

Il mandato fiduciario, gli istituti giuridici affini al *trust* e il registro speciale della titolarità effettiva: un paradosso italiano

Fiduciary mandate, legal arrangements similar to trusts and the special register of beneficial ownership: an Italian paradox

FABIO MARCHETTI * e LUCIA FRASCARELLI **

ABSTRACT

La nozione di “istituti giuridici affini” al *trust*, come delineata nella normativa primaria italiana dal d.lgs. n. 231/2007, non è definita nel suo contenuto ed è stata interpretata dai decreti attuativi del Registro della titolarità effettiva nel senso di ricomprendervi il “mandato fiduciario”, categoria nella quale rientrano una congerie variegata di istituti basati sulla “fiducia” fra loro assai differenti per assetto e per funzioni. Il mandato a società fiduciaria ex legge n. 1966/1939 di natura c.d. “germanistica” non può rivestire assetto e funzioni affini a quelle dei *trust* espressi, né determina effetti giuridici equivalenti, dovendo conseguentemente essere escluso dagli obblighi di comunicazione alla Sezione Speciale del Registro delle imprese. Le comunicazioni alla Sezione speciale del Registro possono riguardare, pertanto, solo quelle ipotesi in cui si verifichi una spoliazione in capo al fiduciante della titolarità effettiva dei beni affidati in amministrazione ma non certamente il mandato fiduciario di amministrazione di stampo c.d. “germanistico” di cui al d.m. del 16 gennaio 1995 che non comporta spoliazione della titolarità dei beni affidati in amministrazione, ma solo il riconoscimento della legittimazione in capo alla fiduciaria ad esercitare per conto (o anche in nome e per conto) del fiduciante i poteri di amministrazione secondo le regole del mandato.

The notion of “legal arrangements similar” to the trust, as outlined in the primary Italian legislation by Legislative Decree no. 231/2007, is not defined in its content and has been interpreted by the implementing decrees of the Register of beneficial ownership in the sense of including the “fiduciary mandate”, a category which includes a varied congeries of institutions based on “trust” which are very different in terms of structure and functions. The mandate to a fiduciary company pursuant to law no. 1966/1939 of a so-called nature “Germanistics” cannot have a structure and functions like those of express trusts, nor does it cause equivalent legal effects, consequently having to be excluded from the

* Presidente di ASSOFIDUCIARIA.

** Vice Presidente Vicario e Segretario Generale di ASSOFIDUCIARIA.

obligations of communication to the to the Special Section of Companies Registry. Communications to the Special Section of the Register can therefore only concern those cases in which there is a divestment from the fiduciary settlor of the beneficial ownership of the assets entrusted under administration but certainly not the fiduciary mandate of administration of a so-called nature "Germanistics" referred to the Ministerial Decree of 16 January 1995 which does not involve stripping away the ownership of the assets entrusted under administration, but only the recognition of the legitimacy of the fiduciary company to exercise on behalf (or even in the name and on behalf) of the fiduciary settlor the powers of administration according to the rules of the mandate.

Per comprendere il paradosso italiano di aver notificato alla Commissione Europea – senza commento apparente – il mandato fiduciario e i vincoli di destinazione quali istituti giuridici affini al *trust* ed aver poi assimilato al *trust* il mandato di amministrazione di beni conferito ad una società fiduciaria regolata dalla legge n. 1966/1939, è necessario partire dalla V direttiva 2015/849/UE del 20 maggio 2015.

La direttiva 2015/849/UE del Parlamento e del Consiglio Europeo del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione, all'art. 31 recita infatti:

“1. Gli Stati membri prescrivono che i fiduciari di trust espressi disciplinati dal loro diritto nazionale ottengano e mantengano informazioni adeguate, accurate e aggiornate sulla titolarità effettiva del trust. Tali informazioni includono l'identità: a) del costituente; b) del o dei «trustee»; c) del guardiano (se esiste); d) dei beneficiari o della classe di beneficiari; e) delle altre persone fisiche che esercitano il controllo effettivo sul trust.

2. Gli Stati membri provvedono affinché il «trustee» renda noto il proprio stato e fornisca prontamente ai soggetti obbligati le informazioni di cui al paragrafo 1 quando, in tale veste, instaura un rapporto d'affari o esegue un'operazione occasionale d'importo superiore alla soglia di cui all'articolo 11, lettere b), c) e d).

3. Gli Stati membri prescrivono che le autorità competenti e le FIU abbiano prontamente accesso alle informazioni di cui al paragrafo 1.

4. Gli Stati membri stabiliscono che le informazioni di cui al paragrafo 1 siano conservate in un registro centrale quando il trust genera obblighi fiscali. Il registro centrale assicura un accesso tempestivo e senza limitazioni alle autorità competenti e alle FIU, senza allertare le parti del trust interessato. Esso può inoltre consentire un accesso tempestivo ai soggetti obbligati nel quadro dell'adeguata verifica della clientela a norma del capo II. Gli Stati membri notificano alla Commissione le caratteristiche di tali meccanismi nazionali.

5. Gli Stati membri prescrivono che le informazioni contenute nel registro centrale di cui al paragrafo 4 siano adeguate, accurate e aggiornate.

6. Gli Stati membri provvedono affinché i soggetti obbligati non si basino esclusivamente sul registro centrale di cui al paragrafo 4 per rispettare gli obblighi di adeguata verifica della clientela di cui al capo II. Detti obblighi sono rispettati utilizzando un approccio basato sul rischio.

7. Gli Stati membri provvedono affinché le autorità competenti e le FIU siano in grado di fornire prontamente le informazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 alle autorità competenti ed alle FIU degli altri Stati membri.

8. Gli Stati membri provvedono affinché le misure previste dal presente articolo si applichino ad altri tipi di istituti giuridici che hanno assetto o funzioni analoghi a quelle dei trust.

9. Entro il 26 giugno 2019 la Commissione presenta al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione in cui valuta le condizioni e le specifiche e procedure tecniche per garantire la sicura ed efficace interconnessione dei registri centrali. Ove opportuno, tale relazione è corredata da una proposta legislativa”.

Quelli sopra elencati sono gli elementi prescrittivi che il Parlamento europeo impone nella V direttiva antiriciclaggio per definire i *trust* e gli istituti giuridici affini.

Le caratteristiche consistono in un meccanismo in cui i beni sono affidati a un soggetto, che ne detiene la proprietà e li gestisce a vantaggio di una o più persone terze o per uno scopo.

Poiché la direttiva prevede anche che gli Stati membri provvedano affinché le misure previste per la conservazione delle informazioni sulla titolarità effettiva si applichino, oltreché ai *trust*, anche ad altri tipi di istituti giuridici che hanno assetto o funzioni analoghe a quelle dei *trust*, l'Italia ha notificato alla Commissione, quali istituti giuridici affini: a) mandato fiduciario; b) vincolo di destinazione.

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 law* e che hanno adottato nel loro ordinamento l'istituto del *trust*, sia figure negoziali che si ricollegano ad una matrice giuridica di *civil law* e, dunque, alla fiducia “romanistica”. Altri stati non contemplanò nei loro ordinamenti alcun istituto con caratteristiche assimilabili al *trust*.

L'Italia, paese di *civil law* che ha 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 e amministrazione fiduciaria – “fiducia germanistica” – sta, quindi, nel fatto che, mentre nel primo si verifica un trasferimento della proprietà, *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 se nel nostro ordinamento siano normati istituti che presentano affinità al *trust*, si possono così sintetizzare le caratteristiche dei tre istituti (*trust*, fiducia germanistica, fiduciaria romanistica):

– 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.

A seguito delle notifiche ricevute dagli Stati membri, la Commissione europea ha pubblicato una Relazione, COM (2020) 560 *final*, che reca una valutazione della debita individuazione e del debito assoggettamento agli obblighi della direttiva 2015/849/UE, da parte degli Stati membri, di tutti i *trust* ed istituti giuridici affini disciplinati dai rispettivi diritti.

Con riferimento all’istituto del mandato fiduciario, la Relazione osserva che si tratta di un istituto basato sul principio generale dell’autonomia delle parti contraenti ed è delimitato dalle sentenze e dalla dottrina dei tribunali (...) e che “*sebbene non vi siano disposizioni nazionali che disciplinano questo tipo di contratto, esso di norma assume la forma di un regime che corrisponde a quello di una fiducia, con gli stessi effetti per quanto riguarda la separazione e il trasferimento di beni a un fiduciario a vantaggio di uno o più beneficiari*”.

La Relazione non cita mai, però, il mandato conferito a società fiduciaria, lasciando intendere di riferirsi all’istituto del negozio fiduciario cd. “romanistico”; viceversa, i provvedimenti regolamentari successivi hanno concentrato l’attenzione non sul mandato nella specifica affinità dell’istituto al *trust* ma piuttosto sul soggetto “società fiduciaria”, che opera con mandato senza rappresentanza definito “fiduciario” per effetto di una definizione contenuta nel decreto regolamentare del Ministero dell’Industria (ora MIMIT) del 16 gennaio 1995.

Quanto al vincolo di destinazione la Relazione della Commissione ha osservato che esso consiste in un regime in cui il titolare di un bene immobile o di beni registrati in registri pubblici istituisce un vincolo su tale bene. In virtù di questo vincolo, i beni possono essere gestiti e utilizzati solo per uno scopo specifico individuato dal titolare ma del regime pubblicistico dei vincoli di destinazione, nei provvedimenti successivi, se ne sono perse le tracce.

Con il d.lgs. n. 231/2007 il legislatore italiano ha previsto, all'art. 22, in attuazione della direttiva 2015/849/UE, che i fiduciari – *trustee* – di *trust* espressi debbano ottenere e conservare informazioni sulla titolarità effettiva del *trust*, o dell'istituto giuridico affine al *trust*.

In attuazione della norma di recepimento della V direttiva, i fiduciari di *trust* espressi, nonché le persone che esercitano diritti, poteri e facoltà equivalenti in istituti giuridici affini, purché stabiliti o residenti sul territorio della Repubblica italiana, *“ottengono e detengono informazioni adeguate, accurate e aggiornate sulla titolarità effettiva del trust, o dell'istituto giuridico affine, per tali intendendosi quelle relative all'identità del costituente o dei costituenti, del fiduciario o dei fiduciari, del guardiano o dei guardiani ovvero di altra persona per conto del fiduciario, ove esistenti, dei beneficiari o classe di beneficiari e delle altre persone fisiche che esercitano il controllo sul trust o sull'istituto giuridico affine e di qualunque altra persona fisica che esercita, in ultima istanza, il controllo sui beni conferiti nel trust o nell'istituto giuridico affine attraverso la proprietà diretta o indiretta o attraverso altri mezzi. I fiduciari di trust espressi e le persone che esercitano diritti, poteri e facoltà equivalenti in istituti giuridici affini conservano tali informazioni per un periodo non inferiore a cinque anni dalla cessazione del loro stato di fiduciari e le rendono prontamente accessibili alle autorità di cui all'articolo 21, comma 2, lettera a) e b). I medesimi fiduciari che, in tale veste, instaurano un rapporto continuativo o professionale ovvero eseguono una prestazione occasionale dichiarano il proprio stato ai soggetti obbligati”*.

La nozione di “istituti giuridici affini” al *trust*, anche nella declinazione offerta dall'art. 22, comma 5-bis del d.lgs. n. 231/2007 (*“gli enti e gli 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”*) è del tutto indeterminata e, oltretutto, è stata interpretata nei successivi provvedimenti attuativi nel senso di ricomprendervi il “mandato fiduciario”, categoria nella quale rientrano una congerie variegata di istituti basati sulla fiducia fra loro assai differenti per assetto e per funzioni.

Su tale assunto, privo di contenuto giuridico, sono stati assoggettati agli obblighi di iscrizione e notificazione anche istituti – quali l'amministrazione fiduciaria di stampo germanistico – che non potrebbero mai definirsi “affini al trust”, e ciò a commento delle indicazioni ricavabili dalla normativa UE che al fine di individuare

un criterio di collegamento con il *trust* assegna un rilievo decisivo alla “*possibilità di separare o scindere la titolarità giuridica dalla titolarità effettiva delle attività*” (cfr. Considerando 29 della direttiva UE n. 2018/843).

Tale elemento caratterizzante non sussiste per tutte le tipologie di “mandato fiduciario” e, certamente, non in relazione all’istituto dell’amministrazione fiduciaria di stampo germanistico, caratterizzato – come ben noto – dalla mancanza di un trasferimento della proprietà dal fiduciante al fiduciario.

Con la stessa *ratio* della disciplina europea che è quella di “*impedire che i trust o istituti giuridici affini siano utilizzati per attività di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo o per reati presupposto associati*”, ma senza tener conto della specificità dell’obiettivo comunitario, si è voluto attrarre alla medesima norma comunitaria anche la società fiduciaria nella specificità della sua attività istituzionale di amministratore di beni per conto di terzi mediante mandato fiduciario. Tutto ciò senza però tenere conto che tale obiettivo, definito dalla normativa antiriciclaggio, è già stato efficacemente garantito dagli obblighi di adeguata verifica, di conservazione e di comunicazione attualmente già imposti alle imprese fiduciarie da altre disposizioni di legge, nonché dai penetranti poteri ispettivi attribuiti alle Autorità di vigilanza di settore (Banca d’Italia, CONSOB e IVASS), al MEF e al MIMIT ed anche con il contributo dell’UIF e della Guardia di Finanza, per il controllo e il monitoraggio delle attività svolte dalle imprese fiduciarie.

Nei termini così prospettati – ossia riguardo alla assimilabilità dei “mandati fiduciari” di stampo germanistico agli istituti giuridici affini al *trust* e in quanto tali unificare agli obblighi di iscrizione e comunicazione gli uni agli altri – si impone un esame di coerenza con i principi di costituzionalità della norma.

La giurisprudenza costituzionale, in più occasioni, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di norme di legge dal contenuto vago e generico, tali da non consentire un sindacato effettivo sulle relative norme di attuazione e sulle stesse pronunce giudiziarie che ne facessero applicazione, rilevando, al riguardo, che la tecnica normativa utilizzata dal legislatore – allorché risulti eccessivamente generica al punto da non consentire all’amministrazione di ricostruire la disciplina vigente – risulta “*foriera di incertezza*”, posto che essa “*può tradursi in cattivo esercizio delle funzioni affidate alla cura della pubblica amministrazione*” (sentenza n. 364 del 2010) (Corte cost., sent. 16 aprile 2013, n. 70).

Più di recente, la Consulta (Corte Cost., sent. 5 maggio 2023, n. 110) – nel ribadire tali principi – ha affermato che “*disposizioni irrimediabilmente oscure, e pertanto foriere di intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta, si pongano in contrasto con il canone di ragionevolezza della legge di cui all’art. 3 Cost. L’esigenza di rispetto di standard minimi di intelligibilità del significato delle proposizioni normative, e conseguentemente di ragionevole prevedibilità della loro applicazione, va certo assicurata rispetto alle norme che regolano la generalità dei rapporti tra la pubblica amministrazione e i cittadini, ovvero i rapporti reciproci*

tra questi ultimi. Anche in questi ambiti, ciascun consociato ha un'ovvia aspettativa a che la legge definisca ex ante, e in maniera ragionevolmente affidabile, i limiti entro i quali i suoi diritti e interessi legittimi potranno trovare tutela, sì da poter compiere su quelle basi le proprie libere scelte d'azione. Una norma radicalmente oscura, d'altra parte, vincola in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario, in violazione del principio di legalità e della stessa separazione dei poteri; e crea inevitabilmente le condizioni per un'applicazione diseguale della legge, in violazione di quel principio di parità di trattamento tra i consociati, che costituisce il cuore della garanzia consacrata nell'art. 3 della Costituzione”.

La Corte aggiunge anche che “*il significato delle espressioni utilizzate in una disposizione – nonostante ogni sforzo interpretativo, compiuto sulla base di tutti i comuni canoni ermeneutici – rimanga del tutto oscuro, con il risultato di rendere impossibile all'interprete identificare anche solo un nucleo centrale di ipotesi riconducibili con ragionevole certezza alla fattispecie normativa astratta. Una tale disposizione non potrà che ritenersi in contrasto con quei 'requisiti minimi' di razionalità dell'azione legislativa”.*

L'art. 22, comma 5-bis d.lgs. n. 231/2007 – se non correttamente interpretato – rischia di non soddisfare i requisiti di razionalità e chiarezza della legge imposti dalla giurisprudenza costituzionale.

La norma, infatti, si costruirebbe sull'assunto tautologico per cui sarebbero affini ai *trust* gli istituti giuridici che determinano effetti giuridici equivalenti a quelli dei *trust* espressi, ma non è chiaro se il prosieguo dell'enunciato normativo (“*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*”) assuma una valenza esemplificativa o, al contrario, tassativa.

Ed infatti, il carattere imprevedibile della norma è dimostrato dall'irragionevolezza dei risultati raggiunti dall'attività amministrativa di attuazione, che è giunta a ricomprendere nella nozione di “*istituti giuridici affini al trust*” un'intera categoria giuridica – i negozi basati sulla fiducia – composta da istituti estremamente diversi fra loro, solo una parte dei quali in effetti determina “*effetti giuridici equivalenti a quelli del trust espresso*”.

La questione della identificazione dell'istituto giuridico affine al *trust*, è stata affrontata nella normazione che con D.M. n. 55 dell'11 marzo 2022 (Regolamento recante disposizioni in materia di comunicazione, accesso e consultazione dei dati e delle informazioni relativi alla titolarità effettiva di imprese dotate di personalità giuridica, di persone giuridiche private, di *trust* produttivi di effetti giuridici rilevanti ai fini fiscali e di istituti giuridici affini) ha delineato quali siano i caratteri essenziali degli istituti giuridici affini al *trust*.

L'art. 1, comma 1, lett. g) del Regolamento definisce istituti affini al *trust*: “*gli enti e gli 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, secondo l'articolo 22, comma 5 –bis, del decreto antiriciclaggio”, prevedendo altresì che nell'apposita sezione speciale del registro delle imprese, recante le informazioni sulla titolarità effettiva, siano inseriti i trust produttivi di effetti giuridici rilevanti a fini fiscali, nonché gli istituti giuridici affini, stabiliti o residenti sul territorio della Repubblica Italiana.

Il successivo decreto Direttoriale del Ministero delle Imprese e del Made in Italy del 12 aprile 2023, nell'approvare le specifiche tecniche del formato elettronico della comunicazione unica di impresa, fa riferimento nel preambolo, con un impegno interpretativo di non poco conto, al mandato fiduciario conferito ai sensi del d.m. 16 gennaio 1995 a società fiduciaria, mentre nessun riferimento è fatto ai vincoli di destinazione.

Tale riferimento, unitamente alla pubblicazione da parte di Unioncamere del Manuale operativo per l'invio telematico delle comunicazioni del titolare effettivo agli uffici del registro delle imprese, ha spostato l'assunto normativo da istituti giuridici che producono “effetti giuridici equivalenti a quelli del trust espresso” ad ogni mandato fiduciario conferito a società fiduciaria in conformità alle previsioni del d.m. 1995, e cioè dall'oggetto al soggetto ai fini dell'obbligo di comunicazione alla sezione speciale del registro.

Con specifico riferimento alla attività delle società fiduciarie regolate dalla legge n. 1966/1939 la Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sentenza 27 aprile 2022, n. 13143) così ha definito l'attività da esse volta: “*le società fiduciarie sono dalla legge regolate secondo lo schema invalso sotto il nome di «fiducia germanistica» (...) nella società fiduciaria i fiducianti vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni da loro affidati alla fiduciaria e a questa strumentalmente intestati”.*

Appare, quindi, chiara la differenza tra mandato di amministrazione conferito a società fiduciaria e negozio fiduciario che (in conformità a quanto rilevato dalla citata relazione della Commissione UE) prevede, che l'interposto acquista la proprietà del bene, pur essendo, in virtù di un rapporto interno con l'interponente di natura obbligatoria, tenuto ad osservare un certo comportamento, convenuto in precedenza con il fiduciante, ed a ritrasferirgliela ad una scadenza concordata, ovvero al verificarsi di una situazione che determini il venir meno del rapporto fiduciario (cfr. Cass., sez. I, 14 febbraio 2018, n. 3656).

Ed è proprio lo stesso Ministero delle Imprese e del Made in Italy che ha specificato, con circolare n. 10/V del 4 agosto del 2023, che “*l'amministrazione di beni (o diritti) di terzi mediante conferimento di mandato fiduciario senza rappresentanza (ma con intestazione dei beni o diritti medesimi) – cioè l'attività tipica (nonché appannaggio esclusivo) delle società fiduciarie – non comporta, pertanto, il trasferimento, in capo alla società fiduciaria conferitaria del mandato, della proprietà*

del bene o diritto (che rimane di proprietà del terzo fiduciante), ma solo l'intestazione formale del bene o diritto stesso, ed il potere di compiere, in riferimento ai medesimi, gli atti giuridici indicati, di volta in volta, mediante singole istruzioni scritte, dal fiduciante; atti giuridici che la società fiduciaria compirà in proprio nome, ma per conto del fiduciante”.

Ed è sempre lo stesso Ministero ad avere precisato che “*di impostazione ben diversa è la «fiducia romanistica». Essa si esprime tipicamente, nell’ambito dei rapporti economico-giuridici svolgentisi nel nostro paese, attraverso l’istituto (di derivazione puramente dottrinale e giurisprudenziale, non trovando, nel nostro ordinamento, regolazione espressa; diversamente come si è visto, dal «mandato fiduciario», che è invece espressamente e dettagliatamente disciplinato dal ripetuto DM industria, commercio e artigianato 16 – 1 – 1995) del «negozio fiduciario» (a volte indicato anche come «contratto fiduciario», patto fiduciario», «contratto di fiducia»).* Nonostante la somiglianza nel nome rispetto al «mandato fiduciario» (somiglianza che ha dato luogo a più di un fraintendimento) (...) In modo del tutto atecnico ma, tutto sommato, efficace, potremmo descrivere l’istituto in parola come il trasferimento della proprietà di un bene o diritto, dal fiduciante (che se ne spoglia) al fiduciario, in modo temporaneo e conformato”.

È, quindi, evidente che il mandato a società fiduciaria ex legge n. 1966/1939 di natura cd. germanistica non può rivestire assetto e funzioni affini a quelle dei *trust* espressi, né determina effetti giuridici equivalenti, dovendo conseguentemente essere escluso dagli obblighi di comunicazione al registro che devono inerire solo istituti e fattispecie che abbiano quei connotati e quegli effetti giuridici.

Come premesso, 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 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*.

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 porsi una affinità al *trust*.

È il caso, ad esempio, del contratto di affidamento fiduciario previsto dalla legge n. 112/2016 – ma anche di eventuali fattispecie contrattuali elaborate in coerenza con i principi del nostro ordinamento civilistico – che 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. n. 125/2019, 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.

Anche all'interno dell'Unione Europea i *trust* e gli istituti giuridici affini possono presentare caratteristiche giuridiche diverse ed il legislatore comunitario è consapevole che 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.

Infatti, la Commissione, consapevole di questa diversità, 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 2015/849/UE, 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*).

Da tutto quanto precede risulta evidente che affinché il mandato fiduciario possa dirsi assimilabile al *trust*, è logicamente necessario che questo debba avere gli effetti e le caratteristiche di cui sopra.

In Italia, "mandato fiduciario" è espressione ricorrente nella pratica per indicare due diverse fattispecie caratterizzate da "*causa fiduciae*":

- il negozio fiduciario di stampo romanistico;
- l'amministrazione fiduciaria di beni di stampo germanistico.

La distinzione concettuale – e, soprattutto, sostanziale – tra i due istituti è ben conosciuta – come detto – al MIMIT ma, ai fini che qui interessano, non si rileva nel Manuale operativo pubblicato da Unioncamere in data 10 ottobre 2023, alcun riferimento alla normativa né primaria, né regolamentare.

Viene, invece, fatto riferimento al “mandato fiduciario” genericamente inteso, “*circoscrivendo ai soli mandati fiduciari stipulati con società fiduciarie l’obbligo della comunicazione della titolarità effettiva*” (come si diceva, si è inopinatamente passati dall’oggetto – l’istituto o contratto – al soggetto – la società fiduciaria).

Diversamente da quanto previsto nella normativa sia primaria che regolamentare, la situazione che si è venuta a delineare per le società fiduciarie è quella per cui il mandato fiduciario sembra dover essere inserito *tout court* nella sezione Speciale del Registro delle Imprese, in quanto riconosciuto, apoditticamente, quale “istituto giuridico affine al trust”, per il solo motivo di essere *soggettivamente riferibile* ad una società fiduciaria di cui alla legge n. 1966/1939.

È del tutto evidente che l’espressione “mandato fiduciario” generica e di per sé non autoesplicativa, tale da non consentire di individuare gli istituti giuridicamente affini ricompresi in tale espressione, non può risolversi con l’inserimento nella sezione speciale destinata all’iscrizione dei *trust* e degli istituti giuridici affini dell’intero comparto delle società fiduciarie, il che darebbe luogo a problematiche di non poco conto.

Appare chiaro che sotto il profilo giuridico, economico e fattuale “*gli istituti che, per assetto e funzioni, (possono determinare) effetti giuridici equivalenti a quelli dei trust espressi*” devono presentare – quanto meno – un “*totale distacco del patrimonio conferito dalla sfera giuridica del disponente*” (Cass., 4 aprile 2019, n. 9320) che determini il “*controllo da parte di un soggetto diverso dal proprietario*” (così il Regolamento di cui al d.m. n. 55/2022) del bene o del patrimonio oggetto del contratto.

Al fine di una chiara individuazione degli elementi identificativi degli istituti giuridici che possono presentare affinità con il *trust* appare utile, innanzitutto, ricordare la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione (Ord. 4 aprile 2019, n. 9320) che ha chiaramente individuato quali siano gli elementi giuridici che contraddistinguono il *trust* e, di conseguenza, gli istituti che ad esso possono essere assimilati:

«a) *la piena separazione ed il totale distacco del patrimonio conferito dalla sfera giuridica del disponente, per passare in piena proprietà al trustee, seppure a titolo fiduciario e nell’interesse del beneficiario;*

b) *il fatto che il patrimonio conferito nel trust è messo al riparo da eventuali pretese: sia da parte dei creditori del disponente, poiché il patrimonio non è più di proprietà del disponente; sia da parte dei creditori del trustee, poiché quest’ultimo, seppure effettivo proprietario del patrimonio stesso, detiene solo ed esclusivamente nella qualità di trustee e mai a titolo personale; sia da parte dei creditori del bene-*

ficiario, fino a quando quest'ultimo non riceva i beni con successivo passaggio dal trustee».

Appare anche chiaro, però, che sotto il profilo giuridico, economico e fattuale la definizione degli *“istituti che, per assetto e funzioni, (possono determinare) effetti giuridici equivalenti a quelli dei trust espressi”* devono presentare – quanto meno – un *“totale distacco del patrimonio conferito dalla sfera giuridica del disponente”* (Cass, 4 aprile 2019, n. 9320) che determini il *“controllo da parte di un soggetto diverso dal proprietario”* (d.m. 11 marzo 2022, n. 55) del bene o del patrimonio oggetto del contratto porta ad escludere l'affinità del trust con il *“‘classico’ mandato fiduciario (che) si caratterizza solo per il riconoscimento alla fiduciaria della legittimazione ad esercitare secondo le regole del mandato per conto o, anche, in nome e per conto del fiduciante i poteri di amministrazione, dati di volta in volta dal fiduciante sulla base di istruzioni specifiche”*.

In buona sostanza, l'applicazione della disciplina civilistica del mandato all'amministrazione fiduciaria c.d. “statica” rappresenta un elemento di incompatibilità non superabile rispetto alla sua affinità ad un istituto di *common law* quale il trust, che necessariamente impone una “cesura” fra disponente/affidante e trustee/affidatario, che non può sussistere secondo le regole del mandato di *civil law* (tant'è che – come ricordato dal MIMIT – il d.m. del 1995 impone che il mandante/fiduciante dia puntuali istruzioni al mandatario/fiduciario per il compimento dei singoli atti di mandato), a meno che non sussistano particolari clausole che permeino la fattispecie sì da determinare un fenomeno di “cesura” o “separatezza” fra mandante/fiduciante e mandatario/fiduciario che possa consentire di intravedere una affinità con l'istituto di *common law* del trust.

Ad ulteriore conforto di tutto quanto precede giova, infine, ricordare che il Manuale Operativo di Unioncamere del 10 ottobre scorso così ha definito il mandato fiduciario: *“Il ‘mandato fiduciario’ è un istituto giuridico affine al trust in quanto determina “...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”*. È del tutto evidente che tale descrizione non rappresenta la realtà giuridico-economico-fattuale del ‘classico’ contratto fiduciario di amministrazione di beni per conto di terzi di cui al d.m. 16 gennaio 1995, ricostruibile, per l'appunto, secondo i canoni del mandato (con o senza rappresentanza) del Codice civile.

In conclusione, la Sezione speciale del registro delle imprese può riguardare, a tutto concedere, solo quelle ipotesi in cui si verifichi una spoliazione in capo al fiduciante della titolarità effettiva dei beni affidati in amministrazione ma non certamente il mandato fiduciario di amministrazione di stampo cd. ‘germanistico’ che non comporta spoliazione della titolarità dei beni affidati in amministrazione, ma solo il riconoscimento della legittimazione in capo alla fiduciaria ad esercitare per

conto (o anche in nome e per conto) del fiduciante i poteri di amministrazione secondo le regole del mandato.

Una diversa interpretazione renderebbe evidente non solo la contraddizione, ma anche l'irragionevolezza dell'inclusione del mandato fiduciario acriticamente considerato nella Sezione speciale del registro delle imprese.

In ciò il paradosso italiano: lo stesso Organo Amministrativo che include il "mandato fiduciario" conferito a società fiduciarie nella sezione speciale definendolo affine al *trust* ne nega l'affinità per mancanza degli elementi caratterizzanti.

Il messaggio che la Comunità europea manda agli Stati membri attraverso la V direttiva comunitaria è chiaro: affinché all'interno dell'Unione possano presentarsi pari opportunità di attività nell'ambito economico, finanziario e societario è necessario che gli Stati membri si dotino di strumenti giuridici tra loro equivalenti. In Italia, già dal 1939 è stato istituito un soggetto giuridico potenzialmente idoneo a raccogliere tutte le attività di amministrazione fiduciaria ma, nel mentre ne è stato definito il contenitore, non è stato compiutamente definito il contenuto delle attività in fiducia che invece è presente in molti altri Stati europei, come ben ha definito la Commissione nel suo documento ricognitivo COM (2020) 560 *final* del 16 settembre 2020.

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 e porre l'Italia in posizione economicamente concorrenziale con gli altri Paesi europei.

