



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa n. 2017/04VG - ordinanza

La Corte per il trust e i rapporti fiduciari

in composizione collegiale

- Presidente Maurizio Lupoi, Giudici Antonio Gambaro e Paul Matthews -

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nella causa n. 4 del 2017

su ricorso di P. S.A., società di diritto lussemburghese, con l'avv. Antonella Bonelli nonché gli avv. Enrico Mancini del foro di Velletri (Italia) e Pasqualino Silvestre del foro di Roma (Italia).

PARTE PRIMA – IL RICORSO E LA DECISIONE DELLA CORTE

§1. I FATTI ESSENZIALI

- 1.1. La società ricorrente è il trustee del trust “A.” fin dalla istituzione di questo, avvenuta il 24 settembre 2010 per mezzo di atto redatto in lingua italiana e legalizzato -nelle firme dei due disponenti F. e L. e del trustee- dal notaio Martine Schaeffer di Lussemburgo. L'atto, sottoposto per sua espressa disposizione (art. 16) alla legge sul trust della Repubblica di San Marino, attesta il versamento di € 10.000, eseguito paritariamente dai due disponenti.
- 1.2. La definizione di “Beneficiario” nell'atto istitutivo comprende i coniugi non separati e i rispettivi discendenti dei disponenti nati entro il termine finale della durata del Trust (art. 10.A).
- 1.3. Con atto del 20 ottobre 2010 il disponente L. trasferì al trustee 320 azioni della società lussemburghese “A.”; l'altro disponente non trasferì nulla, neanche successivamente, e non svolse alcun ruolo nella vita del trust. Parlando del “disponente” nel seguito di questa ordinanza ci riferiremo a L.
- 1.4. Nella primavera del 2012 si manifestò la crisi di una società di navigazione italiana; il Tribunale di Torre Annunziata, investito di una richiesta di concordato preventivo, la rigettò e dichiarò il fallimento della società di navigazione (sentenza del 9 maggio 2012).
- 1.5. Precisamente un anno dopo il medesimo Tribunale accertò l'esistenza di una società di fatto fra una serie di persone legate alla società di navigazione quali azionisti o amministratori o dirigenti, fra le quali il disponente, e di essa



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa 2017/04VG - ordinanza

dichiarò il fallimento, estendendolo a tutte tali persone perché illimitatamente responsabili (Fallimento n. 24/2013).

- 1.6. Già in conseguenza della dichiarazione di fallimento della società di navigazione era stata esercitata l'azione penale nei confronti di numerosi soggetti, fra i quali il disponente. Egli venne condannato dal Tribunale di Roma alla pena di quattro anni e sei mesi (come da richiesta dall'imputato formulata), condanna oggi definitiva. Due ulteriori procedimenti penali sono in svolgimento, ma non è ancora intervenuta alcuna sentenza.
- 1.7. In sede civile nel febbraio 2015 è stata proposta dalla Curatela della società di fatto dinanzi al Tribunale di Torre Annunziata una complessa azione, includente domande revocatorie, risarcitorie (anche contro il trustee), di nullità del trust, di simulazione e di interposizione: essa è in svolgimento in primo grado (RGAC 691/2015).
- 1.8. Anteriormente erano stati disposti alcuni sequestri, dei quali è oggi in vigore il sequestro giudiziario delle azioni della società A. incluse nel fondo del trust.

§2. LE DOMANDE E IL PROCEDIMENTO

- 2.1. Con il ricorso depositato il 12 ottobre 2017 il trustee ha chiesto in via principale di essere autorizzato a transigere la lite che lo vede convenuto dinanzi al Tribunale di Torre Annunziata, sommariamente descrivendo i termini che probabilmente caratterizzerebbero la transazione; fra essi è l'impiego del 90% o più del fondo in trust a vantaggio della Curatela attrice.
- 2.2. Il ricorso del trustee è stato proposto ai sensi dell'art. 53 della L. 1 marzo 2010, n. 42 – "L'istituto del trust" - il cui comma 4 dispone: *"Il trustee, qualora lo ritenga opportuno, rivolge al giudice istanza per essere autorizzato a compiere un atto utile che non rientri tra i suoi poteri"*.
- 2.3. Nel 2010, quando fu promulgata la legge n. 42, la Corte non era stata ancora istituita e l'art. 53 indicava genericamente "L'Autorità giudiziaria". Istituita la Corte, i procedimenti *ex art 53 L. 1 marzo 2010, n. 42* sono stati disciplinati, unitamente alle altre competenze delle Corti, dal Decreto Delegato 30 settembre 2013, n. 128, che li ha attribuiti alla competenza del Presidente della Corte sotto l'intitolazione "volontaria giurisdizione" (art. 12): *"I provvedimenti previsti dagli articoli 53, 54 e 55, primo comma, della Legge 1° marzo 2010 n.42 [...] sono richiesti al Presidente con ricorso e da lui pronunciati, assunte sommarie informazioni e, qualora egli lo ritenga, sentita la persona contro cui il provvedimento è richiesto o altre persone interessate."*
- 2.4. Il testo dell'art. 12 dispone ancora (comma 2): *"Il Presidente decide con decreto immediatamente esecutivo"*.



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa 2017/04VG - ordinanza

- 2.5. Il medesimo decreto delegato prevede che gli ordinari procedimenti contenziosi siano oggetto di un decreto presidenziale con funzione organizzativa, che va dalla designazione del giudice o dei giudici ai quali la causa è devoluta, alla fissazione delle due udienze fondamentali del procedimento, alla determinazione dei costi di giustizia a carico dell'attore, all'indicazione della lingua del processo, e altro ancora.
- 2.6. Il Presidente, come già era avvenuto in altro procedimento di volontaria giurisdizione, ha ritenuto di non prendere in carico il ricorso da solo e, pronunciando un decreto organizzativo il 13 ottobre 2017, ne ha attribuito la cognizione a un collegio di tre giudici, ritenendo per sé, alla luce dell'urgenza prospettata dal ricorrente, la sola acquisizione delle sommarie informazioni il 23 ottobre 2017.
- 2.7. In tale decreto il Presidente rilevava:
- 2.7.1. "che il procedimento al quale il ricorso sopra richiamato ha dato inizio, pur formalmente di volontaria giurisdizione, tocca interessi di terzi e anzi è specificamente indirizzato a disporre di tali interessi perché l'impiego del 90% o più del fondo in trust ovviamente deprime il valore delle posizioni beneficiarie;"
- 2.7.2. "che, quindi, la sostanza del procedimento è simile a quella di un procedimento contenzioso;"
- 2.8. Nel citato decreto organizzativo il Presidente disponeva la notificazione di copia del ricorso e del decreto ai beneficiari maggiorenni e al guardiano del trust. Le notificazioni erano regolarmente effettuate, ma nessun loro destinatario si costituiva in giudizio.

§3. SEGUE: LA POSIZIONE DEI BENEFICIARI DEL TRUST

- 3.1. Il disponente è sposato e dal matrimonio sono nati tre figli, due fra i quali sono attualmente minori di età: una ragazza di 16 anni e un ragazzo di 12. Alla ragazza è stata riconosciuta una invalidità civile relativa alle "difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della sua età".
- 3.2. L'atto istitutivo del trust dispone che il fondo in trust sia suddiviso non fra i "Beneficiari", ma fra i figli del disponente in vita al momento della cessazione del trust e i discendenti dei figli defunti (art. 13); quindi, la moglie, pur beneficiaria del trust per altri fini, non lo è per quanto riguarda la finale ripartizione del fondo in trust. Omettiamo di esaminare qui alcune particolarità

¹ La definizione di "Beneficiario" è stata riportata sopra, al n. 1.2.



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa 2017/04VG - ordinanza

di questo trust, come per esempio la previsione dei sottofondi, perché esse sono prive di effetto sull'oggetto del ricorso.

- 3.3. Qualora il trustee, come ha richiesto, destini il 90% o più del fondo in trust alla transazione della causa contro la Curatela tutti i beneficiari del trust saranno pregiudicati: non solo la moglie e i tre figli, ma anche i figli che dovessero nascere successivamente, dato che essi rientrerebbero nella definizione di "Beneficiario" data dall'atto istitutivo del trust. Il Presidente, nel citato decreto organizzativo del 13 ottobre 2017, nominava quindi un Curatore speciale in persona dell'avv. Debora Cenni per tutelare tanto i due figli minori quanto altri figli che eventualmente nascano prima del cessazione del trust (la durata del trust è fissata dall'atto istitutivo in trenta anni, con facoltà di anticipazione da parte del trustee con il consenso del guardiano: art. 9).
- 3.4. Il Curatore speciale ha partecipato al procedimento e ha presentato le proprie conclusioni scritte all'udienza di discussione dell'8 novembre 2017.

§4. LA DECISIONE DELLA CORTE

- 4.1. La Corte ha deliberato di rendere la propria decisione per mezzo di ordinanza piuttosto che per mezzo di decreto, come previsto dalla legge in tema di volontaria giurisdizione, perché ha ritenuto di motivare ampiamente le conclusioni alle quali è giunta alla luce degli interessi di terzi che l'accoglimento del ricorso certamente pregiudica. Il dispositivo dell'ordinanza è stato deliberato in Camera di Consiglio subito dopo la discussione orale dell'8 novembre 2017 e immediatamente pubblicato.
- 4.2. Esso ha il seguente tenore: *"La Corte, in accoglimento della domanda formulata in via principale, come meglio articolata nel corso della discussione orale, autorizza il trustee del trust "[...]", "P. S.A.", a transigere le liti avviate dalla Curatela del fallimento della società di fatto dichiarato con sentenza del Trib. di Torre Annunziata n. 24/2013, determinando le condizioni come meglio riterrà opportuno, e con la raccomandazione di collocare in un sub-trust una somma per la protezione degli interessi della minore [...], affetta da grave e permanente disabilità.*

Dispone che il ricorrente liquidi la notula del Curatore speciale come presentata.

La motivazione di questa ordinanza sarà resa nota alle parti entro trenta giorni."



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa 2017/04VG - ordinanza

PARTE SECONDA – LA MOTIVAZIONE

§5. LA DOMANDA E IL FONDAMENTO NORMATIVO DEL POTERE DELLA CORTE

- 5.1. Il trustee ricorrente è cosciente di non essere titolare di poteri sul fondo in trust che gli consentano di destinare il fondo stesso in maniera diversa da quanto previsto dall'atto istitutivo, e cioè a vantaggio dei beneficiari del trust. Egli, quindi, non è in grado di portare a compimento le trattative con la Curatela delle quali ha fornito un resoconto nel ricorso e che la Curatela ha reso note ai creditori del fallimento della società di fatto. Qualora il trustee stipulasse un accordo transattivo egli assumerebbe obbligazioni che non potrebbe poi legittimamente adempiere in quanto privo di legittimazione negoziale a trasferire beni in trust alla Curatela e che comunque, qualora adempiute, esporrebbero il trustee all'azione risarcitoria da parte dei beneficiari.
- 5.2. La tesi fondamentale del ricorrente è che la destinazione della quasi totalità del fondo in trust alla transazione con la Curatela sia in realtà una destinazione a vantaggio dei beneficiari.
- 5.3. L'apparente antinomia fra le due posizioni appena espresse non è risolvibile in via generale perché qualsiasi trust espressamente istituito, come il trust "A.", richiede in primo luogo una valutazione delle specifiche regole poste nel suo atto istitutivo. Infatti, la disciplina legislativa del trust nel diritto sammarinese è largamente dispositiva, conformemente all'impostazione delle legislazioni di *common law*, le quali contengono poche norme imperative. Quale ultimo esempio di questa tendenza, la riformata legge di Hong Kong ha statuito che i poteri conferiti dalla legge ai trustee sono soggetti alle contrarie disposizioni dell'atto istitutivo.² È quindi normale che qualsiasi analisi prenda in esame in primo luogo l'atto istitutivo e poi le norme di legge.³
- 5.4. L'atto istitutivo non appartiene alla categoria del "trust discrezionale" che, con varietà di forme, è oggi prevalente nel modello internazionale del trust. "Trust discrezionale", contrariamente a quanto molti pensano, non è una espressione tecnica perché quasi ogni trust attribuisce discrezionalità al trustee e allora si verterebbe quasi sempre in tema di trust discrezionale. La discrezionalità alla quale si pensa quando si usa "trust discrezionale" è quella relativa alla scelta dei beneficiari all'interno di una categoria, sovente la discrezionalità relativa alla stessa composizione della categoria, aggiungendo o rimuovendo suoi

² Trustee Ordinance (as amended, 2013), sect. 3.2(A).

³ Questo è l'ordine che appare in un *dictum* di Lord Browne-Wilkinson in *Target Holdings v Redfern* [1996] AC 421, a p. 434: "The basic right of a beneficiary is to have the trust duly administered in accordance with the provisions of the trust instrument, if any, and the general law."



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa 2017/04VG - ordinanza

componenti, e infine la discrezionalità relativa alla misura dei vantaggi attribuiti ai beneficiari così selezionati.

- 5.5. Il tipico disponente italiano raramente accetta di rimettere al trustee decisioni di notevole importanza, quali quelle attinenti la ripartizione patrimoniale fra i beneficiari, onde sono rarissimi i trust definibili “discrezionali” nel senso appena indicato, qualunque sia la legge alla quale il trust è sottoposto. Il trust “A.” non fa eccezione.
- 5.6. Infatti, non esiste alcuna discrezionalità del trustee per quanto riguarda i beneficiari del capitale e le attribuzioni patrimoniali in loro favore, rigidamente predeterminate, mentre è presente, sia pure in limitata misura, per quanto riguarda l’impiego del reddito del fondo in trust a vantaggio del coniuge non separato del disponente e dei discendenti di questi (art. 36 dell’atto istitutivo).
- 5.7. Una fra le conseguenze della accennata tendenza del tipico disponente italiano è che il trustee può trovarsi privo di poteri dinanzi a una situazione imprevista: è quello che è accaduto al trustee ricorrente.
- 5.8. L’art. 53 della legge sul trust, attribuendo all’autorità giudiziaria il potere di autorizzare il trustee a compiere un “atto utile che non rientri fra i suoi poteri”, si colloca nel solco delle moderne legislazioni; per esempio, l’art. 47 (3) della legge di Jersey contiene una analoga disposizione, riferita al “management or administration” di un trust, quando il trustee sia privo del potere di compiere un atto “expedient”; e così anche la sect. 58 della legge di Guernsey per il compimento di una operazione relativa al “management or administration” di un trust e giudicata “expedient”. Queste due ultime disposizioni, limitando l’intervento del giudice al compimento di atti di “management or administration” di un trust, si mantengono nell’ambito applicativo che nasce nel diritto inglese e precisamente nel Trustee Act del 1925, sect. 57, anche esso riferito a atti “expedient”.
- 5.9. La differenza fondamentale fra la norma sammarinese e quella inglese sta in ciò, che la norma inglese è certamente inapplicabile al compimento di atti del trustee che modifichino le posizioni beneficiarie nascenti dall’atto istitutivo del trust⁴; per questa finalità si può fare ricorso al Variation of Trusts Act del 1958. La norma sammarinese, invece, non indica alcuna limitazione. Questo è tanto più significativo in quanto
 - 5.9.1. la norma sammarinese si avvale dell’aggettivo “utile”, che è certamente equivalente al termine “expedient” che compare nella legge inglese e nelle altre appena richiamate,

⁴ *In re Downshire Settled Estates* [1953] Ch 218 (Court of Appeal).



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa 2017/04VG - ordinanza

5.9.2. mentre da quelle leggi non recepisce la limitazione a “management or administration”.

§6. IL RUOLO DEL DISPONENTE E DEI BENEFICIARI E LE INIZIATIVE DEL TRUSTEE

- 6.1. Risulta dagli atti che, al primo manifestarsi della crisi della società di navigazione, il disponente formulò specifica richiesta al trustee di conferire nella società in crisi il patrimonio della società “A.” (consistente fondamentalmente nella partecipazione di un terzo in società che controllavano cespiti di valore significativo) e che il trustee aderì prontamente a tale richiesta nel quadro di quella proposta di concordato preventivo che, respinta dal Tribunale, condusse alla dichiarazione di fallimento della società di navigazione⁵.
- 6.2. Sfugge alla Corte la ragione per la quale il trustee ritenne in quella occasione di aderire senza indugio alla richiesta del disponente; né la Corte può ritenere sufficiente l’argomentazione, svolta dal trustee nei procedimenti civili italiani, di essere giunto a una decisione informata dopo avere valutato attentamente tutte le circostanze rilevanti e quindi di avere esercitato i propri poteri nell’interesse dei beneficiari. Il punto, infatti, riguarda l’esistenza dei poteri, non il loro esercizio.
- 6.3. I trustee dei trust sammarinesi godono, rispetto a tanti altri trustee, del vantaggio di potere adire un giudice specializzato con il minimo delle formalità e dei costi e di ottenere una risposta in tempi incomparabilmente brevi, come questo procedimento dimostra. Oltre un secolo fa, l’economicità era un vanto della giurisprudenza inglese: il trustee poteva ottenere direttive dal giudice con una “comparatively small expense”,⁶ ma i giudici di oggi hanno dovuto tristemente ammettere che questa visione è “simply wrong in modern times”.⁷
- 6.4. I trustee debbono quindi avere sempre in mente
 - 6.4.1. che la Corte è qui per sostenerli nella attuazione del loro difficile compito e per mantenere lo svolgimento del loro ufficio nel solco della legalità,
 - 6.4.2. e che un trustee ha sempre accesso alla Corte con un minimo di impiego di tempo e di risorse economiche.
- 6.5. Il Tribunale di Torre Annunziata in sede cautelare ha concluso che il trust “A.” è un trust “sham” proprio e soltanto sulla base del precipitoso comportamento del trustee, adesivo rispetto alla richiesta del disponente e visto quale

⁵ V. sopra, 1.4.

⁶ *Re Beddoe. Downes v Cottam* [1893] 1 Ch 547 (C.A.), per Lindley LJ a pag. 558.

⁷ Così Briggs J in *Breakpear v Ackland* [2009] Ch. 32, a pag. 38.



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa 2017/04VG - ordinanza

dimostrazione del perdurante controllo del disponente sul trust. A questa conclusione probabilmente non si sarebbe giunti se il trustee si fosse allora preventivamente rivolto alla Corte.

- 6.6. Risulta dagli atti che successivamente alla dichiarazione del fallimento della società di fatto e delle condanne penali sia il disponente che i beneficiari hanno sollecitato per iscritto il trustee (nel dicembre 2016) a porre il fondo in trust a disposizione della Curatela.
- 6.6.1. Contrariamente a quanto l’Agenzia delle Entrate italiana e alcune sentenze italiane hanno ritenuto, non è vero che il disponente debba astenersi da alcun contatto con il trustee dopo l’istituzione del trust.
- 6.6.2. Questa era la tesi avanzata dalla dottrina che per prima aprì la strada al trust nell’ordinamento giuridico italiano oltre venti anni fa, ma ne era palese la strumentalità affinché non si confondessero trust e negozio fiduciario classico.
- 6.6.3. Oggi, in un diverso clima, si può affermare, conformemente alla posizione del diritto inglese, che il trustee deve tenere conto della volontà del disponente, dichiarata nell’atto istitutivo o desumibile dalle disposizioni del medesimo atto o anche successivamente manifestata, ovviamente considerandola non quale istruzione vincolante, ma quale manifestazione di un desiderio, la cui soddisfazione è rimessa al prudente apprezzamento del trustee.
- 6.7. La sollecitazione rivolta dai beneficiari al trustee solleva alcune difficoltà.
- 6.7.1. Essa forma oggetto della lettera al trustee del 5 dicembre 2016, sottoscritta dai quattro beneficiari: la moglie del disponente e i tre figli, per due dei quali (i minori) ha sottoscritto la madre.
- 6.7.2. In detta lettera i beneficiari chiedono che “nostra spettanza sul patrimonio del Trust in oggetto siano [sic] messe a disposizione del predetto Fallimento n. 24/2013, con la sola esclusione di una percentuale del patrimonio, che provvederemo a indicarle con nostra successiva comunicazione, nella quale Le daremo conferma dell’auspicato esito positivo della negoziazione in corso con la Curatela”.
- 6.7.3. Il giorno successivo anche l’avvocato del disponente scrive al trustee, con l’approvazione del disponente che sottoscrive in calce, rappresentando “la necessità di mettere a disposizione della curatela fallimentare della Società di Fatto [...] i beni conferiti in *Trust*, secondo l’intessa prospettata nelle missive a Lei pervenute a firma dei beneficiari”.



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa 2017/04VG - ordinanza

- 6.8. I quattro beneficiari hanno chiesto al trustee di compiere un atto (la transazione con la Curatela) che richiederà l'impiego del fondo in trust in radicale pregiudizio degli interessi dei beneficiari stessi. Il disponente li sostiene.
- 6.9. Non è semplice qualificare giuridicamente la lettera.
- 6.9.1. Non si tratta di una rinuncia dei beneficiari ai propri diritti, che comunque per due di essi avrebbe richiesto la preventiva autorizzazione del Giudice Tutelare e l'impiego delle "forme previste per l'atto istitutivo del trust" (L. 1 marzo 2010, n 42, art. 50).
- 6.9.2. Non si tratta neanche di un atto dispositivo perché i diritti patrimoniali dei figli del disponente maturano soltanto qualora essi siano in vita alla cessazione del trust⁸ (a parte la necessaria autorizzazione del Giudice Tutelare per i due minori).
- 6.9.3. La costruzione più probabile vede nella lettera una anticipata rinuncia a contestare il comportamento del trustee qualora esso sia conforme a quanto dai beneficiari richiesto. La Corte non è in grado di valutare se questo negozio richieda o meno l'autorizzazione del Giudice Tutelare, ma certamente non si sente di escluderlo.
- 6.10. La rilevanza del tema è tuttavia modesta, perché le posizioni rispettivamente assunte dal disponente e dai beneficiari in nessun modo vincolano la decisione della Corte: un ricorso ex art. 53 della legge per autorizzare un trustee a compiere un atto non rientrante fra i suoi poteri potrebbe essere accolto anche contro la volontà del disponente e dei beneficiari⁹.
- 6.11. La decisione della Corte deve muovere essenzialmente da una valutazione prognostica circa l'esito della causa che il trustee chiede di essere autorizzato a transigere.

§7. L'AZIONE DI NULLITA', LO "SHAM"

- 7.1. La nozione di "sham" è emersa nel diritto dei trust in tempi relativamente recenti, muovendo da un termine colloquiale priva di connotati giuridici¹⁰, che

⁸ Cfr. sopra, 3.2.

⁹ In diritto inglese e nel diritto di Jersey sono precedenti relativi a trustee che hanno deciso di assolvere un debito del beneficiario nonostante l'opposizione di questi. La differenza rispetto al caso in esame è che si trattava di trust discrezionali e i trustee godevano di ampia latitudine di poteri, mentre il dato comune è che il trustee destina il fondo in trust o parte di esso a favore di terzi creditori.

¹⁰ *Snook v London and West Riding Investments Ltd.* [1967] 2 QB 786, per Diplock LJ a p. 802: "It is, I think, necessary to consider what, if any, legal concept is involved in the



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa 2017/04VG - ordinanza

può corrispondere a un sostantivo o a un aggettivo o a un verbo¹¹. Nel mondo del trust si è affermata con prodigiosa rapidità la valenza aggettivale nell'espressione "sham trust", così codificando un errore di prospettiva, perché l'attributo "sham" andrebbe riferito all'atto istitutivo o altro documento, non al rapporto giuridico; così era manifestamente nella prima moderna occorrenza di "sham", quando i giudici si chiesero se la combinazione fra un contratto di vendita di una automobile MG e il successivo contratto di locazione in favore del venditore con patto di acquisto fosse in realtà la copertura di un prestito garantito dall'auto.¹²

- 7.2. Questo errore di prospettiva non è percepito dal giurista di diritto civile, il quale istintivamente accosta "sham" a "simulazione" e quindi necessariamente carica il primo termine delle valenze concettuali del secondo senza considerare, per fermarci a questi rilievi, che non è mai esistita in *common law* una teoria giuridica della simulazione (basta aprire un qualsiasi manuale di "contracts" per rendersi conto che l'argomento non è neanche trattato) e che in via generale l'indagine sull'intenzione delle parti quando si debba decidere sulla validità di un documento o sulla sua interpretazione è considerata scarsamente rilevante secondo la teoria classica o addirittura interdetta per non andare oltre ciò che risulta dal testo scritto (è la teoria comunemente detta dei "four corners").
- 7.3. Richiamando sommariamente la giurisprudenza sullo "sham" (non esistono norme di legge in proposito) è opportuno esporre i seguenti rilievi.
- 7.3.1. Si può avere "sham" in un trust autodichiarato da due persone se una delle due non aveva alcuna intenzione di fare nascere un trust e l'altra non si era neanche chiesta che cosa stesse firmando.¹³
- 7.3.2. Si può avere "sham" senza alcuna previa intesa fra disponente e trustee quando, nel corso del rapporto, il trustee accetti supinamente ogni richiesta che il disponente gli faccia, ma non quando il trustee valuti ciascuna volta tutti i fattori rilevanti.¹⁴

use of this popular and pejorative word". Questa sentenza riguardava non un trust, ma una operazione finanziaria.

¹¹ Esempi dall'Oxford Dictionary: sostantivo "George abhorred sham and affectation"; aggettivo "a sham marriage", verbo "was he shamming?". Nella pratica giudiziale si è affermato il sostantivo "shammer" per indicare l'autore dello "sham".

¹² *Snook v London and West Riding Investments Ltd.* [1967] 2 QB 786 (C.A.).

¹³ *Midland Bank v Wyatt* [1997] 1 BCLC 241.

¹⁴ *Shalson v Russo* [2005] Ch 281, (2006) 8 ITEL 435; *A. v A. and St George Trustees Limited* [2007] EWHC 99 (Fam); medesima conclusione può essere raggiunta valutando il "controllo" del disponente, rilevante in sede di separazione coniugale, da *Charman* [2006] 2 FLR 422.



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa 2017/04VG - ordinanza

- 7.3.3. Si può avere “sham” quando le parti abbiano diversi reali intendimenti, purché entrambe accettino che il negozio che hanno stipulato non corrisponda alla loro apparente volontà e sia quindi una “pretence”.¹⁵
- 7.3.4. L’intesa previa – l’unica prospettazione che collocherebbe il tema dello *sham* nell’area della simulazione di diritto civile – si ha quando il disponente ha voluto il trust per realizzare un progetto non apparente dall’atto istitutivo e il trustee - sebbene non formalmente tenutovi - esercita ogni proprio potere per l’attuazione di quel progetto.¹⁶
- 7.3.5. Il controllo da parte del disponente dei beni in trust, tenendo da parte il trustee, non conduce necessariamente a individuare uno “sham” sia perché può trattarsi dell’inadempimento del trustee¹⁷ sia perché può trattarsi di un trust il cui trustee sia privo dell’ordinario fascio di facoltà che lo contraddistingue (si dice allora che il trust è nudo, “bare”).¹⁸
- 7.3.6. È discusso se un trust inizialmente “sham” può divenire un trust ordinario quando, mutato il trustee, il nuovo trustee si carichi onestamente del compito di agire al solo vantaggio dei beneficiari.¹⁹
- 7.3.7. Infine, secondo alcune recenti pronunce non si ha “sham” senza un ulteriore requisito, quello del comune intendimento di produrre nei terzi un falso convincimento circa la natura del rapporto.²⁰ Invero alcune recenti posizioni legano lo “sham” all’agire fraudolento.
- 7.4. Questa varietà di regole operazionali mostra che non esiste una teoria giuridica dello “sham” generalmente condivisa.
- 7.5. La teoria dello “sham”, ammesso che di teoria si possa parlare, non avrebbe cittadinanza in San Marino perché il diritto sammarinese, come qualsiasi

¹⁵ *MacKinnon v Regent Trust* [2005] JLR 198.

¹⁶ *Antle v R* (2009) 12 ITEL 314 (Tax Court of Canada): sulla decisione di dichiarare il trust invalido pesò anche il fatto che l’atto istitutivo, l’atto di trasferimento al trustee e i successivi atti del trustee erano stati antedatati, quando in realtà tutte le operazioni erano avvenute contemporaneamente. La sentenza è stata confermata in appello: *Antle v R* (2010) 13 ITEL 591 (Federal Court of Appeal).

¹⁷ *A. v A. and St George Trustees Limited* [2007] EWHC 99 (Fam).

¹⁸ *Promyshlenniy Bank v Pugachev and Others* [2017] EWHC 2426 (Ch), para. 150.

¹⁹ Cfr. *A. v A. and St George Trustees Limited* [2007] EWHC 99 (Fam).

²⁰ “a common intention to give a false impression to third parties is a necessary element in this head of claim”: *MacKinnon v Regent Trust* [2005] JLR 198; così anche la High Court in Australia in *Rafiland Pty Ltd v Commissioner of Taxation* (2008) 82 ALJR 134 a 146-148 per Kirby J e la Court of Appeal della Nuova Zelanda: “To establish a sham, the intention to mislead must be shown to have existed from the inception of the trust (or from the time when particular property was disposed to the trust). Evidence of effective control of the trust post settlement may be used to infer the requisite intention”: *Official Assignee in Bankruptcy in the property of Reynolds v Wilson* [2008] NZCA 122, para. 71. Di “deliberate deception” parla la Federal Court of Australia in *Coshott v Prentice* (2015) 17 ITEL 555, n. 64



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa 2017/04VG - ordinanza

ordinamento di diritto civile, è perfettamente equipaggiato per disciplinare fattispecie di mancata corrispondenza fra il contenuto di un documento e la volontà del suo autore o dei suoi autori o di intendimenti ulteriori rispetto a quelli manifestati per iscritto o perfino verbalmente.

- 7.6. La simulazione ha una lunga storia nella cultura e nella letteratura continentale, non meno che nel diritto, spesso centrata sul contrasto fra simulazione e dissimulazione e, quanto alla simulazione, fra simulazione onesta e simulazione fraudolenta. Fra le simulazioni oneste erano collocate le finzioni processuali, così comuni in diritto romano e poi negli ordinamenti medievali e rinascimentali di ambo le coste della Manica; probabilmente l'Inghilterra fu il paese più prodigo di simulazioni: sia nel processo per supplire alla rigidità delle forme di azione sia nella ordinaria vita commerciale per assicurare la validità dei trasferimenti immobiliari (*finis of land* e *common recoveries*, discendenti dalla *in iure cessio*).
- 7.7. Simulazioni erano poi correnti in numerose circostanze, come quella oggetto di una sentenza della Camera Apostolica alla metà del Seicento relativamente al riconoscimento di debito fatto dal debitore a una persona diversa dal vero creditore, ma su richiesta di questi, allo scopo di rendere più agevole l'incasso del credito al momento della sua scadenza: qui la corte individua un particolare caso di simulazione, quello relativo alla persona del creditore, ma riferito a un debito esistente e incontestato.²¹
- 7.8. Ancora la simulazione è alla base della regola, oggi tornata all'attenzione, di alcuni diritti consuetudinari francesi, quale il normanno: "donner et retenir ne vaut", laddove la mancata "traditio" del bene consente di presumere la mancanza della volontà di donare e quindi simulazione della donazione.²²
- 7.9. In effetti, i contratti traslativi simulati non trasferiscono il possesso, come già scrisse Baldo per mezzo di una frase singolarmente corrispondente a quelle che si scrivono oggi in materia di "sham trust": "Quero: numquid in contractu simulato transeat possessio? Resp.: tunc non transfert, cum simulans remanet dominus, ut prius, res suae".²³
- 7.10. Nel corso del Quattrocento la dottrina del diritto civile si appassiona al tema della simulazione non per interesse teorico, ma perché si verificano frequenti casi di contratti simulati, anzi vere e proprie prassi simulatorie, per esempio allo scopo di nascondere mutui usurari; se ne occupano fra gli altri Paolo Castrense, Alessandro Tartagna, Bartolomeo Socino, Giason del Maino fino alla

²¹ *Romana Simulationis Mutui*, De Luca, *Theatrum veritatis et Justitiae*, l. VII, *De Credito & Debito*, Disp. LXXVII.

²² A. DEJARDINS, *Recherche sur l'origine de la règle "Donner et retenir ne vaut"*, *Rev. crit.*, vol. XXXIII (1868), p. 207 e p. 311

²³ Baldo a C. 4, 22, 3; sottolineatura aggiunta.



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa 2017/04VG - ordinanza

monografia di Bartolomeo Cepolla “De simulatione contractuum” pubblicata nel 1481. In Inghilterra i “contracts” ancora non erano comparsi nelle corti del Re e quindi nessun interesse potevano rivestire gli studi dei civilisti.

- 7.11. La dottrina civilistica si concentra poi essenzialmente sui temi dell’opponibilità della simulazione ai terzi e della prova, quest’ultima spesso basata sull’esistenza di una controdi chiarazione; essa ha una specifica denominazione in diritto francese –“contre-lettre”- e di essa trattano specifiche norme del codice civile (l’art. 1321, abrogato dalla riforma del 2016, e i nuovi artt. 1201 e 1202²⁴). Non si saprebbe neanche come tradurre “contre-lettre” in inglese a testimonianza della profonda differenza che si è venuta creando nell’evoluzione giuridica.
- 7.12. Inoltre, nel diritto inglese è scarsamente considerata la fondamentale dottrina civilistica che distingue i casi nei quali le parti non vogliono che nasca alcun rapporto giuridico da quelli nei quali le parti vogliono un rapporto diverso da quello documentato.
- 7.13. Infine, la dottrina civilistica, dal Seicento in poi, ha legato la simulazione al consenso delle parti e di questo sono testimonianza gli esiti legislativi delle regole sulla simulazione; per esempio, il codice svizzero delle obbligazioni impone al giudice di “indagare quale sia stata la vera e concorde volontà dei contraenti, anziché stare alla denominazione od alle parole inesatte adoperate per errore, o allo scopo di nascondere la vera natura del contratto” (art. 18).²⁵
- 7.14. È apparso opportuno fornire queste sommarie indicazioni storico-comparative allo scopo di scoraggiare l’assimilazione fra “sham” e “simulazione”.
- 7.15. La giurisprudenza italiana ha accolto il termine “sham” in sette sentenze delle sezioni penali della Corte di Cassazione, attribuendogli una accezione vicina a quella del termine inglese “pretence”, ossia “una mera apparenza”, e facendone regolarmente derivare la nullità del trust. Risultano numerosi impieghi del termine nella giurisprudenza civile di merito, usualmente nella accezione di “simulazione”, sebbene non appaia alcuna analisi del tema legata alla visione della simulazione degli atti unilaterali secondo il codice civile italiano (art. 1414, comma 3, cod. civ.).
- 7.16. Il Tribunale di Torre Annunziata, in sede di procedimento di sequestro, ha giudicato il trust “A.” quale “sham trust” e probabilmente è stato tratto in errore dalle argomentazioni degli avvocati, inclusi gli avvocati del trustee, dato che questi ultimi nel ricorso a questa Corte hanno trattato dello “sham” con citazioni di precedenti inglesi e di Jersey come se San Marino fosse una *Crown dependency*.

²⁴ Art. 1201: “Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties”.

²⁵ Corsivo aggiunto.



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa 2017/04VG - ordinanza

- 7.17. I tribunali italiani, come i tribunali di qualsiasi Stato nel quale vige la Convenzione de L'Aja sulla legge regolatrice e il riconoscimento dei trust, sono tenuti a applicare la legge straniera, dalla quale il trust sul quale debbono giudicare è regolato. La domanda di nullità del trust "A.", se e in quanto fondata su argomentazioni di diritto sammarinese, deve quindi necessariamente seguire le regole del diritto sammarinese. L'interpretazione della legge straniera da parte dei tribunali italiani è soggetta al controllo della Corte di Cassazione.²⁶
- 7.18. Può allora essere di ausilio al Tribunale italiano sapere che il solo fatto che il trustee abbia prontamente aderito alla richiesta di porre i beni del trust a disposizione della proposta di concordato preventivo della società di navigazione non conduce, di per sé, a un giudizio di simulazione del trust, mentre più facilmente potrebbe condurre a un giudizio di inadempimento da parte del trustee alle obbligazioni su di lui gravanti²⁷ o di mancanza di serenità nel valutare le opzioni a sua disposizione.
- 7.19. La Corte, sulla base degli elementi agli atti, valuta come improbabile l'accoglimento delle domande di nullità, simulazione e interposizione fondate sulla allegazione di "sham".

§8. L'AZIONE REVOCATORIA

- 8.1. Diversa è la conclusione della Corte circa le prospettive dell'azione revocatoria.
- 8.2. La difesa del trustee ha correttamente illustrato i punti di forza della posizione della Curatela e ha indicato i punti di debolezza della propria difesa, fondamentalmente concentrandola su un aspetto procedurale che non sembra dare alcuna assicurazione di tenuta, anche alla luce del turbamento sociale che la vicenda della compagnia di navigazione ha prodotto nel territorio.
- 8.3. L'azione revocatoria riguarda il trasferimento al trustee di 320 azioni della società "A." per mezzo della quale si controllavano beni di notevole valore circa 18 mesi prima che si manifestasse pubblicamente la crisi della società di navigazione²⁸, ma al termine di un periodo pluriennale nel corso del quale, come affermato nella sentenza dichiarativa della società di fatto, gli esponenti della società di navigazione aveva trasferito la flotta e numerosi altri cespiti di valore in capo a società che il Tribunale di Torre Annunziata ha definito "società-schermo". Non si può tacere che gli eventi ricostruiti dal Tribunale depongono nel senso di una attività concordata fra gli esponenti delle tre famiglie che controllavano la società di navigazione con la finalità di trasferirne gli attivi al

²⁶ Cass., 15 giugno 2016, n. 12364.

²⁷ Questo profilo è stato colto alla giurisprudenza inglese: *A. v A. and St George Trustees Limited* [2007] EWHC 99 (Fam).

²⁸ Sopra, 1.3-1.4.



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa 2017/04VG - ordinanza

di fuori delle pretese dei possibili creditori. Ne deriva la sostenibilità della tesi per cui il disponente nel momento in cui ha posto in essere l'atto di dotazione era cosciente di porre in essere un atto che andava a detrimento delle ragioni dei creditori sociali, mentre l'assenza di tale coscienza in capo ai trustee non assume rilievo, non trattandosi di uno scambio di tipo sinallagmatico.

- 8.4. Nel rappresentare le questioni relative all'azione revocatoria, la procura del trustee ha mostrato di essere povera di difese nel merito. Né La Corte ritiene di prendere in considerazione elementi quali la difficoltà che potrebbe sperimentare la Curatela nella materiale apprensione del patrimonio della società "A." perché già la prosecuzione dell'odierno giudizio in primo grado, per non parlare delle impugnazioni, comporta costi che riducono il fondo in trust con generale pregiudizio per la trattativa transattiva e per i beneficiari.
- 8.5. La Corte deve quindi concludere nel senso del probabile accoglimento della azione revocatoria intentata dalla Curatela del fallimento della società di fatto.

§9. I PROCEDIMENTI PENALI

- 9.1. Tanto nel ricorso che nella discussione orale la difesa del ricorrente si è soffermata sulle vicende penali che hanno toccato il disponente, il quale attualmente sta espiando la pena patteggiata, ma è coinvolto in altri due procedimenti ancora in fase iniziale.
- 9.2. La difesa del ricorrente ha prospettato la possibilità che questi due nuovi procedimenti potrebbero non condurre a scontare altre pene afflittive in carcere se si raggiungesse un rapido componimento con la Curatela attrice in sede civile.
- 9.3. Oltre agli aspetti giuridici, la difesa del ricorrente ha posto in luce i danni già subiti dal disponente nel suo stato di salute, tanto fisica che psichica, e ha argomentato che di riflesso ne soffrono anche la moglie e i figli, beneficiari del trust.
- 9.4. Il trustee è perfettamente legittimato a valutare le posizioni dei beneficiari anche sotto l'aspetto psicologico; in effetti, l'atto istitutivo del trust "A." testualmente dispone nel suo art. 15.K: "L'espressione 'a vantaggio', riferita all'esercizio di un potere fiduciario a vantaggio di un soggetto, designa la soddisfazione di qualunque interesse, anche non patrimoniale, di tale soggetto". Il trust "A.", come si è già visto, non è un trust discrezionale a vantaggio dei beneficiari, onde il collegamento a vantaggi non patrimoniali può essere preso in considerazione non quale giustificazione dell'esercizio di poteri del trustee, ma quale rappresentazione di alcuni effetti che sarebbero prodotti qualora l'autorizzazione chiesta alla Corte venisse concessa.



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa 2017/04VG - ordinanza

§10. IL CONFLITTO DI INTERESSI DEL TRUSTEE

- 10.1. Il trustee ha ritenuto di sottoporre alla Corte il tema per cui il raggiungimento di una transazione con la Curatela potrebbe essere considerato molto utile anche per lo stesso trustee, già fatto segno di accuse e contestazioni da parte dei creditori dei fallimenti.
- 10.2. La Corte non ritiene che l'interesse del trustee a una generale composizione delle vicende fallimentari abbia in alcun modo viziato le valutazioni e le condotte del trustee; inoltre, considerando che non risulta alcun atto compiuto dal trustee relativamente alla gestione della società "A.", la fondatezza di alcuna pretesa risarcitoria nei suoi confronti non sembra avere futuro.

§11. CONCLUSIONI

- 11.1. In un trust per beneficiari è "utile" tutto ciò che massimizza i vantaggi per i beneficiari. Il termine "utile" compare nell'art. 53 della legge sul trust per qualificare l'atto che il trustee chiede al giudice di essere autorizzato a compiere, in quanto non rientra fra i suoi poteri²⁹.
- 11.2. Il giudizio prognostico sull'esito della causa intentata dalla Curatela è sostanzialmente in favore di quest'ultima per le ragioni sopra illustrate e quindi la prosecuzione della causa fino a sentenza e magari anche nelle sedi di gravame verosimilmente condurrebbe soltanto all'impoverimento del fondo in trust e alla sua definitiva perdita per i beneficiari del trust. Per converso, una transazione raggiunta in questa fase permetterebbe di attribuire maggiori cespiti alla curatela e sperabilmente non esaurirebbe il fondo nella sua interezza.
- 11.3. Qualora questo esito permetta al disponente di evitare la detenzione carceraria in relazione ai due nuovi procedimenti penali, i beneficiari riceverebbero un ulteriore vantaggio dovuto alla disponibilità del loro marito e padre, con evidenti effetti positivi per l'intera famiglia e in special modo per i due figli minori.
- 11.4. È proprio in questa ottica che la Corte, accogliendo le conclusioni del Curatore speciale, raccomanda al trustee di porre particolare attenzione alla ragazza figlia del disponente che è il componente più debole della famiglia. Qualora il trustee, transigendo con la Curatela, ottenga di trattenere una somma nel fondo in trust, la Corte raccomanda che parte di tale somma o, secondo quale ne sarà l'importo, il suo intero ammontare sia vincolato in un trust appositamente dichiarato dal trustee in modo che la ragazza possa contare su un sostegno economico per proseguire le necessarie terapie e per essere avviata alla vita lavorativa.

²⁹ Cfr. sopra, 2.2



CORTE PER IL TRUST E I RAPPORTI FIDUCIARI
causa 2017/04VG - ordinanza

PER QUESTI MOTIVI

La Corte, in accoglimento della domanda formulata in via principale, come meglio articolata nel corso della discussione orale, autorizza il trustee del trust "A.", P. S.A., a transigere le liti avviate dalla Curatela del fallimento della società di fatto dichiarato con sentenza Trib. di Torre Annunziata n. 24/2013, determinando le condizioni come meglio riterrà opportuno, e con la raccomandazione di collocare in un sub-trust una somma per la protezione degli interessi della figlia minore del disponente, affetta da grave e permanente disabilità.

Dispone che il ricorrente liquidi la notula del Curatore speciale come presentata.

Restituisce il fascicolo alla Cancelleria affinché l'ordinanza sia pubblicata senza indugio mediante inclusione nel fascicolo telematico, dandone avviso alla procura costituita e al Curatore speciale.

Dispone che la Cancelleria non rilasci alcuna copia di questa ordinanza per motivi di studio o per la pubblicazione in riviste giuridiche senza avere prima sostituito il nome del ricorrente e il nome del trust come segue: "P. S.A." e "trust A.".

Borgo Maggiore, 5 dicembre 2017