

QUESITI

FERDINANDO BRIZZI

Il “negozio illecito”: *leasing* e *trust* come strumenti di dissimulazione della “disponibilità”

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La prova della “buona fede” - 3. Il terzo estraneo al reato - 4. L’onere di motivazione in merito alla “malafede” ed alla “colpevolezza” del terzo - 5. Il *leasing* come strumento di riciclaggio/reimpiego - 6. La disponibilità del bene nel *trust* - 6.1 Natura del *trust* e sue possibili finalità elusive - 6.2 Il *trust* come strumento elusivo delle “interdittive” antimafia - 7. Brevi considerazioni conclusive.

1. Premessa

L’esperienza giudiziaria ha fatto emergere come le diverse forme di criminalità “attive” in Italia siano aduse a “schermare” la disponibilità di ingenti patrimoni per sottrarli all’azione ablativa dello Stato, sicché il legislatore è stato indotto ad apprestare strumenti normativi idonei a consentire indagini patrimoniali sempre più penetranti: si pensi al co. 2 dell’art. 19 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che consente accertamenti volti alla ricostruzione dei rapporti economici intrattenuti dal proposto per l’applicazione di misure di prevenzione personali e patrimoniali anche con soggetti che possono rivestire il ruolo di concorrenti esterni, favoreggiatori, fiancheggiatori, prestanome, finanziatori, riciclatori. In questa prospettiva, le indagini possono riguardare anche i crediti, le proprietà, i diritti reali, locazioni, *leasing* ed altri diritti di godimento che possono apparire coperture fittizie e di comodo. Gli accertamenti vengono inoltre estesi ai beni appartenenti ai familiari o ai terzi che possono rivelarsi soggetti interposti, attraverso negozi fiduciari o simulati o di mera intestazione formale¹.

Grava, in ogni caso, sulla pubblica accusa l’onere di provare che il proposto possa in qualsiasi modo determinare la destinazione o l’impiego del bene anche se formalmente appartenente a terzi².

Allo stesso modo, nel procedimento penale l’esistenza di norme quali l’art. 12-*quinquies* - trasferimento fraudolento di valori - e 12-*sexies* - c.d. confisca allargata - l. 7 agosto 1992, n. 356 rende possibile estendere l’indagine patrimoniale al di là della persona dell’indagato/imputato³.

Alcune recenti sentenze della Suprema Corte consentono di svolgere alcune

¹ BALSAMO, *Codice Antimafia*, in *Digesto*, 2014.

² BALSAMO, Agliastro, *Le forme del procedere: rinvio e particolarità* in *Misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 467.

³ BRIZZI, *Il trasferimento fraudolento di beni tra sistema penale e sistema di prevenzione*, in *questa Rivista online*, 2014.

riflessioni in tema di confisca di beni formalmente appartenenti a “terzi” rispetto al proposto, in sede di prevenzione, o all’indagato/imputato in sede penale, ma in realtà nella sua “disponibilità”.

Si è trattato di beni acquistati in *leasing* ovvero di società conferite in *trust*.

L’esperienza giudiziaria ha dimostrato che entrambi questi “negozi” possono essere utilizzati in modo illecito, o per consentire il riciclaggio e/o reimpiego di denari di provenienza illecita, oppure per “celare” il reale *dominus* delle società⁴.

Anche la dottrina ha evidenziato il rischio che il contratto di *leasing* possa essere utilizzato quale strumento di riciclaggio attraverso il pagamento delle rate con denaro di provenienza illecita, in quanto, in passato, il *leasing* veniva considerato generalmente preclusivo per l’adozione di qualunque misura patrimoniale; ciò ha consentito che il contratto di *leasing* diventasse uno strumento cui ricorrere per eludere la pur ampia normativa in materia di sequestri patrimoniali; è stata infatti riscontrata una prassi consolidata, attraverso il contratto di *leasing*, per rendere più difficile la riconducibilità del bene al soggetto che ne ha l’effettiva disponibilità; per contrastare questi fenomeni si è affermato un orientamento opposto in base al quale anche il bene oggetto di *leasing*, o lo stesso contratto di *leasing* (che incorpora un valore economico) può essere sequestrato⁵. Ancora, si è sostenuto che il *leasing* può rivelarsi quale strumento per realizzare attività “agevolativa” di persone sottoposte a procedimento di prevenzione o a procedimento penale per reati “mafiosi” (artt. 3-*quater* e *quinquies* L. 31 maggio 1965, n. 575, ora art. 34 D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159): in questo caso, a d avviso dell’illustre autore, la confisca potrebbe colpire l’azienda e con essa anche i beni in *leasing*, che indubbiamente ne fanno parte, ma che sono oggetto di un contratto pendente e sono di proprietà del concedente⁶.

Allo stesso modo, autorevole dottrina ha sostenuto che neppure il conferimento dei beni in *trust* costituisce barriera insuperabile al sequestro: è possibile quindi l’adozione del sequestro dei beni facenti parte di un *trust*, quando l’indagato *trustee* continui di fatto ad amministrarli, conservandone la piena disponibilità. Il discorso vale non solo per il caso in cui il *trust* sia un mero expediente giuridico-formale per sottrarre i beni ai creditori, ma più gene-

⁴ CAPECCHI, *Le misure di prevenzione patrimoniali*, Forlì, 2011, 61 ss.: l’Autore descrive i casi di prestanomi *in incertam personam*, i fenomeni di interposizione invertita, le catene di arricchimento di fonte parentale incerta, i fenomeni di interposizione incrociata o “a catena”.

⁵ FIORIO, BOSCO, D’AMORE, *Amministratore giudiziario*, Assago, 2014, 506.

⁶ PANZANI, *La natura della confisca nel sistema delle misure di prevenzione*, Fallimento, 1997, 11, 1053 (commento alla normativa).

ralmente in tutte le ipotesi in cui il *trust* non elida la signoria del disponente⁷. Tuttavia l'apparente estraneità rispetto al reato tanto delle società di *leasing* che di quelle conferite in *trust* impongono un "rafforzato" onere di motivazione, per procedere all'azione ablativa, dovendosi fornire la prova rigorosa della "disponibilità" dei beni in capo al proposto/imputato, onere vieppiù rafforzato, con riferimento al *leasing*, dovendosi altresì fornire la prova della "mala fede" da parte della società⁸.

2. La prova della "buona fede"

La natura sostanziale del contratto di *leasing* quale contratto di finanziamento fa sì che gli debba essere applicata la medesima disciplina prevista in tema di finanziamento, con l'accertamento della buona fede o dell'incolpevole affidamento: la società di *leasing*, al pari di una banca che concede un mutuo, dovrà dimostrare di aver positivamente adempiuto con diligenza agli obblighi di informazione e di accertamento e di aver perciò fatto affidamento "incolpevole" sul soggetto nei cui confronti ha acquistato il diritto di garanzia; il doveroso bilanciamento tra gli interessi statali e quelli del privato porta a ritenere opportuna la prevalenza dei primi rispetto ai secondi, sempreché la posizione del privato resti comunque tutelata nel caso provi la sua buona fede⁹.

La nozione di "buona fede" ha costituito oggetto di approfondimento e di elaborazione, sia dottrina sia giurisprudenziale, in sede di procedimento per l'applicazione di misura di prevenzione patrimoniali.

Il legislatore, recependo le indicazioni giurisprudenziali, sia di merito che di legittimità, ha codificato, nell'art. 52, co. 3, d.lgs. n. 159 del 2011, quelli che sono gli elementi di cui tener conto nella valutazione della "buona fede:" le condizioni delle parti, i loro rapporti personali e patrimoniali, il tipo di attività svolta, anche con riferimento al ramo di attività, la sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché, in caso di enti, le dimensioni degli stessi¹⁰.

Una puntuale applicazione di questa disposizione si rinviene nella giurisprudenza di merito¹¹ che, in linea con le preoccupazioni dottrinarie sopra ricordate¹², ha osservato come la confisca dei beni in *leasing* sia un "terreno particolare", meritevole, in caso della fittizietà del relativo contratto o della malafede

⁷ Fabbri, *Sequestro preventivo*, in *Atti processuali penali*, a cura di Spangher, Milano, 2013, 1732.

⁸ BRIZZI, CAPECCHI, FICHERA, *Misure di prevenzione e tutela dei terzi*, Torino, 2013.

⁹ FIORIO, BOSCO, D'AMORE, *Amministratore*, cit., 507.

¹⁰ BRIZZI, PALAZZO, PERDUCA, *Le nuove misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 109.

¹¹ Trib. di Taranto, Sez. Misure di Prevenzione, 3 febbraio 2012, in www.penalecontemporaneo.it.

¹² FIORIO, BOSCO, D'AMORE, *Amministratore*, cit., 507.

del locatore, di una seria e repressiva politica giudiziaria, «essendo ormai notorio che il ricorso allo strumento del *leasing* avviene con maggior frequenza proprio da parte di coloro che intendono investire le ricchezze illecite nel godimento di beni che non possono acquistare in quanto, diversamente, diverrebbero oggetto dell'intervento ablatorio dello Stato». In caso di comprovata buona fede del terzo concedente i beni in *leasing*, appare ragionevole limitare la confisca alla sola posizione contrattuale del proposto-locatario; nel caso opposto, in cui si ha a che fare con la malafede del locatore, non potrà accordarsi allo stesso la medesima tutela, perché, opinando diversamente, si approderebbe ad un *monstrum* giuridico, consistente nel predisporre il medesimo trattamento tanto al locatore in buona fede che a quello in malafede: per tali motivi, allora, si arguisce agevolmente che lo Stato, non dovendo più garantire le ragioni del locatore in malafede, potrà andare oltre la confisca della mera posizione contrattuale del proposto-locatario, disponendo la confisca *tout court* del bene concesso in *leasing*.

Nel caso di specie, il Tribunale ha disposto la confisca di beni aziendali, costituenti la dotazione di un ristorante, evidenziando non solo come non fosse stata dimostrata la buona fede del legale rappresentante della società di *leasing*, un avvocato, né tanto meno il suo legittimo affidamento, ma, al contrario, essendo risultata provata la sua complicità consistita nell'aver consentito al proposto di reimpiegare, proprio attraverso il *leasing*, i proventi delle attività delittuose da lui poste in essere in un contesto di criminalità organizzata, in virtù di un consolidato rapporto di amicizia e di *partnership* imprenditoriale.

3. Il terzo estraneo al reato

Identiche ed ancora più approfondite considerazioni si rivengono in altro decreto di merito¹³ concernente un «evasore fiscale socialmente pericoloso»¹⁴ che aveva accumulato un ingente patrimonio anche attraverso l'acquisto di beni in *leasing*: tutti i contratti di *leasing* erano stati concessi per beni di lusso, non collegati funzionalmente alle varie attività di impresa del proposto, cui erano stati intestati i relativi contratti.

Il Tribunale ne disponeva la confisca evidenziando le anomale modalità di erogazione del finanziamento: il finanziamento, nonostante l'importo molto elevato era stato erogato senza alcuna copertura fideiussoria, né il rilascio di qualsivoglia forma di garanzia reale o personale. Ciò che era stato determinante ai fini del rilascio del finanziamento erano state la conoscenza da parte

¹³ Trib. di Cremona, Sez. Misure di Prevenzione, 22 gennaio 2013, Spagnuolo e altri, in www.leggiditaliaprofessionale.it.

¹⁴ Su questo argomento cfr. BRIZZI, *Misure di prevenzione e pericolosità dei "colletti bianchi" nella elaborazione della giurisprudenza di merito*, in *questa Rivista online*, 2014.

dei responsabili della società di *leasing* delle reali liquidità o disponibilità non ufficialmente dichiarate: dalle perquisizioni effettuate, emergeva infatti che la società concedente aveva acquisito le garanzie necessarie alla copertura dell'operazione finanziaria in modo non palese, e comunque senza indicarle nel contratto di *leasing*; per contro, si accertava che il proposto aveva prodotto per ottenere il rilascio del finanziamento delle false denunce di redditi prodotte, non oggetto di verifica alcuna da parte dei concedenti, a significare una bassissima attendibilità e valore attribuito alle stesse nel procedimento di approvazione.

Venivano poi rilevate le violazioni alla normativa antiriciclaggio: la società di *leasing* aveva tollerato, in violazione di tali adempimenti, che il proposto domiciliasse l'addebito dei canoni di locazione del *leasing* su un rapporto bancario intestato a terzi. Nel corso delle indagini veniva sentito il Responsabile del Presidio Organizzativo della società di *leasing*, che confermava l'anomalia della domiciliazione dell'addebito dei canoni sul conto di persona diversa dal contraente, segnatamente il padre. Di qui la logica conclusione del Tribunale, secondo cui la società di *leasing* aveva coscientemente avallato l'operazione di dissimulazione della provenienza della provvista di denaro per il pagamento.

Tanto più grave era la condotta della società di *leasing*, ad avviso del Tribunale, in quanto si trattava di contraenti specializzati, dai quali era doveroso aspettarsi una particolare attenzione nei confronti di una abnorme liquidità non correlata a documentati e leciti redditi, anche ai fini dell'art. 52, co. 3, d.lgs. 159 del 2011: la conclusione era che gli stessi non avessero operato nella c.d. "buona fede", in quanto pienamente consapevoli di operare direttamente con un soggetto che utilizzava risorse finanziarie non correlate ad una effettiva e lecita capacità di reddito, e nella condizione di poter verificare quella "strumentalità" fra proventi di verosimile natura illecita e il loro reimpiego in beni di lusso, attraverso i contratti di locazione finanziaria.

In tal modo, la società di *leasing*, ad avviso del Tribunale, non poteva ritenersi estranea al reato, in quanto aveva ricavato vantaggi ed utilità dal reimpiego del denaro di provenienza illecita da parte del proposto, rappresentati dalla differenza, alla conclusione del contratto, fra l'ammontare dei canoni di locazione percepiti e il valore del bene oggetto di locazione pagato all'origine. Ricorreva dunque quel collegamento diretto o indiretto fra vantaggio ed utilità ricavato dal terzo - la società di *leasing* - con il fatto criminoso del proposto, evidenziato dalle Sezioni unite della Cassazione¹⁵ come rilevante per escluderne la buona fede, esteso dal Tribunale, ai sensi dell'art. 52, co. 1, lett. b),

¹⁵ Cass., Sez. un., 17 aprile 2012, PM in proc. Sforza, in *Mass. Uff.*, n. 252030.

d.lgs. 159 del 2011, al “frutto o reimpiego” di proventi di attività illecita: si doveva dunque escludere la buona fede della parte contrattuale che era nella possibilità, in base a quanto documentato nel decreto, di verificare la “strumentalità” fra attività di reimpiego di denaro provento di attività illecite in beni di lusso, attraverso contratti di locazione finanziaria. Precisava ancora il Tribunale che, una volta esclusa la buona fede dei contraenti, l'impossibilità di aggredire nel procedimento di prevenzione - in una sorta di azione revocatoria - i pagamenti effettuati dal proposto (azione non prevista dalla normativa introdotta dal d.lgs. 159 del 2011) rendeva percorribile, come unica soluzione, l'estensione della confisca dei beni in *leasing* trovati nel godimento ed effettiva disponibilità del proposto al momento del sequestro, proprio al fine di quel «doveroso bilanciamento tra gli interessi statali e quelli del privato che porta a ritenere opportuna» (come affermato anche da Corte cost., sent. n. 1 del 1997) «la prevalenza dei primi rispetto ai secondi, nel momento in cui la posizione del privato è stata comunque tutelata facendo salva la possibilità che egli provi la sua buona fede».

4. L'onere di motivazione in merito alla “malafede” ed alla “colpevolezza” del terzo

Il decreto del Tribunale è stato confermato dalla Corte d'appello¹⁶, ma il Supremo Collegio¹⁷, nonostante abbia confermato la misura personale della sorveglianza speciale e la misura patrimoniale della confisca dei beni direttamente ed indirettamente riconducibili al proposto, tuttavia ha annullato il decreto di merito nella parte in cui era stata disposta la confisca dei beni da lui utilizzati in *leasing*.

Le censure del Giudice di legittimità hanno investito il decreto del giudice distrettuale, venuto meno all'obbligo di rigorosa motivazione quanto alla “consapevolezza del terzo” di agevolare il proposto ed alla ritenuta “malafede”, in quanto entrambe affermate in modo apodittico: ad avviso del Giudice di legittimità, si è trattato di asserzioni congetturali non sostenute da un ragionevole argomentare, che ha finito per creare una sorta di automatismo ed equivalenza tra l'inadeguato reddito dichiarato dall'utilizzatore del bene, in forza di contratto di *leasing*, e valore sproporzionato del bene oggetto del contratto. Secondo il Supremo Collegio, laddove, in assenza di tale rigorosa dimostrazione, si operasse la confisca di un bene, in corso di contratto di *leasing*, si determinerebbe un reale pregiudizio in danno di un terzo che, fino a prova contraria, rimane persona del tutto estranea al reato; conseguenza, que-

¹⁶Corte di app. di Brescia, 4 dicembre 2013, Spagnuolo e altri, inedito.

¹⁷Cass., Sez. VI, 30 ottobre 2014, Spagnuolo e altri, inedito.

sta, contrastante anche con l'art. 7 C.e.d.u. e con il disposto *ex art.* 1 del Protocollo n. 1 Convenzione (Protezione della proprietà), come intesi nell'interpretazione datane dalla Corte e.d.u., «cui i giudici nazionali devono per quanto possibile adeguarsi, salvo a sollevare questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost.; tale adeguamento interpretativo si impone alla luce dei suesposti principi che regolano, anche nel nostro ordinamento, la confisca¹⁸ ».

La Corte di cassazione ha tuttavia annullato con rinvio, senza escludere in modo radicale la possibilità di addivenire a confisca dei beni in *leasing* nella disponibilità del proposto e/o imputato, indicando al Giudice del merito la necessità di un onere motivazionale “rafforzato”, non limitato cioè a mere congetture.

Sia consentito osservare che la Corte d'appello ha meritato le censure del Giudice di legittimità avendo abdicato a quel rigoroso onere probatorio che aveva invece connotato il decreto del Giudice di prime cure.

5. Il *leasing* come strumento di riciclaggio/reimpiego

Le preoccupazioni espresse in dottrina e nella giurisprudenza di merito circa i rischi che si annidano nel contratto di finanziamento quale strumento di riciclaggio e/o reimpiego hanno trovato riscontro in altre due recenti sentenze del Supremo che hanno confermato le confische disposte nel procedimento penale ed in quello, coevo, di prevenzione, nei confronti di un bene di ingente valore acquistato in *leasing*.

Nell'ambito del procedimento di prevenzione veniva confermata la confisca di una motonave acquistata in *leasing* essendo emerso da alcune conversazioni intercettate nel parallelo procedimento penale che il proposto aveva sempre pagato le rate del contratto in contante¹⁹. Le medesime conversazioni dimostravano che l'interposizione di persone a scudo della posizione del proposto emergeva dalla “viva voce” dell'interessato, che affermava espressamente di non potersi intestare “neppure uno spillo”: ed in particolare, per quanto riguarda la motonave, non solo risultava essere stata fatta oggetto di un doppio passaggio di contratto a nolo, ritenuto ingiustificabile se non nell'ottica dell'interposizione, ma venivano rinvenuti documenti attestanti il pagamento delle rate di *leasing*, avvenuto proprio nell'ufficio del proposto. Ancora, dalla documentazione acquisita risultava che il proposto si era attivato per costituire falsa documentazione di debito della motonave, onde giustificare gli esborsi di 216.000 Euro, effettuati in contante.

¹⁸ Cass., Sez. un, 17 aprile 2012, PM in proc. Sforza, cit.

¹⁹ Cass., Sez. I, 27 marzo 2014, Gentile e altri, inedita.

Nel coevo procedimento penale quegli stessi elementi valorizzati dal Giudice della prevenzione sono stati posti a fondamento della confisca *ex art. 12-sexies*, legge 356 del 1992, in relazione al delitto di trasferimento fraudolento di beni *ex art. 12-quinquies*, stessa legge: l'intestazione della motonave in capo ai fratelli del proposto in sede di prevenzione, era finalizzata ad occultare, sia la provenienza illecita del denaro impiegato per il pagamento delle rate di *leasing* per l'acquisto della motonave, sia la diretta "disponibilità" della motonave da parte del proposto, al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniali²⁰.

6. La disponibilità del bene nel *trust*

Il tema della "disponibilità" rilevante ai fini di adozione di provvedimenti ablativi ritorna in altra recente sentenza della Corte di Cassazione in cui è stato ritenuto fittizio il trasferimento di partecipazioni societarie in un *trust* "antimafia".

Prima di soffermarsi sul contenuto di questa sentenza, pare opportuno richiamare le caratteristiche fondamentali del *trust*.

Il *trust*, tipico istituto di diritto inglese (riconosciuto in Italia dalla L. 16 ottobre 1989, n. 364, di esecuzione della Convenzione dell'Aja del 1/7/1985), è un rapporto giuridico che sorge per effetto della stipula di un atto tra vivi o di un testamento, con cui un soggetto (*settlor* o disponente) trasferisce ad un altro soggetto (*trustee*) beni o diritti con l'obbligo di amministrarli nell'interesse del disponente o di altra persona (beneficiario), oppure per il perseguimento di uno scopo determinato, sotto l'eventuale vigilanza di un terzo (*protector* o guardiano), secondo le regole dettate dal disponente nell'atto istitutivo di *trust* e dalla legge regolatrice dello stesso. Del pari, è possibile anche che il *trust* sorge per effetto di una dichiarazione unilaterale del disponente, che si dichiara *trustee* di beni o diritti nell'interesse di beneficiario o per il perseguimento di uno scopo (si parla in tal caso di *trust* cd. autodichiarato o dichiarazione unilaterale di *trust*). Alla scadenza, se non devoluto ad un fine specifico, il fondo in *trust* viene trasferito al beneficiario come individuato nell'atto istitutivo. Quanto poi ai profili patrimoniali, presupposto coessenziale alla stessa natura dell'istituto è che il disponente perda la disponibilità di quanto abbia conferito in *trust*, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive; trattasi di una condizione a tal punto necessaria che, ove risulti meramente apparente, dà luogo a nullità del *trust* medesimo (*sham trust*), senza produrre l'effetto separativo che gli è proprio. Ancora quanto ai profili patrimoniali, si osserva che la proprietà dei beni o diritti og-

²⁰ Cass., Sez. VI, 18 settembre 2014, Massimo e altri, inedita.

getto del trust spetta quindi al *trustee*, il quale è però gravato dall'obbligo di amministrarli nell'interesse altrui od in vista dello scopo; detti beni o diritti costituiscono un patrimonio separato rispetto ai rapporti giuridici personali del *trustee* e, pertanto, non possono essere aggrediti dai creditori personali dello stesso, nè fanno parte dell'eventuale regime matrimoniale o della sua successione *mortis causa*²¹.

In dottrina sono state individuate alcune finalità elusive dell'istituto che ricorrono quando il rapporto fiduciario viene costituito per nascondere l'esistenza di attività all'Amministrazione finanziaria, ai creditori, all'*ex* coniuge, ovvero per occultare l'identità dell'effettivo beneficiario²². È stato ancora evidenziato²³ come i *trust* molto spesso costituiscono "l'ultima isola di anonimato" per coloro che cercano di nascondere la propria identità patrimoniale o possono essere utilizzati con finalità di riciclaggio di capitali di illecita provenienza, in particolare nella fasi del *layering*²⁴ e/o dell'*integration*²⁵.

L'esperienza giudiziaria ha sin qui confermato queste indicazioni della dottrina.

E così, in un caso, è stata affermata la piena "trasparenza" della finalità elusiva della costituzione di un *trust*, posta in essere come espediente per creare un diaframma tra patrimonio personale e proprietà costituita in *trust*, con evidente finalità elusiva delle ragioni creditorie di terzi, comprese quelle erariali²⁶.

In altra vicenda processuale è stato affermato che la destinazione di beni conferiti in *trust* a finalità proprie del *trustee* e/o comunque a finalità diverse da quelle per realizzare le quali il *trust* è stato istituito concreta quella interversione del possesso in proprietà che costituisce l'essenza del delitto di cui all'art. 646 c.p.²⁷.

Assai recentemente il Supremo Collegio²⁸, in una fattispecie in cui si trattava dei beni conferiti in un *trust* da un indagato per associazione a delinquere in relazione a reati tributari e per bancarotta fraudolenta, ha ribadito che i beni immessi in un *trust* sono sottoponibili a sequestro preventivo per equivalente qualora si tratti di beni rimasti nella effettiva disponibilità dell'indagato.

²¹ Cass., Sez. III, 29 ottobre 2014, X, inedita.

²² LUPOI, *La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi*, in *Trust e attività fiduciaria*, 2005, 333.

²³ VALENTE, *Elusione fiscale internazionale*, Milano, 2014, 1146 ss.

²⁴ Attività consistente in un processo di separazione dei proventi del fatto-reato che ha dato loro origine, di norma realizzato attraverso l'esecuzione di un certo numero di transazioni mediante l'utilizzo di vari strumenti - anche societari - collocati in diverse giurisdizioni. Così Valente, *Elusione* cit.

²⁵ Attività consistente nella reintroduzione del denaro così riciclato nel circuito economico. Così Valente, *Elusione* cit.

²⁶ Cass., Sez. V, 7 novembre 2014, Greci, che ha confermato un sequestro conservativo disposto in un procedimento penale concernente i delitti di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

²⁷ Cass., Sez. II, 3 dicembre 2014, Cervelli, inedita.

²⁸ Cass., Sez. II, 16 aprile 2015, Buonocore, inedita.

Per giungere a questa decisione, la Suprema Corte opera una completa panoramica delle operazioni che possono essere compiute al fine di sfuggire alla pretesa statale di confisca di patrimoni illecitamente accumulati, classificandole in:

- a) operazioni di interposizione “fittizia”: quando un dato bene, pur essendo formalmente intestato a terzi, ricade nella sfera di disponibilità effettiva dell'indagato o del condannato: il che può avvenire sia nella fase dell'acquisto (quando il bene viene acquistato formalmente, ma fittiziamente, da un terzo) che della vendita dei beni (l'indagato/imputato vende fittiziamente il bene ad un terzo, rimanendone il reale proprietario);
- b) operazioni di interposizione “reale”: allorché l'indagato/imputato trasferisce o intesta taluni beni a un altro soggetto, ma con l'accordo fiduciario sottostante che detti beni saranno detenuti e gestiti nell'interesse dell'interponente e secondo le sue direttive;
- c) operazioni di segregazione del patrimonio la cui finalità è quella della gestione controllata del patrimonio in esso conferito e, quindi, della loro protezione (in tale categoria rientrano sia la costituzione del *trust* che del fondo patrimoniale);
- d) atti di alienazione di beni a mezzo dei quali l'indagato/imputato pone in essere atti non simulati in quanto il terzo avente causa acquista realmente il bene: è l'ipotesi che si verifica quando l'indagato/imputato, piuttosto che subire la confisca, preferisce alienare a terzi i suoi beni, monetizzarli e, quindi, sottrarsi al provvedimento ablatorio.

A fronte di queste operazioni, se l'ordinamento giuridico, da un lato, non consente al pubblico ministero di recuperare i beni effettivamente alienati a terzi, senz'altro consente invece di porre nel nulla l'attività fraudolenta dell'indagato/imputato nelle ipotesi di interposizione reale e fittizia. Infine, con riferimento alle operazioni di segregazione del patrimonio, il pubblico ministero, per recuperare i beni segregati, deve dimostrare che è solo apparente la perdita del controllo dei beni da parte del disponente (se invece la segregazione fosse reale, i beni in questione diverrebbero insequestrabili).

A questo fine, possono divenire rilevanti, in particolare: il fatto che il *trust* sia stato istituito a favore di stretti familiari, il fatto che l'amministrazione dei beni del *trust* sia solo formalmente effettuata dal *trustee* e sia invece sostanzialmente compiuta dal disponente; la tempistica delle operazioni poste in essere, e cioè il fatto che esse siano a ridosso del fatto dal quale sorge la pretesa recuperatoria dello Stato. Al riguardo, la Cassazione ricorda che l'atto gratuito a favore di congiunti, tanto più se effettuato in tempi sospetti, è considerato l'elemento indiziario più significativo e di per sé sufficiente a fare ritenere la simulazione dell'atto segregativo.

In altri termini, il *trust* e il fondo patrimoniale sono bensì schemi assolutamente leciti, ma conseguono il loro specifico effetto segregativo solo se, nel caso concreto, non sono istituiti per essere finalizzati a intenti frodatori o per aggirare o violare norme imperative²⁹.

6.2. Il *trust* come strumento elusivo delle “interdittive” antimafia

Recentemente il Supremo Collegio ha dovuto occuparsi di un'altra finalità elusiva che può avere il *trust*, ovvero quella di sottrarre una società a provvedimento interdittivo “antimafia” per infiltrazione mafiosa e consentirle di continuare ad operare grazie a quello che è stato ritenuto uno *sharm trust* ovvero un *trust* fittizio³⁰.

Pare opportuno ripercorrere brevemente la vicenda per comprendere il percorso logico-giuridico compiuto dalla Suprema Corte.

A seguito di un provvedimento interdittivo per il sospetto di infiltrazioni mafiose originariamente emesso dalla Prefettura di Reggio Calabria nei confronti di una S.r.l., i soci costituirono un *trust*, liberandosi delle loro quote ed affidandole ad un *trustee* con il compito di detenerle e, successivamente, destinarle ai beneficiari individuati nel relativo atto notarile.

Dopo l'istituzione del *trust*, il precedente amministratore unico della S.r.l. si spogliava del proprio incarico, comunicando le sue dimissioni, ed il *trustee*, divenuto socio unico della predetta società, provvedeva, all'esito di assemblea ordinaria, alla nomina di un nuovo amministratore unico.

Contemporaneamente, l'ex amministratore, destinatario del provvedimento interdittivo anti-mafia, veniva assunto, quale lavoratore dipendente, dal nuovo amministratore³¹.

Il G.i.p. presso Tribunale di Reggio Calabria, sul presupposto che il *trust* si trovasse al vertice di un cartello di imprese che rispondevano alle direttive delle egemoni famiglie di ndrangheta “attive” sul territorio, ne disponeva il sequestro preventivo.

Il Tribunale del riesame di Reggio Calabria confermava il decreto di sequestro preventivo.

A sua volta, la Cassazione ha confermato l'ordinanza ritenendo che persistesse la disponibilità dei beni in capo al precedente amministratore. Conseguentemente, le partecipazioni societarie sono state ritenute assoggettabili al sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 416-*bis*, co.7, c.p.³².

²⁹ Così BUSANI, *Sequestro anche per il trust familiare*, in www.ilsole24ore.it.

³⁰ Sulla nozione di *trust* fittizio, vedi VALENTE, *Elusione*, cit., 1149.

³¹ Consiglio di Stato, Sez. III, 7 marzo 2013, Fravesa S.r.l., trust Tricalò, in www.dirittodeiservizi pubblici.it.

³² Cass., Sez. VI, 27 maggio 2014, Fravesa S.r.l., in *Trust*, 2014.

Nella sentenza si afferma che, ai fini del sequestro funzionale alla confisca dei beni di un'azienda di fatto amministrata da un soggetto indagato del delitto di partecipazione ad un'associazione di tipo mafioso, occorre dimostrare l'esistenza di una correlazione tra i cespiti e l'ipotizzata attività illecita del soggetto agente: nel caso di specie ciò si desumeva dalla presenza di concreti e significativi elementi di collegamento fra la gestione dell'azienda assoggettata al vincolo cautelare reale e l'ipotizzata appartenenza degli indagati ad un sodalizio criminale di stampo ndranghetistico.

Sono importanti le precisazioni del Giudice di legittimità in tema di "disponibilità dei beni" da parte dell'indagato, in cui si fa comunemente rientrare la sussistenza di una relazione effettuale con essi, in quanto tale connotata dall'esercizio di poteri di fatto corrispondenti al diritto di proprietà. Ne consegue, pertanto, che ai fini del sequestro preventivo funzionale alla confisca ben possono rilevare tutte quelle situazioni, giuridiche o di fatto, nelle quali i beni stessi ricadano nella sfera degli interessi economici del reo, ancorché il potere dispositivo su di essi venga esercitato per il tramite di terzi.

Presupposto coesenziale alla stessa natura dell'istituto è che il disponente perda la "disponibilità" di quanto abbia conferito in *trust*, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, ove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il *trust* è nullo (*sham trust*) e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio.

Nel caso di specie, l'atto di costituzione del *trust* ha previsto un espresso richiamo all'applicazione delle disposizioni della Convenzione de L'Aja del 1 luglio 1985 - ratificata nel nostro ordinamento in forza della l. 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1 gennaio 1992 - ed ha impresso formalmente una precisa finalità all'atto di destinazione, laddove ha stabilito che i disponenti hanno inteso spogliarsi delle rispettive partecipazioni nella società in modo che un soggetto indipendente le gestisse in piena autonomia, prevenendo «il ripetersi di circostanze che possano fare sospettare l'esistenza del pericolo di infiltrazioni mafiose, destinando la partecipazione o il ricavato della sua alienazione, al termine del rapporto, ai discendenti dei disponenti e ad altri membri della famiglia T». Finalità, questa, la cui previsione appare, sulla base delle emergenze indiziarie, non lecitamente connotata e sostanzialmente frustrata, dalla valutazione di non meritevolezza della tutela degli interessi che l'atto di destinazione intendeva realizzare: il requisito della meritevolezza dello scopo non rappresenta solo un motivo di opponibilità del vincolo in tal modo costituito, ma anche un elemento di validità della destinazione, trovando la sua giustificazione proprio nel fatto che tale forma negoziale sottrae beni dal patrimonio del disponente e, dunque, dall'area della garanzia generica dei

creditori *ex art. 2740 c.c.* Incidendo negativamente su tale sfera, è necessario che siffatto modello negoziale persegua fini socialmente utili al punto tale da giustificare la conseguenza dell'eccezionale compressione dei diritti dei creditori.

Il fenomeno della destinazione, infatti, per sua natura comporta, sul versante civilistico, che il patrimonio separato diventi insensibile alle vicende personali del soggetto cui formalmente appartiene, atteso che i beni oggetto del vincolo sono sottratti alla garanzia patrimoniale generica incombente sull'intestatario di tali beni. La funzione destinataria invero, deve costituire la legittima espressione dell'esercizio di un potere dispositivo di cui il c.d. negozio di destinazione costituisce l'atto programmatico iniziale, con la conseguenza che siffatto potere ordinante, nel conformare l'uso del bene, non si esaurisce nel solo momento programmatico, ma si articola attraverso un procedimento attuativo che, pur diversamente graduabile a seconda delle concrete vicende negoziali, deve comunque rendere effettiva e rilevante la destinazione anche nei confronti dei terzi. La destinazione, infatti, quale indice essenziale del collegamento fra patrimonio ed attività, costituisce, in generale, una tecnica di "funzionalizzazione" dei beni ed acquista oggettività quando è attuata in fatto, ossia attraverso la manifestazione di una concreta attività che ne realizzi il vincolo.

Dal provvedimento impugnato, di contro, è emersa con evidenza una serie di dati sintomatici - segnatamente rivelati dalla coincidenza fra beneficiari e disponenti del *trust*, dalla comunanza di interessi economici con società riconducibili al precedente amministratore unico della società, dalla continuità del controllo attraverso lo schermo di un rapporto lavorativo e dalla presenza dello stesso *ex amministratore* fra i beneficiari dell'atto - il cui globale vaglio deliberativo ha motivatamente indotto il giudice di seconde cure a ricavare la presenza di un persistente collegamento fra il *trust* così costituito e gli originari disponenti e titolari della società che in esso risulta esser stata conferita.

Ha conclusivamente affermato la Cassazione «il principio secondo cui sono assoggettabili al sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 416-*bis*, co. 7, c.p., partecipazioni a società trasferite in un *trust*, quando sussistono elementi indiziari sintomatici di una correlazione tra l'oggetto di tale atto di destinazione e l'ipotizzata attività illecita, che consentono di ritenere fittizia l'operazione negoziale in ragione della persistente disponibilità dei beni in capo ai precedenti amministratori della società.

6.3. La dottrina amministrativistica

La dottrina penalistica non si sofferma sul rilievo di questa importante sentenza, mentre nella dottrina amministrativistica questa vicenda ha avuto ampia

eco. In particolare si è evidenziato come, in assenza di un espresso intervento legislativo, il cammino per la diffusione del *trust* antimafia è certamente impervio: la materia “maneggiata” è talmente “odiosa” che è difficile immaginare un giudice che, di fronte anche al solo sospetto di possibile connivenza o contaminazione, si dimostri disposto ad aprirsi alla possibilità di considerare prioritari interessi (privati ma anche, di rilevanza pubblica, come l’occupazione e l’impresa quale valore in sé) da sempre destinati a cedere a fronte delle esigenze di natura preventivo-repressiva legate alla lotta al fenomeno mafioso. A maggior ragione se la protezione di quegli interessi è consegnata ad uno strumento, quale il *trust*, che ancora non riesce a liberarsi da quel velo di sospetto con cui è stato da sempre guardato nel nostro ordinamento e che, forse anche per questa ragione, non è, ancora, del tutto apprezzato e considerato. Compito dello studioso diviene la ricerca e selezione di quei caratteri che il *trust* antimafia deve possedere per poter divenire un convincente strumento di protezione della realtà d’impresa dalle esternalità negative che possono conseguire all’applicazione delle misure della legislazione antimafia³³.

7. Brevi considerazioni conclusive

Tanto la dottrina, quanto la magistratura, sia di merito che di legittimità, hanno mostrato di aver ben compreso come sussista il rischio concreto che il negozio giuridico, *leasing* e *trust* in particolare, si trasformi da strumento fondamentale di regolazione consensuale degli interessi patrimoniali tra soggetti, privati e pubblici, a veicolo di sfruttamento criminale delle asimmetrie economiche esistenti fra i soggetti d’impresa complessivamente coinvolti e, dunque, nello strumento principe per realizzare le finalità delle nuove realtà criminali. Da ciò deriva una sfida all’effettività dei processi regolatori e di controllo, nel raccogliere la quale devono impiegarsi razionalmente ed armonizzarsi praticamente tutte le risorse normative, amministrative e prettamente repressive astrattamente concorrenti alla protezione dei soggetti d’impresa esposti al rischio di trascinamento in circuiti prettamente criminali dalla pressione che su di essi può esercitare il contraente in fatto, in un determinato contesto ambientale ed economico, più forte³⁴.

Tale sfida è stata raccolta dall’UIF (Unità di Informazione Finanziaria) che

³³ GALASSO, MORMILE, *Ancora sul “trust antimafia”. Riflessioni a margine di una pronuncia del Consiglio di Stato, Cons. Stato Sez. III Sentenza, 07 marzo 2013, n. 1386*, in *Trust*, 2014, 127.

³⁴ Direzione Nazionale Antimafia, *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia, nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2007 - 30 giugno 2008*, dicembre 2008, 113.

nella comunicazione del 17 gennaio 2011³⁵ ha evidenziato come possa verificarsi il coinvolgimento, anche inconsapevole, di intermediari operanti in tale comparto in fenomeni criminosi riconducibili alle condotte dei soggetti che intervengono nell'operazione in qualità di fornitore ovvero di utilizzatore dei beni concessi in *leasing*. In considerazione di ciò sono stati richiamati gli intermediari bancari e finanziari, a vario titolo coinvolti in operazioni connesse con il *leasing*, a prestare attenzione alla approfondita conoscenza del cliente-utilizzatore e ad acquisire informazioni sul fornitore. Nelle transazioni aventi a oggetto la concessione di finanziamenti nella forma del *leasing*, gli intermediari devono valutare la ricorrenza dei seguenti fattori:· ricorso da parte di più clienti a un medesimo fornitore, il quale esercita un'attività che non appare coerente con le caratteristiche del bene concesso in *leasing*;· incongruenza tra l'oggetto sociale dei clienti utilizzatori e la tipologia dei beni richiesti in *leasing*;· richiesta di variazione dei dati relativi ai beni oggetto del contratto di *leasing*, tale da lasciar supporre l'inesistenza del bene stesso o la mancata consegna al cliente utilizzatore ovvero la falsificazione della documentazione necessaria alla stipula del contratto;· riconducibilità in capo a un medesimo soggetto della qualifica di amministratore unico, socio o delegato a operare sui rapporti relativi a più società utilizzatrici;· collegamenti tra utilizzatore e fornitore di un bene in *leasing*, tali da lasciare presumere che gli stessi siano riconducibili al medesimo soggetto economico;· ricorrenza della medesima sede legale per più società utilizzatrici, fra loro non collegate giuridicamente;· mancato o parziale pagamento di canoni di locazione e successivo inadempimento da parte del cliente utilizzatore;· risoluzione del contratto per insolvenza del cliente dopo breve lasso di tempo dalla erogazione, senza che il bene venga restituito, specie se si tratta di un bene caratterizzato da limitata fungibilità;· pagamento di canoni di locazione senza che il bene sia mai stato consegnato;· interruzione da parte del fornitore dei lavori per la realizzazione del bene senza che il cliente dia inizio ad alcuna azione per l'inadempimento, specie laddove l'intermediario interrompa l'erogazione del finanziamento;· ricorrenza del medesimo fornitore in più contratti risolti per insolvenza del cliente utilizzatore; comunicazioni di furto dei beni concessi in *leasing*, effettuate da soggetti terzi rispetto al cliente utilizzatore. Nell'ultimo rapporto disponibile dell'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia³⁶ si evidenzia come siano in aumento le segnalazioni relative all'utilizzo distorto a fini illeciti di strumenti quali il *leasing* e il *factoring*. Gran parte delle segnalazioni della specie sono

³⁵ Schemi rappresentativi di comportamenti anomali ai sensi dell'art. 6, co. 7, lett. b) d.lgs 231 del 2007 - operatività connessa con le frodi nell'attività di *leasing*.

³⁶ Rapporto Annuale 2013, Roma, maggio 2014

connesse al profilo soggettivo del cliente (capacità economiche incongruenti con l'impegno assunto, coinvolgimento in indagini penali) e, nel factoring, all'insussistenza del credito oggetto del contratto (false fatture fra cedente e debitore ceduto, documentazione di supporto contraffatta).

Il rischio è ancor maggior oggi laddove si pensi alla minaccia per l'Occidente rappresentata dal terrorismo islamico. Così è stato evidenziato da fonti particolarmente qualificate come operazioni finanziarie e bancarie regolate dal diritto islamico - c.d. Shari'a - possono essere utilizzate anche per sovvenzionare - direttamente o indirettamente - gruppi terroristici. In particolare tale finalità può essere perseguita attraverso il *Mudaraba*, detto anche *trust finance contract*, ove la banca finanzia un progetto ad un imprenditore e partecipa, per una percentuale contrattualmente stabilita, ai profitti e alle perdite. Nel *Murabaha*, la banca - su richiesta del cliente - acquista un bene da un fornitore, per poi conseguire un profitto rivendendolo ad un prezzo superiore al cliente; quest'ultimo, a fronte del trasferimento di un titolo da parte della banca ed al fine di assicurare la vendita, è chiamato ad effettuare il versamento di una somma iniziale, mentre il pagamento dell'importo residuo può anche essere differito³⁷.

Tuttavia questa pressante esigenza non può tradursi in indiscriminata azione ablatoria che prescinda dalla tutela della buona fede dei terzi: si tratta di una tematica delicata, che esige il bilanciamento di contrapposti interessi, le istanze privatistiche dei soggetti "diversi" dai destinatari delle misure patrimoniali che si fronteggiano con l'esigenza, di matrice pubblicistica, di evitare "svuotamenti" delle misure di prevenzione. A tal fine il d.lgs. n. 159 del 2011 affianca al divieto di iniziare o proseguire, a seguito del sequestro, azioni esecutive l'introduzione *ex novo* di uno specifico procedimento finalizzato all'accertamento della sussistenza, nel diritto vantato dal terzo, delle condizioni precisate nella legge stessa: titolarità del diritto vantato, anteriorità rispetto alla misura reale, buona fede³⁸.

³⁷ D'AURIA, *Riciclaggio e terrorismo*, 2013, 25-45.

³⁸ Banca d'Italia, *Aziende sequestrate alla criminalità organizzata: le relazioni con il sistema bancario*, *Questioni di Economia e Finanza*, 202 del 2013.

ARCHIVIO PENALE 2015, n. 2