Gli istituti giuridici affini al trust: un difficile processo di unificazione

di Lucia Frascarelli

"Gli Stati membri assicurano che il presente articolo si applichi ai trust e ad altri tipi di istituti giuridici, quali, tra l'altro, fiducie, determinati tipi di Treuhand o fideicomiso, quando tali istituti hanno un assetto o funzioni affini a quelli dei trust. Gli Stati membri definiscono le caratteristiche in base alle quali determinare se un istituto giuridico ha assetto o funzioni affini a quelli dei trust per quanto riguarda tali istituti giuridici disciplinati ai sensi del diritto nazionale.
Ciascuno Stato membro prescrive che i fiduciari di trust espressi amministrati nel proprio territorio nazionale ottengano e mantengano informazioni adeguate, accurate e attuali sulla titolarità effettiva del trust. (...)"

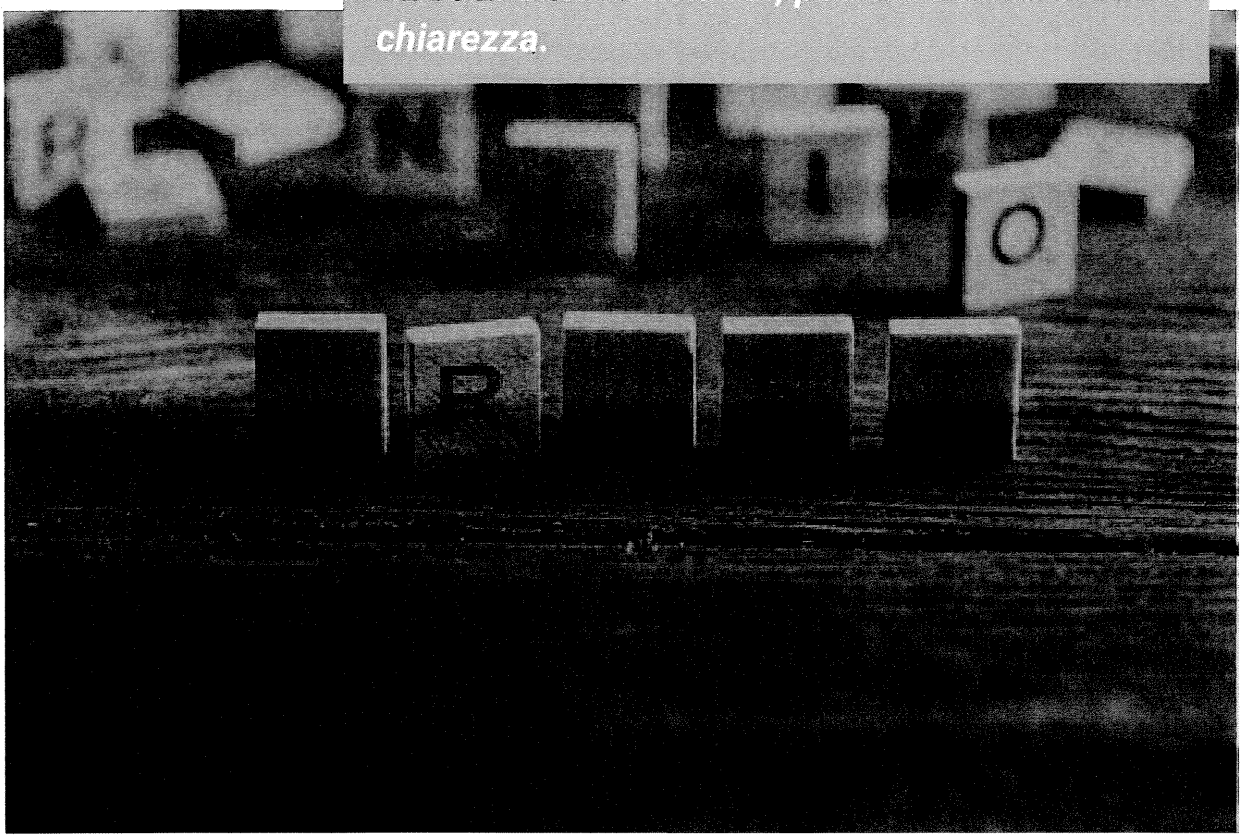
Così si esprime il Parlamento europeo all'articolo 31, paragrafo 1, della V Direttiva antiriciclaggio e nel documento ricognitivo degli istituti di trust e di quelli affini torna ad individuarne le caratteristiche che consistono in un meccanismo in cui i beni sono affidati a una persona, che ne detiene il diritto di proprietà o li gestisce a vantaggio di una o più persone terze o per uno scopo.

In Europa, la realtà giuridica è estremamente articolata poiché all'interno degli stati membri esistono sia istituzioni giuridiche che si ricollegano ad una matrice di *common low* e che hanno adottato nel loro ordinamento l'istituto del trust, sia figure negoziali che si ricollegano ad una matrice giuridica di *civil law* che si ricollegano alla fiducia "romanistica". Altri stati non contemplano nei loro ordinamenti alcun istituto con caratteristiche assimilabili al trust.
L'Italia, unico paese di *civil law* ad aver ratificato la convenzione dell'Aja per il riconoscimento del trust, non ha nel suo ordinamento disposizioni che disciplinano il contratto di "fiducia" - come invece avviene in Francia, in Lussemburgo e in Romania - e con il termine "fiduciario" si tende a definire realtà negoziali molto diverse tra loro: la "fiducia romanistica" che la giurisprudenza fa coincidere in un collegamento fra due negozi uno a rilevanza esterna ed effetti reali ed uno a rilevanza interna ed effetti obbligatorio (cd. *pactum fiduciae*) e la *fiducia germanistica* (o intestazione fiduciaria di beni) che consiste in una amministrazione fiduciaria di beni che prevede una mera dissociazione fra proprietà e legittimazione.
La differenza fra negozio fiduciario "fiducia romanistica" e amministrazione fiduciaria "fiducia germanistica" sta, quindi, nel fatto che mentre nel primo si verifica un trasferimento della proprietà, sia pure *causa fiduciae*, dal fiduciante al fiduciario, nel secondo si ha solo un'attribuzione al fiduciario della legittimazione a compiere atti giuridici secondo le regole del mandato, rimanendo la proprietà del bene in capo al fiduciante.
Dovendo andare a ricercare nel nostro ordinamento gli istituti che presentano affinità al trust si può così sintetizzare:
- Il trust si caratterizza per la segregazione di un bene o di un patrimonio realizzato attraverso il trasferimento della proprietà da un soggetto (cd. settlor o disponente) ad un altro soggetto (cd. trustee o gestore) perché lo amministri a favore di terzi soggetti (cd. beneficiari) o per uno scopo.
- Nell'amministrazione fiduciaria (fiducia germanistica) manca il trasferimento della proprietà dal fiduciante all'amministratore fiduciario.
- Il negozio fiduciario (fiducia romanistica) si distingue dal trust per effetto del pactum fiduciae che comporta l'obbligo del ri-trasferimento

del bene al fiduciante anche se, sia pure in via temporanea, si realizza il trasferimento della proprietà del bene dal fiduciante al fiduciario.
È evidente che nessuno degli istituti richiamati presenta elementi di affinità con il trust.
Il nostro legislatore, mentre nella legge di recepimento della direttiva europea antiriciclaggio, definisce gli istituti giuridici affini al trust come enti ed istituti "che, per assetto e funzioni, determinano effetti giuridici equivalenti a quelli dei trust espressi, anche avuto riguardo alla destinazione dei beni ad uno scopo ed al controllo da parte di un soggetto diverso dal proprietario, nell'interesse di uno o più beneficiari o per il perseguimento di uno specifico fine" (art. 22, comma 5 bis del d.lgs. n. 231/2007 e ss.mm.ii.) ha, invece, notificato alla Commissione Europea – quali istituti di diritto interno affini al trust – insieme al vincolo di destinazione ex art. 2645 ter C.C. – il mandato fiduciario. I due istituti notificati non sono omogenei tra di loro ed il mandato fiduciario – se non se ne definisce il contenuto giuridico e contrattuale – non presenta caratteri di affinità al trust.
Infatti, seppure i "vincoli di destinazione" di cui all'art. 2645-ter c.c. determinino un effetto segregativo per tutto il tempo in cui i beni sono destinati e vincolati allo scopo meritevole di tutela contemplato dalla disposizione codicistica, ciò non accade con il mandato fiduciario.
Solo quando l'amministrazione fiduciaria è utilizzata come fattispecie contrattuale che determina un fenomeno segregativo del patrimonio e, dunque, una 'cesura' fra l'originario titolare del bene ed il soggetto cui esso è affidato in gestione, viene a riproporsi una affinità al trust.
È questo il caso del contratto di affidamento fiduciario, previsto dalla legge 22 giugno 2016, n. 112 (cd. Legge "Dopo di noi"), fattispecie contrattuale che ha trovare estensione anche oltre il perimetro delineato dalla citata legge n. 112/2016 nel contratto di amministrazione fiduciaria di fondo speciali affidati recentemente notificato al Ministero dello Sviluppo Economico da Assofiduciaria ai sensi dell'art. 10, punto 4, del D.M. 16.11.1995.
Sia il contratto di affidamento fiduciario previsto dalla legge n. 112/2016, sia il contratto di amministrazione fiduciaria di fondi speciali affidati, trovano il loro fondamento giuridico nel principio che l'autonomia di un patrimonio sia possibile ove si verifichino contemporaneamente due effetti:
a) un effetto traslativo del patrimonio di un soggetto ad un altro soggetto, ancorché temporaneo in quanto strumentale alla realizzazione di uno scopo/programma delimitato nel tempo;
b) un effetto segregativo di questo patrimonio da quello del soggetto cui è affidata la gestione.
Il quadro normativo delineato dalla normativa antiriciclaggio, modificata dal d.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125, sembra confermare tale ricostruzione.
Infatti, nel mentre traspare la riferibilità della definizione normativa (id. degli istituti giuridici affini al trust) sia al negozio fiduciario di stampo romanistico sia al contratto di affidamento fiduciario (dove, per effetto del trasferimento in fiducia, esiste sia il controllo da parte di un soggetto diverso dal proprietario – il fiduciario o l'affidatario – sia la presenza di uno o più beneficiari o il perseguimento di uno specifico fine), è da escludere la sua riferibilità alla mera amministrazione fiduciaria di stampo germanistico, che si sostanzia in un mandato senza rappresentanza che comporta solo la legittimazione in capo al fiduciario di compiere atti giuridici per conto del fiduciante, che è e rimane sempre l'effettivo proprietario.
È opportuno tener conto, peraltro, che, come detto, all'interno dell'Unione i trust e gli istituti giuridici affini possono presentare caratteristiche giuridiche diverse.
Per garantire la certezza del diritto e condizioni di parità, è, invece, fondamentale stabilire chiaramente quali istituti giuridici stabiliti nell'Unione Europea dovrebbero essere considerati simili ai trust quanto a funzioni o assetti analoghi.
Le similitudini tra istituzioni diverse tra di loro

perché inserite in ordinamenti regolati da norme che mutuano da principi fondanti eterogenei e non sovrapponibili sono difficili da ricercare. Tuttavia, è una strada da percorrere altrimenti non si può sperare di raggiungere comportamenti unitari nella lotta al riciclaggio ed al terrorismo.

La Commissione è consapevole di questa diversità tant'è che ha preso in considerazione la possibilità di istituire un gruppo di lavoro informale in collaborazione con il mondo accademico, gli operatori del settore, le unità di informazione finanziaria e le autorità competenti al fine di individuare criteri comuni, obiettivi e coerenti, per l'individuazione dei pertinenti istituti giuridici disciplinati dai rispettivi diritti (Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio recante valutazione della debita individuazione e del debito assoggettamento agli obblighi della direttiva (UE) 2015/849, da parte degli Stati membri, di tutti i trust e gli istituti giuridici affini disciplinati dai rispettivi diritti del 16 settembre 2020 - COM(2020) 560 final).

Forse, in Italia, l'inserimento nel nostro ordinamento civilistico di un contratto di "fiducia" romanistica, ovvero di un istituto disciplinato di "affidamento fiduciario", potrebbe aiutare a fare chiarezza.

Forse, in Italia, l'inserimento nel nostro ordinamento civilistico di un contratto di "fiducia" romanistica, ovvero di un istituto disciplinato di "affidamento fiduciario", potrebbe aiutare a fare chiarezza.