

“L’AVVOCATO ITALIANO E IL TRUST”

DI

TOMASO GALLETTO (*) (**)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La costituzione di un trust: una scelta consapevole. - 3. Trust e disciplina antiriciclaggio. - 4. Trust estero e trust interno. - 5. La scelta della legge applicabile. - 6. La scelta del trustee. - 7. L’avvocato “*protector*”. - 8. Utilizzazione fraudolenta del trust. - 9. Conclusioni.

* * *

1. PREMESSA

Sino ad epoca recente il trust è stato estraneo all’esperienza professionale dell’avvocato italiano, fatta naturalmente eccezione per quella esigua minoranza specializzata nel diritto internazionale privato, spesso all’interno di grandi studi abitualmente in contatto con l’Inghilterra o gli Stati Uniti, comunque operativi nell’ambito del commercio internazionale e dei grandi gruppi imprenditoriali.

Il trust, inoltre, si presentava agli occhi dei più come un oggetto misterioso e dalle finalità *latu senso* elusive, non soltanto sotto il profilo tributario.

L’inopinata adesione dell’Italia alla Convenzione dell’Aja del luglio 1985 sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, la ratifica intervenuta con legge 9 ottobre 1989 n. 364 e la successiva entrata in vigore internazionale della Convenzione nel 1992, hanno dischiuso nuovi orizzonti per gli avvocati italiani.

Per la prima volta, infatti, era data la possibilità – pur in assenza di una disciplina italiana in materia – di costituire un trust il cui unico elemento di estraneità era rinvenibile nella legge applicabile, necessariamente individuata nell’ambito di ordinamenti che conoscevano l’istituto.

(*) Docente nell’Università di Genova – Avvocato in Genova

(**) Intervento al Convegno I trust in Italia. Profili Operativi - Genova - 1° ottobre 2007

Il riconoscimento del trust, derivante dalla adesione dell'Italia alla Convenzione ha peraltro subito posto una nutrita serie di delicate questioni, prima fra tutte quella del trattamento fiscale.

Non è certamente possibile dare conto della evoluzione delle vicende che hanno connotato la storia del c.d. "trust interno" nell'ambito della presente relazione, il cui scopo è quello – diverso – di segnalare, per sommi capi e senza pretesa di completezza, le problematiche che si presentano all'avvocato italiano che affronta il complesso fenomeno del trust.

E' nota, a questo proposito, la difficoltà del giurista di civil-law a comprendere appieno il trust, che appartiene ad una assai diversa esperienza maturata in ordinamenti di matrice anglo-sassone.

E' nota, altresì, l'estrema duttilità di tale istituto che lo rende idoneo a perseguire obiettivi assai variegati e tra loro fortemente differenziati.

In questa prospettiva può essere interessante esaminare più da vicino l'approccio dell'avvocato italiano al trust e ciò sotto una duplice prospettiva: da un lato quella dell'avvocato chiamato a cooperare nella costituzione di un trust e, da altro lato, quella del professionista chiamato a (cercare di) deprivere di effetti un trust.

1. LA COSTITUZIONE DI UN TRUST: UNA SCELTA CONSAPEVOLE.

La già evidenziata estrema duttilità del trust non deve innanzi tutto trarre in inganno: esso non solo non può essere adattato a tutto, ma soprattutto non è necessariamente adatto a chiunque.

La scelta di costituire un trust deve dunque essere consapevole e ciò comporta non solo comprendere se davvero quella scelta è la più idonea a regolare la fattispecie, ma anche capire le effettive esigenze del cliente e l'atteggiamento con il quale quest'ultimo si rapporta al trust.

Queste cautele sono indispensabili specialmente quando lo scopo del trust è quello di assicurare una protezione del patrimonio del disponente per le più svariate ragioni.

Il trustee non è, nella fisiologia dell'istituto, un prestanome, è titolare dei beni apportati al trust e ne può disporre, nell'ambito della finalità assegnategli.

Questo è un profilo di rilevanza essenziale di cui (non soltanto) l'avvocato deve essere consapevole ma soprattutto di cui deve essere informato il cliente, che ne deve ben comprendere le implicazioni.

L'atto di disposizione con il quale i beni vengono apportati al trust ne determina, come è noto, il distacco dal patrimonio del disponente e l'attribuzione della titolarità in capo al trustee.

Questo è un evento ineluttabile nella fenomenologia del trust e tuttavia comporta rilevanti criticità non tanto dal punto di vista giuridico, quanto da quello psicologico

nella sfera del cliente, principalmente nell'ipotesi in cui il trust viene utilizzato per prefigurare assetti patrimoniali *post-mortem* del disponente.

La circostanza di non essere più "proprietario" in senso tecnico-giuridico del patrimonio apportato al trust, infatti, non è di immediata percezione per il disponente.

In genere i clienti chiedono all'avvocato di apprestare meccanismi che consentano loro di non perdere completamente il controllo del patrimonio apportato al trust ritenendo, sotto questo profilo spesso con ragione, di essere tendenzialmente i migliori gestori di esso.

Questa richiesta è fonte di notevoli insidie per il professionista e, in via mediata, per lo stesso trustee: se si accondiscende ad essa aumentano in modo esponenziale i rischi di danneggiare gravemente il cliente, con conseguente responsabilità professionale.

Qui spesso soccorre la professionalità del trustee che argina le richieste del disponente di mantenere un ruolo attivo rispetto al patrimonio apportato al trust. Il rischio è infatti quello di porre in essere un trust simulato, dal quale non conseguono gli effetti tipici dell'istituto utilizzato.

Sono noti a questo proposito ai pratici della materia i precedenti, provenienti dalle giurisdizioni di *common law*, in cui l'ampiezza dei poteri di disposizione e direzione riservati al disponente hanno impedito che venisse riconosciuta l'esistenza di un genuino trust.

Di qui la necessità che la scelta di utilizzare il trust sia una scelta consapevole anche dei rischi connessi ad una deformazione non consentita dell'istituto.

2. TRUST E DISCIPLINA ANTIRICICLAGGIO

La relativamente recente entrata in vigore della normativa cosiddetta antiriciclaggio, di cui al decreto legislativo 20 febbraio 2004 n. 56 e la sua estensione ad alcune categorie di liberi professionisti, tra i quali gli avvocati, di cui al decreto del ministro dell'economia e delle finanze del 3 febbraio 2006 n. 141 hanno posto delicate questioni in materia di trust.

Tra le attività soggette agli obblighi di segnalazione, nell'ipotesi in cui vi siano elementi di sospetto di condotte di riciclaggio, compare infatti "la costituzione, la gestione o l'amministrazione di società, enti, *trust* o strutture analoghe".

A sua volta l'Ufficio Italiano Cambi, con provvedimento del 24.2.2006, ha emanato le istruzioni applicative della normativa antiriciclaggio, prevedendo tra gli indicatori di anomalia delle operazioni in argomento, tra l'altro:

"la costituzione e impiego di trust, soprattutto nel caso in cui si applichi una normativa propria di ordinamenti caratterizzati da principî e regole non in linea con le disposizioni antiriciclaggio italiane, in assenza di adeguate ragioni giustificatrici" (§ 6.1. del citato provvedimento).

Sono note a questo proposito le perplessità sollevate dagli avvocati, non solo italiani, rispetto alla previsione di obblighi di segnalazione di operazioni potenzialmente sospette che sono confliggenti con l'obbligo del segreto professionale.

L'obbligo di segnalazione, la cui violazione è penalmente sanzionata, non opera nell'ambito dell'attività dell'avvocato che si limita all'esame della posizione giuridica del cliente ovvero per quella attività che sia strettamente connessa ad un procedimento giurisdizionale che sia già in atto o ancora allo stato potenziale, ma opera invece pienamente nell'ambito della attività di consulenza stragiudiziale.

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, peraltro, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale su ricorso promosso dagli ordini forensi del Belgio e di altri Paesi ha recentemente statuito che gli obblighi di informazione e di collaborazione imposti agli avvocati solo nei limiti in cui essi assistono i clienti nella progettazione e realizzazione di determinate operazioni, senza alcuna connessione con procedimenti giudiziari anche potenziali, non violano il diritto ad un equo processo (Corte CE, C-305/06 del 28 giugno 2007).

In questa prospettiva il profilo relativo alla applicazione della disciplina antiriciclaggio alla materia dei trust assume notevole rilievo.

Il ruolo dell'avvocato è estremamente delicato in quanto il professionista deve essere in grado di rilevare sin dall'inizio la possibile esistenza di anomalie nell'operazione richiesta dal Cliente e optare alternativamente:

- a) Per il rifiuto dell'incarico, che secondo gli orientamenti ad oggi noti esime dall'obbligo di segnalazione; ovvero
- b) Per l'accettazione dell'incarico, con la conseguenza che se durante lo svolgimento di esso emergono fondati elementi di sospetto di riciclaggio scatta in ogni caso l'obbligo di segnalazione.

Sono sufficienti questi brevi cenni per comprendere quanto sia delicata la posizione dell'avvocato quando suggerisce la costituzione di un trust, ovvero coopera a tale costituzione, nell'ipotesi in cui, ovviamente, nella vicenda emergano segnali di anomalia.

Il nostro legislatore, tra l'altro, non ha ritenuto di dover escludere dagli obblighi un profilo particolarmente rilevante, vale a dire quello dei possibili reati fiscali quali indici di operazione sospetta (altri ordinamenti, come ad esempio la Francia, hanno invece positivamente escluso la fattispecie).

E' ovvio che non tutti i casi di costituzione di trust necessariamente sollevano questioni connesse con la disciplina antiriciclaggio ma l'indicazione tra gli elementi di sospetto della scelta di una legge applicabile propria di ordinamenti "*non in linea con la disciplina antiriciclaggio*" impone anche sotto questo profilo esigenze di grande cautela.

3. TRUST ESTERO E TRUST INTERNO

Un altro rilevante profilo di indagine riguarda la scelta di costituire un trust interno ovvero di optare per un trust estero.

Intanto occorre chiarire che cosa comunemente si intende per “*trust interno*”.

Il “*trust interno*” è un trust in cui l’unico elemento di estraneità rispetto all’ordinamento italiano è costituito dalla legge applicabile al trust stesso (che è una legge di un ordinamento che conosce il trust o quella specifica categoria di trust).

Come è noto vi è stato un ampio dibattito, tuttora non esaurito, sulla compatibilità del trust interno con i principî generali del nostro ordinamento.

Si è infatti dubitato del possibile contrasto con il principio della responsabilità patrimoniale illimitata ex art. 2740 cod. civ. e della unicità del patrimonio, nonché del numero chiuso dei diritti reali.

Ancora, si è evidenziato il possibile contrasto dell’atto attributivo di beni in trust con i principî della tipicità degli atti unilaterali e della inammissibilità di negozi astratti di trasferimento.

Oggi può ragionevolmente ritenersi che le tesi ostative al riconoscimento del trust interno siano recessive.

Questo non ha determinato, di per sé, una larga diffusione dei trust interni, specialmente per la cautela suggerita dalla mancanza di norme tributarie italiane in proposito, tali da consentire una ragionevole previsione delle implicazioni fiscali del fenomeno.

La recente normativa tributaria, di cui si discute in altre relazioni, potrebbe modificare lo scenario, ma il condizionale è d’obbligo perché talune nuove disposizioni si prestano a diverse letture, suggerendo anche sotto questo profilo un atteggiamento di cautela.

Anche la scelta di un trust estero, tuttavia, è a sua volta resa più complessa in ragione delle nuove norme che pongono, nella ricorrenza di determinati presupposti, una presunzione di “residenza fiscale” in Italia del trust estero, con conseguente sua attrazione alla fiscalità italiana.

Non è questa la sede idonea ad approfondire tali delicate questioni, che tuttavia devono essere prese in attenta considerazione per orientare una scelta consapevole anche sotto questo profilo.

4. LA SCELTA DELLA LEGGE APPLICABILE

Il nostro ordinamento non conosce il trust (se non, recentissimamente, sotto il profilo fiscale) ed è quindi necessario individuare, nel costituire un trust, la legge destinata a regolarne gli effetti.

Tale legge, già lo si è ricordato, deve necessariamente appartenere ad un ordinamento che conosce il trust e più precisamente la categoria di trust che si vuole costituire.

Diverse sono, a questo proposito, le opportunità che l'avvocato può vagliare.

Spesso la scelta ricade sulla legge inglese, poiché in quell'ordinamento il trust è nato e vi è esperienza plurisecolare in proposito, ma non mancano diverse opzioni.

Ma anche in questo caso non esistono scelte privilegiate, perché occorre misurarsi con la fattispecie concreta.

Le legislazioni in materia di trust, infatti, non sono necessariamente omologhe e fungibili (salva qualche ipotesi) ed occorre allora che l'avvocato italiano, che nella maggioranza dei casi non è un profondo conoscitore delle leggi straniere, verifichi con un professionista operante nell'ordinamento la cui legge si intende applicare al trust la coerenza della scelta rispetto agli obiettivi che si intendono perseguire.

La prassi applicativa in un determinato ordinamento, infatti, difficilmente è conoscibile da chi non vi opera, ed in ogni caso soltanto chi esercita la professione in una determinata giurisdizione è dotato della sensibilità necessaria ad orientare la scelta della legge applicabile (ed applicata).

Ancora. Come è ovvio scelta della legge straniera applicabile non significa che il giudice italiano non possa conoscere della materia, ma piuttosto che debba applicare quella legge straniera.

Ed allora la facilità di reperimento delle fonti normative e soprattutto la stabilità degli orientamenti giurisprudenziali assumono grande rilievo ai fini della scelta della legge applicabile al trust interno.

5. LA SCELTA DEL TRUSTEE

Anche la scelta del trustee presenta, naturalmente, profili assai delicati.

E' evidente l'importanza dei requisiti della serietà e della affidabilità del trustee, ma non può essere pretermesso il diverso profilo della professionalità.

La impreparazione del trustee, infatti, ridonda a danno del disponente e dei beneficiari del trust.

Occorre allora verificare che il trustee risulti idoneo allo svolgimento di tale delicata attività.

A seconda dei casi, inoltre, sarà necessario affidare tale incarico ad una realtà strutturata, in grado di rispondere sotto il profilo patrimoniale, anziché ricorrere ad una persona fisica, tenuto anche conto delle delicate questioni che possono porsi in ordine alla appartenenza di un bene al patrimonio costituito in trust anziché a quello personale del trustee.

Ancora, se il trust è destinato a durare per lungo tempo la scelta di una realtà strutturata quale trustee è certamente appropriata per assicurare continuità nella gestione.

6. L'AVVOCATO "PROTECTOR"

L'ampiezza dei poteri di gestione del patrimonio costituito in trust in capo al trustee, che caratterizza l'istituto unitamente alla sostanziale assenza di poteri dispositivi residui in capo al disponente hanno fatto emergere nella prassi e poi nella stessa legislazione di taluni ordinamenti la figura del "*protector*".

Il "*protector*" rappresenta in qualche modo gli interessi del disponente e dei beneficiari ed è dotato di taluni rilevanti poteri connessi a scelte fondamentali che riguardano la gestione del trust.

Spesso il "*protector*" ha il potere di sostituire il trustee, di ampliare o ridurre la categoria dei beneficiari garantendo in tal modo il disponente rispetto ad eventuali anomalie riscontrabili nella gestione del trust.

Si tratta di un istituto certamente non essenziale al trust e che tuttavia viene utilizzato specialmente quando il disponente non ha confidenza con l'istituto del trust e reputa quindi opportuno adottare alcune cautele anche nei confronti del trustee.

Accade così assai spesso che all'avvocato italiano del disponente sia richiesto di assumere il ruolo di "*protector*".

Anche questa scelta impone l'adozione di opportune cautele.

L'ampiezza dei poteri che possono essere conferiti al "*protector*" infatti, non è illimitata poiché vi è il rischio di una sovrapposizione con il diverso ruolo del trustee.

Le conseguenze di una impropria attribuzione al "*protector*" di funzioni tipiche del trustee può comportare rilevanti ricadute in danno del disponente.

Se rilevanti decisioni in materia di gestione del trust sono assunte dal "*protector*", infatti, possono sorgere questioni in ordine alla effettiva sede del trust, che viene individuata nel luogo in cui normalmente opera il trustee.

Si può quindi correre il concreto rischio che un trust costituito all'estero venga di fatto sottratto alla sua naturale giurisdizione poiché l'ampiezza dei poteri attribuiti al "*protector*" lo fa assimilare ad un co-trustee attraendo il trust nella giurisdizione di quest'ultimo.

7. UTILIZZAZIONE FRAUDOLENTA DEL TRUST

Si è ripetutamente segnalata in precedenza la estrema flessibilità dell'istituto del trust che è la caratteristica che ne ha determinato la fortuna anche al di fuori dell'esperienza in cui esso è maturato.

Questa caratteristica consente che il trust sia utilizzato anche per scopi non propriamente encomiabili.

Attraverso l'utilizzazione di esso, infatti, si può cercare di perseguire obiettivi non consentiti dall'ordinamento, quali ad esempio l'elusione delle regole della successione necessaria (per quegli ordinamenti, come il nostro, che la prevedano), l'elusione delle norme che regolano il regime patrimoniale tra i coniugi e di quelle che tutelano i diritti dei creditori.

Un discorso a parte, ovviamente, riguarda lo scopo di elusione fiscale che, specialmente nel passato, è stato perseguito proprio attraverso l'utilizzazione del trust.

Qualora l'avvocato italiano sia chiamato a cercare di superare l'ostacolo costituito dalla presenza di un trust che abbia distolto una parte del patrimonio del debitore o dell'obbligato, non mancano le difficoltà.

Intanto occorre verificare, naturalmente, non solo la categoria di trust di cui si vorrebbe neutralizzare gli effetti, ma anche e soprattutto se il trust sia interno o estero.

Un primo presidio alle ragioni dei terzi che possano essere pregiudicati dalla costituzione di un trust è offerto dalla stessa Convenzione internazionale, il cui articolo 13 prevede testualmente che *“Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi significativi, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del trustee, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del trust o la categoria di trust in questione”*.

La norma peraltro riguarda i rapporti fra Stati e si riferisce sostanzialmente alle leggi di recepimento della Convenzione.

Essa quindi non può essere direttamente invocata nei rapporti orizzontali tra privati.

Più incisive sono le disposizioni che danno rilievo alle norme inderogabili in talune materie previste dalla legge designata dalle regole di conflitto del Foro ovvero alle norme di applicazione necessaria applicabili indipendentemente dalla legge designata dalle regole di conflitto del Foro.

Si tratta, in sintesi, delle situazioni alle quali si è fatto riferimento in precedenza.

La Convenzione prevede che nell'ipotesi in cui le norme inderogabili siano di ostacolo al riconoscimento del trust il Giudice cercherà di realizzare gli obiettivi di esso con altri mezzi giuridici, mentre tale facoltà non è consentita con riferimento alle norme di applicazione necessaria.

In questo contesto normativo può assumere rilievo, per la tutela degli interessi pregiudicati dalla costituzione di un trust, l'esercizio delle azioni revocatorie, tanto ordinaria quanto fallimentare.

Il trasferimento di beni al trust, infatti, avviene mediante un atto dispositivo compiuto nella generalità dei casi a titolo essenzialmente gratuito, ancorché non connotato da alcun spirito di liberalità.

Tale atto dispositivo, in virtù del quale determinati beni sono trasferiti al trustee, esula dall'ambito di applicazione della Convenzione, il cui art. 4 espressamente ne esclude l'operatività rispetto agli atti giuridici in virtù dei quali i beni sono trasferiti al trustee.

Sarà quindi la legge individuata secondo le regole del diritto internazionale privato a regolare la fattispecie.

Nell'ipotesi in cui si tratti della legge italiana, trattandosi di atto a titolo gratuito sarà quindi sufficiente la prova che il debitore conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore, con conseguente alleviamento dell'onere probatorio che fa carico all'attore in revocatoria.

Ma nella maggior parte delle ipotesi non è affatto agevole individuare l'atto di attribuzione del bene al trust, poiché ciò avviene, di norma, attraverso diversi passaggi (ad esempio, si conferiscono i beni in una società e poi è la partecipazione societaria, costituita da quote o azioni, che viene apportata al trust).

Non esiste unanimità di vedute in ordine all'esercizio dell'azione revocatoria nei confronti degli atti dispositivi che abbiano per effetto l'attribuzione di beni al trustee, ma nel variegato panorama sono reperibili pronunce giurisdizionali che la ammettono.

Ancora più difficile è la situazione con riferimento ai trust esteri, rispetto ai quali da un lato occorre munirsi di una sentenza opponibile al trustee e, da altro lato, occorre poi procedere al riconoscimento ed all'esecuzione della sentenza nell'ordinamento in cui opera il trustee.

Alcuni ordinamenti, come è noto, impediscono ai propri giudici di riconoscere e dare esecuzione a pronunce straniere che abbiano fatto applicazione delle norme in materia di successione necessaria (*cd. forced heirship*).

E' sufficiente questo breve cenno per rendersi conto che la tutela dei creditori i cui interessi siano stati pregiudicati dalla sottrazione di beni del debitore mediante loro attribuzione ad un trust non è per nulla agevole ed anzi in molti casi è destinata a non avere successo.

8. CONCLUSIONI

Le considerazioni in precedenza esposte, pur prive di qualsiasi pretesa di completezza e sistematicità, consentono tuttavia di avvertire la difficoltà e la delicatezza del ruolo dell'avvocato italiano che si trovi a doversi confrontare con l'istituto del trust, tanto nell'ipotesi in cui cooperi nell'operazione istitutiva di esso, quanto nella diversa ipotesi in cui sia chiamato a tutelare interessi antagonisti rispetto al trust.

Il trust non appartiene al bagaglio delle conoscenze normalmente possedute dall'avvocato italiano e le peculiarità che lo caratterizzano lo rendono insuscettibile di essere ricondotto all'interno di istituti noti nel nostro ordinamento.

Non è quindi possibile affrontare le delicate questioni che si pongono, dal punto di vista dell'avvocato italiano, rispetto all'istituto del trust, con approssimazione attraverso non consentite assimilazioni con istituti apparentemente contigui.

Questo non significa, naturalmente, che se ne debba trarre la conclusione di inadeguatezza dell'avvocato italiano a misurarsi con l'istituto del trust, ma costituisce al

contrario una grande sfida che può essere affrontata soltanto con la dovuta professionalità.

Non vi è dubbio che il trust abbia conosciuto negli ultimi anni una significativa espansione anche nel nostro ordinamento, ma ciò è avvenuto per merito di coloro (studiosi, avvocati, notai e giudici) che hanno seguito un percorso virtuoso di avvicinamento all'istituto del trust, senza indulgere in facili approssimazioni.

E' quindi doveroso sottolineare il pericolo che all'opera meritoria dei pionieri faccia seguito una troppa larga schiera di imitatori che intendono utilizzare il trust impropriamente o comunque in assenza delle indispensabili conoscenze.

Ed in questa prospettiva certamente di estremo rilievo sarà il ruolo che potrà essere svolto dall'avvocatura che deve veicolare un uso appropriato delle grandi potenzialità che questo istituto giuridico può offrire anche nell'ambito del nostro ordinamento.