

CECILIA ASCANI - GABRIELE MARRA

*PROFILI PENALISTICI DEI NEGOZI FIDUCIARI DI SCOPO**

SOMMARIO: 1. Premessa. Forme legali e prassi contrattuali di fronte al diritto penale. – 2. Breve inquadramento dell’istituto fiduciario di scopo. – 2.1. Alla ricerca della causa. – 3. L’istituto del *trust* e la “tiepida” accoglienza dell’ordinamento italiano. – 4. Il *trust*: potenziali profili di rilevanza penale. – 4.1. Alla ricerca della tipicità penale nel prisma degli interessi contrattuali. – 4.2. Itinerari giurisprudenziali. – 4.3. Condotta appropriativa ed altruità dei beni appropriati. – 4.4. Terzietà del *trust* e misure ablativo. – 4.5. I necessari limiti (esegetici) della tutela penale. – 4.6. Uno sguardo oltre confine. – 4.6.1. Il caso sammarinese. – 4.6.2. Note di sintesi. – 5. Conclusioni.

1. Premessa. Forme legali e prassi contrattuali di fronte al diritto penale.

Il *trust* è un istituto che vive nella prassi dei rapporti tra privati, all’ombra di un quadro normativo civilistico granulare e affatto specifico. Analoga asimmetria caratterizza l’approccio al tema da parte del sistema penale. I cui interpreti si sono confrontati con il *trust* seguendo tracce normative disperse, alla ricerca di criteri che con sufficiente determinatezza fossero in grado di identificare il punto di discriminazione tra consentito ed illecito.

Le riflessioni che seguono intendono descrivere lo stato essenziale della questione al fine di verificare se, da questo stato di normatività liquida, siano emerse isole di tipicità penale, attorno alle quali sia possibile organizzare futuri esercizi interpretativi. Un provvisorio esercizio cartografico è ciò a cui aspira lo studio. Il tratteggio tra teoria e prassi è, invece, lo strumento a cui si affida.

2. Breve inquadramento dell’istituto fiduciario di scopo.

Il negozio fiduciario vede un soggetto, cd. fiduciante, alienare un diritto per uno scopo ulteriore. Il soggetto cui il diritto viene trasferito, cd. fidu-

* Sono attribuibili a Cecilia Ascani i §§ 1, 2, 3 e 5. A Gabriele Marra il § 4.

ciario, si obbliga a realizzarlo ritrasferendo in un momento futuro il diritto stesso al fiduciante ovvero a un terzo.

Si ha così la contestuale realizzazione di un effetto reale, il trasferimento di un diritto, e di un effetto obbligatorio, derivante dal cd. *pactum fiduciae*, in virtù del quale il fiduciario si obbliga a utilizzare il bene in modo conforme a quanto stabilito con il fiduciante e a ritrasferirlo al medesimo o ad altro soggetto che quest'ultimo gli abbia indicato¹. All'interno del rapporto fiduciario si concretizza un fenomeno di interposizione reale di persona o rappresentanza indiretta, ove la persona interposta acquisti i diritti previsti a suo favore dal contratto ma sia tenuta a ritrasferirli ad una terza persona, in questo può dirsi che il rapporto sia di tipo trilaterale.

Una parte della dottrina sostiene che il negozio fiduciario si articola in due distinti negozi a loro volta collegati: un primo negozio esterno ed efficace verso i terzi, con la quale la proprietà viene trasferita ed un secondo negozio, interno a contenuto obbligatorio, con il quale il fiduciario si obbliga al successivo ritrasferimento del bene al soggetto predefinito. Per altri il negozio fiduciario sarebbe invece un negozio astratto che si basa sul *pactum fiduciae* dello schema contrattuale, e l'atto traslativo troverebbe giustificazione all'esterno, in una causa che dovrà essere espressa nel medesimo *pactum*.

Qualora il fiduciario non rispetti l'obbligo assunto con il *pactum fiduciae*, il fiduciante potrà utilizzare i rimedi generali previsti in materia di inadempimento ex art. 1218 c.c. e chiedere il risarcimento dei danni e, altresì, ricorrendo le condizioni di legge sarà legittimato ad agire mediante esecuzione specifica, ex art. 2932 c.c., qualora il patto prevedeva il ritrasferimento della proprietà. Ai creditori del fiduciante sarà viceversa rimessa la possibilità di esperire l'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 c.c. al fine di esercitare, in luogo del fiduciante, il diritto alla restituzione del bene fiduciariamente trasferito.

2.1. Alla ricerca della causa.

Il tradizionale problema relativo al negozio fiduciario è stato quello di dare ad esso un fondamento causale idoneo a giustificare la sua ammissi-

¹ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1973, p. 179.

bilità nel nostro ordinamento giuridico; si può in questo senso affermare che esso nasce dall'esigenza di piegare, modificare, superare, gli schemi rigidi preordinati dall'ordinamento per la produzione di determinati effetti, quando non addirittura, dall'esigenza di produrre effetti all'ordinamento giuridico (ancora) sconosciuti. In questo clima di perplessità va collocato l'istituto del *trust* che consiste in un rapporto fiduciario, in virtù del quale un soggetto trasferisce la proprietà di determinati beni ad un fiduciario per un fine prestabilito. Il trasferimento di beni nel fondo del *trust* è vincolato da un legame che intercorre tra il *settlor* e il *trustee*, che è il cosiddetto patto di fiducia; il *settlor* (disponente) trasferisce l'intestazione (non la proprietà, così come è intesa nel diritto italiano) di quei beni perché vengano amministrati dal *trustee* nell'interesse dei beneficiari e nei limiti di quanto stabilito nell'atto istitutivo.

Come si dirà meglio più tardi, accanto all'elemento fiduciario il *trust* presenta un ulteriore elemento caratterizzante ravvisabile appunto nell'amministrazione dei beni confluiti in esso, questa dovrà svolgersi in maniera diligente e nell'unico fine di favorire il beneficiario. In questo senso può dirsi che lo strumento del patrimonio destinato rappresenti una concessione che viene riservata all'autonomia privata, al fine di realizzare un'articolazione del patrimonio che incide su interessi di soggetti diversi². Tale fenomeno ricorre in tutti quei casi ove la legge consenta ai privati di separare determinati beni dalla propria sfera giuridica, seppur mantenendo la formale titolarità dei medesimi, imprimendo ai beni un vincolo di destinazione per effetto del quale sia impossibile distrarre detti beni dallo scopo cui sono destinati³.

Nel nostro ordinamento non mancano ipotesi codificate di segregazione patrimoniale quale per esempio il fondo patrimoniale ovvero il finanziamento destinato ad uno specifico affare contemplato dall'art. 2447-bis, comma 1[^], lett. *b* e disciplinato dalla norma in commento al fine di promuovere una più efficiente utilizzazione delle risorse economiche dell'impresa ed agevolare il credito alla produzione. Questo inedito paradigma negoziale mira ad offrire alle società per azioni, in accomandita per azioni e cooperative, un surrogato del *trust* anglosassone per raccogliere finanziamenti garantiti principalmente con valori conseguiti nell'esercizio d'impresa. La

² M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione – L'art. 2645-ter del codice civile*, Giuffrè, Milano, 2006.

³ G. CHINÈ, M. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Nel Diritto Editore, Roma, 2011, p. 589.

lunga esperienza del *project financing* ha dunque ispirato il riformatore nella predisposizione di un modello idoneo al trasparente perseguimento delle suesposte istanze, non essendo adatta la definizione di patrimoni destinati a uno specifico affare di cui alla lett. *a* del medesimo articolo.

3. L'istituto del *trust* e la “tiepida” accoglienza dell'ordinamento italiano.

Il *trust* può dirsi istituto civilistico dai confini mobili in quanto scarsamente presidiato sotto il punto di vista normativo. Difetta una sua definizione strettamente civilistica ed altrettanta lacuna si registra per quel che concerne il regime degli effetti nel campo tributario. Come già anticipato l'istituto contempla una pluralità di soggetti quali il *settlor*, il *trustee*, il *beneficiary* e in ultimo, ma non d'importanza, il *guardian*. Per quel che concerne la sua struttura assume primaria importanza la centralità funzionale dello scopo perseguito, nonché il substrato dei cosiddetti doveri fiduciari, può a tale riguardo affermarsi che il *trust* assuma tutte le vesti che un professionista riesca ad immaginare.

A mero scopo esemplificativo, tra i vari scopi che esso potenzialmente persegue possono individuarsi la tutela del patrimonio per finalità successorie, forme di investimento e pensionistiche⁴, la tutela di minore e di soggetti diversamente abili (il cui godimento dei beni in *trust* rimarrà limitato fino al raggiungimento della maggiore età per i primi, mentre beneficeranno dei “soli” frutti senza mai esserne pieni proprietari i secondi), la protezione di beni immobili ravvisabile nel tipico effetto segregativo del patrimonio conferito, nonché gli indubbi vantaggi di natura fiscale, ove il risparmio d'imposta non rappresenti l'unico motivo di istituzione del *trust*, sarà viceversa considerato illegittimo e sanzionato l'uso elusivo od evasivo.

L'assenza, nel diritto civile italiano, di un sistema di norme equitative non è però di ostacolo all'utilizzo del *trust*; né argomento decisivo per un definitivo giudizio di verifica della sia illiceità. Non foss'altro perché l'assenza dal c.c. è supplita, sul piano della legittimazione – il punto deve ritenersi acclarato – dall'adesione dell'Italia alla Convenzione dell'Aja del

⁴ I piani di investimento pensionistici ed i fondi comuni sono derivazione dei *trust fund* anglosassoni.

1 luglio 1985, entrata in vigore dal 1 gennaio 1992. I sostenitori di una diversa conclusione cultori di una rigida idea di legalità statutale si trovano, pertanto, a remare contro-corrente, anche per la numerosità delle sentenze nazionali che hanno riconosciuto gli effetti legittimati dalla Convenzione di Roma, con particolare riguardo al *trust* cosiddetto interno⁵. Sulla validità del *trust* ha apposto il suo sigillo anche il legislatore fiscale intervenuto in materia prima nel 2006, poi, con la “finanziaria 2007” e con alcune conseguenti circolari dell’agenzia delle entrate (si segnala la 48/E/2007). Incidentalmente qui si osserva il sospetto che trasuda dalla trama normativa di questi atti: figlio dell’aliena genetica normativa trapiantata dal *trust* nel terreno dell’ordinamento nazionale – sempre si sospetta di chi non si conosce! – ma, soprattutto, dell’apprezzamento dei rischi di una sua strumentalizzazione a scopi illeciti. Ritrosia strutturale che, con un occhio alla prassi finisce per apparire del tutto fuori luogo. I segni, anche solo premonitori, di un impiego sistematico del *trust* per scopi illeciti sono infatti del tutto assenti. Osservazione che ha una specifica rilevanza anche all’interno della speculazione teorica dei penalisti, che anche in base ad essa, sono giustificati ad ascrivere la vicenda che qui interessa nell’area dei cd. reati in contratto⁶.

4. Il *trust*: potenziali profili di rilevanza penale.

Ciò nonostante, il *trust* appare agli occhi del penalista con tratti non rassicuranti: quelli fissati dalla sua fluidità funzionale, idonei ad innescare facili suggestioni criminogenetiche equalizzanti atipicità e fraudolenza. Come si vedrà, nella teoria e nella prassi del sistema penale non mancano certo degli strumenti necessari per evitare tali precipitose conclusioni. La questione è però destinata a rimanere comunque problematica. Si considerino a conferma alcuni dati. Il confronto tra prassi del *trust* e diritto pe-

⁵ Intendendosi per interno il *trust* che presenti quale unico elemento di estraneità rispetto all’ordinamento italiano la legge regolatrice, che dovrà essere necessariamente straniera, generalmente inglese, stante la mancanza nel nostro ordinamento di norme specifiche in materia.

⁶ F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, tomo II, *Delitti contro il patrimonio*, CEDAM, Padova, 2014, che distingue la categoria in parola da quella a base integralmente illecita dei cd. reati contratto (art. 644 c.p.).

nale è mediato da schemi tipici, da quest'ultimo ricevuti dal legislatore del '30 ed improntati ad una visione dei rapporti patrimoniali tutelati per certi aspetti "primordiali"⁷. A ciò confinato dalla limitatezza degli scopi sociali del suo intervento (*ne cives ad arma ruant*) ma, altresì, dalla sostanziale estraneità dei problemi della circolazione giuridica della matrice civilistica che di quelle incriminazioni è cifra essenziale (per il tramite degli elementi normativi che ne costellano la tipicità⁸). Una rete di tutela a maglie larghe, a cui rischia di sfuggire la grana fine della prassi meno ortodossa dei negozi fiduciari di scopo.

La refrattarietà dell'impianto codicistico alla dimensione dinamica che al patrimonio imprimono gli atti dell'autonomia privata, spiega l'assenza di riferimenti alla fiducia – diffusi invece nel settore del diritto penale dei mercati finanziari⁹ – quale nota qualificante il perimetro della protezione penalistica del patrimonio. Mancanza che costituisce un punto nodale per misurare la capacità di adattamento della tutela penale ai nuovi orizzonti del *trust*, istituto che fa della fiducia il tratto qualificante la sua tipicità sociale e giuridica.

Alla luce di queste preliminari acquisizioni, non si va troppo lontano dal vero osservando che il diritto penale realizza una sorta di "super istanza" di controllo di meritevolezza dell'utilizzo *trust*, operando in un contesto ove tutte quelle sofisticate distinzioni elaborate dal diritto civile rischiano di essere sistematicamente ignorate al momento dell'applicazione della fattispecie incriminatrice. Un'istanza che, tacendo altro, il diritto penale finisce per esercitare operando con un deficit di legalità!

Un primo indice rivelatore della suddetta "crisi" può ravvisarsi nell'inevitabile scontro fra la centralità definitoria dello scopo tipica dell'istituto del *trust*, basata sulla logica del *case by case*, e il principio di riserva di legge che tutela l'idealtipo di norme generali ed astratte. Altro terreno di scontro tra principi vigenti nell'ordinamento penale e disciplina del *trust* può ravvisarsi nel rilievo che quest'ultima attribuisce alle componenti fiduciarie dell'isti-

⁷ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁸ F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, CEDAM, Padova, 1933 (rist. ESI, Napoli, 2010).

⁹ La fiducia è infatti condizione essenziale del loro spontaneo funzionamento. La sua tutela non può dunque dirsi estranea all'area di interesse del sistema penale. Nonostante i dubbi che il suo ingresso tra gli elementi essenziali del tipo suscita per la tenuta del modello penalistico incentrato sulla tutela dei beni giuridici!

tuto, difficilmente conciliabili con le esigenze di tassatività della disciplina penalistica; il rischio, in tal senso, è quello di un'inarrestabile tendenza a scolorirsi del dato formale, quale il concetto di altruità, e dei profili di materialità che sono propri di una corretta definizione della condotta nonché appropriativa, fagocitati dalla constatazione dell'avvenuta violazione degli immateriali obblighi fiduciari.

Nell'economia di questa indagine la riferita lacuna rileva in una duplice prospettiva. Da un lato, evidenzia una nota di strutturale inadeguatezza della tutela penale vigente a farsi carico dell'intero spettro di problemi connessi alle patologie dello schema contrattuale in esame. Dall'altro, illustra invece, sul piano della dinamica funzionale della ricezione penalistica, un più generale fattore di rischio (più che potenziale) per la tenuta della legalità delle fattispecie interessate. Infatti, una volta acclarata la pressione che sul *tabbestand* esercitano insoddisfatte esigenze di tutela, si è anche identificata una potente forza motrice per sforzi ermeneutici finalizzati a decomprimere quel rapporto, aprendo brecce nella tenuta della legalità della singola fattispecie, per farvi entrare "l'aria nuova" di quelle inedite esigenze di tutela.

4.1. Alla ricerca della tipicità penale nel prisma degli interessi contrattuali.

Ciò chiarito in termini generali, la discussione del tema impone di abbassare lo sguardo ad un livello di maggior dettaglio. Quello consentito dall'esplosione dell'unitario schema contrattuale qui provocata per "liberare" le sue singole componenti.

Questo consente di trattare partitamente la posizione del disponente – *settlor* da quella del *trustee* – fiduciario, entrambe autonomamente rispetto alla figura del *guardian*, eventualmente posto a tutela dell'effettivo rispetto dello schema contrattuale¹⁰.

Quanto al primo, si deve osservare che i profili di rilevanza penale at-

¹⁰ Una valutazione autonoma, in caso di riscontrate patologie, richiederebbe anche la posizione dell'ingegnere dell'operazione, la cui conclusione, per la sua intrinseca complessità giuridica, richiede la necessaria presenza di specifici contributi professionali. Il tema non può qui essere approfondito, anche perché la sua soluzione dipende dall'interpretazione di delicati istituti della parte generale del diritto penale: qual'è il concorso di persone nel reato. Cfr. per un primo approccio al tema, M. MASUCCI, *Sul rischio penale del professionista*, Jovene, Napoli, 2012.

tengono, prevalentemente, al piano dell'eventuale strumentalizzazione dello schema contrattuale per scopi illeciti: che possono paritariamente colpire interessi pubblici – quali l'evasione fiscale o la frustrazione dell'autorità giudiziaria – e interessi privati – quali sono le pretese creditorie. Al diritto penale è dunque richiesto di apprestare la sua tutela contro forme di impiego dello schema contrattuale che per lo scopo perseguito non superano il vaglio della sociale meritevolezza.

In relazione alla posizione del fiduciario, a venire in rilievo è, prevalentemente, la lesione degli interessi privati la cui soddisfazione è affidata alla stipulazione del negozio fiduciario di scopo. Al sistema penale è in questo caso richiesto di impedire l'abuso di beni altrui: compito tradizionalmente svolto dalla tutela penale del patrimonio.

Ancora diverso è il quadro quando si passi ad analizzare la posizione del *guarantor*. In quanto soggetto privo di poteri gestionali, non può abusare dei diritti e dei beni dedotti in contratto. In ragione della carenza di potere nel determinare le finalità perseguite mediante il *trust* non può neppure essere autore di condotte lesive della meritevolezza sociale del negozio. La sua posizione non sembra dunque interessare il diritto penale al di fuori di casi di connessione con la condotta illecita altrui, e, segnatamente, con la sola condotta abusiva del *trustee*, rispetto al quale riveste una posizione di garanzia, un dovere impeditivo fondante, in caso di inerzia, la sua responsabilità omissiva. Non ostano in tal senso le perplessità che, sul piano dell'*extrema ratio*, vengono opposte ad ogni proposta di presidiare beni patrimoniali con fattispecie d'azione duplicate dai loro doppioni omissivi (ex art. 40 cpv c.p.).

La prassi ha infatti sempre ritenuto tale argomento affatto irresistibile. Come resistibile sarebbe, altresì, l'idea di scartare l'ipotesi per la natura privatistica della fonte dell'obbligo. In senso contrario milita, infatti, una robusta opinione d'insieme che ha oramai da tempo 'liberalizzato' il sistema delle fonti dell'obbligo giuridico impeditivo, includendovi il negozio giuridico tra privati. Ciò detto, non può passare inosservata l'assenza del momento fiduciario quale elemento descrittivo del tipo soprattutto se da questa prospettiva si vaglia la posizione del *trustee*-esecutore, la cui eventuale *malagestio* oltre ad assumere le forme di un'azione appropriativa, ben può manifestarsi attraverso omissioni di condotte necessarie per il fedele adempimento del mandato; che restano, tuttavia, certamente estranee alla presa repressiva dell'art. 646 c.p.

Salvo inquadrare la vicenda nel più generale schema dei reati d'obbligo (*Pflichtdelikte*), la cui dimensione offensiva è fissata dal solo elemento della disfunzionalità "di settori della vita che hanno già una loro configurazio-

ne giuridica (i rapporti – ad esempio – tra amministrazione patrimoniale e mandante)”¹¹. Interesse la cui compressione è da ritenersi equivalentemente realizzata mediante azione o omissione. Tanto basta per intuire la forza fluidificante della legalità propria della categoria in esame. Il tutto scontando altresì un irrigidimento del controllo penalistico sulle attività dei privati: in corrispondenza dell’approfondimento delle capacità di intervento della pena, che è propria di tali letture funzionalistiche, a detrimento della competenza della responsabilità civile. Meglio attrezzata, si chiosa, per far fronte alla molteplicità delle questioni poste dalla violazione di doveri fiduciari, o più rispettosa di quell’autonomia privata da cui si origina la fluttuante tipicità sociale del *trust*¹².

Esemplare in tal senso, attingendo all’esperienza comparativa, è la parabola interpretativa alla quale è andata incontro la fattispecie di “infedeltà” (*Untreue*) disciplinata dal § 266 StGB, la cui parabola evolutiva si è assestata su di una pervasiva nozione di “violazione fiduciaria” quale nota essenziale dell’illecito¹³.

La già viva preoccupazione che suscita la qualità degli argomenti fino ad ora illustrati, si radicalizza osservando il tema dal punto di vista della vorace ed oscura categoria dell’abuso del diritto. Se, per dirla altrimenti, si passa a descrivere l’atteggiamento del sistema penale di fronte al rischio incombente di una strumentalizzazione della forma giuridica del *trust* per finalità sostanzialmente elusive di norme imperative pubblicistiche. Incertezza si aggiunge, così, ad incertezza, che finisce per diventare un tratto permanente della rilevanza penalistica dei negozi fiduciari di scopo. Né si osservi, in senso contrario, che le più recenti evoluzioni del sistema penal-tributario, ampiamente scosso – nel più recente passato – dall’ondata di diritto libero che si è su di esso abbattuto dopo la scoperta della rilevanza penalistica dell’art. 37-bis DPR n. 600 del 1973, sembrano indirizzate a porre un freno a tale ‘abuso’ del diritto penale. Vivo e vegeto è, infatti, l’atteggiamento della prassi che con regolarità pratica il principio a tenore del quale “po-

¹¹ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 43.

¹² Cfr. C.E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove critiche di psicopolitica criminale*, in *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2011, p. 301 ss.

¹³ W. NAUCKE, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat*, LIT Verlag, Berlin, 2012, p. 17 ss.

tentamente ripugna ad ogni senso di giustizia” mandare assolto chi, pur nel formale rispetto della legge extrapenale, ha comunque sostanzialmente leso l’interesse tutelato dalla fattispecie incriminatrice¹⁴.

Tale conclusione trova conferma nel diritto comparato. Osservando l’esperienza dei paesi di *common law*, patria indiscussa del *trust*, si apprende dell’inesistenza di specifiche norme di tutela penale¹⁵. Si viene però anche a conoscenza del fatto che l’intervento penale, quando doveroso, non avviene quasi mai ‘in campo aperto’, ma solo se mediato da provvedimenti giurisdizionali extra-penalì, ai quali è affidato il compito di dare forma e sostanza alla valutazione della componente fiduciaria che innerva l’istituto in parola. È quanto avviene, ad esempio, nel caso della stipulazione di *asset protection trust*, la cui costituzione, con contestuale trasferimento all’estero dei beni disposti, rende incapiente il *settlor*, frustrando, di conseguenza, le legittime aspettative del ceto creditorio. Il rimedio, ove l’operazione non superi il vaglio di meritevolezza, è individuato nell’emissione di un ordine giudiziale di rimpatrio dei beni, la cui effettività è assistita dall’incombenza della minaccia di ritenere integrato il reato di *Contempt of Court* in caso di ‘disobbedienza’.

Se a quanto sin qui osservato si aggiunge anche la consapevolezza del rarefatto impegno giurisprudenziale sul tema, allora ben si comprende l’esigenza di una maggiore attenzione.

4.2. Itinerari giurisprudenziali.

Le linee prospettiche che emergono da quanto sin qui osservato vanno passate al vaglio della prassi applicativa, che, data la granulosità del quadro legale di riferimento e i tratti di miopia funzionale che lo connotano, assume un ruolo centrale, per comprendere lo stato di salute complessiva dei rapporti tra diritto penale e *trust*.

Come anticipato, la giurisprudenza penale ha avuto modo di confrontarsi con il *trust* solo in sporadici casi. Circostanza che di certo non facilita la ricostruzione delle innervature del quadro complessivo del problema.

¹⁴ G. MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali*, Giappichelli, Torino, 2002.

¹⁵ E dall’usuale ricorso, in caso di abusi della forma negoziale, alle risorse messe a disposizione dall’ordinamento penale generale.

Al fine di massimizzare la valenza informativa dei dati ricavabili da una schematica ricostruzione della prassi applicativa comunque esistente, è conveniente fissare un criterio d'ordine, attorno al quale organizzare l'esame degli interventi giurisprudenziali.

In questa prospettiva emergono in primo luogo, le decisioni che si sono occupate della rilevanza penale del *trust* – illecito – sotto il profilo della sua tipicità rispetto al quadro legale vigente. In seconda istanza, si evidenziano invece le decisioni che si sono occupate del tema nella prospettiva di una corretta applicazione di istituti generali del sistema penale (ad esempio: provvedimenti ablatori di prevenzione). Nel primo caso, a venire in rilievo è, in prevalenza, un'istanza di tutela di beni giuridici individuali – categoria alla quale va ascritta anche la tutela creditoria in forma attuale propria della disciplina della bancarotta¹⁶ –; nel secondo, invece, a stagliarsi in primo piano è la garanzia dell'interesse prettamente statale che si manifesta nell'effettivo esercizio dei poteri di prevenzione.

4.3. Condotta appropriativa ed altruità dei beni appropriati.

Si osservi ora il merito di quanto va profilandosi nella prassi.

Nella prospettiva della necessaria tutela contro la frustrazione delle aspettative creditorie – categoria che nel caso del *trust* si estende fino alla tutela delle pretese dello stato creditore del debito fiscale – a venire in rilievo sono, in particolare due sentenze. Spicca una decisione del giudice di legittimità che, in un caso di destinazione dei beni conferiti in *trust* a finalità proprie del *trustee* ha ravvisato un'ipotesi di *interversio possessionis* rilevante quale condotta appropriativa ex art. 646 c.p.¹⁷.

L'omessa inclusione della decisione in parola nell'attività di repertazione commentaristica e la sua sostanziale assenza dal circuito del dibattito pubblico, ne oscura la struttura motivazionale e, con essa, la possibilità di

¹⁶ In proposito si ricordi che la giurisprudenza di legittimità ha affrontato il problema anche nella prospettiva del *settlor* che segrega i propri beni in un *trust* per frustrare un provvedimento del giudice (art. 388 c.p.).

¹⁷ Cass. Sez. II 3 dicembre 2014, Cervelli, inedita. La decisione è 'registrata' da F. BRIZZI, *Il "negozio illecito": leasing e trust come strumenti di dissimulazione della "disponibilità"*, in *Arch. Pen.* 2015, n. 2, p. 9.

analizzare compiutamente l'*iter* seguito per arrivare ad un dispositivo che merita consenso.

Di certo più utile è, in questa prospettiva, l'esame di una sentenza di merito, intervenuta su di un'analogo fattispecie, della quale è stato possibile ricostruire – sia pure approssimativamente – l'*iter* motivazionale.

Il *trustee* che manchi volontariamente ai suoi doveri di diligente gestione dei beni oggetto di segregazione patrimoniale risponde del delitto di appropriazione indebita, per aver violato il vincolo di destinazione del bene – una 'classica' ipotesi di appropriazione per distrazione – agente su di un bene da ritenersi altrui.

Questo il principio. Conseguenza di una interpretazione che si muove nel solco di una tradizione consolidata in tema di individuazione degli estremi della condotta appropriativa¹⁸, ma, al contempo, anche di un evidente sforzo di emancipazione dell'opinione di quanti ritengono l'altruità elemento normativo del fatto di matrice civilistica, avente carattere accessorio e sintetizzante le regole dettate dal codice civile: orizzonte entro il quale pare difficile assegnare l'etichetta di altruità a beni che, una volta conferiti in *trust*, entrano formalmente nell'esclusiva sfera di proprietà di quest'ultimo.

Non di meno, considerando la propensione autonomista del diritto penale quando si tratti di fare i conti con istituti e regole propri di altri settori dell'ordinamento, la conclusione del tribunale lagunare appare affatto sorprendente, perché, sforzandosi di guardare alla sostanza delle cose non è seriamente dubitabile che il *trustee* al quale è affidata la gestione del *trust* gestisce beni sui quali sussiste un interesse sostanziale del conferente e un indiretto potere di controllo sugli stessi da parte del *settlor* in ragione dell'originario vincolo finalistico impresso dallo stesso sulla vita del *trust*.

Quanto basta a garantire la prevedibilità della reazione penale nei confronti di condotte manipolative della specifica funzionalità economico-sociale impressa al bene detenuto dall'originaria attribuzione fiduciaria.

A nulla rileverebbe, in senso contrario, far osservare che ciò non è piena proprietà ai sensi del codice civile, ma solo una situazione 'mezzana', per sua natura insufficiente per fondare un giudizio di non appartenenza della stessa a soggetti diversi dall'autore della condotta. Opinione destinata a scontrarsi – rovinosamente – contro due irresistibili argomenti di segno

¹⁸ Tribunale di Venezia, 4 gennaio 2005. Vedi anche A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, *Delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano, 2003.

opposto: con il fatto che nel “linguaggio comune”, altrui sono tutte le cose sulle quali “insista un interesse di altri, “di qualsiasi specie”, e che “nel caso concreto abbia un peso economico-sociale apprezzabile”¹⁹; o, altresì, con la circostanza che in tale direzione spingono anche valutazioni teleologiche difficilmente contestabili, finalizzanti la tutela penale alla salvaguardia dell’esclusività del rapporto fattuale di interesse che caratterizza i rapporti soggettivi con le cose²⁰.

4.4. Terzietà del *trust* e misure ablative.

Non si può di certo ignorare il costo imposto da questa tendenziale deformalizzazione alle ragioni della legalità. Tuttavia non si possono neppure ignorare i costi che una diversa conclusione scaricherebbe sulle fondamenta del sistema.

Sul punto vi è il consenso di massima anche della prassi applicativa, che qui si illustra sommariamente anche nella seconda delle prospettive analitiche in precedenza esplicate.

Chiamata a verificare i limiti di applicabilità di misure ablative (confisca) e di quelle pre-ablative consentite dal codice di rito (art. 321 c.p.p.) e dalla disciplina delle misure di prevenzione ha precisato che il conferimento di beni in *trust* non li ‘salva’ dall’applicabilità di forme di apprensione coattiva qualora risulti che la sostanza dei rapporti di fatto sul bene non corrisponde alla loro formalizzazione contrattuale: in tutti i casi in cui si ritenga accertato che i beni sono rimasti nell’effettiva disponibilità dell’indagato²¹. D’altra parte, non si manca di osservare che l’autonomia giuridica del *trust* impedisce di procedere a troppo sbrigativi interventi ablativi del suo patrimonio per fatti ascrivibili alla condotta del disponente o del *trustee*.

¹⁹ A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 71. L’osservazione apre il varco, stando a quanto dimostrato dalla moderna scienza della comparazione, ad un ulteriore e radicale processo di de-legalizzazione degli elementi normativi extragiuridici costellanti la tutela penale del patrimonio. Cfr. R. SACCO, *Il diritto muto*, Il Mulino, Bologna, 2014.

²⁰ A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 48 ss. Ricontri comparatistici si leggono in H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, De Gruyter, Berlin, 20057, p. 147 ss.; D. ORMEROD, D. WILLIAMS, *Smith’s law of theft*, Oxford University Press, Oxford, 20079, § 54.

²¹ Cass. Sez. II del 16.04.2015, Buonocore, inedita. Ne dà notizia, ancora una volta, F. BRIZZI, cit., p. 9.

Rispetto ad essi il *trust* conserva infatti almeno una posizione di terzietà. Qualità che, a tenore del diritto vigente (art. 240, co.3 c.p.), lo pone, per ciò solo, al riparo dall'aggressione coattiva delle agenzie di *enforcement* penalistica, in assenza di una persuasiva motivazione della sua fittizietà²².

Resta dunque inteso che se si vuol continuare a dare credito alla necessaria determinatezza della norma penale, il futuro consolidamento di tale lettura non esaurisce lo spazio dei problemi con i quali la prassi interpretativa è chiamata a confrontarsi.

4.5. I necessari limiti (esegetici) della tutela penale.

Per evitare soluzioni troppo *tranchant* occorrerà procedere ad una ripermimetrazione interna alla fattispecie appropriativa. A tal fine sembra opportuno distinguere dal classico concetto di altruità della cosa, quale elemento normativo di matrice civilistica – nonché requisito strutturale della fattispecie ex art. 646 c.p. – un altro maggiormente elastico. Nell'ipotesi di un bene confluito in *trust* si può infatti osservare come vi sia un dato formale, secondo il quale il *trustee* ne è proprietario, ma nella sostanza su di esso persista un interesse di una persona diversa da quest'ultimo; ciò non può essere definito piena proprietà ma, per parte della giurisprudenza, merita di essere considerata rilevante nell'ottica dell'altruità. Questo tipo di lettura modifica l'interpretazione strettamente sanzionatoria operata dai giudici di Venezia, ampliando lo spettro della rilevanza penale fino alla violazione di condizioni extranee ad una qualificazione legale tipica ai sensi del c.c. con il risultato di includere nel concetto di altruità anche quei beni sui quali sussista un vincolo di interesse a favore di altro soggetto diverso dal proprietario, ove tale interesse abbia un peso economico – sociale apprezzabile.

4.6. Uno sguardo oltre confine.

La frammentazione penalistica del quadro normativo municipale e le connesse preoccupazioni che la rilevata a-sistematicità può suscitare – tanto dal punto di vista di una effettiva tutela degli interessi in gioco, quanto

²² Trib. Taranto, sez. Misure di prevenzione, 3.03.2012, www.penalecontemporaneo.it.

in termini di garanzia dell'agire individuale – suggeriscono di alzare per un momento lo sguardo per gettare un'occhiata oltre confine. Allo scopo di verificare l'esistenza e la praticabilità di alternative all'intervento affidato alle sole norme del diritto penale generale, e di misurare l'adeguatezza dei livelli di tutela e garanzia comunque offerti, rebus sic stantibus, dall'ordinamento interno.

4.6.1. Il caso sammarinese.

Nel quadro comparato emerge l'ordinamento della Repubblica di San Marino, che con decorrenza 1 marzo 2010 (legge n. 42), si è dotato di una legge organica sul *trust*: non esclusa la previsione di un autonomo statuto penale della figura del *trustee*.

Cinque specifiche fattispecie di reato (artt. 57-61) si aggiungono così alle generali previsioni codicistiche (art. 366 c.p. con riferimento agli artt. 53 e 54)²³ e alla pluralità di sanzioni – penali ed amministrative – che presiedono l'effettività della disciplina anti-riciclaggio (artt. L. 17 giugno 2008, n. 92): questione che presenta plurimi profili di intersezione con la dinamica gestoria del *trust* (artt. 18/1 e 23/1 lett. c)).

L'interesse tutelato è eminentemente privatistico: coincidente con l'integrità dell'interesse patrimoniale dedotto in *trust*. Inequivoco, sul punto, è il riferimento al profitto ingiusto e al danno patrimoniale che caratterizza la tipicità dei misfatti di cui agli artt. 58, 59 e 60: quale nota caratterizzante il dolo specifico, nelle prime due ipotesi, e l'evento del reato, nell'ultima.

La tutela dell'interesse patrimoniale del conferente non esaurisce, però, il perimetro dell'intervento penalistico. Significativa in tal senso è la previsione dettata dall'art. 57, in funzione strumentale alla salvaguardia di una condizione essenziale della sicurezza del mercato del *trust*: la partecipazione al quale è riservata a quanti soddisfano fondamentali condizioni di integrità e capacità. Qualità astrattamente identificate dalla legge, che a tal proposito detta l'art. 18, prevedendo, altresì, l'intervento di un apposito decreto delegato, al quale è rimesso il compito di fornire un maggior livello di dettaglio dell'intervento regolativo in materia.

Chiarita la struttura sanzionatoria delle norma in commento (art. 56) e

²³ Il riferimento a disposizioni legali senza ulteriori indicazioni, deve ritenersi riferibile alla legge 1 marzo 2010, n. 42.

preso conseguentemente atto della funzione integrativa del precetto penale propria dell'intera disciplina extrapenale, si ha contezza della complessità teleologica propria della fattispecie in esame: segnata dal riconoscimento della meritevolezza di pena di un interesse di natura meta-individuale facilmente identificabile con l'effettività delle "regole del gioco"²⁴. Interesse che si aggiunge, senza però rimpiazzarlo, al basamento patrimoniale dell'intera disciplina, dando così vita ad una fattispecie plurioffensiva. Foriera di rischi, sul piano della lineare prevedibilità dei futuri esercizi interpretativi e della tenuta della necessaria offensività dell'illecito penale, nella misura in cui si ritenga legittimo l'eventuale scioglimento di quella nota di complessità finalistica in termini di alternatività: considerando sufficiente la violazione anche di uno solo degli interessi consacrati dal legislatore. In tal caso, ove a venire in rilievo fosse solo la dimensione funzionale propria della violazione delle artificiali regole del gioco dettate dall'ordinamento, il misfatto in parola perderebbe infatti ogni capacità selettiva dell'offesa penalmente rilevante e con essa ogni capacità di sufficiente orientamento *ex ante*²⁵.

Un discorso a parte merita, infine, l'interrogativo concernente il rilievo penalistico di eventuali infrazioni alle decisioni dell'autorità giudiziaria, che in materia è *ex lege* dotata di specifici e penetranti poteri di intervento funzionale e di controllo di legalità (artt. 53, 54 e 55), ulteriori agli ordinari compiti decisionali riservategli in tema di azioni di responsabilità per illecito civile (artt. 20 e ss.). Un insieme di prerogative la cui effettività sembra essere solo parzialmente tutelata dalle norme dell'ordinamento penale generale, che limita il suo intervento ai soli casi di mancato rispetto o fraudolenta elusione di "misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso e del credito" (art. 366 c.p.). È però vero, a bene vedere, che l'evocato presidio penalistico è sufficientemente articolato per garantire l'effettività dell'intero nocciolo dei poteri giurisdizionali "di controllo e di supervisione di qualsiasi *trust*" (art. 53/1): caratterizzato dalla tipizzazione di innovative facoltà di intervento cautelare, strumentali alla salvaguardia di un interesse proprietario. Quanto basta per concludere osservando che anche su questo punto l'ordinamento penale sanmarinese risulta privo di significative lacune.

²⁴ Il rilievo attribuito dal legislatore a tale componente sovra-individuale, quantomeno al livello della selezione delle *rationes* di tutela, è attestato anche dalla deroga alla perseguibilità a querela prevista in relazione all'ipotesi di cui all'art. 58.

²⁵ Per una fine analisi di questi equilibri teleologici cfr. C. PEDRAZZI, voce *Mercati finanziari (tutela penale)*, in ID., *Diritto penale*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2003.

Prima di chiudere questa pagina del libero della comparazione, sono necessarie alcune note ulteriori, in merito alla struttura della tipicità obbiettiva delle incriminazioni in parola.

Spicca, in proposito, il misfatto che punisce il *trustee* che “sottrae o comunque distrae in beni” oggetto del negozio fiduciario (art. 58), perché caratterizzato dalla coesistenza, all’interno di una unitaria ipotesi criminosa, della condotta sottrattiva con il riferimento residuale (“o comunque”) all’ipotesi di distrazione dei beni.

Scelta problematica, almeno da un punto di vista sistematico, tradizionalmente segnato, sulla scia di un univoco quadro comparato, dalla alterità tra le due condotte, anche da un punto di vista sanzionatorio (art. 194 e 197 c.p.).

Tradizione che la fattispecie in parola innova, con specifico riferimento alla legislazione penale municipale, anche da un punto di vista lessicale, sostituendo all’impossessamento, qualificante la condotta del misfatto di furto, il riferimento alla mera sottrazione. Scelta non irrilevante nell’economia dell’incriminazione in parola, data la sua capacità di arretrare il momento consumativo del reato rispetto a quanto previsto per il misfatto di furto: occorrendo a tal fine la creazione di un potere di fatto sulla cosa al di fuori della sfera di controllo di chi vanta sulla stessa un potere maggiore. Il riferimento alla mera sottrazione qualificante la tipicità dell’art. 58 si accontenta invece, allo stesso fine, di verificare l’avvenuta espropriazione del bene dal *trust*. Circostanza degna di nota, anche in relazione alla previsione del dolo specifico quale elemento subbiettivo del misfatto, data la sua idoneità funzionale ad arretrare ancora di più, rispetto all’effettivo evento di danno al patrimonio altrui, il momento di perfezionamento dell’illecito²⁶.

Una specifica riflessione merita anche l’alternativa condotta distrattiva, che nell’economia del misfatto in esame sembra svolgere un ruolo ‘residuale’ di chiusura. Per comune opinione, il riferimento alla distrazione deve infatti intendersi applicabile ad ogni condotta appropriativa non riconducibile alle ipotesi di consumazione, alienazione e ritenzione, le cui note di tipicità sono rintracciabili nella constatata frustrazione del vincolo finalistico dettato dal proprietario del bene da parte di chi ne abbia l’attuale possesso²⁷.

Come è agevole constatare, si è in presenza di una ipotesi di reato sufficientemente ampia per munire di adeguata tutela l’interesse patrimoniale

²⁶ Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 450.

²⁷ Commissario della Legge (Emiliani), sentenza n. 84 del 24 agosto 1984.

del conferente, nei confronti di pressoché tutti gli abusi commessi a suo danno dal *trustee*.

La speciale disciplina penale dettata dal legislatore sanmarinese in materia di *trust* si conclude con la previsione di due ulteriori misfatti. Entrambi finalizzati a garantire interessi prodromici a quello patrimoniale del conferente: l'una, punendo l'omessa tenuta della documentazione contabile indispensabile per una corretta verifica dell'operato del *trustee*; l'altra, al medesimo fine, sottoponendo a pena le condotte di alterazione della verità delle relative appostazioni.

Entrambe le ipotesi di reato non presentano profili di interesse ai fini della presente indagine, se non quello di attestare la selettiva necessità di prevedere ipotesi di reato speciali a protezione delle specifiche condizioni di funzionamento del *trust*: la cui effettività risulterebbe altrimenti compromessa, fuoriuscendo, le relative violazioni, dal raggio di azione del diritto penale generale.

Istanza da sottolineare, unitamente però alla presa d'atto, di rilievo da una prospettiva nazionale, che quest'ultimo è comunque già dotato – *rebus sic stantibus* – di risorse sufficienti per reagire adeguatamente in caso di dolose violazione dei vincoli fiduciari a beneficio proprio del *trustee*.

4.6.2. Note di sintesi.

Tutto ciò considerato, resta solo spazio per alcune cursorie valutazioni di sintesi, la cui validità non è compromessa dalla consapevolezza della necessità di un più ampio giro d'orizzonte, se per il tramite dell'indagine comparata si intende misurare lo qualità della presenza penalistica nella dinamica dei rapporti *causa fiduciae*²⁸.

Nonostante l'«estraneità» del *trust* dalla tradizionale modellistica proprietaria²⁹, il consueto impianto di tutela penale del patrimonio non risente del declino del modello monistico dell'istituto civilistico. Neppure volendo

²⁸ Una recente messa a fuoco dei rapporti tra fiducia, dinamica economica e diritto penale si legge in L. FOFFANI, *Sicurezza dei mercati e del risparmio*, AA.Vv., *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2011, p. 273 ss., spec. 280 ss. (analisi sviluppata entro un ampio giro di orizzonte comparatistico a cavaliere tra disciplina speciale e norme codicistiche).

²⁹ M. GRAZIADEI, *Fiducia e trust in Italia*, in questo volume, p. 349 ss., spec. 354 ss.

evidenziare l'assenza di una specifica norma di tutela contro il conflitto di interessi (art. 59). Ipotesi che traducendosi in un sostanziale contrasto di scopi – tra il disponente e il *trustee* – è riconducibile all'ipotesi distrattiva *ex art.* 646 c.p. Fa fede, sul punto, l'opinione consolidata della dottrina e l'omologa posizione della giurisprudenza.

Analogo è il giudizio quando a venire in rilievo è il profilo organizzativo del *trust*³⁰, la cui funzionalità necessita, come dimostra – da ultimo – l'esperienza sammarinese, anche di adeguata protezione dell'interesse alla verità della rappresentazione contabile dei fatti gestionali dello stesso.

La sottolineatura della mancanza di norme specifiche sul punto, entro il perimetro di validità dell'ordinamento italiano, non equivale però ad evidenziare l'esistenza di una lacuna. Quell'assenza pare infatti ben supplita, in termini funzionali, dalla norma che punisce la falsità in scritture private (art. 485 c.p.). La cui portata è estesa dalla prassi applicativa oltre la mera dichiarazione di volontà; a tutti i casi in cui la falsità interessi rappresentazioni formate dal privato a fini di prova quando dalle stesse possono derivare effetti dannosi giuridicamente rilevanti per un determinato soggetto³¹. Lettura ampia, allineata con l'ormai risalente precisazione, a tenore della quale l'uso, che condiziona la rilevanza penale dell'alterazione, coincide con la produzione di qualsiasi conseguenza giuridica nei confronti di terzi³². Il tutto, all'ombra di un dolo specifico interpretato dalla giurisprudenza di legittimità in termini latissimi: riferibile, traslando il discorso al punto che qui interessa, ad ogni possibile intendimento fraudolento del *trustee*.

5. Conclusioni.

Chi ha sin qui seguito la riflessione che si è inteso sviluppare, non potrà certo dire di aver acquisito certezze granitiche. Al di là delle capacità di chi scrive, ciò è conseguenza del fatto che il sistema penale è costretto 'ad inseguire' la dinamicità del *trust* su di un terreno che non gli è consueto, o, per meglio dire, non lo è del tutto.

Spiccata sembra infatti l'esigenza di intervenire *case by case*. Un eserci-

³⁰ Ampliamente A. GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, Giuffrè, Milano, 2010.

³¹ Cass. 19/3/1980, *Giust. pen.*, 1981, II, p. 25.

³² Cass. 2/7/1979, *Giust. pen.*, 1980, II, p. 348.

zio problematico, rispetto ai canoni più consueti dell'operatività penalistica, che la ricostruzione qui compiuta dell'esistente prassi applicativa dimostra però privo di intollerabili note di arbitrarità.

Se questo è vero, alla luce delle nuove dimensioni della legalità convenzionale – intesa a garantire la prevedibilità degli sviluppi delle decisioni giudiziarie – anche la lettura delle poche certezze che si possono qui offrire non sembra fatica del tutto sprecata.

Sufficiente, quanto meno, anche per mettere a fuoco la più rilevante posta 'sociale' che si gioca in ogni partita in cui sono chiamati a scontrarsi diritto penale e autonomia negoziale: quella dei rapporti tra ordinamento gerarchico ed ordinamento spontaneo nella definizione di un conveniente ordine della società³³. Ma di ciò non si può qui a lungo discutere.

³³ Cfr. F. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, in *Il Saggiatore*, Milano, 2010. Per una discussione penalistica valga il rinvio a G. MARRA, *Extrema ratio. Una genealogia* (dattiloscritto in corso di pubblicazione), p. 10 ss., 52 ss., 176 ss.