

CAPITOLO V

VIAGGIO NELLA PRASSI PROFESSIONALE FRA VIRTUOSISMI, ERRORI, FATTI E MISFATTI

(di Maurizio Lupoi)

1. PREMESSA

Una premessa si fa sempre; la mia ha un connotato personale.

Sono stato rimproverato di avere liberalmente diffuso testi di atti di trusts, nei convegni prima e nel sito dell'Associazione poi, di avere pubblicato un libro sulla redazione dell'atto istitutivo e, insomma, di avere fornito a tutti uno strumento che, come tutti gli strumenti, può essere impiegato bene quanto male. La mia risposta è sempre stata che, se non avessi fatto così, la cultura del trust non si sarebbe diffusa in Italia. Penso di essere nel giusto, ma, quando vedo quello che ho visto nel preparare questa relazione, un poco ne dubito.

2. IL SUBSTRATO DEI TRUSTS ANTIMAFIA

Prenderò lo spunto dall'ultima moda: i trusts antimafia. Tratterò due casi: uno riguardante la mia attività professionale e uno emergente da notizie di stampa, la cui attendibilità ho indipendentemente verificato. In entrambi i casi il cliente è un imprenditore al quale è stato negato il certificato o liberatoria antimafia. Prima del diniego l'imprenditore partecipava a gare pubbliche, cosicché l'impossibilità di farlo ancora arreca un danno gravissimo alla sua azienda, che rischia il fallimento. Egli è alla ricerca di una soluzione e qualcuno gli propone un trust.

Prima di procedere ricordiamo che la "liberatoria antimafia" viene negata dal Prefetto anche sulla base di semplice sospetto che fondi, come ha detto il Consiglio di Stato, un "giudizio valutativo di tipo prognostico"¹, nel quale "assumono rilievo, per legge, fatti e vicende solo sintomatici e indiziari"². Una recente pronuncia del Tar Lazio ha affermato che, in caso di proscioglimento penale, i fatti oggetto del processo "non perdono la loro idoneità a fungere da validi elementi di sostegno per una informativa antimafia sfavorevole"³.

La differenza fra i due casi è che in quello che ho seguito personalmente il cliente - che chiamerò il signor Sospettato (di primo nome si chiamerà, secondo i casi, Giusto o Ingiusto: non possiamo saperlo) - non ha subito alcuna condanna e non ha alcun procedimento penale in corso per reati associativi o per concorso e-

¹ Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2005, n. 2891.

² Cons. Stato, sez. VI, 11 sett. 2001, n. 4724.

³ Tar Lazio, sez. III, 21 aprile 2008, n. 3332.

sterno in associazione mafiosa; nell'altro caso, verificatosi a Crotone, il cliente è stato condannato in primo grado per concorso esterno in associazione mafiosa, corruzione e falso; lo chiamerò il signor Condannato (anche lui di primo nome si chiamerà, secondo i casi, Giusto o Ingiusto: non possiamo saperlo, dato che la condanna penale è stata gravata di appello).

Chi ha proposto il trust al signor Sospettato o al signor Condannato avrà certo dato alcune prime indicazioni, che hanno indotto l'imprenditore a venire da voi per chiedervi una consulenza sulla possibilità di ricorrere a un trust e, se la consulenza si concluderà positivamente, di impostare un idoneo trust e di redigere l'atto istitutivo. Il signor Sospettato è venuto da me con una bozza di atto istitutivo già pronta...

3. I QUESITI DEONTOLOGICI

Prendiamo le mosse dal vostro primo pensiero: come non può non venirvi il pensiero che magari il Prefetto ha avuto ragione? E quando vi viene - a me è venuto alla semplice enunciazione dell'oggetto della consulenza che mi era richiesta - che cosa fate?

Sia il signor Sospettato che il signor Condannato vi dicono che il Prefetto ha commesso un abuso; nel primo caso il Prefetto ha emesso la propria valutazione sulla base di impalpabili elementi e il cliente proclama che essi o non esistono o non hanno la valenza fatta propria dal Prefetto; nel secondo, il Prefetto si è giovato delle risultanze di un processo penale e il cliente si è appellato. Vi è differenza fra questi casi sotto il profilo deontologico?

Non è il solito tema dell'avvocato, che deve difendere sempre e comunque il suo cliente perché il processo arriva alla verità - alla verità processuale - proprio grazie alla contrapposizione delle tesi. Se un uomo viene a dirmi di avere ucciso e tagliato a pezzi la moglie, io posso rifiutarmi di difenderlo; tuttavia, se lo difendo, non solo non commetto alcuna infrazione deontologica, ma correttamente svolgo il compito dell'avvocato. Se un uomo è accusato di un qualunque reato e si proclama innocente io debbo difenderlo, qualora accetti di difenderlo, anche se maturi la convinzione che egli ha commesso il reato che gli è stato ascritto.

Qui i temi sono diversi. Il cliente vi chiede di fare in modo che la sua impresa possa continuare a operare sul mercato, previo ottenimento di quel certificato antimafia che, fino a quando l'impresa rimane la sua, il Prefetto negherà. Il fatto che l'impresa operi sul mercato ovviamente non configura alcun reato e neanche il fatto che l'impresa appartenga a quell'imprenditore configura alcun reato: infatti, siamo nel campo delle misure di cautela antimafia, non della repressione dei reati. Il che elimina un problema, ma ne fa emergere uno assai più complesso, che intreccia i profili giuridici a quelli deontologici. Alla sua base, a mio modo di vedere, è il seguente quesito: il cliente vuole che l'impresa non sia più sua? Come vedremo, esiste anche un secondo quesito, affatto diverso: il professionista che scrive l'atto di trust capisce quanto scrive?

L'imprenditore, venendo da voi, vi ha detto che i suggerimenti ricevuti da altri consulenti erano nel senso che si poteva istituire un "blind trust" come fanno i politici americani: erano suggerimenti corretti? Vi ha anche detto che, per evitare malevoli interpretazioni, intende nominare *trustee* una persona di alto profilo: un Prefetto in un caso, il locale Procuratore della Repubblica nell'altro (entrambi alle soglie della pensione, entrambi con una vita professionale di contrasto alla mafia: essi accetterebbero l'ufficio appena collocati a riposo).

4. DI CHI È/SARÀ L'IMPRESA?

Il trust crotonese ha una durata di tre anni, salve proroghe decise dal disponente, e vede quali beneficiari del fondo la moglie e le figlie del signor Condannato, quale guardiano suo fratello; l'altro trust ha una durata di quaranta anni e vede quali beneficiari del fondo i figli del signor Sospettato, quali guardiani i medesimi figli beneficiari.

Aggiungo due altri elementi di riscontro.

Primo: nel trust crotonese il signor Condannato, quale disponente, ha il potere di modificare i beneficiari, revocando quelli indicati nell'atto e indicandone altri; il signor Sospettato non ha questi poteri.

Secondo, dalle visure eseguite alla Camera di Commercio risulta che il signor Condannato ha segregato nel trust proprie partecipazioni societarie, che risultano corrispondere in tre casi al 50% del capitale delle rispettive società e in due altri casi a, rispettivamente, il 40% e il 26,83%; quando è del 50%, il restante 50% appartiene al fratello del signor Condannato, che è anche il guardiano del trust. Talvolta questo fratello è anche l'amministratore della società; nel caso del signor Sospettato, il quale è azionista insieme alla moglie della *holding* del suo gruppo (e insieme raggiungono il 100% del capitale), disponente è anche la moglie, cosicché il *trustee* riceve una partecipazione totalitaria.

Per quanto ho potuto accertare, in nessuno dei due trusts i rispettivi disponenti rivestono cariche amministrative nelle società le cui partecipazioni sono state segregate in trust. Alcune riflessioni, necessariamente limitate, perché non conosco altri aspetti del trust crotonese e, quindi, non intendo formulare, neanche per implicito, alcun giudizio che non derivi necessariamente dai pochi dati a disposizione. Ovviamente so molto più del trust del signor Sospettato e qualcosa dirò circa la sua strutturazione.

Cominciamo dalla durata. Mentre la durata di quaranta anni del trust del signor Sospettato si capisce, dato che egli ha 65 anni e quindi è stato scelto un periodo al termine del quale egli sarà verosimilmente scomparso, la durata di tre anni è incomprensibile. Fra tre anni il fondo in trust spetterà alla moglie e ai figli del signor Condannato: perché non donarglielo adesso? Forse i figli del signor Condannato sono minorenni, ma questo non giustifica l'istituzione di un trust perché basterebbe valersi della norma di cui all'art. 356 c.c. e nominare loro un curatore speciale, ma-

gari lo stesso Procuratore della Repubblica officiato quale *trustee*. Forse il signor Condannato pensa che, nel corso del triennio, si svolgerà il processo in appello e egli sarà assolto? Ma allora avrebbe dovuto prevedere che il fondo in trust torni a lui, non che vada alla moglie e alle figlie.

E qui viene la domanda circa il professionista che ha redatto l'atto istitutivo. Che senso ha che il fondo in trust vada alle figlie del signor Condannato fra tre anni? Se esse si sposano e muoiono senza figli, il signor Condannato ha chiaro che i beni passeranno, in tutto o in parte, ai generi?

Ma viene anche una domanda riguardante il notaio, trattandosi di atto pubblico. Il notaio garantisce la legalità, questo è certo; ma garantisce anche l'efficienza?

Il signor Condannato, ho sopra riferito, ha il potere di prolungare la durata del trust. A parte il quesito circa la validità di questa disposizione, il signor Condannato può morire domattina (mi scuso con lui, ma voi sapete che quando strutturiamo un trust dobbiamo sempre pensare alle morti intempestive), la durata del trust non potrebbe essere più modificata e il rischio del passaggio del fondo in trust ai generi sarà palpabile.

Diciamo, quindi, che nutro parecchie perplessità circa l'efficienza di questo trust, ma sopra tutto, che nutro ancora più perplessità circa la sua funzionalità rispetto alla esigenza che ne ha motivato l'istituzione: il potere del signor Condannato di modificare i beneficiari è evidentemente un potere personale e non fiduciario: quindi, nulla gli impedisce di nominare se stesso; e allora chi si sentirebbe di affermare che l'impresa non è più sua?

Torniamo allora ai profili deontologici: con ogni riserva di concludere diversamente qualora emergano altri dati, il professionista che ha curato il trust del signor Condannato non ha fatto nulla che vada obiettivamente a vantaggio del signor Condannato semplicemente perché non c'è riuscito. Se il trust crotonese non migliorerà in nulla la posizione del signor Condannato rispetto agli accertamenti prefettizi, come ho sopra ipotizzato, il trust sarà del tutto ininfluenza rispetto alle cautele antimafia, ma allora il profilo deontologico da considerare sarà un altro: escludendo che il mandato conferito dal signor Condannato al suo professionista avesse quale oggetto lo svolgimento di una attività inutile, esso non è stato adempiuto: da un lato, ha creato un assetto di interessi rischioso, dall'altro non ha prodotto effetti rilevanti per la concessione del certificato antimafia.

5. LA RISPOSTA AI QUESITI DEONTOLOGICI

Quando mi trovai dinanzi al signor Sospettato e ai suoi consulenti, mi resi conto di non potere in alcun modo formarmi un'opinione circa la sua, come si dice oggi, "mafiosità". Avevo a mia disposizione moltissimi elementi di segno opposto e nessuno che puntasse in quella direzione, ma, come ho detto prima, il provvedimento prefettizio era fondato sul semplice sospetto: chi ero io per concludere circa la sua fondatezza o meno?

Debbo aggiungere che il signor Sospettato mi ha seguito tutte le volte che prospettavo caratteristiche del trust che ne faceva un classico trust di programmazione successoria come se ne fanno tanti, ma con la totale perdita di qualsiasi controllo e di qualunque interesse economico sia suo che di sua moglie. In sostanza, mi sono dato la seguente risposta ai quesiti deontologici: ipotizziamo che, contro quanto gli elementi a mia disposizione sembrano dimostrare, il signor Sospettato sia giustamente sospettato; ebbene, se egli trasferisse il gruppo societario ai suoi figli e imponesse loro un gestore di alto profilo, senza trattenerne in favore proprio o di sua moglie alcun vincolo o vantaggio patrimoniale, certamente la valutazione del Prefetto sarebbe diversa: l'impresa, per tornare al quesito iniziale, non sarebbe più sua, cioè del signor Sospettato. Ebbene, un trasferimento immediato di questo genere non realizzerebbe quelle esigenze di protezione patrimoniale dei discendenti per le quali lo strumento corretto è il trust con finalità successorie; dunque, impieghiamo il trust che soddisfa, al tempo stesso, l'obiettivo di fare operare l'impresa senza problematiche antimafia e di proteggere la discendenza del disponente.

E' vero che così il signor Sospettato perde l'azienda e la perde per sempre: è il prezzo da pagare. Potrà sembrare un prezzo troppo alto, ma questa valutazione spetta al cliente e non al professionista.

6. QUANDO IL PREZZO È INUTILMENTE ALTO

A proposito di prezzo troppo alto, talvolta si tratta di prezzo inutilmente alto ed allora spetta al professionista accorgersene, non al cliente.

Mi trovo dinanzi una bozza di *charitable trust* proposto da una banca straniera a un cliente italiano, che chiamerò signor Benevolo. L'operazione sembra semplice: il signor Benevolo, la sua mamma e i suoi fratelli fanno parte di una famiglia di industriali; essi vogliono destinare circa dieci milioni di euro a iniziative benefiche, possibilmente anche al "microcredito"; pensano a una fondazione, viene loro consigliato un trust che, secondo una recente tendenza, sarebbe regolato dalla legge di Jersey e avrebbe un *trustee* neo-zelandese (collegato alla banca).

Nell'incontro con il signor Benevolo apprendo che la somma da impiegare si trova in Italia e che le iniziative benefiche si svolgeranno prevedibilmente in Italia. Non mi rendo allora conto del perché l'operazione proposta dalla banca preveda che i dieci milioni siano trasferiti dalla famiglia Benevolo prima in Svizzera e da lì in Nuova Zelanda, né perché, dovendo operare in Italia, sia conveniente avere un *trustee* in Nuova Zelanda.

Il signor Benevolo mi consegna due pareri resi da avvocati italiani sul trattamento fiscale del trasferimento dei dieci milioni al *trustee*. Essi ruotano intorno all'art. 3 della legge sull'imposta di successione e donazione che esclude dal tributo alcune tipologie di trasferimenti per fini di pubblica utilità, anche in favore di enti esteri a condizione di reciprocità. Non approfondisco ora questo tema, salvo dire che la ragione del trasferimento in Svizzera e da lì in Nuova Zelanda risiede nel fatto che entrambi i pareri concludono che un trasferimento diretto sarebbe probabil-

mente esente, ma che, per essere più sicuri, è meglio far fare ai soldi il giro del mondo. Non mi sembra corretto impostare così le operazioni, ma certamente scorretto è che nessuno dei due professionisti abbia letto la bozza dell'atto istitutivo del trust (escludo che l'abbiano letta, perché significherebbe che non ne hanno capito nulla). Hanno redatto il parere senza sapere di quale trust si trattasse. E i discorsi sul trust flessibile, proteiforme, etc. etc. dove sono finiti?

Chi legga la bozza dell'atto istitutivo nota che essa consente al *trustee* di impiegare il fondo in trust per qualunque scopo, anche non *charitable*, e questo da solo pone radicalmente in dubbio la possibilità di avvalersi dell'art. 3 della legge sull'imposta di successione e donazione. Supponiamo che la clausola sullo scopo sia emendata, ma troviamo altre disposizioni che mai accetteremmo, nel nostro ordinamento, nello statuto di una fondazione o un ente con oggetto di pubblico interesse (al quale il trust dovrebbe essere parificato quanto al trattamento fiscale): sono consentiti i conflitti di interesse, il *trustee* è liberato in caso di "*fraud*" di un suo delegato, il *trustee* può interamente delegare i propri poteri a terzi, il *trustee* può non esercitare i diritti spettanti ai titolari di partecipazioni in società, il *trustee* può compiere qualsiasi investimento gli proponga il suo consulente finanziario.

Ma poi, dico al signor Benevolo, chi e come deciderà come impiegare i fondi del trust? Io, mi risponde lui, e dopo di me i miei figli o i figli dei miei fratelli che vorranno occuparsene. Eccellente, gli rispondo, ma in pratica come funzionerà? Voi scriverete al *trustee* in Nuova Zelanda prima di qualunque erogazione, il *trustee* deciderà secondo le vostre indicazioni e farà un bonifico alla persona da sovvenire in Italia? Non vi rendete conto che questo trust sarà fiscalmente residente in Italia e che con altissima probabilità sarà nullo fin dal suo primo momento?

Vado poi a cercare di capire nella bozza dell'atto istitutivo come sarà assicurato al signor Benevolo e poi ai giovani della famiglia il ruolo che essi aspirano a rivestire e non trovo assolutamente nulla, se non che il signor Benevolo sarà il guardiano e, morto lui, che l'*enforcer* (si tratta, naturalmente, di un trust di scopo) nominerà il nuovo guardiano. Chi nomina l'*enforcer* qualora il primo venga meno? Il *trustee*. E la famiglia Benevolo, che è quella che destina i dieci milioni all'attività benefica? Mistero, se ne sono perse le tracce.

Davvero una splendida costruzione! Avevo concluso sui trusts antimafia che il prezzo da pagare era alto, ma che esso era il prezzo del raggiungimento di un complesso obiettivo; qui il prezzo è alto, ma è inutilmente alto. Non credo che alcun professionista agisca in modo deontologicamente corretto prendendo parte senza protestare a esercizi di questo genere.

7. E ANCORA...

I relatori ai convegni si lamentano con la classica frase: "lo scarso tempo a mia disposizione mi costringe a sorvolare, ecc."; io invece dirò: "potrei andare avanti per un pezzo; sono felice che lo scarso tempo a mia disposizione mi costringa a concludere qui".