

n. 5/2017

Roma, marzo 2017

L'UTILIZZO FRAUDOLENTO DEL TRUST NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.

I c.d. «sham trust» o «trust ripugnanti»

1. Premessa normativa.

Il trust è un istituto giuridico di origine anglosassone che è rimasto del tutto sconosciuto al nostro ordinamento, fino all'adesione dell'Italia alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985.

In virtù di tale adesione, lo Stato italiano si è impegnato a riconoscere validità ed efficacia ai trusts che presentino alcuni elementi ritenuti essenziali e prescritti dall'art. 2 della Convenzione e vale a dire:

1. i beni conferiti in trust devono costituire una massa distinta e non devono essere parte del patrimonio del trustee;
2. i beni del trust devono essere intestati al trustee o ad un altro soggetto per conto di quest'ultimo;
3. il trustee deve essere investito del potere e onerato dell'obbligo di amministrare e disporre dei beni in conformità alle disposizioni dell'atto istitutivo e secondo le norme della legge regolatrice.

Sinteticamente, dunque, il trust è un negozio giuridico unilaterale che sorge per effetto della stipula di un atto, con cui un soggetto (disponente), trasferisce a un altro soggetto (trustee), beni e/o diritti con l'obbligo di amministrarli nell'interesse di uno o più beneficiari, ovvero per il perseguimento di uno scopo

determinato, sotto l'eventuale vigilanza di un soggetto terzo, secondo le regole dettate dal disponente nell'atto istitutivo del trust e dalla legge regolatrice dello stesso.

Occorre peraltro rilevare che, nonostante la ratifica della Convenzione sopra richiamata, l'Italia non ha ancora provveduto a dettare un'espressa disciplina dell'istituto, sicché la Convenzione dell'Aja costituisce ad oggi, l'unica fonte regolamentare dello stesso.

*

2. Il riconoscimento della validità di un trust.

Non può dubitarsi del fatto che le previsioni contenute nella Convenzione sopra richiamata debbano pur sempre armonizzarsi con i principi generali del nostro ordinamento. Conseguenza da ciò che affinché possa essere riconosciuta efficacia e validità ad un trust costituito in Italia, non è sufficiente che vengano rispettati i parametri e le condizioni fissate dalla Convenzione dell'Aja, ma è necessario l'istituto persegua degli scopi che il nostro ordinamento considera meritevoli di tutela.

Sul punto si è espressa la costante giurisprudenza.

Ed invero, trascurando una pronuncia del tutto isolata secondo la quale *“la previsione normativa (cioè la Convenzione), preclude oggi ogni indagine sulla meritevolezza di tutela della causa astratta del trust, che va ravvisata nel programma di segregazione... di guisa che un trust avente tutte le caratteristiche di cui all’articolo 2 della Convenzione debba comunque essere riconosciuto come esistente e produttivo di effetti ancorché autodichiarato...”* (Trib. Sassari n. 12234/15), la giurisprudenza prevalente ha invece ritenuto che *“ai fini del riconoscimento delle validità del trust è tuttavia necessario valutare la meritevolezza ex articolo 1322 del codice civile della causa concreta, giustificando il ricorso al trust soltanto il perseguimento di interessi meritevoli di tutela giuridica”* (Trib. Milano, 3.05.13 e Trib. Reggio Emilia, 14.05.07).

Nelle summenzionate pronunce si introduce una relazione diretta tra la previsione generica di meritevolezza di cui all’art. 1322 comma 2° c.c. e la previsione specifica di cui all’art. 2645 *ter* c.c. che, come noto, ha introdotto nel nostro ordinamento un nuovo istituto volto a “segregare” alcuni beni per destinarli a scopi meritevoli di tutela specificamente indicati.

La meritevolezza d’interessi cui fa riferimento l’articolo 2645 *ter* c.c. va identificata nell’idoneità del programma negoziale al raggiungimento di uno scopo lecito, che non sia altrimenti raggiungibile dalle parti nell’espletamento della loro autonomia negoziale mediante l’utilizzo di strumenti tipici, ancorché composti o collegati.

Tale norma introduce, quindi, nel nostro ordinamento il c.d. *“vincolo di destinazione”*, ampliando il modello dei negozi destinatori elaborato dalla moderna dottrina quale strumento alternativo al trust interno.

I primi commentatori della norma in esame, nel presupposto che la meritevolezza sia sinonimo di liceità, hanno ritenuto che l’introduzione, nel nostro ordinamento, del vincolo di destinazione vanificherebbe la portata del secondo comma del citato articolo 2740 c.c., giacché consentirebbe all’autonomia privata la costituzione di patrimoni separati sulla base degli interessi più disparati, anche per fini meramente egoistici, purché leciti.

Infatti, lasciando prevalere la volontà dei privati su quella del legislatore, il dettato normativo del citato articolo non avrebbe più ragion d’essere.

In proposito, sostiene autorevole dottrina, la creazione di patrimoni separati fuori dalle ipotesi tipiche determinerebbe il sorgere in capo ai privati di un largo margine discrezionale e finirebbe con l’offrire al debitore una possibile via di fuga, facilitando operazioni fraudolente, con conseguente abrogazione, seppur implicita, dell’articolo 2740 c.c..

In tal modo si arriverebbe a fare della “destinazione” un deforme succedaneo del trust, a servizio di qualsiasi finalità.

Sul punto la giurisprudenza ha ritenuto che *“Il vincolo di cui all’art. 2645 *ter* c.c. - norma da interpretare restrittivamente per non svuotare di significato il principio della responsabilità patrimoniale del debitore ex art.*

2740 c.c. - non può essere unilateralmente autodestinato su di un bene già in proprietà con un negozio destinatario puro, ma può unicamente collegarsi ad altra fattispecie negoziale, tipica od atipica, dotata di autonoma causa" (Trib. Reggio Emilia 10.03.2015, Trib. Monza 20.01.2015).

È evidente che i principi finora espressi valgono tanto più per le ipotesi di beni conferiti in trust, vista la mancanza nel nostro ordinamento di una disciplina legislativa in materia.

Per il legislatore italiano peraltro, ulteriore elemento essenziale per la validità del trust (che anche in ciò si differenzia dall'istituto di cui all'art. 2645 *ter* c.c.) è rappresentato dalla completa esclusione del bene in esso conferito dalla sfera giuridico/patrimoniale del disponente.

Il trust, dunque, si sostanzia nell'affidamento a un terzo di determinati beni perché questi li amministri 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. Ne consegue che *"presupposto coessenziale 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 sulla base delle 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"* (Cass. Pen. n. 46137/14).

*

3. Trust "sham" o "ripugnanti".

Il termine "sham" (finto, fasullo) comparve inizialmente a seguito di una pronuncia della *Court of Appeal* inglese del 1967 (non in tema di trust, ma in materia di "sale and lease back"), per indicare un atto compiuto al fine di ingenerare nei terzi il convincimento che tra le parti fosse stata pattuita una determinata obbligazione contrattuale, differente rispetto a quella effettiva. Con uno "sham contract", dunque, i contraenti pongono in essere un atto simulato che, nel caso in cui pregiudichi gli interessi dei terzi, comporta una declaratoria di nullità. Occorrerà, in proposito, non limitarsi alla volontà – per così dire – "ufficiale" indicata nell'atto, ma avere riguardo alle circostanze che hanno prodotto tale volontà e, soprattutto, all'effettivo comportamento successivamente tenuto nello svolgimento dei rapporti negoziali. Orbene, per quanto concerne in particolare lo sham trust, queste tipologie di atti sono stati dichiarati simulati (e, quindi, nulli o invalidi o comunque inefficaci), allorquando il disponente aveva mantenuto un controllo rilevante sull'attività compiuta dal trustee, potendosi su tali basi argomentare che, di fatto, non vi era stato un effettivo spossessamento del patrimonio, ma si era perseguito l'unico fraudolento scopo di eludere i diritti dei terzi sul patrimonio del disponente.

Sul punto si sono espresse tre pronunce delle corti di merito (ord. Trib. Forlì, 16.2.2015; Trib. Genova, 18.2.2015 e Trib. Sassari, 20.2.2015).

Tali provvedimenti si sono pronunciati in ordine alle domande di nullità, simulazione o revocatoria poste in essere da alcuni creditori dei disponenti nei confronti di alcuni trust, istituiti successivamente all'insorgere delle posizioni debitorie del disponente medesimo.

Nel caso di Forlì era lo stesso trustee ad agire per chiedere di dichiarare l'insussistenza del diritto di una banca a iscrivere ipoteca su beni immobili segregati in un trust, mentre la banca contestava la domanda chiedendo in via riconvenzionale dichiararsi la nullità dell'atto istitutivo del trust, dell'atto di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. e, in via subordinata, la revocatoria dell'atto di conferimento dei beni in trust.

Nel caso di Genova, invece, la Banca attrice chiedeva la revocatoria dell'atto di costituzione di un trust nel quale la convenuta, sua debitrice, conferiva il proprio unico bene immobile. La disponente assumeva, essa stessa, anche la qualifica di trustee e il trust risultava essere stato istituito per far fronte al mantenimento della figlia e, dunque, per motivi di carattere familiare/personale.

Infine nel caso del tribunale di Sassari, si trattava di due atti di trust che risultavano essere stati istituiti entrambi *"per provvedere alla sicurezza economica dei propri discendenti"*.

Quello che accomuna queste sentenze è l'intento di delineare il corretto ambito di utilizzo di questo istituto.

Ed invero, come sopra indicato, la nozione di trust contenuta nella Convenzione

dell'Aja, è assai ampia, non essendo necessaria la distinzione tra la figura del disponente e quella del trustee, e non essendo richiesto come elemento essenziale il trasferimento dei beni dal disponente al trustee, ma essendo solo sufficiente che i beni siano posti sotto il controllo autonomo di quest'ultimo con esclusione di qualunque interferenza da parte del disponente.

Ma, nel caso in cui il trust oltre ad essere auto-dichiarato contempli il disponente anche nella veste di beneficiario, siamo invece in presenza di un trust che, date le sue caratteristiche, non può definirsi auto-dichiarato ma del tutto abusivo, posto in essere al solo scopo di frustare le pretese dei creditori sottraendo alla garanzia patrimoniale del disponente i beni di più agevole aggredibilità.

Pronunce simili a quelle in precedenza esaminate si sono succedute con grande frequenza nel corso degli anni, soprattutto da parte dei Tribunali fallimentari che hanno dichiarato la nullità di trusts interni (ovvero quei trusts che deducono beni - come la sede, la residenza dei beneficiari e l'amministrazione - principalmente localizzati in un Paese diverso, nella fattispecie in Italia, da quello il cui ordinamento è stato scelto ai fini della disciplina, in genere quello inglese).

Sono i c.d. *"trusts ripugnanti"*, definizione coniata dal Tribunale di Bologna in una nota sentenza del 1° ottobre 2003, per quei trust liquidatori che perseguono fini non compatibili con l'ordinamento giuridico italiano e, come tali, non meritevoli di riconoscimento ai sensi dell'art. 13 della

Convenzione dell'Aja, istituiti al solo fine di sottrarre il poco attivo patrimoniale rimasto in aziende in avanzato stato di decozione e destinate quasi certamente al fallimento.

Dette pronunce sono state da ultimo rafforzate anche da un intervento della Suprema Corte (Cassazione civile, sez. I, 9 maggio 2014, n. 10105), che, seppur per altre vie, in tema di trust liquidatorio definito *"anti-concorsuale"*, vale a dire finalizzato a sostituirsi alla procedura fallimentare e ad impedire lo spossessamento dell'imprenditore insolvente, ha stabilito che questo non è riconoscibile e non produce alcun effetto nell'ordinamento italiano in virtù di quanto disposto dall'art. 15 lettera e) della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, *"ponendosi esso oggettivamente in contrasto con il principio di tutela del ceto creditorio e non consentendo il normale svolgimento della procedura a causa dell'effetto segregativo"*.

Sinteticamente, dunque, con tali pronunce possiamo rilevare come, da un lato, si confermi la tendenza a non riconoscere cittadinanza a quei tentativi volti a costituire dei trusts su piani dogmaticamente inaccettabili, evocando a sproposito categorie inapplicabili e, dall'altro, come il ricorso abusivo allo strumento *"trust"* non potrà sperare di ricevere protezione da parte dell'ordinamento.

Sul punto risulta utile soffermarsi sull'articolo 15 della Convenzione dell'Aja, che impedisce di dare validità a trusts che sono costituiti in violazione dei principi inderogabili dell'ordinamento in

cui si opera; trusts che, nel caso non sono solo revocabili, ma piuttosto nulli perché in contrasto con la predetta previsione.

*

4. Conclusioni.

Il trust è ormai una realtà nel nostro ordinamento e certo fingere che non esista o tentare ancora di argomentare che non è compatibile con il nostro sistema giuridico ovvero con il sistema di garanzie di cui all'art. 2740 c.c. (come ancora fanno alcuni), non aiuterà a risolvere i problemi di coordinamento di quest'istituto che, nato nel sistema di *common law*, trova una qualche difficoltà di adattamento soprattutto alla luce della mancanza di una regolamentazione *ad hoc*.

Un conto però è riconoscere la presenza dell'istituto nel nostro ordinamento, ben altro è permettere che se ne abusi.

L'utilizzo del trust ai soli fini di protezione patrimoniale in danno dei creditori del disponente è, come si è detto, uno stratagemma utilizzato sempre più spesso e contro il quale il creditore danneggiato può reagire.

L'individuazione della azione più idonea va fatta alla luce della situazione concreta emergente dall'atto costitutivo. Sarà pertanto preferibile esperire un'azione per declaratoria di nullità dell'atto istitutivo del trust in quanto il medesimo è *"sham"*, quando il *settlor* si è spogliato solo fittiziamente del bene conferito, continuando ad esercitare sullo stesso un potere *uti dominus*, emergendo in questo caso una vera e propria simulazione del trust.

Al contrario, sarà preferibile promuovere un'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. qualora non ricorrano le condizioni necessarie per far dichiarare il trust come *sham*, ma quest'ultimo appaia comunque posto in essere al fine di pregiudicare le ragioni dei creditori del *settlor*, sempre che si possa almeno supporre la cosiddetta *scientia damni* in capo al disponente.

Dott.ssa Deborah Moscati
Studio Legale Mannocchi & Fioretti
Sede di Roma

Il presente documento non costituisce un parere ed è stato redatto ai soli fini informativi dei clienti di M&F. È proprietà di M&F e non può essere divulgato a soggetti differenti dal destinatario, senza una preventiva autorizzazione scritta.