

Patrimonio del professionista

## PEGGIO TUA MOGLIE O I CREDITORI?

L'alternativa tra la scelta di un trust o di un fondo patrimoniale dipende anche dalle condizioni personali del soggetto. Alcuni consigli pratici per indirizzare il professionista a tutela del suo patrimonio

di **Giorgio Aschieri, Alberto Righini**

— Alcuni giorni or sono, un professionista ci ha chiesto di individuare il modo più sicuro e meno costoso per porre l'immobile di sua proprietà al riparo dei possibili creditori. Abbiamo quindi iniziato a richiedere al cliente (che chiameremo "Mario Rossi") i chiarimenti necessari per rispondere al quesito. Dal colloquio è emerso che il dott. Rossi è coniugato in regime di separazione dei beni ed ha un figlio di quattro anni; la moglie è benestante ed a sua volta ha la disponibilità di un discreto quantitativo di titoli di Stato pluriennali.

I timori del cliente, proseguiva costui, derivano dal fatto di essere assicurato per un importo consistente per la responsabilità professionale, ma che le attività svolte (cariche in collegi sindacali e in consigli di amministrazione) potrebbero ipoteticamente comportare azioni di responsabilità, che eccedono il massimale assicurato. Ed inoltre la polizza prevede uno scoperto del 10% che, in ipotesi di danni rilevanti, avrebbe comunque effetti pesanti per lui.

"Avevo pensato al fondo patrimoniale" ci ha detto il dott. Rossi "ma non vorrei, per difendermi dai creditori, ritrovarmi nelle mani di mia moglie". Il dubbio è legittimo. Il fondo patrimoniale dipende infatti, in primo luogo, dalla durata del matrimonio. Cosa succede se il dott. Mario Rossi subisce una condanna risarcitoria per responsabilità professionale e nel frattempo la moglie chiede il divorzio? "Lei è fortunato" gli è stato risposto di primo acchito "la casa è sua ed ha un figlio molto piccolo. Se costituisce il fondo riuscirà senz'altro a cavarsela senza troppi danni".

"E cosa ne pensate del *trust* rispetto al fondo?" ha incalzato il cliente. "Mi pare che sia equivalente. Io comunque vorrei sapere se è altrettanto sicuro ... Sapete, la mia preoccupazione è di correre meno rischi possibile".

A questo punto la questione si è di molto complicata ed abbiamo dovuto prendere tempo. Proveremo ora ad illustrare, semplificando al massimo, la notevole serie di questioni emerse in questo breve colloquio.

### Il fondo patrimoniale

Chiariamo, anzitutto, che il dott. Mario Rossi ha la possibilità di scegliere tra il fondo patrimoniale, con una certa garanzia di stabilità, ed il *trust*<sup>1</sup>.

I suoi colleghi non sposati non potrebbero ovviamente costituire il fondo; quelli coniugati e senza figli, laddove divorziassero, lo vedrebbero immediatamente "saltare" ex art. 171 comma 1 c.c..

Il dott. Mario Rossi, avendo un figlio minore, è comunque garantito che, anche in caso di divorzio, il fondo patrimoniale cesserà solamente quando costui raggiungerà la maggiore età (se nasceranno altri figli, alla maggiore età dell'ultimo): ce lo dice il secondo comma della norma. Il cliente, inoltre, è proprietario esclusivo della casa di abitazione e, nel conferirla in fondo patrimoniale, si riserverà la proprietà della stessa, ai sensi dell'art. 168 c.c.. In caso di scioglimento del fondo patrimoniale, la casa rimane quindi sua.

Non solo. Nel costituire il fondo, il dott. Rossi potrà inoltre prevedere di poter liberamente alienare l'immobile senza il consenso della moglie (ovviamente i proventi della vendita rimangono vincolati al fondo)<sup>2</sup>.

Se quindi il matrimonio del dott. Rossi entra in crisi e vi sono suoi creditori, muniti di una sentenza provvisoriamente esecutiva, che vorrebbero promuovere l'esecuzione forzata sull'immobile, il cliente potrebbe venderlo prima di dividersi dalla moglie, eventualmente anche senza il suo consenso e "mettere in salvo" il denaro contante. Non tutti sono però fortunati come il dott. Mario Rossi. Molti suoi colleghi, infatti, potrebbero conferire solo un immobile in comproprietà con il coniuge (e quindi sono facilmente "ricattabili" in sede di separazione). Altri, come sopra detto, non intendono sposarsi. Altri ancora hanno avuto figli da un precedente rapporto e vorrebbero tutelare proprio costoro, ma non possono. Altri ancora, infine, non intendono o non sono in grado di avere figli: il fondo avrebbe quindi una durata incerta, almeno teoricamente.

I limiti intrinseci del fondo patrimoniale sono quindi evidenti. Ulteriore problema del fondo patrimoniale (ma anche del *trust*, come vedremo) è che lo stesso potrebbe essere oggetto di azione revocatoria ordinaria, nel termine di cinque anni dalla data di sua costituzione<sup>3</sup>.

In tal caso, però, se il professionista non fosse ancora incorso in azioni od omissioni che potrebbero, anche in futuro, generare una sua responsabilità professionale, l'azione revocatoria non potrebbe trovare accoglimento<sup>4</sup>.

## Il trust

Il primo vantaggio del *trust*, rispetto al fondo patrimoniale, è di essere liberamente accessibile a chiunque, anche se non coniugato. La durata del *trust*, inoltre, è liberamente determinata dal disponente e quindi – se

vogliamo utilizzare lo strumento in senso corrispondente al fondo patrimoniale – potrà ben essere fissata per tutta la sua vita<sup>5</sup>.

Potremmo inoltre utilizzare lo strumento anche in funzione successoria, prevedendo che al momento del decesso del professionista il bene sia, da parte del *trustee*, venduto a terzi ed il ricavato ripartito tra i suoi eredi legittimi, secondo le quote di spettanza previste dalla legge. In tal modo non si viola alcuna legittima (che comunque anche nell'ipotesi di costituzione di *trust* rimane salvaguardata<sup>6</sup>) e si evita, in caso di disaccordo tra coeredi, un possibile giudizio di divisione tra costoro. Il *trust* è quindi uno strumento molto più duttile e di più ampia utilizzabilità, rispetto al fondo patrimoniale. Ma è altrettanto sicuro? In effetti, non abbiamo ancora risposto al cliente. Abbiamo detto che il *trust* è passibile di azione revocatoria ordinaria<sup>7</sup>, ma ciò vale anche per il fondo patrimoniale e quindi, sotto questo profilo, non vi è differenza tra i due istituti. Il vero pericolo nell'utilizzo del *trust*, da parte di un professionista italiano, risiede in una norma (l'art. 13) della Convenzione dell'Aja, secondo cui: "Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione".

La norma in questione sarebbe certamente applicabile al nostro cliente, dal momento che lo stesso è cittadino italiano e l'immobile di sua proprietà si trova in Italia.

Ma cosa comporta esattamente la suddetta disposizione? Secondo quali criteri il giudice riconoscerà o meno l'eventuale *trust* costituito dal dott. Mario Rossi? La norma

## NOTE

<sup>1</sup> Per precedenti interventi sulle norme applicabili al *Fondo patrimoniale* vedasi L. A. Ferrari in *SUMMA* n. 134 p. 42 e P. Ducci, F. Pucci, G. Silicati in *SUMMA* n. 194 p. 52; per il *Trust* oltre al precedente nostro articolo apparso nel numero dello scorso maggio, vedasi tra gli altri V. Torazi e C. Pavesio in *SUMMA* n. 194 p. 55, e S. Marchese in *SUMMA* n. 194 p. 8 e n. 165 p. 37.

<sup>2</sup> Avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 169 c.c.

<sup>3</sup> Vedansi, tra le più recenti, Cass. 2 agosto 2002 n. 11537 e Cass. 27 marzo 2001 n. 4422. La giurisprudenza, più in generale, si è dimostrata rigida nel reprimere usi disinvolti del fondo patrimoniale, nelle fattispecie in cui lo stesso veniva realizzato dall'interessato allorché costui era già consapevole dell'esistenza di debiti nei confronti di terzi e l'atto aveva, principalmente, la finalità di mettere al riparo il suo patrimonio da iniziative dei creditori. In taluni casi, addirittura, il fondo è stato utilizzato in modo del tutto fraudolento, come nel caso in cui un soggetto prestò fideiussione bancaria a favore di un altro e,

nelle more dell'utilizzo della disponibilità bancaria così concessa, costituì il fondo patrimoniale sul proprio immobile, proprio al fine di pregiudicare la riscossione del credito della banca. Ineccepibile quindi, in tal caso, la dichiarazione di revoca da parte dei giudici (per tutte, Cass. 22 gennaio 1999 n. 591 nonché Trib. Cagliari 26 febbraio 1997).

<sup>4</sup> Qualora l'atto astrattamente revocabile sia stato compiuto dal professionista ancor prima che egli abbia consapevolezza del sorgere di uno specifico debito risarcitorio, manca infatti l'elemento soggettivo della *preordinazione* dell'atto all'elusione del pagamento del credito, come richiesto dall'art. 2901 c.c. In altri termini, perché l'atto sia revocabile il professionista deve essere consapevole che l'atto vada a pregiudicare uno *specifico* creditore, cosa che non è possibile laddove costui non sia nemmeno consapevole di aver cagionato danni a terzi con la sua condotta professionale. In tal senso, vedasi Cass. 27 febbraio 1985 n. 1716.

<sup>5</sup> In tal caso il professionista sarà beneficiario del *trust*, unitamente ai figli ed al coniuge (quest'ultimo salvo il caso di divorzio); al suo decesso rimarranno beneficiari gli eredi legittimi.

<sup>6</sup> Ciò in forza dell'art. 15, lettera c), della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile al *trust* e sul suo riconoscimento.

<sup>7</sup> Lo prevede, implicitamente, l'art. 15, lettera e), della Convenzione precedentemente citata. In giurisprudenza vedasi Trib. Firenze (ord.) 6 febbraio 2002, in *Trust ed attività fiduciaria*, 2004, pag. 256. In dottrina, vedasi Lupoi, *Trusts*, pag. 592; Bartoli, *Il trust*, pag. 706; Tucci, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, edito sulla rivista *Trust ed attività fiduciarie* 2003, pag. 24. E' verosimile prevedere che il *trust*, laddove sia utilizzato in modo troppo disinvolto ed in frode a specifici creditori, verrà revocato dai giudici, come già è accaduto in casi di abuso del fondo patrimoniale (vedasi la giurisprudenza precedentemente citata).

sembrerebbe attribuire al giudice delle facoltà discrezionali che, come tali, ci preoccuperebbero non poco.

In realtà i giudici si sono dimostrati, salvo poche eccezioni, molto solerti nel riconoscere i *trust* istituiti da cittadini italiani, laddove con detto strumento non si vogliano perseguire finalità illecite o riprovevoli<sup>8</sup>.

In particolare il Tribunale di Bologna, con decreto 16 giugno 2003<sup>9</sup>, ha infatti ritenuto che si ravviserebbero profili di incostituzionalità laddove la norma fosse interpretata nel senso che “*mentre allo straniero sarebbe consentito il riconoscimento regolamentato da diritto straniero del trust costituito in Italia, al cittadino sarebbe precluso di avvalersi dell’istituto stesso nel suo paese*”. In tal modo è stata esclusa, anzitutto, la possibilità che il *trust* possa essere riconosciuto o meno solamente in forza del mero arbitrio di un giudice.

Sempre il Tribunale di Bologna, con sentenza 30 settembre 2003<sup>10</sup>, ha precisato che l’art. 13 costituisce una “norma di chiusura della Convenzione (paragonabile all’art. 1344 c.c.), che mira a cogliere le fattispecie che sfuggono alle norme di natura specifica: in altri termini, l’art. 13 costituisce l’estremo ed eccezionale rimedio apprestato per i casi in cui le modalità e gli scopi di un *trust* [...] siano comunque valutati dal giudice come ripugnanti ad un ordinamento che non conosca quella particolare figura di *trust*, ma nel quale tuttavia il negozio espliciti in concreto i suoi effetti”.

Con tale decisione i giudici bolognesi hanno voluto metterci in guardia contro utilizzi spregiudicati del *trust*, ad esempio come mero strumento di frode dei creditori e privo di finalità meritevoli secondo il nostro ordinamento.

Ritornando alla fattispecie indicata dal cliente, lo stesso ben potrebbe costituire un *trust* a beneficio della propria famiglia, procurando che anche la moglie faccia altrettanto con i propri titoli di Stato. Le cedole di tali titoli serviranno, pertanto, a provvedere al mantenimento dei figli minori e l’immobile del dott. Rossi sarà destinato ad

abitazione della famiglia.

Un *trust* siffatto non è affatto fraudolento nei confronti dei creditori – almeno non più di quanto lo sarebbe il fondo patrimoniale –, essendo destinato in primo luogo a provvedere ai bisogni della famiglia di Mario Rossi ed anche a fini successori qualora, come sopra detto, si preveda che l’immobile venga venduto al suo decesso ed il ricavato ripartito tra eredi (meglio ancora se con parte di tali somme venga istituita una rendita, impiegabile per aiutare i figli a sostenere gli studi universitari)<sup>11</sup>.

### Conclusioni: cosa consigliare al cliente?

Non è facile indicare al dott. Rossi quale soluzione adottare (alla fine sarà comunque lui a decidere), perché entrambe presentano pro e contro. Utilizzando il fondo patrimoniale, è ben vero, il cliente non corre il rischio – seppur ridotto – che un giudice decida che il suo *trust* è “ripugnante” secondo il nostro ordinamento.

Con il *trust*, peraltro, Mario Rossi si spoglia della proprietà della casa coniugale, che viene trasferita in capo al *trustee*. Tale fatto presenta dei vantaggi indubbi.

Cosa succede se il cliente viene colto in flagrante con un’amante e la moglie promuove immediatamente il giudizio di separazione, facendosi assegnare la casa coniugale dal Presidente del Tribunale e trascrivendo sull’immobile il provvedimento<sup>12</sup>?

Se Mario Rossi non fosse più che lesto a vendere l’immobile, potrebbe avere dei seri problemi (a quel punto, però, ha molto più da temere dalla moglie che da possibili creditori). Se il bene fosse invece trasferito ad un *trustee*, il provvedimento non potrà essere trascritto.

Potremmo quindi rispondere al cliente (ovviamente con grande semplificazione, rispetto alle tematiche sopra affrontate): “Caro dott. Rossi, lei teme di più sua moglie o i creditori? Nel primo caso, costituisca un *trust*; nel secondo, le consigliamo il fondo patrimoniale”.

### NOTE

<sup>8</sup> In favore del riconoscimento del *trust* interno: Trib. Milano 27 dicembre 1996; Trib. Genova 24 marzo 1997; Trib. Lucca 23 settembre 1997; Pretura Roma 13 aprile 1999; Trib. Roma 2 luglio 1999; Trib. Chieti 10 marzo 2000; Trib. Bologna 18 aprile 2000; Trib. Perugia 26 giugno 2001; Appello Firenze 9 agosto 2001; Trib. Pisa 22 dicembre 2001; Trib. Perugia 16 aprile 2002; Trib. Milano 29 ottobre 2002; Trib. Milano 21 novembre 2002; Trib. Verona 8 gennaio 2003; Trib. Roma 8 aprile 2003; Trib. Bologna 16 giugno 2003; Trib. Bologna 30 settembre 2003; Trib. Parma 21 ottobre 2003. Contro il riconoscimento si sono invece pronun-

ciati Trib. S. Maria Capua Vetere 14 luglio 1999 e Trib. Belluno 25 settembre 2002.

<sup>9</sup> In *Trusts ed attività fiduciarie*, 2003, pag. 580.

<sup>10</sup> Visionabile nel sito [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it).

<sup>11</sup> La prudenza professionale ci indurrà, nel caso di specie, a “vestire” il *trust* in questione di elementi e finalità successorie o anche di altra natura, che esulino dalla mera protezione del patrimonio del professionista, in modo da ulteriormente scongiurare l’eventualità che il giudice lo consideri “ripugnante” al nostro ordinamento e neghi il suo riconoscimento, ai sensi dell’art. 13 della Convenzione. Eventualità che comunque, come sopra detto,

visto il favorevole orientamento giurisprudenziale di merito (almeno finché sul punto non si pronuncerà la Corte di Cassazione), appare comunque piuttosto remota, laddove l’atto istitutivo di *trust* sia redatto “cum grano salis”.

<sup>12</sup> L’art. 155 comma IV c.c. prevede che “*L’abitazione della casa coniugale spetta di preferenza, e ove sia possibile, al coniuge cui vengono affidati i figli*” (ossia la moglie, nella stragrande maggioranza dei casi). Il provvedimento è trascrivibile presso l’Ufficio del Territorio – ex Conservatoria – e quindi opponibile ai terzi: vedasi da ultimo Cass. 29 agosto 2003 n. 12705.