serie di rimedi per far valere i propri diritti. Si parla a questo proposito di tutela inibitoria, risarcitoria, invalidativa e restitutoria.

Con riferimento al trust, fino all'entrata in vigore del DL 27 giugno 2015, n.83, convertito in L.6 agosto 2015, n.132³⁴, la tutela dei creditori di una persona fisica, era affidata essenzialmente all'azione revocatoria di cui all'art.2901 c.c. In aggiunta, laddove si fosse stati alla presenza di un soggetto fallibile, e cioè di un imprenditore che avesse fatto ricorso al trust conferendovi beni dell'impresa, sarebbe stato possibile esperire anche l'azione revocatoria fallimentare secondo la disciplina prevista dalla legge.

9. L'azione revocatoria

Ora, l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria - che si aggiunge alla fallimentare una volta venute meno le condizioni e soprattutto il tempo per l'esercizio di questa - è subordinato al ricorrere di certi presupposti: a) che il debitore (cioè il disponente) conoscesse il pregiudizio che l'atto recava alle ragioni del creditore e che, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, fosse partecipe della dolosa preordinazione; b) che nel caso di atto a titolo oneroso il terzo (cioè il trustee) fosse consapevole del pregiudizio e addirittura partecipe alla dolosa preordinazione in caso di atto anteriore al sorgere del credito. La norma prevede ancora che le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, siano considerate atti a titolo oneroso, se contestuali al credito garantito, e che infine non sia soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto.

I lavori preparatori della Convenzione ammoniscono sulla necessità che sia adottato estremo rigore per verificare il ricorrere del *consilium fraudis* e dell'*eventus damni*, muovendo dalla considerazione per cui un trust all'interno di un ordinamento di *civil law* avrebbe poche possibilità di

³³ È del tutto evidente che i rimedi offerti dall'ordinamento sono sempre gli stessi, sia che si tratti dei creditori del disponente, dei beneficiari, del trustee, o di chi altro. È quindi la diversità delle situazioni riferibili a queste categorie che spiega come debbano essere trattate separatamente.

³⁴ Si tratta del provvedimento che ha introdotto nel codice civile l'art. 2929 bis, recante: "Espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito".

sopravvivere laddove le norme di questo fossero applicate senza un minimo di elasticità. D'altra parte la Convenzione esprime un *favor* nei confronti dell'uso del trust che non può essere sottovalutato al momento in cui si deve giudicare in situazioni di contrasto fra la *lex fori* e la legge del trust. La normativa in esame che, con riferimento a trust correttamente istituiti, sembrerebbe limitare il ricorso all'azione revocatoria al ricorrere di un pregiudizio alle ragioni del creditore, ha generato invece un cospicuo numero di sentenze che, soprattutto nel corso di questi ultimi anni, hanno accolto, nella loro quasi totalità, le domande di revocatoria di atti di conferimento di beni in trust³⁵. Diciamo apparentemente perché, in effetti, le revocatorie hanno colpito situazioni che obiettivamente non apparivano degne di tutela per essere state preordinatamente istituite proprio per danneggiare i creditori del disponente.

10. L'atto lesivo degli interessi creditori

Per valutare quale sia, con riferimento al trust, l'atto lesivo degli interessi dei creditori, e quindi l'atto da revocare, si è, in un primo momento, disputato fra chi sosteneva configurare, l'atto istitutivo, un negozio unitario a struttura complessa; chi parlava di atto istitutivo e di atto dispositivo in termini di collegamento negoziale così che le vicende dell'uno si ripercuotevano necessariamente sull'altro negozio; chi propendeva invece per la teoria dei due negozi causalmente autonomi. In realtà, l'atto istitutivo di un trust è un atto neutro ai fini dell'azione revocatoria perché il negozio istitutivo del trust altro non fa che sancire la nascita di un rapporto del quale il disponente detta le regole, ed ha pertanto carattere meramente programmatico³⁶. I negozi che possono arrecare pregiudizio alle ragioni dei creditori sono unicamente quelli aventi natura dispositiva, quelli cioè attraverso i quali, si trasferiscono al trustee determinati beni. Pertanto, attesa la differenza di disciplina stabilita dal legislatore, al fine di valutare se il singolo conferimento si situi all'interno di un trust oneroso, gratuito o solutorio, si dovrà correttamente indagare la causa sottostante all'istituzione del trust. E quindi, per valutare il ricorrere degli elementi richiesti per la

³⁵ L'esame della giurisprudenza rivela infatti come la reiezione della domanda si sia verificata solo per carenza di requisiti formali: cfr. ZANCHI, *Trust under fire*, e *Trust under fire 2*, in www.filodiritto.com rispettivamente del 14 aprile e del 4 settembre 2015.

³⁶ LUPOI, *Istituzioni di diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Milano, 2016,7.

revocabilità ex art. 2901 c.c., o dei presupposti richiesti in caso di revocatoria fallimentare (art.67 l.fall.), occorrerà far riferimento a una valutazione complessiva dell'assetto delineato attraverso l'atto istitutivo del trust.

Allora il trust gratuito, intendendo per tale quello che risponde a spirito di liberalità, e che configura una donazione indiretta, sarà soggetto ad azione revocatoria da esercitare *nei confronti del debitore* entro il termine di prescrizione stabilito dalla legge (cinque anni) per far dichiarare come inefficace quell'atto o quegli atti con i quali quest'ultimo abbia recato pregiudizio alle ragioni del creditore. Il riferimento all'atto posto in essere dal debitore individua con chiarezza nell'atto di conferimento del disponente a favore del trustee, l'atto revocabile. Una volta decorso il quinquennio, senza che sia stata intrapresa l'azione verso il disponente, non saranno revocabili neppure i successivi atti di disposizione di quei beni posti in essere dal trustee³⁷. Quanto invece alle alienazioni del bene in trust, effettuate dal trustee nel quinquennio dall'originale conferimento nel fondo in trust, queste non saranno revocabili perché il trustee non è debitore nei confronti del creditore del disponente.

Laddove si tratti invece di trust solutorio, posto cioè in essere per l'adempimento di un obbligo giuridico, in quanto atto dovuto, si rientra nello schema del trust di garanzia, e la qualificazione di onerosità o gratuità spetta non all'atto istitutivo, ma all'atto che mediante la sua istituzione viene eseguito (l'art. 2901 n.3 esclude dalla revoca l'adempimento del debito scaduto); laddove il trust sia costituito per adempiere un dovere legale, l'atto di adempimento sarà irrevocabile in via ordinaria salvo che non si provi che l'adempimento eccede la misura dell'obbligo legale.

Nel caso di trust istituito in adempimento di un dovere morale o per finalità di pubblica utilità, infine, la risposta diverge a seconda che si tratti di revocatoria ordinaria o fallimentare. Infatti, mentre per la revocatoria ordinaria quest'aspetto è indifferente, in base all'ultima parte dell'art.64 l.fall. se l'attribuzione è proporzionata alla posizione economico sociale del disponente, il trust non sarà revocabile né soggetto a collazione, riduzione o revocazione.

³⁷ Questa affermazione è corretta limitatamente ai beni per i quali sia stata intrapresa, da parte di un creditore del disponente, l'azione volta a far dichiarare l'inefficacia del conferimento. Per quanto riguarda la gestione, da parte del trustee, dei beni in trust, il cui conferimento non abbia dato origine a un'azione revocatoria, e la sindacabilità delle vendite poste in essere in adempimento dei poteri del trustee, v. oltre.

Limitatamente agli atti a titolo gratuito, che abbiano a oggetto beni immobili o beni mobili registrati, posti in essere in seguito al sorgere del credito (o anche per i crediti sorti anteriormente, a condizione che il creditore intervenga entro un anno nell'esecuzione da altri promossa), l'art. 2929 *bis* c.c., recentemente introdotto, accorda un'ulteriore, e assai favorevole, tutela ai creditori (essenzialmente a quelli facenti parte del ceto bancario) consentendo che gli stessi possano procedere a esecuzione forzata, pur senza aver ottenuto sentenza dichiarativa d'inefficacia, se trascrivono il pignoramento entro un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto³⁸.

11. Altri rimedi di tipo invalidativo: l'azione di nullità e il sequestro

Se l'azione revocatoria non mira a invalidare l'atto di disposizione, ma a renderlo inefficace nei confronti del creditore procedente, ci si chiede se, in aggiunta, questi possa promuovere rimedi di ordine demolitorio, con conseguente, e radicale, eliminazione dell'atto³⁹ ovvero rimedi che lascino sopravvivere lo stesso avendo presente che secondo l'orientamento delle SSUU della Corte di Cassazione.⁴⁰ *“In relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (c.d. "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge,*

³⁸ MURITANO, *Il nuovo art. 2929 bis c.c.: quale futuro per la protezione del patrimonio familiare*, in *Rivista di diritto bancario*, 2015. In questa sede non si intende commentare la norma, compito peraltro esaustivamente svolto nell'articolo citato, ma limitarsi a osservare come un meccanismo così invasivo vada disinnescato prima che produca danni. In altre parole, laddove si tratti di trust non elusivi, siamo dell'avviso che la previsione di clausole *ad hoc* unite a una comunicazione da dare ai creditori (secondo modalità da definire caso per caso) sia idonea a limitare molto, se non addirittura a eliminare il rischio di espropriazione relativamente ai beni conferiti in trust. cfr. ZANCHI, *Cautele nella redazione di atti di trust*, in www.filodiritto.com, 8 febbraio 2016. Sulla valenza temporale della norma, vedi anche MINUSSI, *Valenza processuale del nuovo art. 2929 bis cod.civ.: ciò che conta è la data del pignoramento e non quella del precetto* (T. Ferrara, 29 settembre 2015), in *Wikijus*, 15 marzo 2016 che osserva: «La pronunzia mette a fuoco l'efficacia della norma introdotta con il d.l. 83/2015, conv. con la legge 6 agosto 2015 n. 132. La natura processuale dell'art.2929 bis cod.civ. da conto dell'efficacia temporale della norma. L'operatività di essa è tale da importarne l'applicabilità a tutti i procedimenti esecutivi intrapresi dopo la data della entrata in vigore (27 giugno 2015). Questa conclusione vale anche quando l'atto di disposizione sia stato posto in essere in un tempo antecedente».

³⁹ Appare superfluo rilevare che in casi del genere, ricorrendone i presupposti, l'azione è diretta anche contro l'atto istitutivo e mira quindi a rimuovere lo stesso.

⁴⁰ Cass.19 dicembre 2007, n.26724 e 26725.

unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità”.

Sull'eliminazione dell'atto nella sua interezza per nullità rilevata dello stesso si rinvia alle considerazioni svolte in precedenza a proposito dei legittimari⁴¹.

Oltre a quelli cennati, ci si chiede se sussista la possibilità di far ricorso anche ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, quali l'azione di surrogazione, ovvero il sequestro giudiziario. Il primo rimedio sembra scarsamente configurabile, in concreto, con riferimento al disponente, laddove si consideri che chi intenda disporre dei propri beni per mezzo di un trust, lo fa in genere con ampia cognizione di causa, e in secondo luogo perché, una volta effettuato il conferimento dei beni, il titolare – disponente ne perde, come sappiamo, la disponibilità. Il rimedio potrebbe invece essere astrattamente ipotizzato quale iniziativa che potrebbero assumere i beneficiari nei confronti del trustee inerte⁴². In merito non si rinvencono precedenti, ma l'ipotesi non appare, in teoria, del tutto peregrina⁴³. Peraltro occorre considerare che, di norma, l'atto di trust preveda di per sé la presenza di clausole che consentano di rimuovere il trustee inerte, senza considerare che è sempre possibile ricorrere al giudice per chiederne la

⁴¹ Cfr. note 21,22 e 23 e il testo di riferimento.

⁴² T. Milano, 22 ottobre 2009, che respinge il reclamo avverso la concessione di sequestro giudiziario sui beni confluiti in un trust liquidatorio quando la società disponente era già insolvente; T. Milano, 17 luglio 2009, che autorizza il sequestro giudiziario di tutti i beni di una società fallita, confluiti in un trust liquidatorio quando la società era già insolvente; e infine T. L'Aquila, 11 febbraio 2009, che conferma il rigetto del ricorso, proposto in via d'urgenza, dal disponente e dai beneficiari di un trust, tendente a inibire al trustee iniziative di vendita del patrimonio immobiliare e a ottenere il sequestro giudiziario degli immobili segregati nel trust. Sempre in materia di sequestro, si ricorda anche T. Torino, 9 febbraio 2009 che respinge la richiesta di riesame su un sequestro preventivo emesso nei riguardi di alcuni beni segregati in trust dagli indagati e T. Roma, 12 marzo 2003, che respinge per mancanza dei presupposti (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) il ricorso del trustee per sequestro liberatorio ex art. 687 c.p.c. Da ultimo Cass. Pen., 7 marzo 2016, n. 9229, «*ha affermato il principio secondo cui non è, di per sé, idoneo a sostenere la estraneità dell'indagato rispetto alla disponibilità dei beni costituiti in un trust il fatto che la loro materiale gestione venga attribuita dall'indagato ad una società fiduciaria*».

⁴³ Come si osservava più in linea teorica, perché ciascuno trust fa storia a sé e pertanto ci si può chiedere quali siano i beneficiari che potrebbero surrogarsi, senza contare che gli stessi beneficiari potrebbero essere titolari di interessi contrastanti, per esempio circa la gestione del reddito, in merito alla decisione di accumularlo o distribuirlo in mancanza di precise indicazioni dell'atto, fra beneficiari del reddito e quelli di capitale.

revoca in tempi ragionevolmente rapidi. Non è detto invece che i beneficiari possano avere sempre le necessarie competenze, per surrogare il trustee, o che si trovino nelle condizioni per poterlo fare⁴⁴. e questo spiega quindi perché sia preferibile far riferimento ai rimedi previsti nell'atto istitutivo. Molto dipende pertanto dalle previsioni ivi contenute, pur osservando che quelli che abbiamo elencato sono rimedi che non devono essere confusi con la surroga, operando su un piano diverso, però, probabilmente più efficace.

Sicuramente più ricca la casistica in tema di sequestro, conservativo o giudiziario. Il sequestro conservativo (art.2905 c.c.) può essere richiesto dal creditore prima che il bene sia uscito dal patrimonio del debitore. Una volta che questo sia confluito nel trust, il sequestro si rivelerebbe inefficace⁴⁵. Interessante anche la casistica in tema di sequestro giudiziario⁴⁶.

⁴⁴Si può pensare al caso in cui un trustee sia chiamato a gestire un'azienda, ovvero a un trust con beneficiari che siano soggetti da assistere, minori ecc.

⁴⁵ In merito, T. Cremona, 9 gennaio 2015, in *Trusts*, 2015, 297. Cass. 29 settembre 2014, n. 40286, in *Trusts*, 2015, 17, ha confermato l'ordinanza con cui il Tribunale del Riesame aveva disposto il sequestro conservativo di beni conferiti in un trust dal disponente dichiarato fallito e aveva affermato che il trust non è opponibile alla curatela. Cass. 17 gennaio 2014 n. 1820; Comm. Trib. Prov. Pesaro 25 gennaio 2012 e T. Alessandria, 24 novembre 2009 respingono, con coincidenti motivazioni, la richiesta di sequestro conservativo proposta contro il trustee di un trust destinato al superamento dello stato di crisi della società disponente attraverso la predisposizione di un piano di risanamento; T. Milano, sez. di Legnano, 8 gennaio 2009, in *Trusts*, 2009, 633, respinge il ricorso per sequestro conservativo sui beni segregati in un trust liquidatorio; T. Siena, 16 gennaio 07, ha respinto il ricorso per sequestro conservativo di beni vincolati in trust, proposto da un creditore del disponente, atteso che i creditori personali del trustee non possono aggredire i beni del trust e dunque questi beni non sono neppure sequestrabili o pignorabili alla stessa stregua dei beni costituiti in fondo patrimoniale, fino a che sia vigente ed operativo il vincolo del trust o fino a che il vincolo non venga caducato per effetto di annullamento o revocazione del negozio costitutivo; T. Velletri, 7 marzo 2005, che ha autorizzato, in sede cautelare, nell'ambito di un procedimento per accertare la responsabilità del trustee, il sequestro conservativo, anche presso terzi, sui beni dello stesso. Al contrario, soprattutto in periodo più recente, si rinviene una nutrita schiera di sentenze di accoglimento della domanda di sequestro che però appaiono del tutto condivisibili in quanto non ledono il principio della inaggregabilità dei beni conferiti in trust, ma semplicemente confermano che l'ordinamento non può fornire tutela a comportamenti fraudolenti. Così Cass. 09 ottobre 2015 n. 40534, secondo cui «*sono suscettibili di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente i beni immobili e le partecipazioni societarie che il disponente indagato abbia conferito in trust allo scopo di sottrarsi fraudolentemente al pagamento delle imposte*», T. Siena 22 maggio 2015 n. 416, in *Trusts*, 2015, 503, relativa al conferimento in trust di immobili da parte di amministratori di una società fallita in procinto di essere sottoposti ad azione di responsabilità; Cass. 10 febbraio 2015 n. 5929, in *Trusts*, 2015, 398, Cass. 14 gennaio 2015 n. 1341, in *Trusts*, 2015, 265, relative a fattispecie di trust *sham*; Cass. 22 dicembre 2014 n. 53408 per cui: «*Sono suscettibili di sequestro preventivo i beni conferiti in trust i quali siano frutto di attività*

Meno frequente, ma non assente, si è rivelato, infine, il ricorso alla tutela inibitoria come stanno a dimostrare le non scarse pronunce sul tema⁴⁷.

illecita ovvero ne costituiscono il reimpiego»; Cass. 28 giugno 2012 n. 25520, in *Trusts*, 2013, 45, «*può essere disposto il sequestro conservativo dei beni costituenti il fondo in trust disposto da persona che, secondo l'accusa, è stata oggetto di circonvenzione di incapace da parte del trustee*».

⁴⁶ In Cass. 16 aprile 2015 n. 15804, in *Trusts*, 2015, 605, trattavasi del caso di un disponente indagato per bancarotta fraudolenta, truffa e riciclaggio; secondo Cass. 08 ottobre 2013 n. 41670, in *Trusts*, 2014, 424: «*Nell'ambito di un procedimento per i reati di associazione per delinquere e bancarotta fraudolenta può essere disposto il sequestro conservativo di beni in trust rilevando, per il concetto di beni mobili ed immobili dell'imputato contenuto nell'art. 316 cod. proc. pen., non la loro formale intestazione ma che l'imputato ne abbia la disponibilità "uti dominus" indipendentemente dalla titolarità del diritto in capo a terzi*»; T. Milano, 22 ottobre 2009, in *Trusts*, 2010, 77, che respinge il reclamo avverso la concessione di sequestro giudiziario sui beni confluiti in un trust liquidatorio quando la società disponente era già insolvente; T. Milano, 17 luglio 2009, che autorizza il sequestro giudiziario di tutti i beni di una società fallita, confluiti in un trust liquidatorio quando la società era già insolvente; e infine T. L'Aquila, 11 febbraio 2009, che conferma il rigetto del ricorso, proposto in via d'urgenza, dal disponente e dai beneficiari di un trust, tendente a inibire al trustee iniziative di vendita del patrimonio immobiliare e a ottenere il sequestro giudiziario degli immobili segregati nel trust. Sempre in materia di sequestro, si ricorda anche T. Torino, 9 febbraio 2009 che respinge la richiesta di riesame su un sequestro preventivo emesso nei riguardi di alcuni beni segregati in trust dagli indagati e T. Roma, 12 marzo 2003, che respinge per mancanza dei presupposti (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) il ricorso del trustee per sequestro liberatorio ex art. 687 c.p.c.

⁴⁷ T. Milano, 15 luglio 2015 n. 8738 in *Trusts*, 2015, 580 per cui: «*Il creditore di una società a responsabilità limitata la quale ha conferito tutti i propri immobili in un trust liquidatorio è legittimato a chiedere la revoca del trustee ex art. 700 c.p.c.*», T. Milano 22 gennaio 2013, in *Trusts* 2013, 537, dichiara che «*va revocato con provvedimento di urgenza il trustee di un trust liquidatorio privo di guardiano che ha concesso finanziamenti a suo favore*», ordinanza del T. Mantova del 18 aprile 2011, resa in seguito a ricorso ai sensi dell'art. 702-bis c.p.c., che ha addirittura dichiarato la nullità, ex art. 15 della Convenzione dell'Aja, di un trust liquidatorio poiché carente della clausola che in caso d'insolvenza proclamata prevede la consegna dei beni al curatore. In precedenza, a parte il menzionato provvedimento del T. L'Aquila, si segnala T. Genova, 20 agosto 2010, in *Trusts*, 2010, 620, che ha accolto il ricorso ex art. 700 c.p.c. volto a ottenere il rilascio di un'azienda a un trust perché il contratto di affitto era stato stipulato in violazione dell'atto istitutivo. T. Genova 20 agosto 2010, in *Trusts*, 2010, 620: «*Sussistono i presupposti per l'accoglimento del ricorso d'urgenza promosso nell'interesse di un trust ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ., volto a ottenere il rilascio in proprio favore di un'azienda che ne costituiva parte del fondo e che era stata affittata a terzi, quando: il contratto d'affitto stesso debba considerarsi inefficace, perché stipulato in violazione dell'atto istitutivo del trust; l'affittuaria non abbia provato di aver regolarmente corrisposto i canoni di affitto di talché essa deve considerarsi morosa e il contratto stesso risolto per inadempimento dell'affittuaria; e, infine, l'affittuaria abbia dimostrato incuria nella gestione dell'azienda stante il mancato pagamento del canone di*

12. I creditori del trustee

Quando si passa a parlare dei creditori del trustee, la separazione, stabilita dalla legge, del patrimonio personale del trustee da quello di cui lo stesso è titolare in forza dell'ufficio che ricopre, dovrebbe in realtà prevenire l'insorgere di problematiche specifiche. A dispetto di ciò, il problema può porsi con riferimento a una condotta del trustee che abbia agito in *breach of trust*, violando cioè le disposizioni del trust, e più in generale della legge regolatrice, poiché l'obbligo di tenere i beni personali separati da quelli di cui si è titolare come trustee ha valenza generale. Parlando del trustee, viene soprattutto in rilievo la posizione dei creditori di costui, mentre, per quanto riguarda i suoi legittimari, il problema non si pone, salvo il caso di confusione del proprio patrimonio personale con quello di cui è titolare come trustee del trust.

Il problema della revocatoria si pone dunque con riferimento ai creditori del trustee (si parla di trustee e non di trust perché il trust non ha personalità giuridica) per chiarire che si tratta di creditori che vengono in essere come conseguenza dell'agire del trustee, e quindi della gestione del fondo che egli faccia. Quindi anche gli atti posti in essere come trustee sono teoricamente soggetti all'azione revocatoria, ricorrendone i presupposti. Quanto alla prova dell'*eventus damni*, in questa ipotesi, occorre considerare che, per definizione, il retratto della vendita di un bene in trust rimane pur sempre assoggettato al vincolo, e pertanto non c'è dispersione del patrimonio, ma questo è soggetto a mutare sotto un profilo qualitativo, quello cioè attinente alla sua composizione. Quindi se un bene viene liquidato, si verrebbe a creare una situazione più favorevole per il creditore. Danno peraltro può sempre esservi se il trustee abbia alienato un bene in presenza di un divieto contenuto nell'atto oppure se abbia impoverito il fondo in conseguenza di una sua condotta dissennata, come violazione cioè del dovere di bene amministrare in base al criterio di diligenza che gli è richiesto.

Un aspetto particolare è dato dal caso in cui il trustee confonda i beni suoi con quelli ricompresi nel fondo in trust. In questa ipotesi, il problema diventa essenzialmente probatorio nel senso che i creditori personali del trustee avranno interesse a sostenere che certi beni fanno parte del patrimonio del loro debitore come persona fisica, laddove i creditori del trustee, inteso nella sua funzione specifica, avranno interesse speculare, ma di segno contrario. All'esito del giudizio i creditori soccombenti avranno la

locazione di parte degli immobili ove l'azienda era esercitata, con conseguente sfratto e ordine di rilascio degli immobili in favore del loro proprietario».

possibilità di agire nei confronti del trustee per il risarcimento dei danni derivanti dalla sua condotta anche perché una situazione di confusione sta a dimostrare che il trustee non ha assolto uno specifico dovere a esso facente carico che è quello di individuare i beni del trust e di tenerli separati dai propri. La violazione di tale dovere rappresenta quindi causa specifica di responsabilità con conseguente obbligo di ricostituire lo *status quo ante*. Lo strumento che può essere impiegato in questi casi è sempre l'azione di annullamento sia che il trustee abbia agito con dolo, ovvero per errore. La revocatoria è astrattamente configurabile, anche in questa ipotesi, ma potrebbe rivelarsi impraticabile - a causa del diverso termine di prescrizione dell'azione - per il tempo trascorso, atteso che la confusione può non emergere subito con chiarezza. Al contrario l'annullamento per errore si prescrive dal momento in cui il danneggiato abbia la consapevolezza dell'accaduto.

Occorre preliminarmente tenere presente che i primi creditori del trustee sono i beneficiari del trust che avranno da dolersi del fatto che il fondo risulti depauperato a causa della condotta tenuta da chi aveva il compito di gestirlo e amministrarlo nel loro precipuo interesse⁴⁸.

Consideriamo ora la posizione dei creditori del trustee di quel trust il cui fondo risulti impoverito, e prendiamo il caso del trustee che gestisca più patrimoni mobiliari e che, in considerazione degli incarichi ricevuti, gestisca individualmente alcune posizioni con la possibilità che le stesse siano successivamente cedute o che i beni in esse ricompresi vadano distrutti.

Nel caso in cui il trustee divenga insolvente, secondo il diritto inglese, se il trustee ha mantenuto i *trust funds* di pertinenza dei propri clienti separati dai suoi, il suo fallimento non li può concernere⁴⁹. Ma se ha confuso i fondi, i suoi clienti potranno cercare di recuperare, grazie al *tracing*, il loro patrimonio perché, di fatto, è come se questo fosse stato alienato. Se poi l'operazione ha successo, avranno un diritto di prelazione (*priority claim*) relativamente ai beni recuperati. Laddove invece il recupero non sia possibile avranno azione per *breach of trust* nei confronti del trustee, ma senza privilegi di sorta, nei confronti del fallimento del loro trustee. Tipico rimedio restitutorio del diritto inglese, il *tracing* è quel processo che consente all'originario proprietario, o beneficiario, di un determinato bene,

⁴⁸ Il depauperamento non rileva in quanto oggettivamente prodottosi, ma solo in quanto conseguenza di un non corretto agire del trustee. Cfr. E. CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, Milano, 2000, e, più in generale, ZANCHI (cur.), *Il trustee nella gestione dei patrimoni. Responsabilità e risoluzione dei conflitti*, Torino, 2009.

⁴⁹ Si ricorda che secondo il diritto inglese, anche la persona fisica può fallire.

indebitamente ceduto dal trustee in violazione dell'atto di trust, di rintracciare la sua proprietà, ovvero le trasformazioni che nel tempo abbia subito, nelle mani di un terzo. Poiché tale azione incontra il limite rappresentato dalla tutela del terzo di buona fede, l'impossibilità di recuperare il bene distratto si converte allora nel diritto a essere risarciti da parte del trustee per il danno patito.

Il diritto italiano accorda, da parte sua, la protezione dell'art. 24 o quella dell'art.36, n.6, del TUF, nel caso di fondi comuni d'investimento, e, conseguentemente, i patrimoni dei singoli clienti costituiscono patrimonio separato da quello dell'intermediario e da quello di tutti gli altri clienti, né su tale patrimonio separato sono ammesse azioni da parte dei creditori dell'intermediario, ma sono consentite soltanto azioni dei creditori dei singoli clienti nei limiti della loro quota.

Ora, la condotta del trustee relativamente alla gestione dei beni costituenti il fondo in trust, può creare a una molteplicità di situazioni che sono evidenziate dagli esempi che si propongono per far risultare la diversità di trattamento secondo il diritto italiano (che non conosce il *tracing*) e quello inglese.

Esempio 1

Tizio impiega, senza averne l'autorizzazione, il fondo per acquistare un quadro.

Caio vuole interrompere il rapporto e tenere il quadro.

Regno Unito: il quadro è una trasmutazione del fondo, quindi la sua proprietà spetta al beneficiario.

Italia: per entrare in possesso del quadro, Caio deve ratificare l'acquisto, poiché originariamente non autorizzato (v. artt.1706, 1711 e 2032 c.c.). Ma Caio potrebbe anche scegliere di risolvere il contratto di mandato, indipendentemente dalla ratifica, attesa la gravità della violazione posta in essere dal mandatario (Tizio).

Esempio 2

Prima che Caio venga a conoscenza del fatto, il quadro va distrutto, ma è assicurato per il suo valore di mercato. Nel frattempo Tizio diventa insolvente.

Caio vuole interrompere il rapporto e incassare l'assicurazione.

Regno Unito: anche l'indennità assicurativa è un bene tracciabile, deve cioè essere considerata parte del fondo in trust. Inoltre Caio ha titolo per agire in giudizio contro Tizio per la violazione del trust e chiedere il risarcimento dei danni.

Italia: la possibilità di ricevere il risarcimento da parte dell'assicurazione è subordinata, oltre che alla ratifica dell'acquisto, anche al fatto di provare che l'acquisto è avvenuto con i suoi denari. (art.1705,2 c.c.). Tale previsione

opera anche in caso d'insolvenza del mandatario, purché il mandato abbia data certa. Il fatto però che Caio sia nel frattempo divenuto insolvente e che la ratifica intervenga, con effetto retroattivo, dopo il prodursi di tale situazione, essendo Caio all'oscuro dei fatti, fa sì che non si abbia la data certa. Pertanto la domanda di Caio sarà trattata alla stregua di quella degli altri creditori chirografari.

Esempio 3

Tizio acquista un quadro impiegando tutti i denari di Caio e parte dei suoi. Nel frattempo Tizio diviene insolvente e il valore del quadro sul mercato si dimezza.

Caio vuole interrompere il rapporto e tenersi il quadro.

Regno Unito: anche in questa ipotesi il quadro, acquistato con i fondi del trust, non perde le sue caratteristiche. Rimane cioè in trust, ma appartiene in parte a Tizio e in parte a Caio. Caio deve sopportare la perdita ma può agire per il recupero della stessa nei confronti di Tizio, senza però alcun titolo di prelazione, privilegio o quant'altro.

Italia: Caio ha titolo per richiedere a Tizio l'integrale restituzione della somma impiegata per l'acquisto del quadro (ex art.2041 c.c.). Caio concorre con tutti gli altri creditori chirografari. Per quanto riguarda il quadro, la mancanza di data certa fa sì che anche in questo caso si debba ritenere che la richiesta del quadro da parte di Caio vada di pari passo con i diritti degli altri creditori.

Esempio 4

Tizio fa un mutuo e acquista un appezzamento di terreno, poi, senza autorizzazione usa i soldi di Caio per pagare il debito contratto con la banca. Tizio diviene insolvente e Caio vuole interrompere la sua relazione e tenersi il terreno.

Regno Unito: in questo caso la situazione è più incerta, ma è stato sostenuto che anche il terreno potrebbe esser considerato un bene in trust.

Italia: Caio non ha titolo per ottenere il terreno, anche se ha titolo per richiedere la restituzione della somma a Tizio.

13. La legge applicabile alla responsabilità del trustee

Merita infine un cenno, sotto il profilo operativo, il riferimento a quella clausola molto spesso ricorrente all'interno degli atti di trust interni, in forza della quale la responsabilità del trustee era assoggettata o soltanto alla *lex fori* ovvero sia a questa sia alla *lex causae*.

La prima ipotesi genera qualche perplessità per quanto riguarda le conseguenze che a tale scelta – laddove la *lex fori* sia quella di un paese non-trust – possono ricondursi.

La Convenzione, infatti, ammette che possano essere trattati con leggi diverse “elementi del trust che possano essere trattati a parte”.⁵⁰, ma precisa, all’art. 5, che essa non si applica qualora la legge regolatrice non preveda l’istituto del trust. E qui si pone un primo problema con riferimento all’interpretazione della locuzione “elementi che possano essere trattati a parte”, per valutare se questo della responsabilità del trustee possa essere considerato a questa stregua⁵¹. Anche dando risposta positiva al quesito, l’ostacolo rappresentato dall’art.5 non mi sembra da trascurare perché il tema della responsabilità non è materia che rientri nell’ambito delle norme di salvaguardia e che consenta pertanto di legittimare una deroga alla legge regolatrice straniera. Oggi, a quanto consta, si preferisce optare per la scelta della sola normativa prevista dalla legge regolatrice, senza operare quindi commistioni di sorta, anche perché le leggi straniere, fanno riferimento a concetti - si pensi a termini quali *dishonesty*, *fraud*, *wilfull misconduct* nel diritto inglese - che non hanno un equivalente nel diritto interno e che comunque devono essere interpretati nella portata acquisita nell’ordinamento richiamato⁵².

L’eventuale sovrapposizione di normative non pone comunque in discussione la responsabilità patrimoniale del trustee, anche se si oscilla fra leggi, come quella di Jersey, che limitano alla consistenza del fondo in trust la responsabilità patrimoniale del trustee – che abbia dichiarato di agire come tale – a quella inglese che la estende anche al patrimonio personale. Sul piano della condotta, infine, si ricorda come la responsabilità del trustee possa essere limitata ai casi di dolo e colpa grave (Leggi di Malta e San Marino).

⁵⁰ «Art. 9- In applicazione del presente capitolo aspetti del trust suscettibili di essere regolati a parte, quali quelli relativi alla sua amministrazione, possono essere disciplinati da una legge diversa».

⁵¹ Per quanto riguarda l’interpretazione da dare a questa norma, la dottrina (SARAVALLE, Commento all’art.9 ella Convenzione, in GAMBARO – GIARDINA - PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, in *Le nuove leggi Civili Commentate*, 1992, 1261 ss., «ammette il depeçage senza limitarlo alla più comune distinzione fra questioni di validità e di amministrazione», ma , al tempo stesso precisa che «non sarebbe ammissibile assoggettare a leggi diverse vari aspetti tutti attinenti all’amministrazione del trust».

⁵² Nella prassi le cose non vanno esattamente così perché si tende ad applicare, indipendentemente dai riferimenti operati, concetti e interpretazione tipica della *lex fori*.

14. I creditori dei beneficiari

In linea generale, per quanto riguarda i creditori dei beneficiari, il problema non dovrebbe porsi, atteso che questi, a seguito all'acquisizione di tale *status*, e a differenza del disponente, vedono incrementare, e non depauperare, il loro patrimonio. Ma la situazione non è così lineare, e occorre fare alcune precisazioni.

La prima considerazione da fare attiene all'individuazione del momento in cui la posizione dei beneficiari diviene aggredibile da parte dei loro creditori. In linea generale, ciò accade nel momento in cui il beneficiario avrà diritto a ricevere la prestazione che gli spetta in base all'atto di trust. Quindi, nel corso della durata del trust, potranno esserci beneficiari del reddito che hanno titolo a ricevere una prestazione che diverrà aggredibile nel momento in cui la stessa passerà nel loro patrimonio. Così, i trust discrezionali sono quelli in cui la posizione dei beneficiari risulta maggiormente tutelata e, per converso, più difficilmente aggredibile da parte dei loro creditori nella misura in cui è incerto l'*an* dell'attribuzione, la sua consistenza, e il *quando*. Se però il trust prevede che la corresponsione di una somma sia effettuata a titolo di rendita, ovvero al ricorrere di situazioni predeterminate (una laurea, un matrimonio) e quindi se risulta dall'atto di trust un diritto del beneficiario a ricevere a determinate scadenze, una data prestazione, sia questa gravi sul reddito del fondo o sul capitale, allora questa sarà aggredibile dai suoi creditori anche presso il trustee come un credito che maturerà al momento in cui è previsto che il trustee effettui la sua prestazione a favore del beneficiario. La certezza quindi in ordine al fatto che una determinata prestazione debba essere effettuata legittima i creditori all'adozione di quei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale che vanno dal sequestro al pignoramento presso terzi.

Sempre nel corso della durata del trust potrà essere aggredita una posizione beneficiaria, anche se la stessa non potrà essere escussa se non al termine della durata del trust, o secondo quanto prevede l'atto. Questo si accorda con il dettato della s. 10 (11) della legge di Jersey, che recita: "*salvo quanto previsto dalle disposizioni del trust, un beneficiario può vendere, costituire in pegno, ipotecare, trasferire ed effettuare qualsiasi altro atto di disposizione della sua posizione giuridica*". Anche in questo caso occorrerà sempre far riferimento all'atto istitutivo del trust che potrebbe contenere una clausola che consenta al trustee o al guardiano, in ipotesi, di rimuovere alcuno dall'elenco dei beneficiari, o di aggiungerne altri con il risultato di rendere instabile la posizione di un beneficiario.

Più complesso è il caso in cui un beneficiario abbia diritto a una posizione parzialmente certa e in parte rimessa alla discrezionalità del trustee, anche perché questa discrezionalità potrebbe essere o condizionata al conseguimento di un certo risultato relativamente alla gestione dei beni in trust, ovvero a un evento predeterminato (una laurea, un matrimonio) e anche in queste ipotesi, la prestazione rimessa in tutto o in parte alla discrezionalità del trustee ovvero predeterminata dal disponente in modo rigido. Di norma in questi casi il trustee tende a proteggere la posizione del beneficiario anche perché questo è uno dei doveri che a lui fanno capo. Per esempio la s. 24 della legge di Jersey prevede che *“un trustee deve esercitare i suoi poteri nell’esclusivo interesse del beneficiario e in conformità alle disposizioni del trust”*. La legge in esame contiene altra disposizione (s. 27, Potere di assegnazione –*Power to appropriate*) che chiarisce questo concetto: *“Salvo quanto previsto dalle disposizioni del trust, un trustee può, senza il consenso dei beneficiari, assegnare i beni in trust per la soddisfazione o in vista della soddisfazione della posizione di un beneficiario con le modalità e in conformità a quelle valutazioni che esso ritenga più opportune”*. Non è chi non veda che usando di questo potere il trustee potrebbe trasferire una posizione beneficiaria di un soggetto che si trovi a essere aggredito dai propri creditori, a favore di un suo fiduciario contribuendo così a preservare il patrimonio del beneficiario stesso.

Per quanto attiene infine, alla tutela invalidativa, si rinvia alle considerazioni svolte in precedenza⁵³.

15. La protezione dei beneficiari

Le posizioni beneficiarie offrono un’ampia gamma di declinazioni passando da quelle *vested*, e cioè assolute e incontrovertibili, a quelle *contingent*, cioè condizionate e quindi per definizione incerte o per quanto riguarda il *quantum*, ma anche l’*an* delle stesse. All’interno di questa categoria si pongono possono individuare alcuni strumenti che operano su piani diversi, quali i *determinable interest* e i *protective trust* e che consentono entrambi di attuare modalità tecniche, lecite, per mettere al riparo i beneficiari dalle pretese dei loro creditori.

Il *determinable interest* è un diritto destinato a durare fino a quando (*until*) non si verifichi un determinato evento. Esso è ammesso nella legge

⁵³ Cfr, *supra*, nn. 3 e 4.

inglese perché il diritto nasce già condizionato, cioè con una limitazione inerente. Al contrario un diritto sottoposto alla condizione risolutiva rappresentata dall'eventuale alienazione del diritto o del suo eventuale pignoramento o sequestro è nulla perché il diritto nasce pieno, ma la condizione apposta lo fa estinguere prima che si sia esplicato completamente.

Il titolare di una tal posizione non potrà conseguentemente essere aggredito.

Il *protective trust* è oggi previsto dalla s.33 del *Trustee Act* 1925 inglese e in conformità a tale norma il disponente può prevedere che il diritto del beneficiario del reddito duri fino a che egli tenti di disporre del diritto attribuitogli dal trust, ovvero subisca un atto esecutivo o cautelare da parte dei suoi creditori, o venga dichiarato fallito. In tali ipotesi il diritto si estingue e il trust, prima fisso, diventa discrezionale.

Tale tipologia di trust che nel diritto inglese riguarda solo gli interessi si estende (Jersey e San Marino) anche al diritto del beneficiario del capitale. Negli USA in genere si parla di *spendthrift trust*, per parlare di un trust che prevede fin dall'inizio l'inalienabilità e l'impignorabilità del diritto del beneficiario. In ogni caso è vietato, in questo caso, che beneficiario e disponente possano coincidere.

Ci si chiede se tali previsioni siano compatibili con l'ordinamento italiano, e quindi se clausole del genere possano essere inserite in un trust interno con la certezza che non ne sia posta in discussione la loro legittimità ovvero la loro compatibilità con le norme di salvaguardia⁵⁴. In sintesi, se si ritiene di attribuire al diritto del beneficiario natura di diritto reale, non ci si sottrarre alla previsione dell'art.1379 c.c. che stabilisce come il divieto di alienare stabilito per contratto abbia effetto solo fra le parti e a condizione che sia contenuto in un conveniente limite di tempo e corrisponda a un apprezzabile interesse di una delle parti. Se poi la clausola è contenuta in un trust testamentario, la nullità (ex art.634 c.c.) dovrebbe affliggere solo la condizione apposta, salvo che non risulti che quella clausola abbia costituito

⁵⁴ Cfr., in generale, BARTOLI - MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, cit. Per un riferimento giurisprudenziale da tenere in considerazione: T. Trieste, 22 gennaio 2014 n. 421, che in sede di reclamo tavolare, dichiara non riconoscibile "un trust interno sottoposto alla legge di Jersey che eleva la segregazione al rango di causa e non enuncia alcun programma meritevole di tutela, avendo il disponente -che è anche il beneficiario principale del trust- inteso soltanto rendere non aggredibile il proprio patrimonio per poterne godere in futuro indipendentemente dal cambiamento delle sue sorti".

il motivo illecito determinante (art.626 c.c.) così da travolgere l'atto nel suo complesso.

Se invece al diritto del beneficiario è riconosciuta natura di diritto di credito - cosa che appare preferibile e coerente con la qualificazione della posizione dei beneficiari verso il trustee – troverebbe applicazione l'art.1260, 2° comma c.c. e di conseguenza le parti possono escludere la cedibilità del credito salvo che il patto non è opponibile al cessionario se questi non lo conosceva al momento della cessione. D'altra parte il divieto dell'art. 1260 c.c. non può operare in pregiudizio dei creditori di colui che ne è gravato e che, nel caso di specie è il beneficiario del trust. Così la condizione sarebbe valida, ma non opponibile nei confronti dei creditori del beneficiario.

Ulteriore applicazione di questo principio si rinviene nella clausola che collega la perdita del diritto del beneficiario al sequestro, al pignoramento del suo diritto, o al suo fallimento.

In tal modo si mira dunque a rendere insequestrabile e impignorabile il diritto del beneficiario del reddito, o del capital, secondo la legislazione prescelta.

Essendo la pignorabilità di qualsiasi bene la regola generale, limiti di natura negoziale non potrebbero essere legittimamente apposti. Dal punto di vista normativo, eccezioni sono rappresentate: a) dall'art.545,1 comma, c.p.c. sull'impignorabilità dei crediti alimentari che riguarderebbe anche gli alimenti di fonte negoziale essendo quelli *ex lege* coperti dalla previsione dell'art.447 c.c., e b) dall'art.1881 c.c. per cui può non essere soggetta a pignoramento o a sequestro la rendita vitalizia costituita a titolo gratuito entro i limiti del bisogno alimentare del creditore. Se ne deduce pertanto che un trust che prevedesse la corresponsione di reddito in coerenza di tali previsioni normative non risulterebbe aggredibile.

Infine l'art. 46 l. fall. per cui non sono compresi nel fallimento gli assegni aventi carattere alimentare entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento del fallito e della famiglia.

I limiti che l'ordinamento pone e le incertezze che suscita per quanto riguarda l'operatività di queste clausole inducono a ritenere che laddove si voglia conseguire l'effetto di mettere al riparo il beneficiario dalle pretese dei suoi editori, si debba scegliere la soluzione di un trust che riconosca al trustee ampia discrezionalità circa il *quantum* e il *quando* dell'erogazione così da avere la certezza che, fino al momento in cui le somme (reddito o capitale) non saranno trasferite al beneficiario, non saranno aggredibili da terzi: ma poiché questi non conoscono né la misura né il tempo

dell'attribuzione, rimesse alla discrezionalità del trustee, non potrebbero pertanto assumere iniziative in tal senso.

Sempre sul piano delle contromisure che possono essere adottate da un trustee per proteggere i beneficiari da aggressioni esterne, oltre a quelle cui abbiamo fatto cenno, si segnala anche la possibilità di creare, attraverso l'accensione di un mutuo, o il rilascio di una garanzia, laddove rientrante nei poteri del trustee, una situazione debitoria per il trust così da impoverire automaticamente la consistenza della quota del beneficiario.

Riassumendo tutte le classificazioni che si usano fare circa i beneficiari, *vested* o *contingent*, vengono a perdere importanza perché al termine della durata del trust tutte le posizioni si definiscono e, quindi, a quella data, sarà noto, con certezza, se la *contingency* si è verificata o meno e, più in generale, come si sono risolte eventuali situazioni d'incertezza circa i beneficiari finali e le quote di loro spettanza. In questo senso perdono valore anche le incertezze derivanti dalla legittimità di un trust discrezionale in cui l'indicazione dei beneficiari sia rimessa all'indicazione del trustee. Si rammenta che tale clausola non incorre nel divieto derivante dal principio della personalità della volizione liberale laddove il potere di scelta sia circoscritto all'interno di un ambito predefinito (es.: i miei discendenti maschi). Così possono esserci poi altre clausole in cui il disponente a) si riserva il potere di cancellare alcuni beneficiari- potere assimilabile alla revoca delle disposizioni testamentarie – ovvero b) di introdurre altri con la conseguenza di ridurre la quota riservata ai beneficiari iniziali. Questo sta a dimostrare come, usando del potere discrezionale attribuitogli, il trustee potrebbe disinnescare sul nascere eventuali iniziative di legittimari che intendessero agire in riduzione aumentando – ricorrendone i presupposti - la quota a loro destinata.