



**IL CONTRATTO DI AFFIDAMENTO
FIDUCIARIO E LA DISCIPLINA
ANTIRICICLAGGIO:**

**GLI EFFETTI DEL RECEPIMENTO DELLA
V DIRETTIVA ANTIRICICLAGGIO**

Avv. Luca Zitiello

Milano, 22 maggio 2019

Contratto di affidamento fiduciario: caratteristiche principali

Il contratto di affidamento fiduciario, in generale, può essere definito come quel contratto con cui **il fiduciante trasferisce beni**, in forma di **patrimonio separato**, **ad una società fiduciaria che li amministra e ne dispone**, secondo un **programma** determinato **opponibile ai terzi, nell'interesse di un beneficiario**, per realizzare un interesse meritevole di tutela.

Il contratto di affidamento fiduciario può prevedere la nomina di un **garante** incaricato di controllare la corretta attuazione del programma da parte della società fiduciaria. Il garante può:

- esprimere il proprio parere su qualsiasi aspetto concernente l'attuazione del programma e
- agire in giudizio contro le violazioni delle disposizioni contrattuali o della legge commesse dalla società fiduciaria.

Contratto di affidamento fiduciario: caratteristiche principali

Pertanto, i soggetti partecipanti al contratto di affidamento fiduciario sono:

- l'affidante (fiduciante);
- l'affidatario (società fiduciaria);
- il/i beneficiario/i;
- il garante (se presente).

Contratto di affidamento fiduciario: caratteristiche principali

Elementi essenziali e caratterizzanti il contratto di affidamento fiduciario sono:

- 1) il **trasferimento dei diritti di proprietà dal fiduciante alla società fiduciaria** secondo uno schema assimilabile alla fiducia romanistica. La proprietà trasferita per effetto del contratto di affidamento fiduciario non è mai piena, ma è una proprietà fiduciaria limitata e temporanea, in quanto destinata a realizzare interessi del beneficiario;
- 2) la **costituzione di un patrimonio separato in capo al fiduciario**, composto dai beni, mobili e immobili, destinati all'attuazione del programma fiduciario (combinato disposto degli artt. 1707 c.c. e 2645-*ter* c.c.);
- 3) l'**opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione** e, quindi, del programma fiduciario stesso (art. 2645-*ter* c.c.).

Contratto di affidamento fiduciario: affinità con il trust

Il contratto di affidamento fiduciario, in ragione dei suoi elementi essenziali, si allontana giuridicamente dallo schema del mandato fiduciario classico (FIDUCIA GERMANISTICA), avvicinandosi, invece, alla figura del trust.

Infatti il contratto di affidamento fiduciario presenta numerose caratteristiche proprie di un trust, quali:

- 1) un reale trasferimento della proprietà dei beni dal fiduciante al fiduciario secondo un principio di proprietà "limitata";
- 2) la predisposizione di un programma che disciplina lo scopo dell'affidamento e pone gli obiettivi ed i limiti dell'attività del fiduciario;
- 3) la costituzione di un patrimonio separato in capo al fiduciario;
- 4) l'opponibilità ai terzi, creditori del fiduciario, del vincolo di destinazione impresso sui beni oggetto dell'affidamento;
- 5) La possibile esistenza del garante, figura assimilabile a quella del custode di trust.

Contratto di affidamento fiduciario e disciplina antiriciclaggio: obblighi di adeguata verifica

Le società fiduciarie, in quanto soggetti obbligati ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 231/2007, sono destinatarie degli obblighi legislativi e regolamentari in materia di contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

Le società fiduciarie, dunque, sono tenute, *ex artt. 17 e ss.* del d.lgs. 231/2007 ad effettuare l'adeguata verifica della propria clientela.

Gli obblighi di adeguata verifica si applicano nei confronti dei clienti/fiducianti tanto nel caso del mandato fiduciario classico, quanto nel caso del contratto di affidamento fiduciario.

Entrambi questi rapporti, infatti, sono qualificabili come **rapporti continuativi** (art. 1, co. 2, lett. II) del d.lgs. 231/2007).

Contratto di affidamento fiduciario e disciplina antiriciclaggio: obblighi di adeguata verifica

In generale, l'applicazione degli obblighi di adeguata verifica comporta, ai sensi del comma 1 dell'art. 18 del d.lgs. 231/2007, che la società fiduciaria:

- 1) Identifichi e verifichi l'identità del cliente (fiduciante);
- 2) Identifichi e verifichi l'identità del/dei titolare/i effettivo/i;
- 3) Acquisisca e valuti informazioni sullo scopo e sulla natura del rapporto continuativo;
- 4) Controlli costantemente il rapporto con il cliente, per tutta la sua durata.

Contratto di affidamento fiduciario e disciplina antiriciclaggio: il titolare effettivo

Nel caso del **mandato fiduciario classico**, il titolare effettivo dev'essere individuato:

- a) nella persona fisica o nelle persone fisiche intestatarie del rapporto continuativo o,
- b) nel caso in cui il rapporto sia instaurato da un soggetto diverso da una persona fisica, il titolare effettivo dev'essere determinato secondo i criteri di cui all'art. 20 del d.lgs. 231/2007, ovvero sia come la persona fisica o nelle persone fisiche cui, in ultima istanza, è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell'ente ovvero il relativo controllo, o che ne risulta/no beneficiaria/e.

Contratto di affidamento fiduciario e disciplina antiriciclaggio: il titolare effettivo

Nel caso del **contratto di affidamento fiduciario** potrebbe, invece, applicarsi la disciplina prevista per l'individuazione del titolare effettivo del trust.

Infatti, nel contratto di affidamento fiduciario, esattamente come nel trust, entrano in gioco molti soggetti e, pertanto, il titolare effettivo non è di facile identificazione.

Data la vicinanza del contratto di affidamento fiduciario alla figura del trust si potrebbe ritenere che per raccogliere informazioni sulla titolarità effettiva del rapporto la società fiduciaria sia tenuta ad identificare:

- il fiduciante (affidante);
- il/i beneficiario/i;
- il garante (se presente).

La stessa società fiduciaria, in quanto affidataria del contratto, potrebbe essere ricompresa, da altri soggetti obbligati, tra i titolari effettivi del contratto di affidamento fiduciario, come accade nel trust con la figura del *trustee*.

Contratto di affidamento fiduciario e disciplina antiriciclaggio: comunicazione e accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva

Secondo quanto previsto dall'art. 21 del d.lgs. 231/2007, le imprese dotate di personalità giuridica tenute all'iscrizione nel Registro delle imprese e le persone giuridiche private iscritte nel Registro delle persone giuridiche, devono comunicare le informazioni relative ai propri titolari effettivi.

Pertanto, nel caso in cui il titolare effettivo di una società sia schermato da una società fiduciaria, cui siano state intestate le partecipazioni (azioni o quote) secondo lo **schema del mandato fiduciario classico**, in base all'art. 22 del d.lgs. 231/2007 gli amministratori di tale società dovranno cercare di acquisire le informazioni relative al titolare effettivo rivolgendosi direttamente alla società fiduciaria, la quale potrà comunicarle solo previa autorizzazione del fiduciante.

Nel caso in cui il fiduciante neghi tale autorizzazione, i diritti di voto relativi alle partecipazioni intestate alla società fiduciaria non potranno essere esercitati (art. 22, co. 3, del d.lgs. 231/2007).

Contratto di affidamento fiduciario e disciplina antiriciclaggio: comunicazione e accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva

Anche nel caso in cui il titolare effettivo di una società sia schermato da una società fiduciaria in forza di un **contratto di affidamento fiduciario**, in base all'art. 22 del d.lgs. 231/2007 gli amministratori di tale società dovranno cercare di acquisire le informazioni relative al titolare effettivo rivolgendosi direttamente alla società fiduciaria, la quale potrà comunicarle previa autorizzazione del fiduciante.

Nel caso in cui il fiduciante neghi tale autorizzazione, i diritti di voto relativi alle partecipazioni intestate alla società fiduciaria non potranno essere esercitati (art. 22, co. 3, del d.lgs. 231/2007).

Contratto di affidamento fiduciario e disciplina antiriciclaggio: comunicazione e accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva

(1/2)

Secondo il disposto dell'**art. 21, co. 2, del d.lgs. 231/2007, attualmente vigente** l'accesso alla sezione sui titolari effettivi del Registro delle imprese è riservato a:

- a) al Ministero dell'economia e delle finanze, alle Autorità di vigilanza di settore, all'Unità di informazione finanziaria per l'Italia, alla Direzione investigativa antimafia, alla Guardia di finanza;
- b) alla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo;
- c) all'autorità giudiziaria;
- d) alle autorità preposte al contrasto dell'evasione fiscale;

Contratto di affidamento fiduciario e disciplina antiriciclaggio: comunicazione e accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva

(2/2)

e) ai soggetti obbligati, ai fini dell'adeguata verifica;

f) dietro pagamento dei diritti di segreteria, **ai soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi diffusi, titolari di un interesse giuridico rilevante e differenziato**, nei casi in cui la conoscenza della titolarità effettiva sia necessaria per curare o difendere, nel corso di un procedimento giurisdizionale, un interesse corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, quando abbiano ragioni, concrete e documentate, per dubitare che la titolarità effettiva sia diversa da quella legale. **L'interesse deve essere diretto, concreto ed attuale** e, nel caso di enti rappresentativi di interessi diffusi, non deve coincidere con l'interesse di singoli appartenenti alla categoria rappresentata. L'accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva può essere escluso qualora le informazioni riguardino persone incapaci o minori d'età ovvero qualora l'accesso esponga il titolare effettivo a rischi per la propria incolumità.

V Direttiva antiriciclaggio: la nuova disciplina dei registri dei titolari effettivi

La Direttiva (UE) 2015/849 (IV Direttiva antiriciclaggio) è stata di recente modificata dalla Direttiva (UE) 2018/843 del 30 maggio 2018 (c.d. V Direttiva antiriciclaggio).

Tra le novità di maggiore rilievo introdotte dalla V Direttiva antiriciclaggio vi sono le nuove regole in materia di **raccolta, conservazione ed accesso ai dati sulla titolarità effettiva** di:

- **società e entità giuridiche** costituite nel loro territorio (art. 30, par. 1, Direttiva);
- **trust e 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 (art. 31, par. 1, Direttiva);

Comunicazione e accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva: persone giuridiche

In base all'art. 30, par. 5, della Direttiva, l'accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva di società e altre entità giuridiche dev'essere in ogni caso garantito:

- a) alle autorità competenti e alle FIU (Unità di Informazione Finanziaria), senza alcuna restrizione;
- b) ai soggetti obbligati, nel quadro dell'adeguata verifica della clientela a norma del capo II;
- c) al pubblico.**

Le persone di cui alla lettera c) hanno **accesso almeno al nome, al mese e anno di nascita, al paese di residenza e alla cittadinanza del titolare effettivo** così come alla **natura ed entità dell'interesse beneficiario detenuto.**

Comunicazione e accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva: persone giuridiche

Scompare, dunque, il requisito dell'interesse giuridico rilevante, diretto, concreto ed attuale perché si possa accedere alle informazioni sulla titolarità effettiva di società o altre entità giuridiche.

Quindi, le informazioni sulla titolarità effettiva di imprese, società ed altre persone giuridiche saranno accessibili a chiunque.

Comunicazione e accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva: *trust* e istituti affini

Diversamente, nel caso di trust e degli altri istituti giuridici aventi assetto o funzioni affini ai trust, l'art. 31, par. 4, della Direttiva, prevede che l'accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva di tali soggetti giuridici sia riservato a:

- a) alle autorità competenti e alle FIU, senza alcuna restrizione;
- b) ai soggetti obbligati, nel quadro dell'adeguata verifica della clientela;
- c) a qualunque persona fisica o giuridica che possa dimostrare un legittimo interesse;**
- d) a qualunque persona fisica o giuridica che faccia una richiesta scritta in relazione a un trust o a un istituto giuridico affine che detiene una partecipazione di controllo in una società o in un altro soggetto giuridico diverso da quelli di cui all'articolo 30, paragrafo 1, attraverso il possesso, diretto o indiretto, anche tramite azioni al portatore, o attraverso il controllo con altri mezzi.**

Le informazioni accessibili alle persone fisiche o giuridiche di cui alle **lettere c) e d)**, comprendono il **nome, il mese e anno di nascita, il paese di residenza e la cittadinanza del titolare effettivo**, così come la **natura e l'entità dell'interesse beneficiario detenuto**.

Comunicazione e accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva: conseguenze

Dunque, secondo quanto previsto a seguito dell'entrata in vigore della V Direttiva antiriciclaggio, mentre **nel caso di società o altre entità giuridiche l'accesso ad informazioni di base sulla titolarità effettiva viene garantito a chiunque** («al pubblico»), **nel caso di *trust*** e altri istituti giuridici aventi assetto o funzioni affini, **l'accesso alle informazioni di base sui titolari effettivi è ancora oggetto di una, seppur blanda, limitazione.**

Infatti, oltre alle autorità competenti ed ai soggetti obbligati, possono accedere alle informazioni sui titolari effettivi di *trust* e istituti giuridici simili solo i soggetti e le organizzazioni che possano dimostrare l'esistenza di un legittimo interesse.

N.B. In Italia solo i trust produttivi di effetti giuridici rilevanti a fini fiscali ex art. 73 D.P.R. 22 gennaio 1986, n. 917, sono tenuti all'iscrizione in apposita sezione del Registro delle Imprese e a comunicare al Registro le informazioni sulla propria titolarità effettiva

Comunicazione e accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva: conseguenze

Tuttavia, al fine di garantire un accesso quanto più possibile ampio e approfondito alle informazioni sui titolari effettivi di società e entità giuridiche diverse da quelle di cui all'art. 30 della Direttiva antiriciclaggio (ad es. fondazioni, enti no profit, associazioni), si prevede che **per quei trust o istituti giuridici simili che detengano o siano proprietari di partecipazioni di controllo in una società o entità giuridica diversa da quelle di cui all'art. 30, l'accesso alle informazioni sul titolare effettivo potrà essere effettuato da chiunque presentando una semplice richiesta scritta.**

Istituzione dei registri nazionali e centralizzati dei titolari effettivi

Gli Stati membri devono istituire i registri sulla titolarità effettiva di cui agli artt. 30 (società) e 31 (trust e istituti giuridici affini) della V Direttiva antiriciclaggio e provvedere all'interconnessione dei registri nazionali attraverso la piattaforma centrale europea istituita dall'articolo 22, paragrafo 1, della direttiva (UE) 2017/1132.

Quanto alle tempistiche, l'art. 67 della V Direttiva antiriciclaggio prevede che:

Gli Stati membri istituiscono:

- a) i registri centrali di cui all'articolo 30 (società) entro il 10 gennaio 2020;**
- b) il registro di cui all'articolo 31 (*trust* e istituti giuridici affini) entro il 10 marzo 2020;**

La Commissione garantisce l'interconnessione dei registri di cui agli articoli 30 e 31 in cooperazione con gli Stati membri entro il 10 marzo 2021.

In Italia, in data 25 marzo 2019, il MEF ha pubblicato e messo in consultazione uno **Schema di decreto legislativo di recepimento della V Direttiva antiriciclaggio** in cui ha previsto che le **modalità di dialogo con la citata piattaforma centrale europea** volta a garantire l'interconnessione tra i Registri nazionali sulla titolarità effettiva **siano definite con decreto del MEF, di concerto con il MISE.**

V Direttiva antiriciclaggio: *trust* e istituti giuridici affini

La V Direttiva antiriciclaggio ha rilevato che **a causa delle differenze** esistenti **tra i sistemi giuridici degli Stati membri, alcuni *trust* e istituti giuridici affini non sono affatto monitorati o registrati** (Considerando 26, V Direttiva antiriciclaggio).

(Considerando 29, V Direttiva antiriciclaggio)

La V Direttiva antiriciclaggio, per garantire la certezza del diritto e condizioni di parità, richiede agli Stati membri di **individuare gli istituti giuridici affini ai *trust* sulla base delle loro funzioni e assetto;**

Ogni Stato membro dovrebbe essere tenuto a identificare i *trust*, se riconosciuti dal diritto nazionale, e gli istituti giuridici affini che possono essere istituiti conformemente al quadro giuridico o alle consuetudini nazionali e che hanno assetto o funzioni analoghi a quelli dei *trust*, quale la possibilità di separare o scindere la titolarità giuridica dalla titolarità effettiva delle attività.

V Direttiva antiriciclaggio: *trust* e istituti giuridici affini

Sempre secondo il Considerando 29, una volta individuati i *trust* gli istituti giuridici affini, gli Stati membri dovrebbero notificare alla Commissione:

1. le categorie,
2. la descrizione delle caratteristiche,
3. i nomi,
4. se del caso, la base giuridica dei suddetti *trust* e istituti giuridici affini.

Tali dati saranno poi **pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, per consentire l'identificazione di tali *trust* e istituti da parte degli altri Stati membri.**

È opportuno tener conto del fatto che, all'interno dell'Unione, i *trust* e gli istituti giuridici affini possono presentare caratteristiche giuridiche diverse.

Se un *trust* o un istituto giuridico affine presenta caratteristiche comparabili, in termini di assetto o funzioni, a quelle di una società o di altri soggetti giuridici, l'accesso pubblico alle informazioni sulla titolarità effettiva può contribuire a contrastare il suo uso improprio, così come l'accesso pubblico può contribuire a prevenire l'uso improprio delle società e di altri soggetti giuridici per riciclare denaro e finanziare il terrorismo.

V Direttiva antiriciclaggio: *trust* e istituti giuridici affini

Le indicazioni dei Considerando hanno trovato definizione nella previsione di cui all'**art. 31, par. 1**, novellato dalla **V Direttiva antiriciclaggio**, in cui è stato stabilito che:

*«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».*

Sempre al medesimo articolo, la V Direttiva antiriciclaggio domanda poi agli Stati membri di definire *«**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**».*

V Direttiva antiriciclaggio: *trust e istituti giuridici affini*

Quanto alle tempistiche imposte agli Stati membri al **par. 10 dell'art. 31**, introdotto dalla **V Direttiva antiriciclaggio**, è previsto che:

*«Gli **Stati membri notificano alla Commissione** le categorie, la descrizione delle caratteristiche, i nomi e, se del caso, la base giuridica dei trust e degli istituti giuridici affini di cui al paragrafo 1 **entro il 10 luglio 2019**.*

*La **Commissione pubblica l'elenco consolidato di tali trust e istituti giuridici affini** nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea **entro il 10 settembre 2019**.*

***Entro il 26 giugno 2020** la Commissione presenta una **relazione al Parlamento europeo e al Consiglio** in cui valuta se tutti i trust e gli istituti giuridici affini di cui al paragrafo 1 disciplinati ai sensi del diritto degli Stati membri siano stati debitamente individuati e assoggettati agli obblighi stabiliti nella presente direttiva.*

Ove opportuno, la Commissione adotta le misure necessarie per intervenire in base alle conclusioni di detta relazione».

V Direttiva antiriciclaggio: recepimento in Italia

In data 25 marzo 2019 il Ministero dell'Economia e delle Finanze italiano (MEF) ha pubblicato e messo in consultazione uno **Schema di decreto legislativo di recepimento della V Direttiva antiriciclaggio**.

La consultazione è terminata il 20 aprile 2019.

Con il proprio schema di decreto **il MEF ha recepito in modo sostanzialmente inalterato le disposizioni della V Direttiva**, soprattutto per quanto riguarda la disciplina dei registri dei titolari effettivi e dell'accesso agli stessi.

Recepimento V Direttiva antiriciclaggio: prospettive per il contratto di affidamento fiduciario

L'art. 31, par. 1, della Direttiva antiriciclaggio prevede che:

«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».

Lo Schema di decreto predisposto dal MEF prevede che all'art. 22 del d.lgs. 231/2007 sia aggiunto un nuovo comma, il 5-*bis*, in cui si prevede che:

«Per le finalità di cui al presente decreto, il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, definisce, con apposito decreto, i criteri in base ai quali sono individuati i trust espressi disciplinati ai sensi della legge 16 ottobre 1989, n. 364 e gli istituti e i soggetti giuridici che, per assetto e funzioni, sono considerati affini ai trust espressi»

In base alle considerazioni svolte, si potrebbe sostenere che **il contratto di affidamento fiduciario possa rientrare a pieno titolo tra gli istituti giuridici aventi «assetto o funzioni affini a quelli dei trust»** e possa, dunque, essere riconosciuto dal legislatore italiano come istituto in tutto e per tutto assimilabile al *trust*.

AVV. LUCA ZITIELLO
luca.zitiello@zitielloassociati.it

www.zitielloassociati.it

MILANO

Corso Europa, 13
20122, Milano
tel. +39 02 5999491
fax +39 02 55196870

ROMA

Via Nazionale, 204
00184, Roma
tel. +39 06 37517266
fax +39 06 3721889