



BREVI NOTE
IN TEMA DI TRUST (ANTI)-ANTIMAFIA, OVVERO:
LA SEGREGAZIONE DEI BENI IN FRODE ALLA LEGGE.

ALBERTO MARCHESE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il *trust-antimafia*: una prima definizione. – 3. *Trust-antimafia* e “causa in concreto” del vincolo segregativo. – 4. I protagonisti del *trust-antimafia*: il disponente (*settlor*). – 5. (*segue*) il beneficiario (*beneficiary*). – 6. (*segue*) il gestore (*trustee*). – 7. (*segue*) il guardiano (*protector*) – 8. Le criticità: il *trust-antimafia* tra esigenze di prevenzione e interessi individuali. – 9. I possibili rimedi: una rilettura in chiave assiologica del *trust-antimafia*.

1. Il terreno della lotta alla mafia è come un *campo minato* dove il minimo errore, la più lieve divergenza dal percorso indicato dagli artificieri, rischia di far esplodere una bomba sotto i piedi dell'inconsapevole passante.

È con questa consapevolezza – che suscita, al tempo stesso, un sentimento misto tra inquietudine e curiosità – che il giurista si accosta all'analisi di quei fenomeni, inediti e problematici, che l'analisi socio-economica del fenomeno mafioso gli pone dinnanzi¹.

La prevenzione patrimoniale ed il contrasto alla criminalità organizzata sul versante del *criminal-profit leverage*, rappresenta, appunto, uno di quei confini del diritto, quasi del tutto inesplorati, verso cui è pericoloso, ma indubbiamente esaltante, orientare la ricerca.

La mafia – che mi ostinerò a scrivere sempre con lettera minuscola non concorrendo ad elevarla al rango di soggetto istituzionale – rappresenta, infatti, dal punto di vista politico-

¹ «La segreta ambizione del giurista rimane sempre quella di porsi come soggetto protagonista, che governa il cambiamento attraverso la percezione dei problemi e l'individuazione delle soluzioni, in una continuità che non conosce fratture tra diagnosi sociale e terapia normativa. Non può venir meno la consapevolezza del proprio ruolo e della responsabilità, che la classe dei giuristi assume nel momento in cui osserva attivamente i mutamenti che si verificano sotto i propri occhi. Occorre la forte considerazione del bisogno di una “politica del diritto” capace di interpretare i fatti nuovi, incoraggiarli, rappresentarli. Se così non fosse, il giurista tradirebbe il proprio ruolo e si rassegnerebbe ad una funzione di osservatore passivo, di “notaio della storia”. Se ci si arrendesse all'idea che gli eventi si sviluppino secondo le regole economiche e maturano in contesti non governabili secondo le regole del diritto, sarebbe l'ammissione del fallimento della propria missione, testimoniata dall'incapacità di intervenire attivamente nella dinamica dei fenomeni. Un giurista di questo tipo abdica al proprio ruolo fondamentale, che è quello di conoscere il passato e preparare il futuro del sistema, proprio grazie alla coscienza della continuità tra realtà sociale e realtà giuridica, la cui saldatura è precaria, sempre esposta a minacce e fratture, ma che proprio l'opera del giurista consente di potenziare e di salvaguardare.» Così, testualmente, MAZZÙ C., *Nuovi modelli di status nel diritto di famiglia*, Relazione al Convegno dal titolo “*Persona e comunità familiare*”, Salerno 28-29 settembre 2012, ora in www.comparazionedirittocivile.it.

economico un problema non certo meno evidente e preoccupante di quanto non sia dal punto di vista giuridico-criminale.

Tuttavia, non è assolutamente realistico immaginare di addivenire – quantomeno in tempi rapidi – ad una totale esautorazione, dal tessuto economico nazionale, di rapporti o connivenze con la criminalità organizzata che – connettendosi direttamente alla fase, per così dire, “genetica” dei singoli investimenti – risultano, invece, “consustanziali alla stessa struttura economica delle imprese coinvolte”.

Un’impresa, sebbene frutto d’investimento illecito, è pur sempre una “risorsa comune” di cui il territorio – specie se collocato in zone a scarsa potenzialità industriale – non può più fare a meno se non al prezzo, a volte eccessivo, di ingiustificati licenziamenti e di una grave perdita in termini di ricchezza e competitività².

² «[...] si può dunque affermare che l’indicazione, tra i beni suscettibili di ablazione prevenzionale, di quelli che possano essere qualificati quali frutto o reimpiego di attività illecite allude chiaramente a fenomeni di ritorno o di riciclaggio, comunque successivi all’acquisizione del bene. I distinti concetti di “frutto” e “reimpiego” richiamano, infatti, il fenomeno dell’impresa (soggettivamente o oggettivamente) mafiosa. Può definirsi impresa (oggettivamente) mafiosa quell’impresa costituita (o acquistata) per iniziativa di un’organizzazione criminale, la quale ne ha la gestione ovvero quella gestita, in modo diretto o indiretto, da un singolo criminale mafioso nel proprio esclusivo interesse. In una secondaria accezione, si può parlare di impresa (soggettivamente) mafiosa per indicare la così detta “società ad infiltrazione mafiosa”, nella quale l’imprenditore, pur estraneo all’organizzazione criminale, instaura con questa rapporti stabili di convivenza, accettandone i servizi offerti e ricambiandoli con altri servizi complementari. In tale ultima accezione l’impresa mafiosa è quella che entra in rapporti più o meno stabili con le organizzazioni criminali, pur senza essere né inserita (in) né “contigua” ad esse. La più attenta dottrina ha focalizzato l’attenzione su alcune figure sintomatiche, le quali denotano l’acquisizione e la gestione, sia dirette che indirette, del controllo sugli appalti, ai fini dell’instaurazione di un procedimento di prevenzione patrimoniale; in tale ambito, la distinzione che appare maggiormente rilevante è quella tra imprenditore colluso ed imprenditore subordinato. È abbastanza facile arguire che la condotta dell’imprenditore subordinato, destinatario di costrizioni mafiose, esula dalle maglie della rilevanza penale, dovendosi ritenere inesigibile e, come tale, non punibile qualsiasi comportamento diverso da quello, in concreto, assunto. Non così con riguardo all’imprenditore colluso. Sul punto, si è correttamente sostenuto che il vantaggio reciprocamente perseguito dall’imprenditore e dal sodalizio criminale, l’adempimento di reiterate prestazioni in favore di quest’ultimo, ed ancora, il carattere altamente fiduciario del rapporto di scambio che viene ad instaurarsi tra l’imprenditore e l’associazione mafiosa, nonché l’esistenza di un movente autonomo dell’imprenditore, siano tutti elementi idonei ad integrare un vero e proprio “contributo”, penalmente rilevante, a favore dell’organizzazione criminale. Ciò consente di individuare nell’impresa mafiosa le componenti del vincolo associativo mafioso e della condizione di assoluto assoggettamento che ne deriva, così come tipizzati nell’art. 416 bis c.p. Quanto all’aspetto esteriore, la veste formale abitualmente assunta dall’impresa mafiosa è, normalmente, quella della società di capitali, in modo da apparire autonoma rispetto alle persone fisiche che la manovrano. Verificata la presenza di talune evenienze sintomatiche, potrà essere disposta la confisca dell’intera impresa e di tutto il complesso aziendale, quali “frutto e reimpiego” di attività illecite anche là dove emerga un’origine perfettamente “lecita” dei capitali inizialmente investiti, stante il loro reimpiego in un contesto economico geneticamente viziato dalla commissione di atti illeciti. Può, poi, prospettarsi il caso in cui l’incremento patrimoniale, discendente dal reimpiego di profitti “illeciti”, riguardi beni già rientranti nella legittima disponibilità del soggetto proposto o prevenuto. Spesso, però, non è agevole distinguere, in concreto, la componente lecita di un patrimonio da quella illecita. Un diverso approccio metodologico deve invece essere seguito con riferimento alla differente ipotesi di un’impresa sottoposta alla signoria del proposto (o del prevenuto), ma tuttavia condotta con metodi perfettamente leciti: è, ad esempio, il caso di un’attività commerciale di rivendita di beni o di prestazione di servizi. In tal caso, infatti, ciò che viene in luce è un’impresa avviata ed esercitata con capitali mafiosi: sarà, pertanto,

Il moderno diritto antimafia ha, dunque, un *doppelten Zweck*: da un lato, l'insopprimibile esigenza di contrasto del fenomeno criminogeno – da attuarsi mediante l'impiego di procedure (a carattere preventivo e/o ablativo) idonee a sottrarre alla disponibilità degli affiliati ai *clan* malavitosi la gestione di vaste aree industriali e delle correlate ingenti fortune – e, dall'altro, la “salvaguardia” di quanto di economicamente vantaggioso sia stato comunque realizzato attraverso l'investimento ed il reimpiego di proventi illeciti³.

2. In un tale scenario si colloca il tema del così detto *trust-antimafia*, il cui scopo precipuo è appunto quello di garantire – attraverso una radicale opera di separazione organica e gestionale – il prosieguito di un'impresa (o la “tutela” di un patrimonio), la cui titolarità era precedentemente posta in capo a soggetti collegati, in via immediata o riflessa, alla criminalità organizzata⁴.

indispensabile, ai fini della confisca prevenzionale, verificare l'esistenza o meno di quel rapporto di proporzionalità tra i redditi dichiarati dal proposto e gli investimenti effettuati.» Così, testualmente, nel nostro, *Misure di Prevenzione e Status Personali*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2012, pp. 21 ss.

³ La tipica funzione “di prevenzione” che caratterizza la moderna legislazione antimafia (informative prefettizie, misure di prevenzione a carattere personale e patrimoniale, provvedimenti ablatori a scopo cautelare) sospinge l'interprete – che analizza le medesime vicende alla luce dei comuni principi civilistici – a ricercare un costante punto di equilibrio, un “centro di gravità permanente”, fra l'interesse “diffuso” alla repressione dei reati e le basilari esigenze di garanzia dei diritti (e delle libertà fondamentali) dell'individuo in tema, ad esempio, d'iniziativa economica privata e tutela della proprietà. Scopo indiretto della normativa di prevenzione è, dunque, quello di preservare e garantire il mercato, attraverso procedure di “bonifica sociale” che rendano concretamente praticabile il libero gioco della concorrenza. Un tal fine si scontra però con la libertà dell'attività economica individuale che sovente viene ad essere vietata – attraverso procedure di carattere interdittivo – semplicemente sulla base di un mero sospetto di connivenza o contiguità con strutture del crimine organizzato. Il tema è complesso e la recente introduzione del codice antimafia – pur apprezzabile, siccome rappresentativa di un primo tentativo di disciplina organica – non esenta comunque gli interpreti dalla verifica costante delle singole scelte (legislative ed) operative. Sul tema si veda il pregevole contributo di MAZZARESE S., *Analisi interdisciplinare delle misure patrimoniali antimafia e riordino di sistema*, in Mazzarese S. – Aiello A. (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia*, Milano, 2010, pp. 3 ss.

⁴ Quando si discorre di *trust* – ed *a fortiori* di *trust-antimafia* – il riferimento implicito è, ovviamente, sempre e comunque, al così detto “*trust* interno” quale contratto scritto in lingua italiana – “immagine” di un “tipo” sociale generalmente riconosciuto” – conforme (almeno parzialmente) ad un modello straniero, regolato (in massima parte) da una legge straniera ma sottoposto a giurisdizione italiana. Si è, dunque, di fronte ad un fenomeno per alcuni versi *similare* rispetto a quello del “contratto *alieno*” inteso come contratto in lingua straniera (usualmente l'inglese), conforme (quasi del tutto) al modello straniero ma in cui le parti espressamente scelgono, quale legge applicabile, il *diritto italiano* e, *conseguentemente*, a questa legge rinviano la soluzione di eventuali controversie giuridiche. Il “*trust* interno” – nella versione ad oggi più accreditata in dottrina e giurisprudenza – si presenta, pertanto, come un contratto “*anomalo*”, che prevede, per la sua intima configurazione, la scelta di una legge *straniera* e di un giudice *italiano*. Se si volesse operare una sommaria generalizzazione, i tratti peculiari del “*trust* interno”

Quando si discorre di *trust-antimafia* non bisogna, tuttavia, indulgere nella facile tentazione di pensare che quest'ultimo possa rappresentare un comodo rimedio per ovviare a pur possibili errori dell'autorità giudiziaria in sede di applicazione (e prima esecuzione) di una misura interdittiva o di prevenzione patrimoniale⁵.

Non è questo un compito che l'ordinamento possa demandare al singolo professionista (avvocato o notaio), di volta in volta, chiamato, invece, a valutare la possibilità che di quel compendio di beni funzionali allo scopo d'impresa (l'azienda, nel linguaggio giuridico corrente)

sarebbero sovrapponibili tanto a quelli del “contratto *alieno*” così come a quelli del “contratto *anomalo*” perché, in definitiva, non sarebbero identificabili *tout court* con quelli di un mero “contratto *atipico*”. Infatti, il *trust* non risulta regolato dalla legge italiana bensì dalla legge straniera (la cui scelta è, secondo l'opinione dominante, considerata imprescindibile ai fini della riconoscibilità del *trust*). In definitiva, l'unico, vero, elemento di comunanza tra “contratto *alieno*”, “contratto *anomalo*” e *trust* sarebbe la clausola con cui viene designata, per rinvio, la giurisdizione italiana. In tutte e tre le fattispecie, però, la designazione del giudice italiano non risulta immune da possibili contestazioni: infatti, riguardo al rapporto tra “*trust-interno*” e “contratto *anomalo*”, risulta difficile giustificare in modo coerente, sul piano logico-giuridico, la scelta di un diritto sostanziale (*lex causae*) differente dal diritto processuale (*lex fori*), ugualmente riguardo al “contratto *alieno*” risulta difficile giustificare l'opzione di un diritto sostanziale e di un diritto processuale diversi dalla lingua, dalla struttura e dal contenuto del contratto concluso. Sulla qualificazione del *trust* interno come “immagine” di un modello tipologico ampiamente riconosciuto nel tessuto sociale, cfr. BIANCA C. M., *Il contratto. Diritto civile III*, Milano, 2001, pp. 472 ss., secondo cui «*Il tipo contrattuale è in ampio senso il modello di un'operazione economica ricorrente nella vita di relazione. [...] Il tipo contrattuale si distingue in legale o sociale. Il tipo contrattuale legale è un modello di operazione economica che si è tradotto in un modello normativo, cioè in un modello di contratto previsto e disciplinato dalla legge. Il tipo sociale è invece un modello affermatosi nella pratica degli affari ma non regolato specificamente dalla legge.*». Sulla distinzione tra “contratto *alieno*” e “contratto *anomalo*” si vedano le pregnanti considerazioni di DE NOVA G., *Il contratto alieno*, Torino, 2008, pp. 40 ss. L'A. individua accanto al noto fenomeno dei contratti atipici quello dei “contratti *alieni*” e dei “contratti *anomali*”. Il “contratto *alieno*”, in particolare, si avrebbe allorché un soggetto non italiano (ovvero italiano ma controllato da uno straniero, come nel caso delle *holding* societarie) stipuli un contratto in Italia con un soggetto italiano che ha una forza contrattuale sufficiente ad imporre, quale legge applicabile, il diritto italiano. In definitiva la categoria del “contratto *alieno*” risulta più ampia di quella del mero contratto atipico, perché inerente a rapporti di internazionalità (esempi ne sarebbero lo *share purchase agreement*, in ambito di vendita di partecipazioni sociali qualificate, la *business sale*, simile ad una cessione di azienda; il *not compete contract* che potrebbe ricondursi al patto di non concorrenza ed, ovviamente, il *trust*). Il “contratto *anomalo*” si qualificherebbe, invece, argomentando *a contrario*, per evidenti elementi di distonia (o divergenza) rispetto a quelli di un predefinito “contratto *alieno*”, rappresentando, per così dire, un “contratto atipico” rispetto a quest'ultimo. Con particolare riferimento, poi, all'utilizzabilità del *trust* per finalità antimafia cfr. GALASSO A. – MORMILE L., *Il “trust antimafia” tra principi generali ed interessi antagonisti*, in *Trusts ed attività fiduciarie*, 6/2012, pp. 592 ss.

⁵ Per un'analisi accurata delle precue caratteristiche della legislazione antimafia, cfr. MESSINEO F., *Punti di forza e criticità delle misure patrimoniali tra diritto dottrinale e diritto giurisprudenziale*, in Mazzaresse S. – Aiello A. (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia*, cit., pp. 541 ss.; ed ancora, MOROSINI P., *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, in Fiandaca G. – Visconti C. (a cura di), *Scenari di Mafia*, Torino, 2010, pp. 536 ss.; DI LEGAMI R. – CHINNICI G., *Amministrazione giudiziaria e tutela dei terzi nel codice antimafia. Aggiornato con il commento alla legge 24 dicembre 2012 n. 228 (legge di stabilità 2013)*, Pisa, 2012, pp. 4 ss.

si possa ancora salvare qualcosa da mettere a profitto dell'intera collettività, garantendone una gestione economicamente corretta e giuridicamente trasparente.

L'imprenditore coinvolto in un'indagine per reati di mafia, se colpito, ad esempio, da un provvedimento interdittivo di competenza prefettizia avrà, infatti, tutto l'interesse che la sua impresa, nelle more della definizione di un futuribile giudizio, continui ad operare sul mercato senza svalutare il proprio valore economico e senza perdere profittevoli *chances* di futuri guadagni.

Ciò sarà concretamente possibile solo dopo aver ottenuto – da parte dei competenti organi prefettizi – la così detta “liberatoria antimafia”⁶ la quale, però, viene sovente negata anche sulla base di un semplice sospetto che possa fondare, come già ricordava il Consiglio di Stato, un «*giudizio valutativo di tipo prognostico nel quale assumono rilievo, per legge, fatti e vicende anche solo sintomatici e indiziari*»⁷

Il fatto che l'impresa continui ad operare sul mercato non configura, di per sé, alcun tipo

⁶ In tema d'informative e certificazioni antimafia, una prima riforma organica si era già avuta ad opera del D.P.R. n. 252 del 3 giugno 1998 recante “Norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia”; oggi la materia risulta ulteriormente revisionata ad opera del codice antimafia che ha recepito ed aggiornato gran parte della normativa preesistente. Nel testo concordato con la legge di stabilità per il 2013 gli articoli da 90 a 95 disciplinano infatti tutti gli aspetti salienti della c.d. “procedura preliminare”. In particolare l'art. 91 prevede l'obbligo delle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici di acquisire specifiche informazioni prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti il cui valore sia superiore alla c.d. soglia comunitaria (ad oggi pari a 150.000,00 Euro). Un tale limite si spiega con la volontà del Legislatore di evitare che possano fruire di soldi e rimesse pubbliche coloro i quali, pur risultando formalmente incensurati, intrattengano rapporti “sospetti” con la criminalità organizzata. Per ragioni di speditezza commerciale, poi, con riferimento ai contratti “sotto-soglia” il Legislatore sembra aver consapevolmente accettato il rischio di possibili infiltrazioni o connivenze le quali, dunque, potranno essere contrastate soltanto *ex post* attraverso il normale esito delle indagini di polizia. Da un punto di vista sistematico il codice antimafia distingue le comunicazioni dalle informazioni antimafia. Le prime escludono qualsiasi valutazione discrezionale da parte degli organi prefettizi mentre, le seconde, oltre ad essere volte alla certificazione delle cause di decadenza, sospensione o divieto, derivanti dall'applicazione delle misure di prevenzione, servono ad acclarare la sussistenza (o meno) di tentativi d'infiltrazione mafiosa. Logicamente, le informative che fanno desumere tentativi d'infiltrazione mafiosa comportano una valutazione di tipo discrezionale da parte dell'autorità competente che, per superare il vaglio di ammissibilità, dovrà essere sorretta da adeguate ragioni giustificatrici. Così si spiega la scelta, per altro verso sibillina, di considerare tassative le ipotesi, elencate dal codice, in cui deve obbligatoriamente procedersi all'emanazione di un'informativa antimafia a carattere interdittivo. L'accertamento giudiziale riguardo agli atti impugnati andrà fatto, poi, secondo le regole del *diritto amministrativo* e non del *diritto penale*, in cui il giudizio non ha natura impugnatoria e i fatti da accertare sono esclusivamente quelli compiuti dall'imputato a titolo di dolo (o colpa). Sul punto cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 4574 del 17 luglio 2006; sez. IV, n. 2783 del 4 maggio 2004; sez. VI, n. 149 del 14 gennaio 2002; sez. VI, n. 5710 del 24 ottobre 2000. Sulla valutazione delle cc.dd. informative atipiche o supplementari da parte della stazione appaltante e sul conseguente obbligo di motivare il provvedimento espulsivo, v. Cons. Stato, sez. VI, n. 3484 del 22 giugno 2007; sez. V, n. 2828 del 31 maggio 2007.

⁷ Sul punto cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2001, n. 4724.

di reato e neanche il fatto che l'impresa appartenga a quel determinato imprenditore configura, per il momento, un reato tipico: siamo, infatti, nel campo delle misure di prevenzione antimafia e non in quello della repressione dei reati.

Tuttavia, la mancanza della liberatoria – inibendo la possibilità di proseguire nella gestione dell'impresa – comporta, sul versante patrimoniale, l'equivalente dell'applicazione di una pena che, paradossalmente, potrebbe risultare anche di gran lunga superiore rispetto a quella infliggibile – all'esito del relativo giudizio penale – a carico dell'imprenditore colluso o connivente.

Fissato un punto di partenza alla nostra indagine, un dubbio sorge in maniera quasi incondizionata e cioè: *nell'operare una scelta così radicale il disponente ha sempre ben chiara quale sarà la sorte dei beni da lui stesso vincolati?*

Difficilmente la risposta al quesito potrà essere affermativa e ciò non tanto per la scarsa competenza giuridica del nostro ipotetico interlocutore quanto piuttosto per il fatto che le singole clausole di cui si comporrà l'atto istitutivo del *trust* potranno far assumere a quest'ultimo un determinato aspetto ovvero il suo esatto contrario.

Certamente, scopo ultimo del disponente sarà quello, se possibile, di non perdere per sempre la titolarità dei beni aziendali, ma di poterla, ad esempio, recuperare allorquando il relativo procedimento a suo carico si sarà (positivamente) concluso; o ancora, in alternativa rispetto alla prima soluzione, egli vorrà destinare l'impresa a persone a lui care, quali figli o nipoti, pur rinunciando a qualunque forma di cogestione o di controllo.

Di contro, l'ordinamento giuridico si farà, invece, portatore di un interesse di tipo antagonista, che sospinge verso l'adozione di scelte più radicali – funzionali alla completa spoliazione dei beni e all'affidamento di questi ultimi a favore di soggetti terzi d'indiscussa competenza ed imparzialità – garantendo, tutt'al più, in caso di *error in iudicando* (*rectius, in procedendo*), un ristoro patrimoniale *sub specie* di risarcimento del danno.

3. È evidente che il *trust*, al pari degli altri istituti di diritto privato, possa prestarsi ad abusi e distorsioni ogni qual volta la “causa concreta”⁸ che ad esso sottenda sia illecita o, comunque,

⁸ Risulta imprescindibile un rinvio alla sconfinata letteratura, italiana ed europea, in tema di causa del contratto. Con particolare riferimento alle differenze fra causa “in astratto” e causa “in concreto”, fra causa quale funzione economico-sociale del contratto e causa quale funzione economico-individuale del negozio ed ancora sulla valutazione degli interessi meritevoli di tutela e sulla possibile coincidenza fra il giudizio di liceità e quello, appunto di meritevolezza, cfr., senza pretesa alcuna di esaustività, PUGLIATTI S., *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, Messina, 1942; BETTI E., *Causa del negozio giuridico*, Torino, 1959; CAPITANT H., *De la cause des obligations*, Paris, 1927; JOSSERAND L., *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, 1928; DE RUGGIERO R., *Istituzioni di diritto civile*, Messina, I, 1948; FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1965; GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 1994; GAZZONI F., *Causa, tipo e negozio nella civilistica italiana ed europea*, Napoli, 2001; BRECCIA

elusiva di specifiche disposizioni di legge.

Risulta pertanto indispensabile, di volta in volta, indagarne il fondamento, analizzarne la struttura e sottoporre a costante revisione critica ogni singola scelta operativa e ciò non soltanto al fine di scongiurare manipolazioni distorsive che ne sovvertono la *ratio* nel precipuo caso concreto, quanto piuttosto di evitare una generale “perdita di fiducia” nei confronti di un “meccanismo giuridico importante”, i cui frutti non sono, ancora, giunti a piena maturazione.

Le caratteristiche concrete del singolo *trust* dovranno, pertanto, essere tali da consentire che la dismissione delle partecipazioni societarie – ad opera dei soggetti coinvolti nel procedimento di prevenzione antimafia – venga attuata secondo modalità prestabilite che ne garantiscano, in futuro, l'impermeabilità rispetto a possibili (ed immaginabili) tentativi d'infiltrazione mafiosa.

Senza dubbio il *trust* – essendo strumento giuridicamente neutro ed estremamente duttile – ben si presta a dar vita a forme di segregazione patrimoniale sia transitorie che permanenti, idonee a garantire, ai singoli operatori economici, una più ampia scelta in termini di gestione ed organizzazione degli assetti patrimoniali coinvolti⁹.

Le parti potranno, dunque, prevedere una durata più o meno lunga del vincolo giuridico così come, parimenti, avranno la facoltà di disciplinare la revocabilità del *trust*, con conseguente ripristino della situazione *quo ante* a far data dall'atto di revoca.

Non può poi, di certo, escludersi *a priori* l'eventualità che vengano ad essere scelti, in qualità di *trustee* o beneficiari, soggetti comunque collegati con il precedente *criminal-management* o che intrattengano con quest'ultimo “rapporti equivoci”, per non dire, esplicitamente conniventi.

Un tale pericolo sembra assumere maggiore consistenza plastica proprio in quelle ipotesi, cui prima si faceva riferimento, dove, alla durata della segregazione, venga imposto un *dies ad*

U., *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002; ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato Indica-Zatti*, Milano, 2001. Con riferimento alla giurisprudenza, v. Cass. Civ., sez. III, del giorno 8 maggio 2006, n. 10490; Cass. Civ., sez. III, del 20 marzo 2012, n. 4372; e, da ultimo, Cass. Civ., sez. I, del 14 settembre 2012, n. 15449.

⁹ L'estrema duttilità del *trust* comporta la sua idoneità ad assolvere molteplici funzioni, com'è dimostrato dalla possibilità di dar vita a forme di segregazione patrimoniale al solo fine di occultare grossi capitali, svincolandoli dagli originari intestatari con l'intenzione di eludere la disciplina fiscale e tributaria italiana. Per un'esauritiva panoramica delle varie problematiche connesse, cfr. MAZZÙ C., *Trust e ibridazione delle regole: dal contratto all'operazione economica*, in Id., *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, vol. I, Torino, 2011, pp. 137 ss.; ID., *Il trust tra soggettività contingente e oggettività negoziale*, Relazione al Convegno dal titolo “*Applicazioni dei trust nella vita professionale*”, Catania - 29 gennaio 2011, dove l'A. parla espressamente di “*polimorfismo causale*” e di “*pluralismo strutturale*” dei *trust*, preconizzando, sulla scia dell'insegnamento di Pugliatti, un epocale transito dogmatico *dal trust ai trust(s)*; ed ancora, LUPOI M., *Segregazione patrimoniale e Trust*, Milano, 2011, pp. 23 ss.; ID., *La segregazione ambigua*, Torino, 2010, pp. 67 ss.; SANTORO L., *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002, pp. 45 ss.; BENEVENTI I., *I trust in Italia*, Milano, 2008, pp. 5 ss.; ONIDA V., *L'abuso del diritto nella costituzione economica*, Milano, 2007, pp. 13 ss.;

quem eccessivamente breve; è, infatti, abbastanza evidente come la temporaneità del vincolo giochi a favore di chi aneli a rientrare al più presto nel possesso dei beni segregati.

Ma, se ben adoperato, il medesimo strumento giuridico potrà servire allo scopo diametralmente opposto¹⁰.

Attraverso il *trust* si potrà realizzare una netta discontinuità tanto nella gestione quanto nella titolarità dei beni vincolati; garantendo la massima operatività possibile, sul piano funzionale, insieme ad un elevato livello di trasparenza (e, dunque, di controllo), sul piano gestorio¹¹.

Diversamente, il colore neutro che normalmente caratterizza la causa dell'istituto sembrerà virare verso i toni del grigio-nero tipici di un contratto fraudolento o illecito. Da qui la necessità di un serrato controllo "preventivo", "concomitante" e "susseguente" che permetta di osservare il concreto atteggiarsi della vicenda giuridica esaminata.

Il controllo di tipo preventivo avrà così riguardo all'astratta "meritevolezza dell'interesse protetto" da valutarsi alla luce dell'interesse sociale "preminente" che giustifica l'adozione di un meccanismo talmente vincolante, qual è, appunto, la segregazione patrimoniale; successivamente, la gestione dei beni oggetto del *trust* dovrà costantemente essere aggiornata e bilanciata con le esigenze di politica criminale che impongono l'attuazione della normativa prevenzionale; infine, esaurita la fase di gestione economicamente conveniente, un ulteriore e definitivo controllo s'impone allorché debba essere valutata la possibilità di restituire il residuo dei beni vincolati – sciogliendo definitivamente il *trust* – ovvero deciderne un diverso reimpiego.

Il filtro principale, entro le cui strette maglie, è destinata a scorrere la linfa vitale del *trust-antimafia* è rappresentato così da quel particolarissimo *mixage* di "coscienza civica" ed "esigenze di prevenzione", i cui effetti sono destinati a riverberarsi, in via diretta, sul tessuto economico in cui operano le singole imprese interessate.

Punto di convergenza, per così dire, obbligato, nell'analisi del fenomeno in questione, è

¹⁰ È il noto fenomeno dell'*eterogenesi dei fini* - in tedesco *Heterogenie der Zwecke* - postulato dal filosofo e psicologo empirico Wilhelm Wundt sul finire del secolo XIX. Con tale locuzione si fa riferimento a un campo di fenomeni i cui contorni e caratteri trovano più chiara descrizione nell'espressione «*conseguenze non intenzionali di azioni intenzionali*». Sul punto, cfr. WUNDT W., *Ethik*, in *System der Philosophie*, vol. I, Berlin, 1889.

¹¹ Sull'utilizzo del *trust* a fini "protettivi" o di "controllo" v., *ex plurimis*, GAZZONI F., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente", su trust e trascrizione)*, in *Riv. notariato*, 2001, pp. 11ss.; ID., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. notariato*, 2002, pp. 1107 ss.; LUPOI M., *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, *Riv. notariato*, 2001, pp. 1159 ss.; GAMBARO A., *Noterella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, pp. 257 ss.; ed ancora, per una panoramica "internazionalistica" cfr. GALLUZZO F., *Il trust internazionale ed il trust interno: compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, in *Corriere giur.*, 2003, pp. 264 ss.; MARICONDA V., *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, in *Corriere giur.*, 2004, pp. 76 ss.; DI CIOMMO F., *Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno*, in Lupoi M. (a cura di), *Trusts*, 2003, pp. 178ss

l'effetto prodotto dall'adozione di quegli strumenti, tipici della normativa di prevenzione antimafia, che hanno come scopo precipuo quello di "distrarre" i beni di sospetta provenienza illecita dalla "gestione ambigua" di un'impresa potenzialmente contaminata dal fenomeno mafioso.

Viene così in rilievo, innanzitutto, l'informativa prefettizia a carattere interdittivo, a seguito della quale l'impresa sottoposta a controllo rischia di venire del tutto estromessa dal circuito economico di riferimento, a prescindere dalla salvaguardia dei livelli occupazionali o, ancora, dalle legittime pretese creditorie dei soggetti che con l'impresa in questione costantemente si relazionano (quali, a titolo meramente esemplificativo, i committenti, i fornitori, o gli altri imprenditori del così detto "indotto industriale").

È chiaro, infatti, che attorno ad una qualunque impresa (sia essa di piccola, media o grande dimensione) si coagulano, indifferentemente, interessi di varia natura, talvolta assolutamente distanti, per non dire del tutto antitetici, rispetto a quelli dell'originario titolare.

Ciò legittima l'emanazione della misura interdittiva non già sulla base del mero sospetto, bensì di certe e verificabili risultanze probatorie, le quali dovranno altresì superare il vaglio di una verifica in termini di logicità e ragionevolezza che sappia tenere conto della necessità pratica di un costante bilanciamento tra esigenze di repressione e contrasto alla criminalità organizzata e salvaguardia dell'economia di un dato territorio.

Nel caso del *trust-antimafia* l'indagine risulta, poi, particolarmente difficoltosa perché, come detto, ingloba in sé il giudizio prognostico sull'idoneità del meccanismo segregativo ad escludere definitivamente il rischio d'ingerenze malavitose esterne e ad operare una netta cesura tra la vecchia e la nuova compagine sociale.

Indici eloquenti di una tale volontà sono, dal punto di vista fenomenico, le caratteristiche estrinseche del singolo *trust* che deve, dunque, "apparire" (oltre che "essere") totalmente neutro e funzionale allo scopo.

In primo luogo s'impone, pertanto, una necessaria e totale dismissione delle quote di proprietà da parte di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento d'informativa antimafia, con contestuale conferimento all'interno del *trust* delle singole partecipazioni (anche indirettamente) detenute.

Secondariamente la nomina di un *trustee* che offra garanzie di assoluta imparzialità e di competenza gestionale (da un punto di vista economico oltre che, ovviamente, giuridico).

Ancora, l'esplicita previsione di una clausola che renda il *trust* irrevocabile nonché la determinazione della durata del vincolo per un arco temporale indiscutibilmente ampio, non inferiore al trentennio, idoneo di per sé ad evitare che i frutti della gestione possano beneficiare, nel lungo periodo, proprio quei soggetti ai quali essa è stata, scientemente, sottratta.

Infine, la nomina di un "guardiano del *trust*" che possa raccordarsi agevolmente con l'autorità giudiziaria, al fine di una costante verifica circa il concreto perseguimento dello scopo

stabilito.

In definitiva, l'analisi congiunta di tutti questi elementi conduce, in via mediata, alla valorizzazione della causa concreta del *trust* che va ravvisata nell'*esplicita finalità di salvaguardare la prosecuzione dell'attività d'impresa – preservandone al contempo l'avviamento nonché i livelli occupazionali correnti – attraverso un meccanismo legale di spoliazione che conferisca ad un soggetto indipendente la gestione controllata di tutte le attività economiche al riparo dal rischio di commistioni indebite con la criminalità organizzata di stampo mafioso.*

Sarà, logicamente, compito dell'autorità giudiziaria valutare se il concreto assetto d'interessi programmato, così come lo strumento individuato (il *trust*, nel nostro caso), siano effettivamente confacenti ed idonei allo scopo perseguito.

4. Chiariti brevemente i termini essenziali della questione, non resta adesso che valutare l'incidenza delle singole scelte operative con riferimento alle figure essenziali di un qualsiasi *trust*, vale a dire disponente (*settlor*), gestore (*trustee*), beneficiario (*beneficiary*) ed, eventualmente, guardiano (*protector*).

Con riferimento al soggetto disponente (*settlor*) è già stato messo in luce come quest'ultimo solo "controvoglia" e, dunque, forzatamente addivenga alla decisione di vincolare in *trust* la propria impresa; egli pertanto concepirà una tale scelta come l'*extrema ratio* cui fare ricorso solo là dove ogni differente alternativa (vendita con patto riscatto, intestazione fiduciaria delle quote detenute in proprietà, donazione) gli risulti preclusa o meno conveniente.

Il disponente dovrà quindi riflettere attentamente sul rischio che l'interdittiva antimafia, si possa trasformare, nei suoi riguardi, in un provvedimento di prevenzione a carattere reale (dal contenuto tipicamente ablatorio), ponderando altresì la sua scelta sull'opportunità (o meno) di affidare, per un lungo periodo di tempo, la gestione della propria impresa a soggetti terzi, con la consapevolezza di non poterne, a rigore, più godere i frutti.

Non è, pertanto, un caso che le poche ipotesi di *trust-antimafia* finora portate a termine siano state originate da situazioni d'indubbia e rilevante gravità dove il coinvolgimento criminale dei soggetti posti ai vertici dell'impresa era, più che un dato giudiziario bisognoso d'accertamento, un fatto storico difficilmente controvertibile.

5. Su di un piano, per così dire, parallelo rispetto a quello del disponente si colloca, all'evidenza, colui il quale viene ad essere individuato, dall'atto istitutivo, destinatario degli effetti giuridici scaturenti dalla (pratica) gestione del *trust*: il beneficiario (*beneficiary*).

L'eloquenza linguistica dell'appellativo lo conferma, è costui il soggetto cui verranno imputati, in via diretta, i risultati (prevalentemente positivi) dell'amministrazione fiduciaria.

Nel caso di un *trust-antimafia*, tuttavia, la particolare “funzione sociale” che l’istituto è chiamato a svolgere, impone di considerare effettivo beneficiario della gestione non già colui al quale detta qualifica venga attribuita da una singola clausola dell’atto (c.d. beneficiario formale), bensì colui al quale l’atto in questione attribuisca diritti od aspettative sul bene o sui redditi vincolati (c.d. beneficiario sostanziale o qualificato).

Una definizione latamente generica potrebbe comportare, infatti, problemi di non facile soluzione sia in relazione ad aspetti di diritto sostanziale che processuale.

La posizione beneficiaria, potendo vantare diritti sia sui redditi che sui beni del fondo, se non adeguatamente circoscritta e definita, potrebbe dar luogo ad equivoci in grado di compromettere la stessa validità del *trust*.

Da un punto di vista pratico, poi, le posizioni beneficiarie potranno attribuire al titolare (sostanziale) sia delle “mere aspettative” che “concreti diritti di credito” nei confronti del *trust* e dunque, in via correlata, nei confronti del soggetto cui spetta la gestione (il *trustee*).

Là dove il beneficiario del *trust* sia titolare, in via diretta, di diritti sul fondo vincolato o sui redditi del fondo stesso, egli verrà tecnicamente definito quale “assegnatario” (*vested*). Se egli avrà la prerogativa di esercitare altresì taluni diritti in via immediata, la sua posizione sarà quella di un “assegnatario con possesso” (*vested in possession*); mentre, di contro, se potrà esercitare i propri diritti solo in conseguenza di un evento futuro – quale, ad esempio, l’autorizzazione del *trustee* – la sua posizione sarà quella di “assegnatario in attesa” (*vested in interest*); infine, nel caso limite in cui la qualifica di beneficiario risulti condizionata al verificarsi di un evento ad efficacia risolutiva, egli verrà definito “assegnatario precario” (*vested contingent*).

Ancora, la posizione giuridica del beneficiario – con riferimento alla propria specifica scaturigine – o potrà essere determinata *ab initio* dalle esplicite previsioni dell’atto istitutivo del *trust* oppure potrà essere rimessa *ex post* alle (altrettanto puntuali) determinazioni del *trustee* o di un soggetto terzo (quale, ad esempio, il così detto “guardiano” o *protector*).

Nel primo caso (*fixed trust*), la posizione del beneficiario sarà quella determinata dal disponente in sede di stipula dell’atto istitutivo mentre, nel secondo caso (*discretionary trust*), la posizione del beneficiario risulterà subordinata all’esercizio di una prerogativa di carattere latamente discrezionale attribuita, in sede di atto istitutivo, ad uno dei soggetti sopra ricordati.

La differente genesi della posizione giuridica beneficiaria comporta, logicamente, un diverso atteggiarsi dell’efficacia rispetto al patrimonio vincolato: infatti, nel caso in cui il diritto del beneficiario possa essere qualificato come *vested* (titolare di un *absolute interest of trust*) le utilità da esso emergenti – a seguito della proficua gestione del *trustee* – entreranno a far parte del patrimonio del beneficiario in via diretta, potendo essere da questi gestite nella più totale discrezionalità e, pertanto, divenire, nel tempo, oggetto di atti di disposizione a carattere traslativo (vendite o donazioni), successorio o cautelare (costituzione di garanzie reali a favore dei propri creditori).

Nel caso inverso, in cui la posizione del beneficiario sia meramente *contingent* o, addirittura, oggetto di un “*trust* discrezionale”, la stessa non potrà qualificarsi in termini di concreta e reale esigibilità producendo, in capo al soggetto titolare, una situazione giuridica di mera aspettativa.

In definitiva, è possibile descrivere compiutamente la posizione giuridica del singolo beneficiario solo operando un costante (e precipuo) rinvio al contenuto (concreto) dei diritti e delle prerogative che allo stesso competono in virtù dell’atto istitutivo.

La prismatica eterogeneità delle qualificazioni caratterizzanti la figura del beneficiario del *trust*, induce, adesso, ad una seria ed attenta riflessione circa la compatibilità di talune di esse con l’istituto peculiare del *trust-antimafia* che necessita, come più volte ricordato, di una più accurata valutazione in termini di organicità e trasparenza.

È da escludersi, ad esempio, la possibilità che sia il disponente (in ipotesi, soggetto già sottoposto a misure di prevenzione o comunque in procinto di esserlo) ad individuare arbitrariamente i diritti e le prerogative spettanti al beneficiario, così come a fissargli un termine di decadenza o ad imporgli una condizione risolutiva; siffatti atteggiamenti appaiono, infatti, totalmente distonici rispetto alla precipua finalità di evitare una fruizione indebita dei proventi del *trust* che dovranno essere, al contrario, assolutamente tenuti al riparo dal rischio di un’illecita distrazione.

Il beneficiario dovrà essere individuato sulla base di un criterio selettivo che sappia coniugare interesse privato e finalità pubblicistiche; la relativa procedura sarà così caratterizzata da un’accentuazione del carattere amministrativo rispetto a quello puramente negoziale, una sorta di “scelta ad evidenza pubblica” rispetto ad interessi di natura strettamente privatistica.

La determinazione del beneficiario – ad opera di un soggetto *super partes* quale il *trustee* o il guardiano – potrà, dunque, risultare pienamente confacente allo scopo prefissato, a condizione di fissarne i criteri selettivi sulla base di un protocollo condiviso (previamente autorizzato, se del caso, dalla competente autorità giudiziaria) con il quale s’individuino i concreti rischi d’infiltrazione mafiosa nonché il complessivo (sebbene necessariamente parziale) organigramma della nuova struttura.

Quanto, infine, alla concreta utilizzabilità dei proventi scaturenti dalla gestione del *trust* sarà opportuno distinguere il caso in cui il soggetto beneficiario sia una persona fisica (o un insieme di persone fisiche esplicitamente determinate) ovvero una persona giuridica di diritto privato piuttosto che, ancora, la collettività indistinta dei cittadini o una persona giuridica di diritto pubblico.

Solo nel primo e nel secondo caso potrà, infatti, ipotizzarsi un’acquisizione dei singoli proventi a titolo di piena ed esclusiva proprietà, con il limite, nel caso della persona giuridica di diritto privato, di un’eventuale destinazione vincolata allo scopo della singola società; nella terza e quarta ipotesi, invece, la qualificazione spiccatamente pubblicistica, direttamente correlata alla

natura del soggetto titolare, impone una necessaria finalizzazione dei proventi del *trust* a scopi di utilità sociale con un conseguente (e sempre più penetrante) controllo da parte degli organi statali (o regionali) appositamente preposti.

6. In posizione preminente fra tutti i “protagonisti” di un *trusts foundation contract* si pone, senza dubbi di sorta, il così detto gestore (o *trustee*) al quale risultano attribuiti, per esplicita previsione di qualsivoglia atto istitutivo, compiti e prerogative assolutamente peculiari che ne qualificano la relativa figura in termini di necessaria indefettibilità.

Ciò è tanto vero che, per paradosso, mentre può darsi, almeno concettualmente, un *trustee* senza *trust* – evenienza che si realizzerebbe allorché il gestore non abbia più a disposizione beni da amministrare – non sarebbe possibile, di contro, immaginare l’esistenza di un *trust* privo di *trustee*.

Assolutamente imprescindibile – nell’analisi delle singole e specifiche attribuzioni proprie del *trustee* – è il riferimento a quelle norme, mutate dalla legge inglese dell’isola di Jersey, cui fanno sovente riferimento i singoli atti istitutivi di *trust* e che si dimostreranno essenziali, ai fini della nostra indagine, per valutare l’intima coerenza dell’istituto *de quo* rispetto alle peculiari finalità del diritto antimafia.

Con esplicito riguardo ai requisiti minimi richiesti per assumere l’ufficio di *trustee*, la nostra analisi non può che affrontare, fin da subito, il discorso relativo a quelle caratteristiche (di natura personale e funzionale) che il soggetto deve possedere al fine di ricoprire l’ambito ruolo.

In particolare, per la nomina a *trustee* di un soggetto persona fisica, la legge inglese non richiede il possesso di *status* particolari quali, ad esempio, la maggiore età o la capacità di agire.

Le uniche espresse limitazioni previste dalla legge di Jersey sono, infatti, quelle che inibiscono l’assunzione del ruolo a soggetti sottoposti a procedure concorsuali (anche in via di definizione).

Una più attenta valutazione del complesso tessuto normativo inglese, alla luce della normativa inderogabile di diritto interno, induce, tuttavia, a più rigorose conclusioni.

Si deve, infatti, ritenere pacifico, sulla base dei principi generali del nostro ordinamento, che non possano validamente assumere l’ufficio di *trustee* quei soggetti la cui capacità giuridica o di agire non sia piena, così come, parimenti, coloro i quali si trovino in aperto conflitto d’interessi con gli scopi precipui del singolo *trust*.

Secondo il diritto anglosassone – ma un divieto in tal senso non sembra prospettabile neanche nel nostro ordinamento – sussiste, poi, la possibilità, regolata espressamente dalla *Trust’s Jersey Law*, di nominare dei *trustee* aggiuntivi con lo scopo di coadiuvare o sostituire, in base alle necessità del caso concreto, il *trustee* principale.

Per quanto attiene, nello specifico, al numero minimo di *trustee* che possono essere nominati affinché un *trust* si consideri validamente costituito, la medesima legge ne prevede almeno uno stabilendo che, là dove questi venga a mancare o sia comunque impedito nell'esercitare la relativa funzione, si nomini entro cinque giorni un sostituto.

Non è poi esclusa la possibilità di affidare il ruolo di *trustee* ad un'apposita società di gestione la quale tuttavia dovrà, quantomeno nel nostro Paese, rivestire necessariamente la forma giuridica di una società di capitali, come tale dotata di piena autonomia patrimoniale e di una più ampia indipendenza degli organi gestori rispetto alla compagine sociale¹².

Ciò che, tuttavia, ad ogni costo, bisogna adeguatamente garantire – sia nel caso di *trustee-persona fisica* che, logicamente, di *trustee-persona giuridica* – è un più sicuro livello di protezione a tutela dell'affidamento pubblico nell'istituto del *trust*.

Un tale risultato potrà essere agevolato, ad esempio, dalla predisposizione di appositi pubblici registri nei quali inserire i nominativi di quei soggetti (e di quelle società) che – previa verifica del possesso di determinati requisiti di professionalità, onorabilità e competenza – si dimostrino idonei all'assunzione dell'incarico gestorio.

Altro profilo d'indubbia rilevanza pratica è quello relativo all'ammissibilità (o meno) di clausole che, a vario titolo o in vario modo, limitino la responsabilità del *trustee*.

A tal proposito, la legge inglese è molto stringente, stabilendo che i disponenti non possano, in sede di redazione dell'atto istitutivo del *trust*, né prevedere espresse limitazioni alla responsabilità del *trustee* né autorizzare i gestori a mantenere *standard* di diligenza o di prudenza inferiori a quelli che sarebbero da loro esigibili, in base ad un criterio di normalità causale.

¹² In realtà gli articoli n. 56 e 57 della *Trust's Jersey Law*, abrogati di recente a seguito della novella del 2008, prevedevano che quando si fosse verificata una violazione del *trust* e l'ufficio di *trustee* risultasse assunto da una società di gestione, i soggetti maggiormente qualificati di tale persona giuridica – tra cui, ovviamente, gli amministratori, i dirigenti ed i soci che detenessero partecipazioni di controllo – dovevano essere considerati personalmente ed illimitatamente responsabili in solido con la società per il risarcimento dei danni eventualmente provocati a seguito della gestione del *trust*. In pratica, questi soggetti particolarmente qualificati, risultando garanti della *società-trustee*, perdevano, in caso di violazione del *trust*, il beneficio della limitazione di responsabilità. La scelta di un simile regime, decisamente stringente, era stata motivata dal legislatore di Jersey con il timore che il riconoscimento di una limitazione di responsabilità, nel caso in cui fosse indicata come *trustee* una società di capitali, avrebbe potuto indurre i suoi amministratori (e gli altri soggetti qualificati) a comportamenti predatori e comunque a non svolgere con la dovuta diligenza il loro ufficio. La posizione di garanzia in cui, loro malgrado, si venivano a trovare degli amministratori, i dirigenti ed i soci qualificati di una *società-trustee*, non era assoluta in quanto essa poteva, in ultima istanza, essere affievolita od esclusa del tutto in sede di giudizio. Tuttavia, le soluzioni della legge di Jersey, in merito all'illimitata e solidale responsabilità degli amministratori e degli altri soggetti qualificati, si ponevano in decisa controtendenza con quanto si è registrato negli altri ordinamenti, tra i quali il nostro, dove l'istituto del *trust* risulta comunque applicato.

In tal modo si evita, *in radice*, la possibilità di dar vita ad artate e precostituite ipotesi di volontario annichilimento del *trust*, funzionali, per esempio, ad un indebito arricchimento dello stesso *trustee* o di soggetti ad esso collegati.

Eventuali previsioni di siffatta natura sarebbero, dunque, inefficaci ogni qual volta abbiano come scopo quello di *evitare, escludere o limitare preventivamente* la responsabilità del gestore in vista di future violazioni del *trust* derivanti da comportamenti caratterizzati da *fraud, wilful misconduct o gross negligence*.

Una disposizione, quest'ultima, che, a ben vedere, risulta quasi del tutto sovrapponibile, anche in termini di formulazione letterale, al disposto del nostro articolo 1229 c.c. a mente del quale «è nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave», pur se i concetti di *fraud, wilful misconduct e gross negligence* risultano caratterizzati, nel diritto inglese, da un ambito di operatività di gran lunga più ampio e penetrante di quanto non sia, da noi, per gli omologhi concetti ora richiamati¹³.

Di particolare rilievo – per gli effetti pratici che una tale clausola potrebbe avere se inserita nell'atto istitutivo di un *trust-antimafia* – è la possibilità di una previsione, astrattamente concepibile per il diritto inglese, che autorizzi il beneficiario (o il guardiano del *trust*) ad un successivo “atto di perdono” nei riguardi del *trustee* per violazioni compiute a carico del *trust*.

Una tale possibilità andrebbe concessa, tutt'al più, solo ed esclusivamente per il caso in cui i soggetti interessati si assumano essi stessi la colpa dell'operato del *trustee*, riconoscendo espressamente che quest'ultimo abbia agito su loro “pressione” e, quindi, in una situazione di particolare debolezza.

¹³ In materia, l'indiscusso *leading case* è quello della *Midland Bank Trust Company Ltd v. Federated Pension Services*, un caso dove la *Royal Court* di Jersey, oltre a puntualizzare la definizione dei concetti di *wilful misconduct* e di *gross negligence*, definisce le concrete modalità con le quali si dovrà procedere all'interpretazione delle singole clausole di limitazione od esonero della responsabilità. Secondo la Corte inglese tutte le clausole di esonero della responsabilità devono, infatti, essere interpretate in modo assolutamente restrittivo. In particolare, dette clausole non devono mai essere interpretate, sempre che esse non siano specifiche e puntuali nel loro contenuto, come contrarie ai doveri che incombono sui *trustee*. Nello specifico, per quanto attiene alla *fraud* la relativa definizione supera l'omologo concetto utilizzato in ambito penale per definire il reato di truffa e viene ad inglobare ogni atto cosciente e volontario posto in essere al fine di ottenere un indebito arricchimento, al pari del nostro concetto di dolo nell'ambito dei reati a natura patrimoniale. La *gross negligence* riguarda invece un palese allontanamento del soggetto agente rispetto agli *standards* di comportamento e di diligenza che gli competono in virtù del suo ruolo; pertanto, è proprio nel caso di *gross negligence* che iniziano ad assumere precipua rilevanza le qualità personali e professionali del singolo *trustee*. In una zona, per così dire, grigia, a metà strada tra i concetti di *fraud* e di *gross negligence* si colloca quello di *wilful misconduct* che – introdotto nel corpo dell'articolo 30 della *Trust's Jersey Law* a seguito di una novella del 1989 – avrebbe, sul piano pratico, un significato simile a quello attribuibile, in ambito interno, alla colpa cosciente o al dolo eventuale.

Logicamente, perché un tale “esonero postumo di responsabilità” sia effettivamente scriminante, è necessario che esso si fondi su di una rappresentazione veritiera e completa dell'accaduto, assumendo i contorni di una vera e propria *exculpation clause*¹⁴.

Parimenti rilevante – siccome intimamente connessa col tema della fondamentale garanzia di terzietà del *trustee* – è l'analisi delle problematiche legate alla remunerazione ed al rimborso delle spese affrontate dal gestore per conto (o in occasione) del *trust*.

Sul punto, il modello inglese, nella sua impostazione più risalente, era nel senso di garantire il più totale distacco del *trustee* rispetto a potenziali situazioni di conflitto di interesse; da qui l'esplicito divieto di ricavare alcun utile personale dalla gestione del *trust* e, dunque, la sua essenziale gratuità. In definitiva, i *trustee* potevano ricevere una remunerazione per il loro servizio solo se questa fosse stata pattuita col disponente al momento stesso dell'istituzione del *trust*¹⁵.

La prassi applicativa ha, tuttavia, dimostrato l'inattualità – per non dire, brutalmente, la pericolosità – di una tale rigorosa impostazione; il rischio, facilmente intuibile, era quello d'incentivare comportamenti abusivi da parte degli stessi *trustee* i quali, nella più scontata e banale delle ipotesi, finivano col gestire il *trust* privi di quella necessaria attenzione che

¹⁴ Infatti, secondo la legge inglese, una volta verificato che il *trustee* abbia agito onestamente e con ragionevolezza, l'autorità giudiziaria competente può decidere di concedere il richiesto esonero di responsabilità là dove ritenga che il gestore abbia agito in violazione del *trust* per motivi indipendenti dalla sua volontà. Graverà in ogni caso sul *trustee* che voglia ottenere il beneficio dell'esonero di responsabilità, l'onere di dimostrare che la sua condotta è stata comunque onesta ed incolpevole sulla base del principio di diritto – enunciato dalla *Royal Court of Jersey* in occasione del citato giudizio *Midland Bank* – secondo cui: «*paid trustees are expected to perform to a higher standard of knowledge than their unpaid counterparts*».

¹⁵ In particolare la *Trust's Jersey Law*, è rimasta, nel suo articolato, fedele alla visione tradizionale secondo la quale i *trustee* non hanno un generale diritto di poter distrarre a loro favore dai beni costituiti in *trust* una remunerazione per la loro attività. Secondo il diritto inglese, in particolare, il generalissimo divieto per i *trustee* di percepire o distrarre a loro favore proventi dai beni costituiti in *trust* soffre di sole tre eccezioni, da considerarsi tassative e da interpretarsi in modo restrittivo: 1) la previsione nell'atto istitutivo di una clausola che autorizzi i *trustee* a dedurre dal *trust* o comunque a ricevere una remunerazione per l'attività prestata a favore del *trust*; 2) l'espresa autorizzazione a ricevere una remunerazione per l'attività prestata concessa da parte di tutti i beneficiari, in un momento successivo all'istituzione del *trust*, da farsi constare in forma scritta; 3) l'autorizzazione giudiziale per i *trustee* a percepire un'eventuale remunerazione per le attività da essi prestate. Particolarmente importante, per superare eventuali *impasses* interpretative, è sicuramente l'ipotesi sub 3) ovvero quella che contempla l'autorizzazione giudiziale. In ogni caso, ferma restando la preclusione di cui sopra, si riconosce ai *trustee* il diritto di poter distrarre o pagare direttamente dal *trust* tutte le spese e le *liabilities* “ragionevolmente” affrontate per il *trust* stesso. Il problema del ristoro delle spese e dei debiti che i *trustee* possano aver “ragionevolmente” contratto in occasione della gestione del *trust*, potrebbero, logicamente, rappresentare un modo surrettizio attraverso il quale i *trustee* riuscirebbero ad aggirare il divieto loro imposto. La giurisprudenza anglosassone si è riservata sulla questione un ampio e penetrante potere di sindacato ritenendo che la possibilità di un ristoro delle spese e dei debiti affrontati dai *trustee* per il *trust* sia soggetta a “limiti alquanto stringenti”.

dovrebbe, in astratto, caratterizzare il loro operato per finire, nei casi più gravi, col distrarre a loro favore parte dei proventi del fondo.

Superiori esigenze d'imparzialità e correttezza militano, pertanto, a favore di quella prassi, oramai alquanto generalizzata, che vede l'attività di gestione del *trust* equiparata a quella di un mandato e come tale retribuita sulla base di parametri variabili che tengano conto, essenzialmente, della durata, della consistenza patrimoniale e del vincolo di destinazione impresso ai beni costituiti in patrimonio separato.

Per garantire appieno il rispetto dei postulati generali che si sono dati con riferimento al *trust-antimafia* sembra, dunque, opportuno ipotizzare che il *trustee* – onerato della gestione di beni la cui illecita provenienza appare, nei fatti, altamente probabile – venga ad essere nominato direttamente dall'autorità giudiziaria.

La scelta dovrà ricadere, innanzitutto, su di un soggetto non soltanto “terzo” ma anche “adeguatamente competente” che possa coniugare, al tempo stesso, la fondamentale esigenza d'imparzialità con un'adeguata e corretta amministrazione dei beni affidatigli.

In tale ottica potrà, ad esempio, rivelarsi “vincente” la soluzione – in differenti ipotesi assolutamente recessiva – di affidare ad un'apposita società di gestione il ruolo di *trustee*, stipulando eventualmente, a garanzia della corretta esecuzione del *trust*, un collegato contratto di assicurazione od una polizza fideiussoria.

Sempre all'autorità giudiziaria dovrà, poi, essere affidato – se non altro per ragioni di simmetria – il potere di definire i termini e le modalità della retribuzione e dei rimborsi così come di evidenziare i limiti dell'incarico per il caso di conflitto (anche solo potenziale) d'interessi, di decadenza o di rinuncia.

7. Tuttavia, per quante possibili cautele possano essere approntate al fine di scongiurare un'indebita gestione operativa da parte del *trustee*, il rischio che si verifichino comportamenti distorsivi resta comunque abbastanza elevato.

Per limitare al massimo una siffatta evenienza, è necessario – a maggior ragione nell'ipotesi qui esaminata di un *trust-antimafia* – predisporre sistemi di controllo e di verifica che possano operare, anziché *ex post* e dall'esterno, *ex ante* e dall'interno.

L'obiettivo perseguito è duplice: da un lato, sarà infatti possibile – sottoponendo a costante revisione critica l'operato del *trustee* – scongiurare (o, quantomeno, limitare) il rischio di eccessive “contaminazioni esterne” mentre, dall'altro lato, si potrà esercitare sugli altri “protagonisti” del *trust* – tra cui, *in primis*, i soggetti beneficiari – una sorta di “coazione psicologica” utile per garantire un'efficiente allocazione dei proventi della gestione.

Tra i rimedi astrattamente immaginabili, un ruolo di assoluta preminenza gioca la figura – cui ci siamo, *en passant*, spesse volte riferiti – del così detto “guardiano del *trust*” (*protector*); un

soggetto, quest'ultimo, che sta assumendo – tanto nella coscienza sociale, per così dire “diffusa”, quanto tra gli esperti del settore – una sempre maggiore considerazione proprio in vista della salvaguardia di quelle generali esigenze di trasparenza e controllo che si sono sopra richiamate.

Se dunque il *protector* può essere ancora considerato, nella logica ordinaria dei *trust*, soggetto “non necessario” ma puramente eventuale, nella differente impostazione che caratterizza invece il diritto antimafia, ragioni di ordine pratico ne richiedono la presenza in termini di assoluta indefettibilità. Ad esso spetta, infatti, il compito di vigilare e controllare che il *trustee* persegua in modo corretto – e comunque in linea con il regolamento del *trust* – gli scopi indicati dal disponente (*rectius*, dall'autorità giudiziaria-disponente) nel regolamento contrattuale.

Sotto questo particolare angolo visuale, il guardiano del *trust* finisce col rivestire, in chiave pubblicistica, un ruolo aperto a sviluppi assai interessanti: in lui, infatti, finiranno con l'accentrarsi, in via pressoché esclusiva, quelle funzioni di “controllo interno” prodromiche alle successive determinazioni dell'autorità competente.

In definitiva, lo stretto rapporto che lega il guardiano al *trust* rende il primo non tanto – e non già – un mero fiduciario del disponente quanto piuttosto un soggetto dotato di specifiche competenze e responsabilità, cui il legislatore potrà demandare l'assolvimento di compiti del tutto peculiari e differenziati.

Tra questi ultimi meritano di essere segnalati innanzitutto: a) il potere di esercitare, in via diretta, atti di disposizione autonomi; b) la competenza ad inoltrare richieste di carattere amministrativo; c) la facoltà di prestare (o meno) il proprio consenso ad alcune delle decisioni assunte dal *trustee*; d) un generale diritto di veto con riferimento agli atti di gestione che esorbitino dall'ordinaria amministrazione del *trust*; la possibilità, infine, di fornire pareri al *trustee* circa il compimento di specifici atti.

Il guardiano sarà poi tenuto, dietro apposito compenso, a porre in essere una generale attività di rendicontazione dalla quale emergano nitidamente gli elementi caratterizzanti l'attività di amministrazione in vista della realizzazione dello scopo prefissato.

Deve, allora, concludersi nel senso di ritenere il guardiano del *trust* soggetto tecnicamente antagonista rispetto al *trustee*.

Il *protector*, collocandosi volutamente ai margini rispetto alla concreta gestione del fondo, assume su di sé un ruolo ed una caratura del tutto differenti rispetto a quelle di chi amministra il *trust*, caratterizzandosi per una spiccata terzietà, che ben si addice a chi risulti titolare di un ufficio di diritto privato così importante e significativo.

Il potere-dovere di controllo grava dunque sul guardiano non già nell'interesse proprio bensì nell'interesse del disponente e del beneficiario; ciò rende siffatto potere un autentico “potere-funzione” direttamente correlato ad uno scopo ben preciso (la corretta gestione del

trust) e, come tale, meritevole di tutela ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1322, secondo comma, c.c.

Non è casuale, a tal proposito, l'opzione a favore dell'istituto del *trust* in ambiti, quali il diritto fallimentare, dove la necessaria alterità di ruoli tra guardiano e *trustee* connessa alla salvaguardia delle prerogative del disponente e dei beneficiari, ha consentito di accostare la figura del *protector* a quella del curatore fallimentare esaltandone, per tale via, l'intima connotazione pubblicistica¹⁶.

Da qui l'ulteriore suggestione di qualificare gli atti di gestione compiuti dal *trustee* con la supervisione del *protector*, quali atti complessi a complessità impari (o diseguale), la cui efficacia e validità è analoga a quella degli atti compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore: l'atto sarebbe valido, ma annullabile.

8. La ricostruzione teorica qui prospettata, consegue, com'è evidente, ad una rilettura "in chiave funzionale" della disciplina del *trust*.

L'analisi si complica, tuttavia, allorché si guardi la medesima problematica in una prospettiva, diciamo così, "aggregata" che tenga conto cioè del fenomeno criminogeno in chiave collettiva e non più soltanto individuale.

Resta quindi da indagare se, e in che termini, l'applicazione del *trust-antimafia* possa concretamente agevolare il prosieguo dell'attività d'impresa, nei casi in cui vengano previste (ed applicate), su scala nazionale ed internazionale – a carico dei relativi titolari o degli amministratori – misure restrittive a carattere interdittivo o cautelare.

Come ampiamente segnalato, la nozione tradizionale di *trust* (di scopo)¹⁷ esige che –

¹⁶ Si discorre, sovente, in tali ipotesi, di "trust liquidatorio" (o ad "effetti liquidatori") che si avrebbe ogni qual volta «in caso di scioglimento volontario di una società, al trust (con effetti liquidatori) venga conferita la totalità dei beni aziendali» così, Trib. Milano, sez. I, del 16 giugno 2009 in *Giur. merito* 2010, 6, pp. 1584 ss.; ed ancora «è opportuna e legittima, ex art. 2645 ter c.c., a tutela e salvaguardia dei beni mobili ed immobili, presenti e futuri di un minore soggetto a tutela e protutela, l'istituzione, a richiesta del protutore, di un trust che vincoli i beni predetti al soddisfacimento delle esigenze [...] del minore predetto, qualora, [...] il trust sia conveniente ed utile al minore stesso [...] il provvedimento del G.t. deve prevedere il rendiconto annuale e deve contenere la designazione e la nomina di un trustee [...] affiancato da un "guardiano" estraneo al gruppo familiare del minore» così, Trib. Modena, 11 dicembre 2008, n. 1234 in *Dir. famiglia* 2009, 3, pp. 1256 ss. Con specifico riferimento alla disciplina fallimentare è, poi, opportuno il ricorso al trust «per accelerare le operazioni di chiusura del fallimento» il meccanismo pratico sarà quello di «autorizzare il curatore fallimentare a conferire le residue attività in un costituendo trust [...] tenuto conto dell'assenza di pregiudizio per i creditori insinuati (designati quali beneficiari) [...] degli obblighi gravanti sul trustee, dei poteri del controllo del guardiano [...] individuato nella persona del curatore fallimentare» così, Trib. Saluzzo, del 9 novembre 2006 in *Giur. merito* 2008, 3, pp. 739 ss. In argomento vedi FIAMMANÒ F., *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. notariato*, 2011, pp. 509 ss.; ID., *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, Milano, 2010, pp. 34 ss.; ed ancora, GUERRERA F., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007, pp. 23 ss.

¹⁷ La distinzione tra "trust con beneficiari" e "trust di scopo" non è però sempre agevole. L'esatta

affinché si possano considerare validamente assunte le obbligazioni da esso derivanti – vi sia quantomeno un soggetto (normalmente, lo stesso beneficiario o l'eventuale *protector*) al quale compete, in via diretta, la facoltà di agire per l'adempimento nei confronti del *trustee*.

Nel caso di un *trust-antimafia*, si è chiarito, poi, come tale compito dovrà essere attribuito, necessariamente, ad un soggetto terzo ed imparziale la cui individuazione spetterà, in ultima analisi, alla stessa autorità giudiziaria precedente.

Da un punto di vista dei valori sottesi, in definitiva – l'abbandono di una rigida visione in chiave di "logica proprietaria"¹⁸ dei diritti (e delle correlate posizioni beneficiarie) – consente di qualificare il "*trust* di scopo", e segnatamente quello "*antimafia*", compatibile con il nostro diritto.

I beneficiari di un *trust-antimafia*, infatti, potranno anche non essere direttamente interessati al rientro del capitale investito o al riacquisto delle partecipazioni sociali; essi – se individuati, ad esempio, nei lavoratori dell'impresa "protetta" – avranno esclusivo interesse al mantenimento del posto di lavoro (e alla relativa retribuzione), restando, per altro verso, totalmente indifferenti rispetto alla "metamorfosi giuridica" che avrà interessato l'intero *asset management*.

Il contenuto giuridico della loro posizione, non risulta, infatti, per nulla legato ai beni del *trust*, ma si concreta in altre prerogative altrettanto importanti, come il diritto alla retribuzione (minima) garantita, alle ferie, alle indennità previste per i casi d'infortuni o malattie ed, infine, nei diritti (tipicamente strumentali) di richiedere informazioni e di pretendere dal *trustee* il rendiconto finale dell'attività svolta.

Prerogative, quest'ultime, che – pur in un'ottica sostanzialmente votata alla tutela della posizione beneficiaria – garantiscono e giustificano un complessivo giudizio di meritevolezza a favore del *trust* con finalità *antimafia*.

Emerge dunque, dal punto di vista sistematico, un dato estremamente importante e cioè che il vantaggio prodotto dai beni in *trust* può essere destinato a persone fisiche tanto in modo diretto – è il caso dei normali *trust* con beneficiari individuati – quanto in modo indiretto, ciò che integra il caso dei così detti "*trust* di scopo", fra i quali rientra, senza alcun dubbio, il nostro.

Proprio quest'ultima considerazione ci consente di affrontare, con maggiore capacità introspettiva, la connessa problematica legata all'ammissibilità (o meno) dell'utilizzo del *trust* al fine di detenere (per "proteggerle" dal rischio d'infiltrazione mafiosa) partecipazioni societarie.

Secondo una più rigorosa impostazione metodologica, la detenzione delle singole

determinazione delle finalità che s'intendono perseguire, per il tramite dello strumento segregativo, è, infatti, strettamente dipendente dal livello di maggiore (o minore) accuratezza con cui è redatto l'atto istitutivo. Sul punto cfr. LUPOI M., *Segregazione patrimoniale e Trust*, cit., pp. 83 ss.; ID., *La segregazione ambigua*, cit., pp. 37 ss.

¹⁸ Il riferimento è, ovviamente, a RODOTÀ S., *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6 (*Itinerari moderni della proprietà*), vol. II, Milano, 1977.

partecipazioni azionarie sarebbe, in sé e per sé, espressione esclusiva di un mero *down interest*, di un interesse vale a dire “secondario” che evidenzerebbe come debbano essere allocati i beni del *trust*, senza però dire nulla circa le finalità della relativa gestione¹⁹.

In tali casi sarà, dunque, necessario individuare con accuratezza – accanto all’interesse “evidente” – un ulteriore interesse “correlato” (*co-interest*) – nel nostro caso, il contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso – idoneo a giustificare sul piano causale il ricorso al *trust*.

Nell’ipotesi, poi, che il *trust-antimafia* abbia per oggetto (esclusivo) proprio le partecipazioni azionarie di cui si è detto, particolare attenzione dovrà porsi al fine di evitare una (fin troppo facile e scontata) equiparazione col fenomeno dell’intestazione fiduciaria o con quello dell’interposizione di persona.

Bisogna, infatti, ricordare che – per potersi discorrere di una posizione di controllo (indiretto), rilevante ai sensi dell’art. 2359 c.c. – il *trustee* dovrebbe essere tenuto a rispettare costantemente, nell’esercizio del diritto di voto, le indicazioni all’uopo fornite dall’autorità giudiziaria-disponente, cosa che, invece, avviene solo di rado ed in ipotesi tassativamente previste.

Non sarebbe, poi, applicabile, nel nostro caso, l’ulteriore disposto di cui all’art. 2361 c.c. che qualifica come “società finanziaria pura” quella che esercita (professionalmente ed) esclusivamente un’attività di amministrazione di partecipazioni esterne²⁰.

¹⁹ In tema di “detenzione qualificata” (di beni o titoli) all’interno del *trust*, bisogna sottolineare che, in Inghilterra, il *Purpose Trust Act* del 2004 all’art. 3, paragrafo 1, prevede espressamente tra le finalità perseguibili la segregazione di partecipazioni sociali. In tali casi il *trust* avrà una legittima (*authorised purpose*) finalità, là dove la detenzione delle partecipazioni sia possibile e sufficientemente certa. In tali ipotesi, poi, lo scopo perseguito per il tramite della “detenzione qualificata” non dovrà essere contrario all’ordine pubblico o illecito. Soddisfatti questi requisiti, il *trust* di scopo, avente ad oggetto partecipazioni societarie, potrà essere inquadrato, indifferentemente, tra i *trust* di reddito o tra quelli di capitale, potrà essere un *trust* discrezionale e prevedere l’attribuzione di poteri particolari a favore del *trustee*. Le regole sulla durata massima dei *trust* (*rule against perpetuities*) in tali casi non verranno applicate. Là dove vi sia una forte indeterminatezza relativa all’amministrazione, il *trust* non sarà comunque nullo, potendo l’atto istitutivo dare al *trustee* o ad un’altra persona il potere di risolvere l’incertezza sull’amministrazione. Se, tuttavia, una tale incertezza permanga, la corte territoriale potrà ridefinire i termini del *trust*. L’atto istitutivo potrà attribuire al *trustee* o ad altra persona il potere di riformulare le clausole del *trust* nel caso in cui il fine diventi impossibile, irrealizzabile, illecito o contrario all’ordine pubblico, obsoleto nel senso che, essendo mutate le circostanze, non realizzi più lo scopo generale del *trust*. In questo caso, il *trustee* e ogni soggetto autorizzato, potranno ricorrere al giudice perché riformi il *trust* e lo renda compatibile con la realizzazione delle finalità. Infine, l’estratto dell’atto istitutivo formato dal *trustee* dovrà espressamente indicare la natura di *trust* di scopo o di *trust* misto, e la detenzione delle citate partecipazioni.

²⁰ Così, testualmente, la citata disposizione: «-1. L’assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nello statuto, non è consentita, se per la misura e per l’oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l’oggetto sociale determinato dallo statuto. -2. L’assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall’assemblea; di tali partecipazioni gli amministratori danno specifica

Manca, infatti, nel *trust* – e, se presente, ne comprometterebbe del tutto la finalità – il dato essenziale di tutte le figure, *latu sensu*, “interpositive” ossia l’assenza di volontà del soggetto interposto rispetto al soggetto interponente.

Ciò che conta è, in definitiva, la radicalità dell’effetto segregativo che, una volta realizzato, fa perdere al titolare delle partecipazioni ogni potere su di esse.

L’ampia discrezionalità – posta in capo all’autorità giudiziaria-disponente – nella scelta dei singoli beneficiari si dimostra particolarmente idonea alla realizzazione di operazioni commerciali complesse, ben oltre i limiti imposti dalla normativa di prevenzione.

Il riferimento è – a titolo meramente esemplificativo – alle così dette operazioni in garanzia, ai procedimenti di cartolarizzazione, alle consolidazioni di posizioni di controllo rispetto ad altre società; finalità, quest’ultime, diversamente non perseguibili a causa degli stringenti vincoli derivanti dall’applicazione della normativa antimafia²¹.

9. È evidente che il necessario distacco tra proprietà e controllo dell’impresa societaria, perseguito per il tramite della segregazione patrimoniale connessa al *trust-antimafia*, da solo non sia sufficiente a scongiurare il rischio di successive, indebite, infiltrazioni criminali così come di una non corretta (e trasparente) gestione dei beni vincolati.

Alla separatezza in termini gestionali e di controllo deve dunque associarsi un rigoroso esercizio dell’attività di vigilanza sia interna (per il tramite dei guardiani all’uopo nominati) che esterna (da parte della competente autorità giudiziaria) cercando di evitare, *magis ut valeat*, ipotesi (anche solo potenziali) di conflitto d’interessi.

Sotto tale profilo sembra opportuno estendere, in via di prima interpretazione, sia al *trustee* che all’eventuale *protector*, le regole dettate dalla normativa antimafia riguardo ai limiti per

informazione nella nota integrativa del bilancio».

²¹ In particolare – e con riferimento alla disciplina delle operazioni tra gruppi di società – è noto come la legge imponga l’esercizio concreto di un’attività di direzione e coordinamento in capo a quel soggetto che è tenuto al consolidamento o che esercita, nei fatti, un controllo ai sensi dell’art. 2359 c.c. La regola, si sa, ammette comunque la prova contraria; ed infatti, là dove la partecipazione rilevante venga ad essere vincolata in *trust* – per le finalità di prevenzione che la legge antimafia impone – potrà aversi, se del caso, un’autentica “rottura della catena di controllo” – a seguito dell’inserimento del *trust* in posizione mediana tra la società-*holding* e le altre società del gruppo – verificandosi così un’ulteriore ipotesi di esclusione della presunzione anzidetta. Nel caso inverso, invece – là dove cioè il *trust* si ponga al vertice della catena di comando – lo strumento apparirà estremamente utile al fine di realizzare, ad esempio, operazioni straordinarie (acquisizioni, trasformazioni, fusioni, scissioni o, semplicemente, cointeressenze fra gruppi societari) nelle quali risulterà comunque necessario garantire che i beni oggetto del *trust* non vengano distratti per il conseguimento di illeciti vantaggi. Normalmente, l’interposizione del *trust* consentirà di tenere distinte le azioni con diritto di voto (poste in capo al *trustee*), da quelle che attribuiscono, invece, diritti patrimoniali e che si troveranno – per il periodo necessario al completamento dell’operazione – vincolate a favore dei soggetti (beneficiari) individuati dall’atto istitutivo.

l'assunzione di determinati incarichi. Il riferimento è, nello specifico, alle disposizioni che disciplinano i compiti e le funzioni dell'amministratore giudiziario. Viene così in rilievo, innanzitutto, il disposto di cui all'art. 35, terzo comma, del (novellato) codice antimafia a mente del quale «*Non possono essere nominate le persone nei cui confronti il provvedimento è stato disposto, il coniuge, i parenti, gli affini e le persone con esse conviventi, né le persone condannate ad una pena che importi l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o coloro cui sia stata irrogata una misura di prevenzione. Le stesse persone non possono, altresì, svolgere le funzioni di ausiliario o di collaboratore dell'amministratore giudiziario.*²²»

Dalla lettura della citata disposizione scaturisce, da subito, un quesito e cioè se le ipotesi indicate dal legislatore – quali circostanze assolutamente dirimenti ai fini della nomina ad amministratore giudiziario o a suo ausiliario o collaboratore – siano “tipiche” e, dunque, “tassative” ovvero siano “meramente esemplificative” e, come tali, estensibili in via interpretativa in base ad una valutazione (sul punto, invero, latamente discrezionale) dell'autorità giudiziaria competente.

In secondo luogo ci si dovrà domandare in che termini – e con quali, eventuali, limitazioni – debba ritenersi ammissibile (*rectius*, opportuna) la revoca del *trustee* o del guardiano, già legalmente nominati, ove si acclarassero come esistenti circostanze (preesistenti, concomitanti o sopravvenute) assolutamente ostative.

Con riferimento al primo interrogativo, bisogna innanzitutto ricordare che le norme di prevenzione antimafia – ferma restando, in ogni caso, l'assoluta alterità di funzioni che le caratterizza – concretizzano, *a parte subiecti*, veri e propri provvedimenti limitativi della libertà (personale e) patrimoniale del soggetto proposto o prevenuto e devono pertanto considerarsi, sotto tale profilo, assolutamente “eccezionali” al pari di tutte le (altre) norme incriminatrici²³.

²² Vedi a tal proposito il testo del previgente art. 2 *sexies*, comma 3, della l. n. 575 del 1965. Per una panoramica dell'evoluzione normativa in materia, aggiornata fino all'emanazione del c.d. codice antimafia, sia consentito, ancora una volta, il rinvio al nostro, *Misure di Prevenzione e Status Personali*, cit., pp. 2-26.

²³ Sul punto è costante, oltre che risalente nel tempo, l'orientamento della Cassazione penale secondo cui «*manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 l. n. 575 del 1965, come sostituito dall'art. 13 l. n. 646 del 1982, sollevata in relazione agli artt. 3, 13 e 25 Cost. Detta norma, infatti, regola in modo tassativo i presupposti e le condizioni di applicazione delle misure di prevenzione ai soggetti indiziati di appartenere ad organizzazioni mafiose, demandandone la concreta attuazione al provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria che applica una disciplina volta a prevenire – attraverso il controllo e le limitazioni imposte agli indiziati – le manifestazioni di quelle organizzazioni e dei loro adepti connotate da elevata pericolosità sociale, non in base a meri sospetti o a semplici presunzioni, bensì sulla scorta di indizi che qualificano la condotta di quei soggetti come significativa di probabile appartenenza alle suddette organizzazioni, lasciando le più severe sanzioni penali alla certezza delle acquisizioni probatorie nel processo penale, sicché il diverso trattamento rispetto agli altri cittadini trova radice e giustificazione nella diversità di condizione in cui versano quei soggetti oltre che nella peculiare insidia, diffusa ancorché sommersa, che caratterizza il loro essere e la loro metodologia di azione ed infine nella dimostrata propensione ad una contagiosa propaganda.*» così, Cass. Pen., sez. I, del 18 maggio 1992, in *Cass. pen.* 1993, 2377).

Da ciò discende, quale logico ed immediato corollario, che le medesime garanzie di ordine generale relative alla tipicità delle norme penali dovranno necessariamente trovare applicazione anche in tali ipotesi; è evidente, infatti, che la violazione del principio di legalità – quale principio generale del nostro ordinamento giuridico – è sufficiente, di per sé, a superare la netta bipartizione tra norme penali in senso stretto e norme di prevenzione, com'è eloquentemente dimostrato, tra l'altro, dalla circostanza che le stesse misure accessorie a carattere interdittivo, per essere considerate legittime, devono essere previamente previste *ex lege*.²⁴

Il rigoroso rispetto del principio di legalità è, dunque, *in subiecta materia*, non soltanto – come di consueto – “necessario” quanto assolutamente “doveroso”²⁵.

Sul versante contiguo della revocabilità dall'incarico, invece, dovrà ritenersi rilevante e, quindi, valutabile – quale indice di evidente “mala fede” – ogni indebita intromissione, da parte del *trustee* o del guardiano, nell'attività espressamente demandata, dall'atto istitutivo del *trust*, alla competenza esclusiva dell'altro soggetto.

Di ogni inopportuna ingerenza, il soggetto che se ne senta leso, dovrà dare pertanto pronta comunicazione all'autorità giudiziaria procedente, spettando poi a quest'ultima la valutazione finale in ordine ai rimedi necessari.

L'ufficio giudiziario sarà chiamato a valutare, in definitiva, se il comportamento “esorbitante” – tenuto da taluno dei soggetti ricordati – concretizzi un “impedimento assolutamente dirimente” come tale legittimante la revoca dell'incarico affidatogli.

²⁴ Sull'esatta latitudine giuridica da attribuire al principio di legalità in relazione alle così dette “pene accessorie” basti qui ricordare che, per la nostra giurisprudenza, «[anche] le pene accessorie sono tipiche e legislativamente elencate»; in termini, cfr. Cass. Pen., sez. III, del 27 gennaio 1994, in *Cass. pen.* 1995, pp. 1102 ss.; ed ancora, Cass. Pen., sez. III, del 22 febbraio 1993, in *Cass. pen.* 1994, pp. 934 ss. Quanto invece alle misure propriamente interdittive «la sospensione e la revoca della patente, previste dall'art. 91 comma 7, codice della strada, hanno natura di pene accessorie, riproducendo, per il loro contenuto, il paradigma di pene tipiche.» così, Cass. Pen., sez. V, del 14 gennaio 1977, in *Giur. it.* 1979, II, pp. 170 ss.

²⁵ Bisogna, infatti, ricordare che «le misure di prevenzione [coprono] quei settori preclusi al diritto penale per i limiti scaturenti dal principio di offensività e di legalità e per [i quali] il legislatore non ha potuto prevedere fattispecie individualizzanti più pregnanti. [...] Da ciò deriva che in tema di disposizioni contro la mafia ai fini dell'accertamento della pericolosità è sufficiente il riferimento a sospetti fondati su elementi obiettivi o fatti specifici dai quali si possa evincere la qualità nel proposto di indiziato di appartenenza ad un'associazione mafiosa, ossia ad una particolare aggregazione di cui l'art. 416-bis c.p. fornisce una definizione incentrata sulla “vocazione imprenditoriale” del mafioso» così, Cass. Pen., sez. I, del 13 aprile 1987, in *Cass. pen.* 1988, pp. 238 ss.; Ciò tuttavia non significa che «il giudice della prevenzione, venendo meno al principio di legalità cui deve ispirarsi, per il suo carattere giurisdizionale, il procedimento di prevenzione, le cui conseguenze incidono sensibilmente sulla libertà del cittadino e, in base alla successiva formulazione legislativa, anche sulla libertà economica, possa prescindere da un corretta valutazione degli elementi indiziari e dall'obbligo di una motivazione immune da quei vizi che inficiano nella sua essenza il provvedimento adottato.» così, Cass. Pen., sez. I, del 12 gennaio 1985, in *Cass. pen.* 1986, pp. 587ss.

Trattandosi di materia negoziale, sebbene connotata da forti indici di pubblicità, l'eventuale provvedimento di revoca dovrà tenere conto della presenza di taluni elementi specifici quali – a mente dell'art. 1256 c.c. – l'essersi verificata una concreta impossibilità giuridica di proseguire nell'incarico (di *trustee* o *protector*) per avere, il soggetto interessato, perduto, ad esempio, i fondamentali requisiti di professionalità ed onorabilità²⁶.

La revocabilità dell'incarico sarà giustificata solo dall'accertamento, necessariamente attento e rigoroso, di "gravi irregolarità" o evidenti "incapacità" sicché una semplice mancanza, così come una mera trascuratezza non potrebbero, a rigore, fondare, esse sole, i presupposti per la perdita della relativa funzione.

Ma, come detto, una tale verifica dovrà svolgersi, necessariamente, su di un piano "concreto e reale" e non meramente "astratto e formale", in quanto è proprio sul terreno dell'empirica concretezza che dovrà giocarsi la partita definitiva fra "legal" e "criminal" positivism.

Al *giurista-arbitro* il compito di vigilare affinché, nel crepuscolo degli interessi (contingenti), «*in umbricula àζιώματα non evanescent*»²⁷.

²⁶ Viene in rilievo, ancora una volta, il disposto di cui all'art. 35 del novellato codice antimafia il quale dispone testualmente che «1. Con il provvedimento con il quale dispone il sequestro previsto dal capo I del titolo II il tribunale nomina il giudice delegato alla procedura e un amministratore giudiziario. 2. L'amministratore giudiziario è scelto tra gli iscritti nell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari. 3. Non possono essere nominate le persone nei cui confronti il provvedimento è stato disposto, il coniuge, i parenti, gli affini e le persone con esse conviventi, né le persone condannate ad una pena che importi l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o coloro cui sia stata irrogata una misura di prevenzione. Le stesse persone non possono, altresì, svolgere le funzioni di ausiliario o di collaboratore dell'amministratore giudiziario. 4. Il giudice delegato può autorizzare l'amministratore giudiziario a farsi coadiuvare, sotto la sua responsabilità, da tecnici o da altri soggetti qualificati. A costoro si applica il divieto di cui al comma 3. 5. L'amministratore giudiziario riveste la qualifica di pubblico ufficiale e deve adempiere con diligenza ai compiti del proprio ufficio. Egli ha il compito di provvedere alla custodia, alla conservazione e all'amministrazione dei beni sequestrati nel corso dell'intero procedimento, anche al fine di incrementare, se possibile, la redditività dei beni medesimi. 6. L'amministratore giudiziario deve segnalare al giudice delegato l'esistenza di altri beni che potrebbero formare oggetto di sequestro di cui sia venuto a conoscenza nel corso della sua gestione. 7. In caso di grave irregolarità o di incapacità il tribunale, su proposta del giudice delegato, dell'Agenzia o d'ufficio, può disporre in ogni tempo la revoca dell'amministratore giudiziario, previa audizione dello stesso. Nei confronti dei coadiutori dell'Agenzia la revoca è disposta dalla medesima Agenzia. 8. L'amministratore giudiziario che, anche nel corso della procedura, cessa dal suo incarico, deve rendere il conto della gestione. 9. Nel caso di trasferimento fuori della residenza, all'amministratore giudiziario spetta il trattamento previsto dalle disposizioni vigenti per i dirigenti di seconda fascia dello Stato.». Per un più ampio commento delle disposizioni relative al codice antimafia ed alla loro incidenza in tema di misure di prevenzione cfr. il nostro, *Misure di Prevenzione e Status Personali*, cit., pp. 2-26.

²⁷ S. THOMAS AQUINATIS, *Summa theologiae*, q.1, a.5, in *Sancti Thomae Aquinatis Opera omnia iussu edita Leonis XIII P.M.*, v. VI-VII, Romae, 1891-1892. Sul rischio di una possibile "deriva assiologica" del *trust*, cfr. MAZZÙ C., *Trust e ibridazione delle regole: dal contratto all'operazione economica*, cit., pp. 145 s., secondo l'A. «Se il fenomeno del *trust* incide tanto profondamente nella nostra cultura giuridica e si colloca in questa progressione senza soluzione di continuità nella graduazione dell'appartenenza dei beni, come lo collochiamo in un sistema che si connota perché non guarda gli strumenti ma ai valori? Occorre scegliere il punto di vista assiologico per verificare la validità dello strumento utilizzato sotto il profilo valoriale. In tal senso, la Costituzione resta il nostro punto di riferimento, con i suoi valori, quali quelli della persona, che vanno comunque tutelati; [...] Non è forse il *trust* anch'esso "un altro modo di possedere"? Allora cominciamo a ragionare in questi termini e cerchiamo di trovare un



punto d'innesto forte, che riesca a ricollegare questo fenomeno antico del nostro ordinamento con i fenomeni nuovi, che si vengono a collocare al suo interno all'insegna dei principi fondamentali. [...] È lecito sperare nel passaggio dal caos all'ordine, alla ricerca dell'oraziana "concordia discors" per scongiurare il rischio che "rupta rerum concordia in ruinam divina labantur". La via obbligata sembra il passaggio dalla "dialettica dei contrari" [...] alla "dialettica dei distinti", superando l'idea dell'individuo come realtà conchiusa e che nulla chiede alla realtà dei fenomeni, per integrarsi e definirsi.»