

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA



TESI DI LAUREA

in

DIRITTO COMMERCIALE

*Le società fiduciarie e il controllo
pubblico. Vigilanza di Banca d'Italia.*

Relatore

Laureando

Chiar.mo Prof. Fortunato Sabino

Ludovico Mainieri

Anno Accademico 2016 – 2017

“The best way to find out if you can trust somebody is to trust them”
Ernest Hemingway

*A mio padre,
che mi ha sostenuto con la sua fiducia.*

INDICE

INTRODUZIONE	VII
--------------------	-----

CAPITOLO I

DAL CONCETTO DI FIDUCIA

ALLA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ FIDUCIARIE

SEZIONE I - L'EVOLUZIONE STORICA DELLA "FIDUCIA"

1. LA FIDUCIA ED IL SUO RUOLO NELLA STORIA ECONOMICA	1
2. LA COSTRUZIONE DOTTRINALE DELL'INTESTAZIONE FIDUCIARIA, NEL TRADIZIONALE SCHEMA "ROMANISTICO" E IN QUELLO "GERMANISTICO":	
2.1. LA FIDUCIA "ROMANISTICA": FIDUCIA <i>CUM AMICO</i> E <i>CUM CREDITORE</i>	8
2.2. LA FIDUCIA "GERMANISTICA" ED IL SUO RECEPIMENTO <i>DE FACTO</i> CON LA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ FIDUCIARIE	12

SEZIONE II – LE PRINCIPALI "FIDUCIE" ITALIANE:

IL NEGOZIO FIDUCIARIO ED IL TRUST

1. IL NEGOZIO FIDUCIARIO: VALUTAZIONI DOTTRINALI E DECISIONI GIURISPRUDENZIALI (CENNI)	15
2. IL <i>TRUST</i> IN ITALIA (CENNI)	21

SEZIONE III – LA DISCIPLINA SPECIALE DELLE SOCIETÀ FIDUCIARIE

1. DALLE ORIGINI ALLA LEGGE N. 1966 DEL 1939	26
2. LA SUCCESSIVA STRATIFICAZIONE NORMATIVA	30
3. LA MODIFICA DELL'ART. 199 T.U.F. E L'ISCRIZIONE DI QUESTE FIDUCIARIE NELLA SEZIONE SEPARATA DELL'ALBO DEGLI INTERMEDIARI EX. ART 106 T.U.B.	34

CAPITOLO II

GLI ASPETTI ESSENZIALI DELLE SOCIETÀ FIDUCIARIE

SEZIONE I – GLI ASPETTI GENERALI DELL'ATTIVITÀ FIDUCIARIA

1. LA RISERVA E I CRITERI DI DETERMINAZIONE	40
2. LA FORMA D'IMPRESA E IL CAPITALE SOCIALE MINIMO	44
3. LE ATTIVITÀ ATTUALMENTE SVOLTE DALLE FIDUCIARIE (C.D. "STATICHE"): AMMINISTRAZIONE IN SENSO STRETTO O DI RAPPRESENTANZA	46
4. LE ATTIVITÀ ATTRIBUITE ALLE FIDUCIARIE DALLA LEGGE 1966/1939, MA OGGETTO DI SUCCESSIVA RIDISCIPLINA:	
4.1. L'ATTIVITÀ DI REVISIONE AZIENDALE E DI ORGANIZZAZIONE	49
4.2. LE SOCIETÀ FIDUCIARIE (C.D. "DINAMICHE"): GESTIONE DEI PATRIMONI	51

*SEZIONE II – LA RISERVATEZZA,
LE TUTELE PER IL FIDUCIANTE E LE SANZIONI PREVISTE PER LA FIDUCIARIA*

1. LA RISERVATEZZA: IL “SEGRETO FIDUCIARIO” E LE SUE DEROGHE	54
2. LA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA E LE ALTRE SANZIONI	57

CAPITOLO III

LA VIGILANZA SULLE SOCIETÀ FIDUCIARIE – L’EVOLUZIONE

*SEZIONE I – LA VIGILANZA DEL MINISTERO DELL’INDUSTRIA,
OGGI MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO*

1. LA STRUTTURA “BIFASICA” DELLA VIGILANZA MINISTERIALE: VERIFICA DEI REQUISITI AUTORIZZATORI E VIGILANZA SULL’ESERCIZIO	62
2. LA RESPONSABILITÀ PER OMESSO O NON CORRETTO ESERCIZIO DELLA VIGILANZA PUBBLICA: SINTESI DELL’EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE	66

*SEZIONE II – GLI SPECIFICI RAPPORTI DI CONTROLLO PUBBLICO
DA PARTE DI CONSOB E BANCA D’ITALIA*

1. LA VIGILANZA CONSOB SULLE FIDUCIARIE “DINAMICHE”	72
2. IL COORDINAMENTO DEI POTERI DI CONTROLLO TRA LA CONSOB E LA BANCA D’ITALIA	76
3. LA VIGILANZA BANCA D’ITALIA SULLE FIDUCIARIE RICOLLEGABILI AD UN GRUPPO BANCARIO, GIÀ PRIMA DELLA NOVELLA EX 199 T.U.F.	78

CAPITOLO IV

LA NUOVA VIGILANZA DELLA BANCA D'ITALIA SU TALUNE FIDUCIARIE IN FUNZIONE ANTIRICICLAGGIO

SEZIONE I – L'EVOLUZIONE DELLA VIGILANZA DI BANCA D'ITALIA FINO AGLI SPECIFICI ASPETTI ANTIRICICLAGGIO

1. NOTE STORICHE SULL'EVOLUZIONE DELLA VIGILANZA DI BANCA D'ITALIA	
1.1. LA VIGILANZA DELL'ATTIVITÀ BANCARIA (CENNI)	81
1.2. LA VIGILANZA SUGLI INTERMDIARI FINANZIARI NON BANCARI (CENNI)	87
2. L'EVOLUZIONE DELLA LOTTA AL RICICLAGGIO – LE FIDUCIARIE COME DESTINATARIE <i>AB ORIGINE</i> DEGLI OBBLIGHI	
2.1. ORIGINE E SVILUPPO DELL'ANTIRICICLAGGIO	92
2.2. IL RICICLAGGIO DI DENARO SPORCO: ASPETTI PENALISITICI	97
2.3. IL RICICLAGGIO DI DENARO SPORCO: ASPETTI AMMINISTRATIVI E CONSEGUENTI ONERI PER LE FIDUCIARIE	99

SEZIONE II – IL RECENTE ASSOGGETTAMENTO DI ALCUNE CATEGORIE DI SOCIETÀ EVOLUZIONE DELLA VIGILANZA DI BANCA D'ITALIA

1. LA DISCIPLINA GENERALE DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI NEL T.U.B.	104
2. LA CIRCOLARE BANCA D'ITALIA N. 288 DEL 2015 SULLA PROCEDURA AUTORIZZATIVA E I REQUISITI RICHIESTI ALLE SOCIETÀ FIDUCIARIE	
2.1. PREMessa	108

2.2. I REQUISITI PER L’AUTORIZZAZIONE	109
2.3. L’ISTRUTTORIA, LA VALUTAZIONE E GLI ASPETTI OPERATIVI DELLA PROCEDURA	112
2.4. DALL’ISCRIZIONE ALL’ALBO FINO ALLA CANCELLAZIONE DALL’ALBO STESSO	114
2.5. I CONTROLLI <i>POST</i> AUTORIZZATIVI	115

CAPITOLO V

L’ATTIVITÀ FIDUCIARIA E LA CONNESSA VIGILANZA IN SVIZZERA E SAN MARINO

1. PREMESSA	119
2. LA DISCIPLINA DELLA SVIZZERA	
2.1. LE “FIDUCIE” SVIZZERE	120
2.2. PRINCIPI GENERALI IN MATERIA DI VIGILANZA PUBBLICA ELVETICA IN FUNZIONE DELL’ANTIRICICLAGGIO	122
2.3. REGOLAMENTAZIONE DELLA PROFESSIONE FIDUCIARIA NEL CANTON TICINO	125
3. LA DISCIPLINA DI SAN MARINO	
3.1. LE “FIDUCIE” SAMMARINESI	132
3.2. LA VIGILANZA PUBBLICA DELLE FIDUCIARIE SAMMARINESI	141

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	148
BIBLIOGRAFIA	153

INTRODUZIONE

La presente indagine, come già esplicitato dal titolo, ha ad oggetto le società fiduciarie ed il correlato sistema di vigilanza pubblica. Essa prende lo spunto dalla recente novella legislativa che ha portato anche la Banca d'Italia a sorvegliare talune, qualificate, categorie di fiduciarie.

Ai fini di una lettura il più possibile esaustiva, l'analisi è partita dal concetto base di fiducia e si è conclusa con la comparazione di alcune regolamentazioni straniere.

Di conseguenza, il primo interrogativo che ci si è posti ha riguardato la disciplina positiva della fiducia nel nostro ordinamento. Trattasi di un istituto assai antico, già presente in epoca romana e della cui qualificazione civilistica si discute da tempo. Le *Institutiones* di Gaio, difatti, già distinguevano tra negozio fiduciario a scopo di gestione patrimoniale (fiducia *cum amico*) e negozio fiduciario a scopo di garanzia (fiducia *cum creditore*). Cancellata dal *Digesto* perché desueta, la fiducia sopravvisse nel corso dei secoli grazie al suo peculiare, duttile, carattere di segretezza. Specie in riferimento al negozio *mortis causa*, tale negozio consentiva di aggirare i vari divieti successivi posti di volta in volta dal legislatore. Nel corso del XIX secolo, la dottrina recuperava l'istituto fornendone due diverse chiavi interpretative. Da un lato la visione "romanistica", che ravvisava il trasferimento al fiduciario di una proprietà "piena" sul bene, obbligandolo poi al ritrasferimento verso il fiduciante (c.d. *pactum fiduciae*). Dall'altro quella "germanistica", dove si riconosceva al fiduciario la sola legittimazione ad esercitare in proprio nome un diritto del fiduciante, mentre questi ne conservava la proprietà.

Caratterizzandosi come una proprietà limitata nei modi (v. raggiungimento di scopi predeterminati per il fiduciario) e nei tempi (obbligo di ritrasferimento), il relativo riconoscimento non poteva risultare agevole nei sistemi di *Civil Law*, fondandosi questi ultimi su un concetto di proprietà piena ed assoluta, nonché sul principio del *numerus clausus* dei diritti reali.

Difficoltà che spinsero il codice civile del '42 a non effettuare alcuna scelta tra le tesi sopra esposte. Infatti l'unico riferimento ivi presente è la disposizione fiduciaria testamentaria dell'art. 627, norma che si limita ad escludere l'accertamento giudiziario per provare che le disposizioni nel testamento siano effettuate solo a scopo fiduciario. L'assenza di una disciplina positiva della fiducia ha dunque costretto dottrina e

giurisprudenza ad un ruolo di supplenza. Da ciò è disceso il controverso istituto denominato “negozio fiduciario”: macro categoria in cui vengono generalmente a rientrare gli atti di trasferimento fiduciario dei beni, da un soggetto (fiduciante) ad un altro (fiduciario). Un contratto atipico legittimato dall'autonomia contrattuale concessa alle parti per realizzare interessi meritevoli di tutela (1322 c.c.).

Al contrario, l'elasticità delle norme consuetudinarie che caratterizza i Paesi di *Common law* ne ha permesso una più diffusa applicazione mediante l'istituto del *trust* (la cui traduzione significa, appunto, *fiducia*). Qui infatti il disponente non nutre alcun titolo sui beni conferiti al *trustee* per proteggerli e destinarli a certi scopi o soggetti, cosicché la vera controparte del *trustee* sono i beneficiari (e non il fiduciante). Consapevole dell'ampio ricorso fatto dai concittadini di detto istituto, il nostro legislatore è stato fra i primi, fra quelli di *Civil Law*, a ratificare nel '89 la “Convenzione dell'Aja sugli effetti del *trust*”. In tal modo è divenuto ammissibile, salve date condizioni, stipulare atti di *trust* in Italia basati su regolamentazioni estere.

Il problematico accoglimento del concetto giuridico di fiducia nell'ordinamento italiano non ha comunque impedito di riconoscerne positivamente l'esercizio in forma d'impresa dell'attività: di amministrazione, di gestione e di revisione contabile. In altri termini le società fiduciarie. Infatti, la principale norma sulle stesse è la n. 1966 del '39, emanata cioè in pieno periodo di leggi razziali e collaterali inibizioni ai commerci. Con essa il nostro Paese ha di fatto previsto uno dei primi casi di separazione della proprietà sostanziale (rimanente in capo al fiduciante) e intestazione formale (trasferita in capo alla fiduciaria). Si è dovuto invece aspettare fino al 16 gennaio '95, col Decreto del Ministero dell'Industria (e quindi un provvedimento di natura secondaria) per vedere scritto nero su bianco che per l'operatività di dette società fossero salve le norme del mandato.

Ad ogni modo, il legislatore del '39 non si limitò a prevederne una struttura professionalmente qualificata, ma stabilì altresì un regime di controllo pubblico sulle medesime, affidata all'ex Ministero delle Corporazioni (oggi MISE). Più precisamente, predispose una vigilanza “bifasica”, svolta cioè tanto sulla verifica di predeterminate condizioni per poter svolgere l'attività (come ad es. onorabilità e reputabilità degli esponenti e dei partecipanti), quanto sull'esercizio *ex post* da parte delle fiduciarie (ad es. tramite indagini sui bilanci e ispezioni *in loco*). Sostanzialmente, un compito assai

complesso per una duplice ragione. Da un lato l'ampio numero di soggetti da vigilare (281 società in data 12 ottobre 2017) e le scarse risorse a ciò deputate, dall'altro il fatto che tale attività appare effettivamente ultronea rispetto ai compiti istituzionali del Ministero. Tanto più che, di recente, la Cassazione sembrerebbe aver sancito il "principio della responsabilità civile del vigilante" per i danni prodotti da omessa o non corretta vigilanza. Tanto è vero che alcune vicende processuali sul tema (v. fiduciarie Reno e Previdenza S.p.A.) hanno portato per ben due volte -2001 e 2009- alla condanna risarcitoria multimilionaria proprio dell'attuale Ministero dello Sviluppo Economico verso i fiducianti danneggiati.

Tale quadro normativo, fino alla recente novella dell'art. 199 del d.lgs. 58/'98 -c.d. T.U.F.- e dell'art. 106 del d.lgs. 385/'93 -c.d. T.U.B.-, è rimasto pressoché invariato, eccetto per due aspetti. Il primo è che le fiduciarie esercitanti la revisione contabile sulle società quotate (v. D.P.R. 316/'75) e anche quelle che si occupano di gestione patrimoniale (fin dalla legge 1/'91) e comunemente dette "fiduciarie dinamiche" sono state fatte uscire dal perimetro della Magna Charta del '39 e soggiacciono invece ad uno speciale regime di sorveglianza della Consob. Il secondo è che le leggi 430/'86 e 148/'87 hanno imposto una particolare procedura concorsuale, ossia la liquidazione coatta amministrativa. Ne sono soggette le imprese fiduciarie: insolventi, o che esercitano l'attività senza preventiva autorizzazione, oppure quelle a cui è revocata l'autorizzazione stessa a seguito di gravi irregolarità. Un intervento di rilievo, che ha indotto ad un duplice riconoscimento: l'esistenza di una riserva legale nell'esercizio di detta attività e la presa di coscienza dell'interesse pubblico sottostante. Quest'ultimo aspetto è evidenziato anche dai numeri della massa fiduciaria amministrata da tali società italiane, cresciuta dai 71 miliardi di € del 2008 ai 125 miliardi di € del 2015.

Nella permanente attesa di una riforma organica, pur più volte auspicata dallo stesso legislatore -da ultimo nel novellato art. 199 T.U.F.-, dagli inizi degli anni '90 si sono affidati compiti di controllo sempre più incisivi in favore di Banca d'Italia nei confronti delle fiduciarie di maggiore dimensione e rilevanza. La *ratio* è essenzialmente da rintracciare in un corretto presidio antiriciclaggio su dette imprese. Ciò ha permesso di effettuare una breve ricostruzione storica della vigilanza svolta dall'Autorità di Palazzo Koch, dapprima sulle banche e poi sugli intermediari finanziari, categoria dove sono state fatte rientrare le fiduciarie della citata novella.

Il sistema di vigilanza pubblico su tali categorie di fiduciarie pare pertanto aver raggiunto il suo massimo livello. Il loro controllo infatti, grazie alla suddetta *joint venture* Banca e Mise, si avvale finalmente di adeguate esperienze e risorse, sia professionali che informatiche.

L'esame terminerà con la valutazione comparata di due realtà estere a cui i nostri concittadini, necessitanti di operazioni di schermo fiduciario, hanno fatto spesso ricorso: la Svizzera e la Repubblica di San Marino. Il paragone tra questi e il nostro Paese è apparso opportuno sulla base dei molteplici aspetti comuni presenti visto che, oltre alla tradizione giuridica di *Civil Law*, sussistono anche elementi di vicinanza e di condivisione linguistica, cui si aggiunge –rispetto al Titano- la circolazione persino della stessa moneta. Le esperienze straniere si analizzeranno con speciale riferimento agli istituti giuridici della “fiducia” e ai relativi impianti di vigilanza sull'esercizio professionale dell'attività fiduciaria. Al termine, utili riflessioni sull'efficacia dei controlli e della conseguente esistenza di arbitraggi normativi in favore di tali Stati concluderanno questo lavoro.

CAPITOLO I
DAL CONCETTO DI FIDUCIA
ALLA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ FIDUCIARIE

SEZIONE I - L'EVOLUZIONE STORICA DELLA "FIDUCIA"

1. LA FIDUCIA ED IL SUO RUOLO NELLA STORIA ECONOMICA

Una tesi che si prefigga lo scopo di passare in esame la disciplina delle società fiduciarie non può esimersi da un'analisi di principio sul concetto stesso su cui esse si fondano: la fiducia. La sua nozione, in Italia e nel contesto internazionale, è stata oggetto degli approcci più disparati, non solo nel campo giuridico, ma anche in quello sociologico, filosofico e politico. In generale, la "fiducia" nei rapporti tra privati è definibile come l'affidamento di una persona sul comportamento leale, probato e onesto dell'altra, capace di produrre un sentimento di sicurezza e tranquillità.

Nel campo del diritto, il termine è stato spesso utilizzato allo scopo di tutelare il patrimonio sulla base della fiducia, appunto, attribuita ad un terzo legittimato ad apparire l'intestatario. Trattasi tuttavia, come meglio vedremo più avanti, di uno strumento di tutela patrimoniale solo "indiretto", in quanto la protezione che ne deriva scaturisce più dall'obbligo di riservatezza circa l'identità dell'effettivo proprietario di un bene, piuttosto che dall'apposizione di un vero e proprio vincolo di natura patrimoniale sullo stesso¹. Un'esigenza, quella della riservatezza, dalle origini antiche e adattatasi volta per volta al mutamento dell'ambiente circostante: dalla difesa delle terre nei momenti di belligeranza nel periodo classico, alla conservazione delle ricchezze personali del re a favore della propria dinastia nell'età monarchica, passando poi per la protezione del patrimonio delle famiglie ebraiche durante il regime razziale, fino ai più recenti profili che caratterizzano i rapporti societari e finanziari². In un contesto socio-economico sempre più globalizzato e sensibile alla trasparenza, alla dinamicità e all'innovazione, potrebbe apparire anacronistico lo

¹ Cfr. LOCONTE S., *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, Ipsoa, Assago (MI), 2016, II, p. 3.

² Ai fini di un'utile esamina storica dell'utilizzo della fiducia nella storia cfr. MARIANI A. e MUSCOLO M., *Le società fiduciarie*, Sistemi Editoriali, Napoli, 2013, II, Cap. 1.

studio approfondito di istituti che garantiscono la tutela di patrimoni individuali e l'anonimato. Eppure, il bisogno dello strumento fiduciario, avvertito fin dagli antichi romani, non ha mai perso di importanza nel corso della storia ed è tuttora al centro di numerose operazioni economiche grazie al suo continuo aggiornamento evolutivo.

Storicamente, l'istituto nacque con la successione fiduciaria, esattamente col fedecompresso romano. Nel diritto classico, erano diversi i soggetti ritenuti incapaci (schiavi, donne, impuberi, ...) ed in quanto tali venivano sottoposti alla figura del *pater familias*. Nella pratica pertanto, tali figure non potevano ricevere alcuna eredità, tanto che le *res* loro assegnate entravano automaticamente nella disponibilità del padre. Sottomissione che era funzionale ad impedirne l'avanzata politica e sociale. I primi tentativi di aggirare tale impedimento sono datati intorno al II secolo a.C., quando furono concepiti per la prima volta i fedecompressi, ossia la figura degli eredi fiduciari. Questi infatti, in piena riservatezza, assumevano l'incarico di trasferire ai veri beneficiari i beni (apparentemente) ricevuti in eredità dal *de cuius*/fiduciante. Più precisamente, i primi casi di fedecompresso risultano essere immediatamente successivi alla "*Lex Voconia*" del 169 a.C., legge che come noto impedì alle donne di ricevere lasciti di una certa consistenza. Essa, infatti, si proponeva di porre un freno al potere raggiunto dalle donne romane, che, grazie alla loro elevata educazione unita alla disponibilità di ingenti capitali, stavano condizionando sempre di più la politica dell'impero. Questo divieto fu superato nella prassi facendo ricorso proprio all'istituzione nel testamento di una figura maschile come erede "interposto", che a sua volta prometteva al testatore -a voce o per iscritto³- di ritrasferire l'eredità alla donna.

Fino all'imperatore Augusto l'erede interposto non era disciplinato normativamente, né conseguentemente erano disponibili mezzi giuridici per tutelarne l'efficacia. In pratica l'intero sistema si basava, fino ad allora, solo sulla buona fede del fedecompresso e se, come spesso accadeva, il fiduciario non dava seguito alla promessa data al *de cuius*, non sussisteva alcuna tutela processuale. L'imperatore Ottaviano vi ovviò inizialmente istituendo i consoli e poi individuando apposito pretore competente sul fenomeno⁴. Seguirono poi ulteriori interventi normativi che

³ Nei c.d. "codicilli" ovvero in delle tavolette estranee al testamento contenenti altre statuizioni

⁴ Giustiniano, nelle sue Istituzioni, narra infatti che i fedecompressi contenuti nei codicilli (tavolette separate dal testamento) non erano riconosciuti dal diritto ma, quando Cesare Augusto ricevette da un

distinsero il fenomeno in due sottotipi:

1. il fedecommesso con sostituzione di erede,
2. il fedecommesso con interposizione di persona.

Nel primo caso, nominando l'erede, il testatore ordinava espressamente all'istituto di destinare il patrimonio ad un terzo; nel secondo, invece, il testatore nominava un erede che era in realtà solo una persona interposta, questi doveva poi, al di fuori di quanto dichiarato nel testamento, trasferire tutto quello che aveva ricevuto ad un terzo. L'ultima ipotesi era frequentemente utilizzata per eludere i divieti successori, configurando un'evidente distorsione dell'istituto. Pertanto l'istituzione del fedecommesso nella prima era palese anche per i terzi, mentre nella seconda poteva anche restare segreta. Il vero tratto di differenziazione delle due figure erano però le distinte conseguenze patrimoniali collegate alla scelta del *de cuius*, il quale, con la sostituzione di erede, concedeva al fiduciario un ritorno economico, mentre nulla gli veniva generalmente riservato nei casi di interposizione. Più analiticamente: nella sostituzione di erede il fiduciario era trattato alla stregua di un vero erede⁵ e, pur gravato dal fedecommesso, gli era concesso sia un quarto dei beni fiduciati sia di far propri i frutti fino alla effettiva restituzione degli stessi; nella interposizione di persona, invece, questi vantaggi erano negati ed il fedecommesso veniva considerato un mero interposto –anziché un erede- e come tale era obbligato a restituire al vero erede quanto ricevuto e privo di qualsiasi compenso per la sua attività. In merito ai profili sanzionatori, nell'ipotesi di un fedecommesso “segreto”, la conseguenza prevista era la restituzione dei beni fiduciati all'erede o al fisco e ciò a seconda della inconsapevolezza o meno del fedecommesso. Sussisteva infatti l'esplicito divieto del *tacitum fideicommissum* in frode alle legge.

Il “fedecommesso di famiglia” fu invece la principale figura applicativa dell'istituto che si ebbe durante il Medioevo. Qui la sostituzione fedecommissaria venne infatti utilizzata -dalle famiglie più tradizionaliste- in favore dei soli discendenti maschi, allo scopo di accentrare in capo ad essi l'intero patrimonio familiare al fine di favorire il prestigio politico e sociale del figlio.

caro amico l'incarico, attraverso un fedecommesso, di fare qualcosa per suo conto, si realizzò il primo caso di loro tutela giuridica.

⁵ A lui restavano ad esempio gli “*iura sepulcrorum*”, cioè l'onere e l'onore di praticare i riti religiosi per il defunto. Era definito erede pure il beneficiario, ovvero il fedecommissario.

Successivamente, con l'unificazione italiana, il suo ricorso nel nostro Paese venne dapprima vietato dal codice liberista del 1865⁶, ma in seguito –anche su pressione dei consociati che vedevano nel fedecommesso un utile strumento di protezione del patrimonio familiare dai rischi di azioni di depauperamento dei propri figli- venne reintrodotta e limitata alle forme di fedecommesso familiare e di beneficenza. Ai giorni nostri, l'istituto ha subito dei mutamenti tali da ridursi alle ipotesi di assistenza nei confronti di soggetti incapaci di intendere e di volere, e, come vedremo più avanti, analoghe ragioni hanno spinto ad introdurre un istituto fiduciario *ad hoc*, ossia il “contratto di affidamento fiduciario”.

Il fedecommesso però non è l'unico ambito di applicazione delle “fiducie”. Fin dal periodo classico, ad esempio, era stata utilizzata la *mancipatio* come strumento di *fiducia cum amico* al fine sia di proteggere i fondi rustici nei periodi bellici sia di poter affrancare gli schiavi. Dopo la vicenda napoleonica, i problemi di tutela patrimoniale subirono una profonda evoluzione⁷. Il centro nevralgico dell'economia si spostò dai fondi rustici alle banche e quindi ai primi mercati di capitali, con conseguente traslazione di interesse alla tutela dei patrimoni mobiliari e al contenimento dei prelievi fiscali.

Al negozio fiduciario si è poi fatto ricorso anche nei tempi delle persecuzioni religiose o politiche: per evitare la confisca il fiduciante perseguitato trasferiva la proprietà dei suoi beni al fiduciario, con l'obbligo per quest'ultimo di ritrasferirli al primo una volta cessato il pericolo. Un esempio recente si è verificato nei Paesi dove si sono insediati i regimi totalitari verso la prima metà del XX secolo, a causa della promulgazione delle leggi razziali. Gli ebrei del vecchio continente infatti, a causa del divieto di continuare ad essere titolari di aziende o di attività commerciali, si avvalsero delle società fiduciarie per conservare la proprietà sostanziale dei loro patrimoni.

All'inizio le fiduciarie nacquero nel nostro Paese spontaneamente, sulla scorta di quanto già avveniva in altri Paesi europei. L'amministrazione fiduciaria aveva già avuto una notevole diffusione in Inghilterra sin dal XIX secolo, attraverso le cosiddette *trust companies*. Nello stesso periodo nascevano in Germania le società

⁶ Cfr. il suo art. 899 c.c. «*qualunque disposizione con la quale l'erede o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire ad una terza persona*».

⁷ Cfr. MARIANI A. e MUSCOLO M., *op. cit.*, 2013, p. 14.

per lo svolgimento dell'attività fiduciaria e di revisione contabile. In Italia le fiduciarie dapprima svolsero un'attività meramente informativa, successivamente si occuparono anche della rappresentanza degli azionisti ed obbligazionisti, dell'amministrazione del patrimonio di terzi e dell'attività di revisione. L'impianto normativo di queste imprese tiene le sue fondamenta, ancora oggi, nella legge n. 1966 del 1939. I seguenti interventi legislativi sulle medesime –specialmente in tema di controllo pubblico- hanno, da un lato, prodotto una disarmonica stratificazione normativa, dall'altro, sono riusciti ad arginare le derive elusive e/o illegali cui lo strumento poteva prestarsi, senza inficciarne il loro costante e crescente utilizzo.

È da segnalare l'ultimo *trend* economico che ha riguardato anche il mondo fiduciario, ossia lo sviluppo dei mercati finanziari. In termini generali, la fiducia è ora considerata un “*asset* reputazionale”, fondamentale per l'operatività degli intermediari finanziari. Infatti solo se i risparmiatori ripongono sufficiente affidamento nei mercati e nelle negoziazioni che su di essi si svolgono, essi saranno portati a compiere frequentemente transazioni sui mercati stessi, garantendo al sistema liquidità, spessore e profondità⁸. Al tempo stesso la fiducia fra i contraenti è riconosciuta come un elemento essenziale per ridurre i costi di transazione sul mercato stesso e, in definitiva, per l'aumento della sua efficienza. Ciò in quanto se le persone sono animate da una fiducia reciproca non avranno necessità, o ne avranno in misura minore, di ricorrere a costose forme di tutela legale, conseguentemente rendendo le operazioni di scambio più convenienti. In un senso più ampio la fiducia rappresenta poi un bene pubblico essenziale per il buon funzionamento del mercato, bene pubblico che, in quanto tale, viene tutelato anche attraverso norme di rilievo penale, come quelle che puniscono le varie ipotesi di false e fraudolente comunicazioni nella piazza finanziaria, a prescindere dal danno patrimoniale che esse abbiano concretamente prodotto.

L'importanza dell'elemento “fiducia”, sotto un profilo più tecnico-giuridico, si manifesta anche nella modalità operativa dell'intestazione fiduciaria. Nella finanza difatti, il termine evoca subito il ruolo svolto dalle società fiduciarie e

⁸ Per queste e altre osservazioni sulla fiducia nei mercati finanziari si v. RIGHINI E., *Le società fiduciarie e la fiducia nell'ambito del diritto dei mercati finanziari. Relazione al convegno 'Dalla fiducia attraverso il trust verso gli affidamenti', Urbino 16-17 ottobre 2014*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, 2015, 66, pp. 393-416

dall'evoluzione del mercato che queste hanno contribuito a produrre fin dalla fine degli anni '80. Il panorama dell'epoca si incentrava su un sistema prevalentemente "banco-centrico", in cui il credito bancario costituiva il canale quasi esclusivo di finanziamento per le imprese, e il mercato mobiliare e borsistico era privo di adeguati strumenti di investimento per i risparmiatori italiani, interessati a trovare nuove forme impiego oltre ai titoli di Stato, mancanza fortemente sentita anche a causa dell'inflazione a doppia cifra che minacciava di erodere i risparmi delle famiglie. È in questo scenario che le fiduciarie si posero fra gli intermediari più dinamici, promuovendo innovazioni destinate a rivoluzionare tanto la normativa quanto il mercato mobiliare. In particolar modo tali società, pur senza abbandonare le loro peculiarità operative di intestazione fiduciaria, si proposero da meri amministratori e custodi di patrimoni a vere e proprie istituzioni finanziarie che operavano in maniera inedita secondo due diversi profili: emettendo nuovi prodotti e offrendo nuovi servizi⁹.

Sotto il primo aspetto si evidenzia che le fiduciarie emisero i c.d. "certificati di deposito fiduciario". Nello specifico si trattava di documenti, destinati alla circolazione all'interno del mercato secondario, rappresentativi di beni e cespiti fiduciariamente intestati alla stessa (spesso quote di partecipazioni societarie non azionarie o quote di multiproprietà immobiliare). La loro caratteristica giuridica era che nel titolo non veniva direttamente incorporata la proprietà del bene fiduciariamente intestato, bensì la posizione giuridica contrattuale intercorrente con la fiduciaria intestataria del bene stesso, cosicché l'acquirente del titolo veniva ad acquisire innanzitutto la qualità di fiduciante e, conseguentemente, la proprietà sostanziale del bene sottostante. Nonostante il verificarsi di alcuni abusi, questi primi tentativi di cartolarizzazione della ricchezza, da un lato, contribuirono ad ampliare il numero dei prodotti finanziari a disposizione dei risparmiatori; dall'altro, stimolarono la produzione di una disciplina legislativa che per la prima volta (v. la legge n. 77 del 23 marzo 1983) venne a regolamentare il tema della "sollecitazione al pubblico risparmio". Tale disciplina costituirà la pietra miliare per una normativa organica del mercato mobiliare, sfociata poi nell'elaborazione del d.lgs. del 24 febbraio 1998 n. 58, meglio noto come Testo Unico della Finanza -T.U.F.

⁹ Si veda nuovamente RIGHINI E., *op. cit.*, 2015, p. 394

Finalmente, in un panorama nazionale che si presentava assolutamente carente sotto il profilo del risparmio gestito, si attribuiva al risparmiatore la possibilità di ricorrere ad un servizio innovativo e personalizzato, che sarà poi annoverato fra le “attività di intermediazione mobiliare” dalla legge n. 1 del 2 gennaio 1991 e, successivamente, fra i “servizi di investimento” dal citato T.U.F.

Sotto il secondo profilo, ossia la creazione di nuovi servizi finanziari, furono proprio le società fiduciarie ad introdurre nel nostro Paese il servizio di gestione individuale di patrimoni, effettuando, su base contrattuale e nell’interesse del singolo cliente, la movimentazione dei patrimoni ad esse fiduciarmente intestati per fini di investimento.

La particolare vicenda delle società fiduciarie dimostra, ancora una volta, la perdurante vitalità del concetto giuridico di fiducia, all’interno di una realtà assai più complessa ed evoluta come quella dei mercati finanziari.

Per meglio raccontare l’evoluzione pratica della fiducia, si è riproposto lo studio delle classificazioni tradizionali presenti nell’universo fiduciario. Più precisamente, le “coppie” concettuali analizzate nei prossimi paragrafi sono essenzialmente tre:

- a) la fiducia romanistica e quella germanistica
- b) il negozio fiduciario e la società fiduciaria
- c) la società fiduciaria “statica” e quella “dinamica”

Ciò nonostante, si premette che l’analisi non sempre potrà apparire lineare ed univoca, in quanto per sua natura «*il fenomeno fiduciario rappresenta lo scarto tra la rigidità degli schemi formali fissati nella legge e la realtà dell’evoluzione*¹⁰».

2. LA COSTRUZIONE DOTTRINALE DELL’INTESTAZIONE FIDUCIARIA,

NEL TRADIZIONALE SCHEMA “ROMANISTICO” E IN QUELLO “GERMANISTICO”:

¹⁰ Cfr. LIPARI N., *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 9 e ss.

2.1. LA FIDUCIA “ROMANISTICA”: FIDUCIA *CUM AMICO* E *CUM CREDITORE*

Tradizionalmente la trattazione giuridica della fiducia è alimentata da accese diatribe tra gli operatori del diritto. La giurisprudenza e la dottrina, mancando una norma generale del nostro ordinamento sulla fiducia, hanno assunto un ruolo di supplenza con visioni non sempre univoche. Il negozio fiduciario ne è l’emblema. Nato per dare veste giuridica alle numerose iniziative fiduciarie nel mondo degli affari, l’istituto è ancora oggi oggetto di contrastanti interpretazioni. In particolare si discute se il regime operativo *post* trasmissione fiduciaria debba intendersi a carattere “romanistico” oppure “germanistico”, con differenti conseguenze a seconda dell’orientamento prescelto. In sintesi, per i romanistici al fiduciario –ossia colui a cui sono affidati i beni/diritti- è trasferita una proprietà piena; mentre per i germanistici il fiduciario riceve la sola legittimazione ad esercitare alcuni diritti in nome proprio ma nell’interesse altrui, mantenendosi quindi intatta, con evidente discostamento dal modello romano, la situazione proprietaria¹¹.

Il dibattito sul suo corretto inquadramento è tenuto ancora vivo per via del fatto che la regolamentazione italiana sulle società fiduciarie (che a sua volta rappresenta l’unica forma di disciplina positiva della fiducia) omette ancora di disciplinare ancora molte questioni. Infatti tali imprese sono indicate come soggetti professionalmente qualificati, autorizzati e vigilati dall’autorità pubblica, ma nulla è sancito né sul contratto fiduciario né sulla titolarità dei beni conferiti in amministrazione fiduciaria.

La tesi prevalente sul negozio fiduciario propende per il doppio passaggio caratterizzante la visione romanistica, ravvisa cioè un collegamento negoziale tra il primo contratto di alienazione o di intestazione ed il *pactum fiduciae*, quest’ultimo consistendo nel patto di fiducia che obbliga il soggetto ricevente al ritrasferimento. La teoria germanistica si è invece affermata nel mercato mobiliare e per le società fiduciarie. Essa è definita anche “fiducia statica”, dal momento che non si assiste ad un trasferimento in capo a chi è legittimato ad

¹¹ Cfr. VINCI C. e GAGLIARDI M., *Le società fiduciarie*, Pirola, Milano, 1990, II, pp. 15 e ss.

amministrare, mentre per i motivi opposti la fiducia romanistica è chiamata anche “fiducia dinamica”¹².

In questo paragrafo ci si focalizza sulla fiducia “romanistica”. Qui l’amministrazione dei beni è esercitata a seguito del trasferimento reale della proprietà, la quale sarà in futuro ritrasferita dall’acquirente/fiduciario all’alienante/fiduciante per il tramite di un patto avente rilevanza obbligatoria e meramente interna¹³. Le sue prime testimonianze risalgono alle *Institutiones* di Gaio che, a seconda della presenza di un interesse proprio del fiduciario o meno, distinse lo scopo di gestione patrimoniale (fiducia *cum amico*) dallo scopo di garanzia (fiducia *cum creditore*). Già cancellata dal *Digesto* in quanto desueta, nota agli umanisti almeno a partire dall’epoca di Cujacio, la fiducia giuridica viene recuperata dalla pratica –sotto forma però di negozio *inter vivos*– solamente nel diciannovesimo secolo, dopo la riscoperta della pandettistica tedesca¹⁴.

Si deve al FERRARA la prima completa elaborazione della materia sulla scia della dottrina tedesca, che già da tempo si era posta il problema della costruzione concettuale del negozio fiduciario¹⁵. Come anticipato poc’anzi, per i fautori della tesi romanistica il *negotium fiduciae* sarebbe la combinazione di due negozi distinti fra loro, componendosi¹⁶:

1. di un contratto reale positivo, dove il trasferimento della proprietà o del credito avviene in modo perfetto e irrevocabile;
2. di un contratto obbligatorio negativo, da cui l’obbligazione del fiduciario di fare solo un certo uso del diritto acquistato e di restituirlo poi al trasferente o ad un terzo;

Pertanto il primo -avente valore reale con efficacia verso i terzi- permette al fiduciante di trasferire un proprio diritto al fiduciario; mentre il secondo –c.d. “*pactum fiduciae*”- ha carattere solo interno (è inopponibile ai terzi) ed obbliga il fiduciario a ritrasferire la proprietà al fiduciante o ad un terzo indicato da

¹² Cfr. MEA R., *La fiducia: strumento di tutela della persona*, Key, Vicalvi (FR), 2015, pp. 9 e ss.

¹³ Cfr. SGAMBATO D., *Le società fiduciarie e il contratto di amministrazione senza intestazione*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, Settembre 2015, 20, p. 61

¹⁴ Tra cui, *ex multis*, DREYER e SCHULTZE

¹⁵ Per questa e altre osservazioni sul tema cfr. SANTORO L., *Il Trust in Italia*, Giuffrè, Milano, 2009, II, pp. 201 e ss.

¹⁶ Cfr. SANTORO L., *op. cit.*, 2009, p. 202

quest'ultimo. Questo secondo contratto tende a limitare il primo, riservando al fiduciante una certa influenza sul bene/diritto trasmesso. Questi infatti può al fiduciario di: usare il bene affidato solo per determinati scopi, farselo restituire a semplice richiesta ed infine, in caso di violazione del patto di fiducia, di vedersi risarciti i danni subiti. In altri termini, la fiducia romanistica fornisce uno strumento che, da una parte, garantisce di perseguire l'obiettivo di gestione del bene desiderato, ma dall'altra, comporta il trasferimento della piena proprietà del bene, con il risultato che, se il ricevente dovesse a sua volta cederlo ad un terzo contravvenendo all'obbligazione contrattuale, il trasferente non avrebbe nessuno strumento per riottenere la disponibilità del bene acquistato dal terzo in buona fede, potendo agire verso il fiduciario solo per il risarcimento del danno correlato all'inadempimento contrattuale, ossia per il mancato rispetto del *pactum fiduciae*¹⁷.

Da ciò emerge che il risultato giuridico ottenuto dalla stipulazione del contratto e avente efficacia verso i terzi, eccede il reale intento delle parti perseguito tramite pattuizioni di natura obbligatoria. Queste ultime tendono pertanto a circoscrivere, nell'ambito dei rapporti interni tra le parti, gli effetti del primo atto compiuto. In pratica il negozio fiduciario romanistico si caratterizza dal fatto che il mezzo adoperato (trasferimento pieno della titolarità) eccede lo scopo (conservazione delle posizioni originarie proprietarie grazie allo schermo fiduciario) perseguito delle parti¹⁸, col forte rischio che il fiduciario possa abusare della sua posizione, ossia che si serva del bene oltre gli scopi pattuiti con il *pactum fiduciae* e finisca col vendere il bene stesso ad un terzo in buona fede.

Come accennato, al suo interno si distingue il negozio fiduciario per scopo di gestione, che corrisponde alla *fiducia cum amico*, e quello per scopo di garanzia, equivalente alla *fiducia cum creditore*. Nel primo, il trasferimento dei beni al fiduciario è volto a consentire a quest'ultimo, per un periodo determinato di tempo, di disporre dei beni in nome proprio ma per conto del fiduciante, per poi

¹⁷ Cfr. MARIANI A. e MUSCOLO M., *op. cit.*, 2013, p. 26

¹⁸ Cfr. SANTORO L., *op. cit.*, 2009, pp. 202-204

ritrasferirli, alla scadenza del termine pattuito, al fiduciante¹⁹ o ad un terzo²⁰. Tale trasferimento opera nell'esclusivo interesse del fiduciante. In sostanza, si l'incarico è finalizzato al compimento di atti di custodia, gestione o disposizione dei beni/diritti fiduciari.

Invece, nelle *fiducia cum creditore*, il fiduciante trasferisce la proprietà dei beni al suo creditore in garanzia dell'esatto adempimento del suo debito, con l'intesa che la proprietà dei beni ritorni in capo al fiduciante stesso una volta soddisfatto il credito. Qui il negozio attua un trasferimento a garanzia e come tale è idoneo a trasferire la titolarità del diritto. Pertanto nel caso di inadempimento del debitore il creditore si rifarà sui beni ricevuti, con evidenti problemi di legittimità che tale istituto incontra oggi alla luce del «*divieto di patto commissorio*» dell'art. 2744 del codice civile²¹; mentre, in caso di adempimento, il creditore sarà invece obbligato a restituire quanto ricevuto a garanzia.

Concludendo, i sostenitori della tesi romanistica che attribuiscono al soggetto fiduciario una posizione reale sui beni ad essa intestati, basano la loro costruzione sul fatto che, mancando nel nostro ordinamento una disciplina specifica sull'intestazione fiduciaria, occorra necessariamente far ricorso ai principi generali da cui si evincerebbe la non ammissibilità della scissione tra proprietà fiduciaria in formale e sostanziale, che è invece alla base dell'opposta visione germanistica. Infatti, secondo i romanistici, un trasferimento limitato o provvisorio della proprietà non è configurabile, sia in virtù della pienezza assoluta del diritto di proprietà²² -che non tollera ulteriori limitazioni rispetto a quelle già previste dall'ordinamento- sia perché una simile ammissione introdurrebbe una figura di diritto reale non prevista nell'ordinamento, così violandone il *numerus clausus*²³.

¹⁹ Come quando il fiduciante era chiamato a partecipare ad uno scontro bellico ed avendo paura di perdere il suo fondo, effettuava una *mancipatio ad amico potentiori* (cfr. JANNUZZI A., *Le società fiduciarie*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 13)

²⁰ Come quando il fiduciante effettuava una *mancipatio* di uno schiavo affinché il fiduciario lo affrancasse (cfr. JANNUZZI A., *op. cit.*, 1988, p. 14)

²¹ Che, come noto, se violato rende nullo il negozio sottostante per frode alla legge (cfr. art. 1344 c.c.).

²² Richiedendo la concentrazione, in capo ad un unico soggetto, del godimento, della gestione e del potere di disposizione sul bene.

²³ Cfr. REALI A., *La fiducia e il trust*, in A. e MORELLO U. (a cura di), *Lezioni di diritto civile. Casi, questioni e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 431 e ss.

2.2. LA FIDUCIA “GERMANISTICA” ED IL SUO RECEPIMENTO *DE FACTO* CON LA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ FIDUCIARIE

La fiducia germanistica, detta anche fiducia di tipo germanico, prevede invece una piena corrispondenza tra l'intento delle parti e il mezzo giuridico adottato, poiché i poteri conferiti al fiduciario corrispondono esattamente agli intenti economici avuti di mira. In altre parole, a differenza del modello romanistico, il diritto trasferito in capo al fiduciario è rigorosamente commisurato allo scopo perseguito col suo negozio²⁴. Ciò è reso possibile dal fatto che qui si riconosce al fiduciario la sola legittimazione ad esercitare in proprio nome un diritto del fiduciante, che invece ne conserva la proprietà²⁵. Inoltre il fiduciario acquista sul bene un potere limitato dall'apposizione di una condizione risolutiva e quindi, a garanzia del ritrasferimento dello bene stesso al fiduciante non occorre alcuna limitazione mediante *pactum fiduciae*. In sostanza, la condizione risolutiva opera automaticamente ed attribuisce al fiduciante un'aspettativa di effettiva tutela laddove il fiduciario o violi i suoi doveri (disponendo dei beni fiduciati in contrasto con lo scopo stabilito) o ancora venga meno per motivi non volontari, come ad esempio nel caso morte o di fallimento²⁶.

Nell'ordinamento giuridico tedesco esiste un'apposita disposizione normativa²⁷ che consente al non titolare di compiere validamente atti di disposizione sul bene altrui se ottiene il consenso del titolare, derogando al principio generale che esclude le limitazioni al potere di disposizione dei diritti reali, pertanto ivi ammettendo la scissione tra titolarità ed esercizio del diritto di proprietà. In tale ordinamento è evidente infatti che il fiduciario acquista la sola legittimazione a disporre. Secondo gran parte dei propugnatori italiani della tesi germanistica, la distinzione tra proprietà dei beni fiduciati e legittimazione all'esercizio dei diritti su di essi nell'ordinamento italiano sarebbe invece

²⁴ Una puntuale disamina sulla fiducia germanistica è offerta da SANTORO L., *op. cit.*, 2009, pp. 204-206.

²⁵ SGAMBATO D., *op. cit.*, 2015, p. 62.

²⁶ Cfr. L. SANTORO, *op. cit.*, 2009, p. 204.

²⁷ V. § 185 -*Verfügung eines Nichtberechtigten*- comma 1 del BGB che dispone «*Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt*» (tradotto “un atto dispositivo compiuto da chi non è titolare è efficace se avviene con il previo consenso da parte del non titolare”).

ammissibile attraverso la possibilità di stipula di un negozio “atipico”, ai sensi dell’art 1322 del codice civile²⁸. Sempre secondo questi²⁹, al contrario di quanto affermato dai fautori della fiducia romanistica, sarebbero numerosi i riferimenti che dimostrino il recepimento nella normativa nazionale di una proprietà temporanea³⁰, o limitata nei poteri³¹, nonché di istituti palesanti un disgiungimento tra legittimazione all’esercizio e titolarità della proprietà³².

Più specificamente, il dato letterale della legge n. 1966/1939 non sembrerebbe lasciare adito ai fraintendimenti, consentendo di basare il contratto alla base su una fiducia di tipo germanistico. La proprietà del bene rimane, infatti, sempre in capo al fiduciante, mentre la società fiduciaria provvede alla gestione dello stesso in base alle istruzioni impartite dal fiduciante.

Secondo SCHLESINGER³³ «*il dibattito di carattere generale relativo al problema se, con un negozio fiduciario di diritto comune, il mandatario acquisti la proprietà o una semplice legittimazione, è un dibattito che non può riguardare i mandati conferiti ad una società fiduciaria che operi sulla base dell’autorizzazione di cui alla legge del 1939. In quest’ultimo caso, infatti, rimane escluso per definizione che la fiduciaria possa diventare essa stessa “proprietaria” di cespiti che, al contrario, sono ad essa affidati solo in amministrazione, restando quindi necessariamente di proprietà altrui*».

Probabilmente, chi concepisce la fiduciaria come uno strumento per attuare un trasferimento di proprietà del bene, pur mantenendo in capo al fiduciante un costante controllo, con la conseguente tutela patrimoniale, risulterà insoddisfatto dallo schema germanistico. Quest’ultimo è in realtà in grado di perseguire molteplici obiettivi basati –anziché sul trasferimento della proprietà

²⁸ Che legittima la conclusione di contratti –appunto- “atipici”, purché “diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela.” Ad esempio non sono scopi meritevoli di tutela: i) sottrarre alla garanzia dei propri creditori un bene con l’instestazione fiduciaria, ii) eludere le disposizioni in materia di successioni necessarie, facendo pervenire agli eredi legittimati meno di quanto avrebbero diritto, iii) tentare di frodare il fisco per pagare meno tasse.

²⁹ Tra cui, *ex multis*, LIPARI N., *op. cit.*, pp. 444 e ss.

³⁰ Come ad esempio i diritti d’autore o la vendita con patto di riscatto.

³¹ Cfr. esempi di JANNUZZI A., *op. cit.*, 1988, pp. 15-16.

³² Oltre ad i titoli di credito –quali azioni di società e valori mobiliari- (unica eccezione normativa riconosciuta anche dai romanistici) anche, come vedremo più avanti, l’attività di amministrazione svolta per conto di terzi dalla società fiduciaria.

³³ Cfr. SCHLESINGER P., *L’instestazione fiduciaria di fronte alla riforma dl diritto di famiglia*, Atti del convegno di Venezia del 5 Giugno 1976, p. 42.

del bene- sull'elemento di segretezza. Perciò, si è riservato un paragrafo specifico della trattazione alla riservatezza³⁴, il cui venire meno finirebbe con l'escludere qualsivoglia utilità al contratto fiduciario stesso.

In pratica, appare ormai pacifico che con l'introduzione di tali norme il legislatore italiano abbia *de facto* ammesso e disciplinato le società fiduciarie in conformità alla fiducia di tipo germanico³⁵. Tale impostazione, è stata tra l'altro confermata da alcune pronunce giurisprudenziali³⁶.

Concludendo, la peculiarità di tale visione è la perfetta equivalenza fra intento delle parti e mezzo giuridico utilizzato, posto che il trasferimento della proprietà non risulta limitato da alcun *pactum fiduciae* come garanzia del ritrasferimento dei beni al fiduciante, essendo tale effetto già tutelato dall'apposizione della condizione risolutiva.

Del resto, le oscillazioni sulla natura e sugli effetti del negozio fiduciario da parte della dottrina, ed in parte –come vedremo– anche della giurisprudenza³⁷, sono strettamente collegate alla mancanza di una specifica regolamentazione tanto del negozio citato quanto della fiducia giuridica in generale. Pertanto nell'attesa -sinora mai soddisfatta- che il legislatore italiano sancisca definitivamente la questione attraverso una «*riforma organica della disciplina di settore*»³⁸, la disciplina del fenomeno fiduciario è rintracciabile solo nell'autonomia delle parti³⁹.

³⁴ v. *infra*.

³⁵ Cfr. JANNUZZI A. (1988), *op. cit.*, p. 69.

³⁶ V. Corte App. Milano (31 ottobre 1989), riportata da DI MAIO F., *La società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, CEDAM, Padova, 1995, p. 73. Trib. Milano, 19 novembre 2001 con nota di FIORIO P., *Osservazioni in tema di intestazione fiduciaria di quote sociali, voto divergente e compensi eccessivi agli amministratori*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1438. Cass. Civ., sez. I, 23 settembre 1997, n. 9355, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1323. Con opposto processo logico, invece Trib. Como 2 marzo 2005, n. 942, in *Società* 2006, 741, con la ricostruzione in termini “romanistici” dell'intestazione fiduciaria di quote di s.r.l.

³⁷ Cfr. *infra*, Cap I, Sez II, § 1.

³⁸ Cfr. da ultimo il riferimento nell'art 199 del T.U.F.

³⁹ Afferma LIPARI N., *op. cit.*, p. 137 e segg., che la fiducia può svolgere la sua funzione quanto più la situazione è distante dal diritto.

*SEZIONE II – LE PRINCIPALI “FIDUCIE” ITALIANE:
NEGOZIO FIDUCIARIO E TRUST*

1. IL NEGOZIO FIDUCIARIO: VALUTAZIONI DOTTRINALI E DECISIONI GIURISPRUDENZIALI
(CENNI)

In assenza di una regolamentazione positiva dell’istituto della fiducia, occorre ora analizzare i risultati –non sempre uniformi- a cui sono giunti dottrina e giurisprudenza. In presenza di una letteratura vastissima sull’argomento, una breve disamina sul punto potrebbe apparire quasi impossibile. Tuttavia essendo le società fiduciarie il fulcro del presente studio, una mancata trattazione del negozio attraverso cui tali imprese operano in concreto inficerebbe sulla comprensibilità delle stesse. Alla luce di ciò, sono di seguito riportati gli aspetti salienti delle “fiducie” italiane.

Il nostro ordinamento, come sopra accennato, non regola l’istituto fiduciario con alcuna norma generale. La parola “fiducia” è assente anche nel dettato costituzionale, pur se desumibile dai principi fondamentali della parte prima della Carta.

Nel codice civile, l’unica norma dove compare il termine “fiducia” è la “disposizione fiduciaria” testamentaria dell’art. 627, dal contenuto essenzialmente negativo⁴⁰. Si tratta della fattispecie in cui il *de cuius* conferisce un bene in eredità a favore di un soggetto, con l’incarico fiduciario che quest’ultimo trasmetta i beni così ereditati ad altri soggetti espressamente indicati. L’ordinamento, con un atteggiamento quasi di “indifferenza” per l’istituto, nega azioni di tutela processuale a questo negozio. Più precisamente, nulla può fare il beneficiario della disposizione testamentaria se la persona dichiarata erede nel testamento non trasferisce -a sua volta- i beni ricevuti dal *de cuius*. Tuttavia, se il fiduciario adempie sua sponte e trasferisce i beni al beneficiario, il fiduciario stesso non ha

⁴⁰ L’art. 627 c.c. così recita: «Non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona, anche se espressioni del testamento possono indicare o far presumere che si tratta di persona interposta. Tuttavia la persona dichiarata nel testamento, se ha spontaneamente eseguito la disposizione fiduciaria trasferendo i beni alla persona voluta dal testatore, non può agire per la ripetizione, salvo che sia un incapace. Le disposizioni di questo articolo non si applicano al caso in cui l’istituzione o il legato sono impugnati come fatti per interposta persona a favore d’incapaci a ricevere».

alcuna azione per recuperare/ripetere quanto prima eseguito, secondo quello che è il meccanismo tipico dell'adempimento di un'obbligazione naturale (v. art. 2034 c.c.⁴¹). Perciò la disposizione fiduciaria testamentaria non si può dire giuridicamente rilevante, ma nemmeno nulla o inesistente dato che non viene accordata alcuna azione di ripetizione.

Il negozio fiduciario, invece, è una figura elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che non trova riscontri nel codice. La sua generale ammissibilità è riconosciuta in omaggio al principio dell'autonomia negoziale (art. 1322 c.c.). In termini astratti, questi è ricostruito come l'intesa volta a realizzare un dato scopo, nel convincimento che il fine vada conseguito senza il ricorso a mezzi di coazione giuridica. Viene così individuato il "fiduciario" chi è spontaneamente disposto a porre in essere, in proprio nome e per conto altrui, l'attività richiestagli dal fiduciante, la quale può essere o nell'interesse del fiduciante stesso o di un terzo beneficiario.

Alla luce di quanto ora esposto, il negozio fiduciario può essere sintetizzato quale rapporto giuridico in cui il fiduciante, sulla scorta di una convenzione fiduciaria, trasferisce a pieno titolo determinati beni e diritti al fiduciario. Però, diversamente dalla concezione classica del diritto di proprietà, il fiduciario è vincolato ad assicurarne la gestione e amministrazione -nell'interesse e secondo le indicazioni del fiduciante, o di un terzo- nonché la restituzione gratuita previo il soddisfacimento di date condizioni.

Il termine "fiduciario" deriva dal fatto che il fiduciante fa affidamento sul leale comportamento del fiduciario con riguardo all'osservanza dell'obbligo di ritrasmissione; ciò in quanto questi ben potrebbe disporre del bene trasferitogli anche in violazione dell'obbligo assunto. Le conseguenze derivanti dall'eventuale inadempimento del fiduciario sono però fortemente discusse, essendo intimamente connesse all'approccio teorico alla base del negozio fiduciario medesimo.

Secondo la tesi del negozio simulato, il negozio fiduciario è da ricondurre alla fattispecie della simulazione. Infatti, se il negozio posto in essere non è diretto a

⁴¹ Che così recita: «Non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace. I doveri indicati dal comma precedente, e ogni altro per cui la legge non accorda azione ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato, non producono altri effetti».

raggiungere lo scopo tipico previsto dalla legge, significa che non è voluto. Cioè le parti pongono il negozio solo apparentemente, in quanto nella realtà queste ne concepiscono un altro. Questa tesi sarebbe avvalorata dalla comunanza della disciplina degli effetti rispetto ai terzi, per i quali rileva all'esterno solo la situazione apparente e non quella davvero voluta dalle parti. Tuttavia, mentre la simulazione trasferisce il diritto solo in apparenza (l'alienante ne resta in realtà titolare), l'alienazione fiduciaria trasmette realmente il diritto al fiduciario, e questi, divenutone titolare, ha però l'obbligo di disporre secondo lo scopo stabilito con la fiducia.

Non è mancato chi –si veda sul punto SANTORO PASSARELLI e SCOGNAMIGLIO- si è spinto fino a negare valore giuridico al negozio fiduciario, ritenendo che la fiducia è solamente un motivo ed è inidoneo ad influire sul negozio. Più precisamente, questi Autori vedono il negozio fiduciario come un negozio astratto. Esso risulterebbe avere una causa diversa rispetto a quella prevista dalla legge, e quindi, in quanto negozio astratto, sarebbe da considerarsi nullo.

Secondo altri -*in primis* GRASSETTI e TORRENTE- il negozio fiduciario è un negozio unitario con causa atipica, la cosiddetta *causa fiduciae*, costituita dall'affidamento del fiduciante sul leale comportamento del fiduciario. Più specificamente, il fiduciario deve utilizzare la titolarità trasmessagli per un fine più ristretto di ciò che la stessa comporterebbe: l'effetto obbligatorio, in altri termini, costituisce la causa giustificatrice dell'effetto reale. L'ammissibilità sarebbe da ricondurre all'art. 1322 c.c., il quale consente di concludere contratti atipici col solo limite della meritevolezza legale degli interessi perseguiti. Contro questa ricostruzione si osserva che il negozio fiduciario ha una tale varietà di scopi e funzioni da far sì che non si possa parlare di causa unitaria.

Alcuni -come il LIPARI- abbracciano la tesi del fenomeno metagiuridico. Secondo i fautori di questa teoria, l'attenzione andrebbe posta sulla specifica volontà delle parti, ossia sulla scelta di realizzare i propri interessi mediante strumenti extra-giuridici, come la fiducia sulla correttezza del fiduciario. L'istituto in esame andrebbe allora analizzato sotto due aspetti: da un lato l'elemento formale della qualificazione giuridica (ossia il negozio adoperato), dall'altro il dato empirico della realtà sociale (ossia il risultato concreto ricercato dalle parti).

Infine, ed appare forse la tesi preferibile, c'è chi –come il CARIOTA FERRARA– sostiene l'esistenza di un collegamento negoziale. Tale indirizzo è stato seguito infatti anche dalla giurisprudenza maggioritaria. Secondo questo filone, la fattispecie fiduciaria si comporrebbe di due negozi tra loro collegati, uno reale di trasferimento con effetto verso i terzi e l'altro con l'effetto pratico e obbligatorio che le parti vogliono perseguire, ossia l'imposizione per il fiduciario o di ritrasferire il bene o di fare l'uso prestabilito. Tra questi negozi sussisterebbe un rapporto di subordinazione, per cui il primo sarebbe accessorio al secondo. In altre parole, il trasferimento della titolarità di un diritto è solo temporaneo e non rimane fine a se stesso, essendo in realtà funzionale al raggiungimento degli scopi ulteriori fissati col *pactum fiduciae*.

La Suprema Corte, con sentenza n. 2159 del 3 aprile 1980, ha sposato questa impostazione affermando che: «*il negozio fiduciario non è un negozio fittizio, bensì un negozio reale la cui efficacia può essere limitata dal pactum fiduciae, che si configura come un negozio accessorio e complementare al primo, diretto ad imporre al fiduciario l'adempimento di un' obbligazione*». Più di recente, sempre la Cassazione Civile, con sentenza 27 agosto 2012, n. 14654, ha confermato tale indirizzo sostenendo anche che: «*La fattispecie si sostanzia in un accordo tra due soggetti, con cui il primo trasferisce (o costituisce) in capo al secondo una situazione giuridica soggettiva (reale o personale) per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore, ed il fiduciario, per la realizzazione di tale risultato, assume l'obbligo di utilizzare nei tempi e nei modi convenuti la situazione soggettiva, in funzione strumentale, e di porre in essere un proprio comportamento coerente e congruo*».

Le conseguenze dell'inadempimento del fiduciario sono strettamente legate al tipo di tesi accolta. Se si propendesse per l'invalidità giuridica del patto, al fiduciante non resterebbe alcuna azione. Se invece si accogliesse la tesi del collegamento negoziale, o comunque si sostenesse l'ammissibilità dell'istituto, allora bisognerebbe distinguere due casi di inadempimento del fiduciario:

- a) mancato ritrasferimento del bene al fiduciante: allora quest'ultimo potrà ricorrere al rimedio previsto dall'art. 2932 c.c. e chiedere al giudice una sentenza costitutiva che procuri lo stesso effetto giuridico che sarebbe

scaturito da un adempimento spontaneo del fiduciario⁴². In tal senso è la Cassazione, sentenza n. 156 del 15 gennaio 1975, che vede sia nell'interposizione reale che nel negozio fiduciario un accordo interno di natura obbligatoria, per cui l'interposto o il fiduciante, divenuti titolari del diritto, sono tenuti a ritrasferirlo all'interponente fiduciario o terzo; ne consegue che «*se tale impegno non difetta dei requisiti formali e sostanziali voluti dalla legge in ordine alla natura del diritto da trasferire, nulla impedisce che anche ad esso sia applicabile la norma relativa all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto (art. 2932 c.c.)*». Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione⁴³ o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile⁴⁴.

- b) trasferimento del bene a terzi non beneficiari in *buona fede*: in tal caso i terzi acquistano legittimamente il bene, indifferentemente dall'esistenza o meno di un *pactum fiduciae*. Pertanto, l'unica tutela ivi prevista per il fiduciante sarà il risarcimento del danno⁴⁵.

Analogamente, la forma che questo *pactum* deve assumere dipenderà dalla tesi accolta. L'opinione minoritaria afferma che debba valere la libertà delle forme, quella maggioritaria ritiene invece che, se avente ad oggetto beni immobili, essa debba quantomeno avere forma scritta⁴⁶. Tuttavia, una simile affermazione presuppone che sia accolta la visione del collegamento negoziale, se invece si propende per il fenomeno metagiuridico o per il negozio astratto, la forma scritta striderebbe con la natura del negozio fiduciario, poiché, se il *pactum* fosse stipulato per iscritto, non sarebbe più corretto riferirsi alla fiducia, ma si dovrebbe parlare più opportunamente di contratto (obbligatorio o reale) tutelato giuridicamente.

⁴² L'art. 2932 c.c. così recita: «*se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso*».

⁴³ Cfr. artt. 1208 e segg.

⁴⁴ Cfr. art. 246 disp. di att. al c.c.

⁴⁵ Cfr. Cass. Civ. Sez. I, n. 17344 del 25 giugno 2008.

⁴⁶ Cfr. la già citata sentenza della Cass. Civ. Sez. II, 27 agosto 2012, n. 14654.

Conseguentemente, si può già affermare che la disciplina delle società fiduciarie evoca alcuni aspetti del *genus* del negozio fiduciario, ma ciò non è sufficiente ad equiparare l'attività di impresa -tipica delle fiduciarie- alla fiducia tra privati, quest'ultima liberamente attuabile da chiunque senza autorizzazioni e controlli. Infatti, mentre il negozio fiduciario è ancora oggi *in fieri* ed è caratterizzato da una molteplicità di differenti visioni dogmatiche, lo studio del contratto fiduciario alla base di suddette imprese ha prodotto risultati ben più univoci. Come detto, l'uso dell'espressione "negozio fiduciario" ricomprende, di fatto, ogni relazione basata sulla fiducia. Invece, col termine "contratto fiduciario" ci si riferisce più specificamente al rapporto giuridico che lega il cliente-fiduciante alla società fiduciaria. Cosicché, pur in assenza di una definizione legislativa del negozio fiduciario, l'ordinamento ha riconosciuto e disciplinato la categoria che esercita professionalmente l'attività fiduciaria: le società fiduciarie. In altre parole, il negozio fiduciario non è un contratto tipico a differenza dell'incarico conferito ad una società fiduciaria, il quale trovando preciso fondamento nella legge, può essere considerato un contratto nominato⁴⁷.

A partire dal momento in cui l'Italia si è dotata di una disciplina specifica su tali intermediari⁴⁸, il contratto fiduciario ha assunto una propria fisionomia, anche grazie al successivo rinvio operato –con riferimento alle sole società fiduciarie che svolgono attività di amministrazione- alle norme sul mandato⁴⁹. Vale giusto la pena evidenziare come detta essenziale e specifica norma sia contenuta in un provvedimento di natura secondaria e di molto successivo alla legge base riferibile a dette imprese!

⁴⁷ Si precisa che, secondo parte della giurisprudenza, un'altra differenza tra il negozio fiduciario e il contratto fiduciario da alcuni è rinvenuta nel diverso regime a proposito della forma scritta. Questi sostengono infatti che non sia necessaria la forma scritta né *ad substantiam* né *ad probationem* per il negozio fiduciario (Trib. Milano, 13 maggio 1991) al contrario degli incarichi conferiti alla società fiduciaria che devono essere per legge redatti per iscritto.

⁴⁸ Cfr. legge 23 novembre 1939, n. 1966, recante la "*Disciplina delle società fiduciarie e di revisione*".

⁴⁹ Cfr. il D.M. 16 gennaio 1995 del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato, all'art. 5 comma 10 "*Modulistica per l'assunzione di incarichi di amministrazione fiduciaria*", lettera c) che nell'assunzione di incarichi di amministrazione fiduciaria fa salve le norme sul mandato.

2. IL *TRUST* IN ITALIA (CENNI)

Nonostante i tentativi di chiarimento effettuati sul negozio fiduciario -escluso quanto diremo *infra* invece sulle società fiduciarie- nel nostro ordinamento perdura il problema dell'assenza di una disciplina positiva sullo stesso e conseguentemente se ne è sfavorito l'uso applicativo, spingendo gli operatori economici a spostare la loro attenzione su altre forme di fiducia lontane dalla nostra tradizione giuridica, come quelle di *Common Law*⁵⁰. L'ampio utilizzo da parte dei nostri concittadini del *trust*, istituto peculiare creato dai tribunali di equità in questi paesi, ne rappresenta un fulgido esempio.

L'Italia ha prima aderito nel 1985 e poi ratificato nel 1989 (con entrata in vigore solo nel 1 gennaio 1992), la “*Convenzione dell’Aja relativa alla legge applicabile ai Trust e al loro riconoscimento*”⁵¹. La Convenzione mira a stabilire le disposizioni comuni relative alla legge applicabile ai *trust* nonché risolvere i problemi più rilevanti sul loro riconoscimento.

Va sottolineato come il nostro Paese sia stato tra i primi tra quelli di *Civil Law* ad effettuare la ratifica. Altri sistemi infatti, come quello tedesco e quello francese, hanno escluso esplicitamente la loro adesione per paura di delocalizzare servizi finanziari e giuridici in favore di “Londra” e si sono adoperati invece a rafforzare i meccanismi fiduciari interni. Ancora, a distanza di più di quindici anni da allora, con la legge finanziaria del 2007, l'Italia ha addirittura definito la disciplina fiscale di questi *trust*. Se a ciò si aggiungono le numerose sentenze che ne hanno confermato la valenza segregativa e protettiva, si può facilmente concludere che oggi l'istituto debba essere ricompreso a tutti gli effetti fra gli strumenti giuridici

⁵⁰ La famiglia dei Paesi di *Common Law* ricomprende tutti quegli ordinamenti che trovano il loro modello nel sistema giuridico anglosassone, sviluppatosi in Inghilterra a partire dal 1066 grazie alla giurisprudenza delle corti ivi istituite dai re normanni e dai loro successori, in seguito diffusosi *worldwide* grazie all'espansione coloniale inglese. In forza di quest'ultimo processo, attualmente appartengono alla famiglia di *Common Law*, oltre al Regno Unito, gli Stati Uniti d'America, e quei Paesi facenti parte dell'antico Impero britannico, dove il sistema giuridico inglese fu recepito e, in misura più o meno ampia, conservato, quali il Canada, l'India, l'Australia, la Nuova Zelanda e, in Africa, il Kenia ed il Sud Africa (v. FRANCESCHELLI V., *Diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 33 e ss.)

⁵¹ La Convenzione dell'Aja del 1 Luglio 1985 è stata resa esecutiva in Italia con la legge 364/1988 ed è entrata in vigore il 1 Gennaio 1992.

che consentono al cittadino italiano di meglio amministrare e/o proteggere il proprio patrimonio⁵².

Si precisa che in sostanza non esistono ancora un *trust* di diritto italiano, ma solo atti di *trust* sviluppati secondo regolamentazioni estere e successivamente rogati in Italia. Infatti, la legge di ratifica della Convenzione⁵³, pur riconoscendo la legittimità dell'istituto e quindi la meritevolezza della sua causa, nulla stabilisce sulla sua disciplina privatistica. Pertanto, l'Italia ammette e riconosce solo gli atti di *trust* regolati dalle leggi di altro Stato (purché questi ne preveda una disciplina espressa) sulla base di una libera scelta del costituente⁵⁴ o secondo i criteri della Convenzione medesima⁵⁵.

Il *trust*, che tradotto significa letteralmente fiducia, è uno strumento giuridico conosciuto ed autorizzato nel mondo anglosassone fin dalle prime crociate. Come stabilito dall'art. 2 della legge n. 364/1989 di recepimento della Convenzione dell'Aja, per esso si intendono «*i rapporti giuridici istituiti da una persona (il costituente o "settlor") -con atto tra vivi o mortis causa- qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico*». In altri termini, lo si può assimilare ad una "solida cassaforte giuridica" entro la quale un soggetto (*settlor*) trasferisce all'amministratore del *trust* (o *trustee*) un bene o un diritto, al fine di proteggerlo dalle proprie vicende personali o dall'azione di terzi, rendendo il *trustee* il solo e legittimo proprietario dei detti beni. Semplificando, giuridicamente è definibile come "proprietà finalizzata", avendo il *trustee* l'obbligo di esercitare il diritto secondo la funzione e le finalità per la quale esso ne è divenuto formale titolare.

Inoltre come chiarito da LUPOI: «*non è vero che il trust sia un negozio fiduciario, come questa categoria è intesa nel nostro sistema giuridico; il trust è una forma di affidamento o in favore di terzi o per il raggiungimento di uno scopo,*

⁵² Questa e altre espressioni di seguito riportate sulla struttura e la validità del in Italia, sono state riprese da TODISCO-GRANDE E. e VEDANA F., *Il Trust*, in SALVATORE M (a cura di), *Introduzione all'Istituto del Trust*, O.D.C.E.S., 2012, Quaderno 44, pp. 9-30

⁵³ Cfr. la Legge ordinaria n. 364 del 1989

⁵⁴ Cfr. art. 6 della Convenzione dell'Aja. Tuttavia, va precisato come il *trust* regolato con legge straniera è valido in Italia nei limiti in cui non abbia un contenuto contrario o difforme dal modello previsto dalla Convenzione dell'Aja, né deve risultare contrario alle norme imperative dell'ordinamento: in tal caso, secondo la (cfr. art. 15) il giudice nazionale dovrà adoperarsi per realizzare gli obiettivi del *trust* con altri mezzi giuridici.

⁵⁵ Cfr. art. 7.

non necessariamente di origine volontaria, che in nessun caso naturalmente attribuisce a quello che noi vedremmo come “fiduciante” alcun diritto nei confronti di quello che noi vedremmo quale “fiduciario”. “Controparte” del trustee non è il disponente, mentre nel negozio fiduciario la controparte del fiduciario è il fiduciante: controparte del trustee sono i beneficiari e, nei trusts senza beneficiari, il soggetto legittimato ad agire contro il trustee per l’adempimento delle obbligazioni a carico di quest’ultimo». Quindi: «non è vero che la fonte del trust sia un contratto fra il disponente e il trustee come appare dal fatto che fonte del trust può essere il testamento e che in molti tipi di trust il disponente ...manca. Nel limitato campo dei trusts espressamente istituiti inter vivos, alla base del trust ci sono due negozi: il negozio istitutivo e il negozio di trasferimento. Il primo, che propriamente dà origine al trust, è un negozio unilaterale in diritto inglese. Nulla impedisce tuttavia che il diritto italiano ricostruisca quale contratto quel che nell’ordinamento di origine certamente non lo è⁵⁶».

In altri termini la finalità del *trust* può consistere o nella protezione e nel sostegno dei beneficiari (ad es. figli, nipoti, disabili⁵⁷, anziani, animali...); oppure nel raggiungimento di uno scopo (ad es: in campo commerciale, finanziario e societario per fornire delle garanzie a terzi)⁵⁸. Inoltre, l’atto costitutivo del *trust* (o *deed of trust*) è unilaterale, differenziandosi così dal negozio fiduciario, e deve avere forma scritta *ad probationem*. Tuttavia, sebbene si tratti di un documento unico, in realtà contiene due negozi: il primo è il negozio di trasferimento che concerne l’attribuzione del bene dal *settlor* al *trustee*, il secondo invece contiene le regole da seguire nella gestione di questi beni. Normalmente il disponente, una volta istituito il *trust*, esce di scena. Tantoché, al di là della previsione di apposite clausole negoziali di limitato intervento nel tempo –cd. *letter of wishes*- con cui il *settlor* può dare indicazioni (non vincolanti) al *trustee* di atti di gestione o amministrazione, ogni altra indebita ingerenza potrebbe rendere persino nullo l’atto

⁵⁶ V. LUPOI M., *Trust*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 5 e 6.

⁵⁷ Si veda l’espressa menzione dell’istituto fatta dalla legge 112/2016 per fini di assistenza a persona con grave disabilità.

⁵⁸ Cfr. TODISCO-GRANDE E. e VEDANA F., *op. cit.*, 2012, p. 12.

di *trust*⁵⁹. Questo è un altro degli aspetti che lo portano a distinguersi sia dal negozio fiduciario, sia, più nello specifico, dal contratto fiduciario. Con particolare riguardo rispetto a quest'ultimo, occorre aggiungere che i beni intestati alla società fiduciaria si considerano appartenenti al fiduciante, mentre quelli in *trust* appartengono al *trustee*. Infine, mentre il negozio/contratto fiduciario si estingue normalmente alla morte del fiduciante, il *trust* resta in vita anche in caso di morte del *settlor*⁶⁰.

Sintetizzando, esistono due tipologie di *trust*:

- a) il “*trust* con beneficiario” -detto anche *trust fund*- che si ha quando il disponente beneficia uno o più soggetti (persone fisiche, come ad es. i figli, o persone giuridiche) prevedendo nell'atto istitutivo che alla cessione del *trust* detti soggetti divengano proprietari dei beni e delle utilità prodotte dal patrimonio in *trust*;
- b) il “*trust* di scopo” -detto anche *purpose trust*- in cui non esiste la figura del beneficiario, essendo infatti istituito per il perseguimento di una finalità –solitamente benefica- o più in generale per il raggiungimento di un dato scopo lecito (tipico esempio è il *charitable trust*). Nel caso di istituzione di un *purpose trust* però, è previsto anche l'obbligo di istituire un guardiano (*protector*) con il compito di far rispettare al *trustee* le disposizioni contenute nell'atto istitutivo⁶¹.

La questione che più ha acceso il dibattito in dottrina e giurisprudenza riguarda l'ammissibilità nel nostro ordinamento del c.d. “*trust* interno”⁶². Con tale termine si intende il *trust* istituito da cittadini italiani avente ad oggetto beni siti in Italia e disciplinato – per scelta del soggetto che l'istituisce – da una legge straniera che conosce e regola tale istituto. Secondo l'opinione maggioritaria tale istituto non è sempre ammissibile. In particolare per il Professor SCHLESINGER questa figura è perfettamente lecita, ma rischia un'utilizzazione assai ristretta nel nostro sistema visto che i nostri principi generali risultano incompatibili con l'istituto. Pertanto,

⁵⁹ Per questa e altre considerazioni di seguito, v. VEDANA F., *Il Trust*, Unione Fiduciaria S.p.A., Milano, 2005, pp. 10-23.

⁶⁰ Cfr. VEDANA F., *op. cit.*, 2005, p. 23.

⁶¹ Cfr. VEDANA F., *op. cit.*, 2005, p. 12.

⁶² La cui espressione la si deve al professor LUPOI M.

solo dopo una legge sul *trust*⁶³ italiana, si potrà dire che l'istituto ha trovato completa applicazione.

Sulla validità del *trust* “interno” si è espressa anche la Cassazione Civile, di cui sono state analizzate specialmente tre sentenze: la 10105 del 2004, la 3735 e la 3886 entrambe del 2015. Tutte hanno deciso su un *trust* c.d. “auto-dichiarato”, regolato dalla legge di Jersey. Ai sensi degli artt. 6 e 8 della Convenzione dell’Aja del 1985, sottoscritta dall’Italia, il *trust* è valido anche in Italia, perché previsto dalla legge scelta dal costituente (qui Jersey law). A questa osservazione però, come evidente nell’ultima sentenza dichiarata, va aggiunta la lettura dell’art. 13. Pertanto, quando tutti gli elementi più rilevanti del *trust* sono strettamente connessi con Stati che ignorano l’istituto (come nel caso di specie, dove i beni erano situati tutti in Italia e il costituente, il *trustee* e il beneficiario avevano qui sia il domicilio che la residenza) non può venir ad essere riconosciuto. In pratica, la constatazione che il solo ed unico elemento di internazionalità consiste nell’applicazione di una legge straniera, ne rappresenta un elemento ostativo al riconoscimento.

Dunque, sembrerebbe generalmente ammesso per il cittadino italiano utilizzare il *trust* previsto da un altro ordinamento, scegliendo la legislazione che reputa più adatta alle proprie esigenze. Potrebbe essere utile, ad esempio, formalizzarne la costituzione in base alla legge di un Paese (come ad esempio San Marino) che prescrive –a pena di nullità- la forma scritta dell’atto istitutivo ed altri elementi essenziali, in modo tale da evitare la *probatio diabolica* circa l’esistenza dello stesso in sede giudiziaria.

Infine, tra i più recenti interventi normativi in materia di “fiducia”, si accenna qui anche al nuovo “*contratto di affidamento fiduciario*”, introdotto con legge n. 112 del 22 giugno 2016. In tal modo l’ordinamento italiano ha espressamente riconosciuto uno strumento interno che, alla stregua del *trust*, è capace di conseguire due effetti fondamentali:

- i) la costituzione di un patrimonio separato (c.d. “fondi speciali”) in capo al fiduciario, composto dai beni destinati all’attuazione del programma fiduciario;

⁶³ Come accaduto ad esempio a San Marino, Paese di *Civil Law* come il nostro, v. Cap. V.

- ii) l'opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione di questi beni così destinati e quindi dello stesso programma fiduciario⁶⁴.

SEZIONE III – LA DISCIPLINA SPECIALE DELLE SOCIETÀ FIDUCIARIE ITALIANE

1. DALLE ORIGINI ALLA LEGGE N. 1966 DEL 1939

Come già detto *supra*, la disciplina riferibile alle società fiduciarie, pur evocando alcuni aspetti del macro *genus* dei negozi fiduciari, si distingue dalla fiducia tra privati (liberamente attuabile senza autorizzazioni e controlli) innanzitutto per via dell'esercizio della fiducia in forma impresa (invece autorizzata e vigilata pubblicamente).

In secondo luogo, altro elemento di differenza lampante è l'esistenza di una disciplina speciale per le società fiduciarie⁶⁵, al contrario di quanto accade con il negozio fiduciario.

Infatti, premesso che la ricostruzione della vicenda normativa delle fiduciarie presenta comunque aspetti di notevole complessità⁶⁶, la loro prima normazione, che faceva seguito ad una preesistente presenza fattuale nei rapporti commerciali, risale già lontano 16 dicembre 1926, quando il legislatore emanò il r.d.l. n. 2214⁶⁷ intitolato “*Disciplina delle società che esercitano funzioni fiduciarie e revisionali*”, a cui immediatamente seguì il r.d. di attuazione del 9 giugno 1927, n. 964.

Il r.d.l. 2214/1926, composto di soli quattro articoli, all'art. 1 stabiliva che le funzioni di liquidatore, di commissario giudiziario per la revisione dei bilanci e l'ispezione dei libri delle società, nonché di rappresentante dei portatori di obbligazioni, potessero essere affidate alle sole società od enti il cui scopo fosse quello di esercitare imprese di gestione e di amministrazione. Va quindi evidenziato

⁶⁴ Così in www.notaio-busani.it/it-IT/Il-contratto-di-affidamento-fiduciario.aspx, *Il contratto di affidamento fiduciario*.

⁶⁵ Un'efficace ricostruzione della relativa normativa è stata offerta da SAMORÌ G., *Società fiduciaria e legittimazione attiva dell'investitore fiduciante all'esercizio delle azioni di risarcimento danni nei contratti di investimento in strumenti finanziari*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 2012, 63, pp. 161-167.

⁶⁶ Per un attenta disamina v. DE ANGELIS L. e GUACCERO P., *Società fiduciarie*, in *Contratto e impresa*, 2003, 2, p. 940 e ss.

⁶⁷ La norma è stata profondamente analizzata da JANNUZZI A., *op. cit.*, 1988, pp. 133-135.

come già all'epoca era chiara si era soliti distinguere l'“*amministrazione fiduciaria*” dalla “*gestione fiduciaria*”. In particolare, a partire dagli anni '20, vennero a costituirsi in Italia le prime società fiduciarie con lo scopo di amministrare il patrimoni dei terzi. Poiché ciò configurava problemi sia di legittimità nell'ipotesi di conferimento alle stesse di incarichi di amministrazione da parte dell'autorità giudiziaria, sia di coesistenza con le stesse attività svolte da liberi professionisti, il legislatore ritenne opportuno, tramite il provvedimento citato, subordinare l'espletamento di tali incarichi conferiti dall'autorità giudiziaria all'ottenimento di una preventiva abilitazione ministeriale per dette fiduciarie⁶⁸. Pertanto, la vera novità rispetto alla situazione pre-normativa era che tale ufficio potesse essere conferito loro anche dall'autorità giudiziaria -nominandone l'amministratore- purché, le fiduciarie stesse, avessero previamente ottenuto l'abilitazione da parte del Ministero per l'economia nazionale, di concerto col Ministero per la giustizia e gli affari di culto⁶⁹.

Al di là di alcuni interventi diretti a tematiche particolari, tra cui il r.d.l. 26 ottobre 1933, n. 1598 sull'istituzione degli enti di gestione fiduciaria che corrispondevano utili sulla gestione -attività ritenute affini a quella assicuratrici- una complessiva opera di riordinamento e ridisciplina si ebbe solo con la legge del '39 e il r.d. di attuazione del 1940, tuttora vigenti.

La citata legge 1966/1939 “*Disciplina delle società fiduciarie e di revisione*” ed il successivo r.d. 22 aprile 1940 n. 531 contenente le norme di attuazione, rielaborano la normativa sulle società fiduciarie abrogando –quasi del tutto- le disposizioni precedentemente in vigore. Le nuove norme, a dire il vero piuttosto sintetiche, pur soffermandosi quasi esclusivamente su profili di vigilanza e *governance* societaria, hanno permesso alle società fiduciarie di differenziarsi dalla figura dei mandatarî⁷⁰. L'art. 1 della legge n. 1966/1939 poi, fornisce una dizione non dissimile, sebbene più articolata, di quella prevista dal r.d.l. del 1926, quest'ultima si limitava a stabilire che lo scopo di queste fosse «*quello di esercitare imprese di gestione e amministrazione*» (art. 1) ed «*assumere l'amministrazione di*

⁶⁸ Cfr. JANNUZZI A., *op. cit.*, 1988, pp. 27-28

⁶⁹ Cfr. art. 2, comma 2, del citato r.d.l. del 1926 che così recitava: «*Tale ufficio può essere loro conferito anche dall'autorità giudiziaria nei casi in cui a questa compete di provvedere alla nomina dell'amministratore*».

⁷⁰ Cfr. SAMORÌ G., *op. cit.*, p. 159.

patrimoni da loro affidati dagli aventi diritto» (art. 2, comma 1). Con la legge del '39, si riconosce invece l'attività propria di società fiduciaria come tipica e riservata⁷¹, individuando da un lato –art. 1- le società fiduciarie come *«quelle che, comunque denominate, si propongono sotto forma di impresa di assumere l'amministrazione dei beni per conto terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende, la rappresentanza dei portatori di azioni e obbligazioni»*, e dall'altro – art. 2- assoggettando le stesse ad autorizzazione e vigilanza governativa. Rispetto a quest'ultimo punto, vi è un forte segno di rottura rispetto al passato: mentre con la legge del '26 la speciale autorizzazione era richiesta solo nel caso di conferimenti di incarichi da parte dell'autorità giudiziaria o delle pubbliche amministrazioni⁷², sicché doveva considerarsi libera, in via di principio, l'attività stessa richiesta da un terzo; con la legge del '39, invece, tutte le società fiduciarie (e di revisione) vengono sottoposte all'obbligo di preventiva autorizzazione. Quest'ultima viene ora rilasciata con decreto del Ministro delle Corporazioni, di concerto col Ministro di grazia e giustizia⁷³. I poteri di successiva vigilanza erano riconosciuti sempre in capo al Ministero delle Corporazioni, rimanendo attribuita⁷⁴ allo stesso la possibilità di revocare l'autorizzazione già concessa, qualora in presenza di gravi motivi (art. 2 della legge 1966/1939). L'allora Ministro delle Corporazioni, FERRUCCI LANTINI, ebbe a dichiarare che si realizzava in tal modo lo scopo di *«stabilire una più stretta disciplina e controllo delle società in questione in rapporto alla delicatezza delle funzioni da esse esercitate e di fissare nettamente il campo d'azione delle società»*.

Il controllo pubblico è posto a presidio di stringenti requisiti dettati rispetto alla

⁷¹ Riserva che, come vedremo specificamente nel capitolo II, sez. II, paragrafo 3 “La liquidazione coatta amministrativa e le altre sanzioni”, è stata in seguito esplicitata e rafforzata da una doppia previsione legislativa: la legge n. 430 del 1986 e la n. 148 del 1987. Per la prima volta tali provvedimenti hanno infatti esplicitato le conseguenze giuridiche -la liquidazione coatta amministrativa- per il mancato rispetto di tale riserva da parte delle società fiduciarie, rispettivamente nei confronti delle società fiduciarie a cui è revocata l'autorizzazione già concessa da una parte e quelle che invece ne esercitavano le attività senza aver mai ottenuto l'ok ministeriale dall'altra.

⁷² Cfr. art. 3, comma 1, che così recita: “La società o gli enti predetti non potranno ricevere incarichi dall'autorità giudiziaria o dalle pubbliche amministrazioni se non abbiano ottenuto una abilitazione per decreto del ministero per l'economia nazionale, di concerto col ministero per la giustizia e gli affari di culto”. Segnatamente, a ciò si aggiunga il contenuto dell'art. 1, comma 1, del r.d. 9 giugno 1927, n. 964: “Per ottenere l'abilitazione prevista dall'art. 3 del regio decreto-legge 16 dicembre 1926, n. 2214, per ricevere incarichi dall'autorità giudiziaria o dalle pubbliche amministrazioni, le società ed enti fiduciari o revisionali dovranno presentare apposita istanza al Ministero dell'economia nazionale.”

⁷³ Cfr. art. 2, comma 1, legge 1966/1939

⁷⁴ Cfr. art. 3 legge r.d.l. 2214/1926

forma giuridica, alla composizione del capitale sociale, alla professionalità degli amministratori, dei sindaci e dei dipendenti delle società fiduciarie (artt. 3-5). Conseguentemente, nessuno, oltre le società espressamente autorizzate come fiduciarie ed assoggettate in quanto tali al controllo ministeriale, può più esercitare in forma imprenditoriale l'attività di amministrazione fiduciaria di beni per conto di terzi; divieto che, come vedremo più avanti, è stato poi esplicitato e rafforzato dal Decreto Legge n. 27 del 16 febbraio 1987 che all'art. 3-*bis* ha previsto la sanzione della liquidazione coatta amministrativa per le società fiduciarie "di fatto", ossia che ne esercitano la funzione senza la preventiva autorizzazione.

L'esatta comprensione da parte del legislatore del '39 dei fenomeni economici sottostanti è confermata anche dalla norma di chiusura della legge (art. 6, comma 2), per cui: «*Nulla è innovato alle disposizioni del R. decreto-legge 26 ottobre 1933, n. 1598, per quanto si riferisce alle società fiduciarie che abbiano per oggetto la gestione fiduciaria di beni conferiti da terzi, corrispondendo utili della gestione*⁷⁵ ». La legge aveva già chiara cioè la distinzione, affermatasi precedentemente nella pratica, tra la c.d. "fiducia statica" e la c.d. "fiducia dinamica".

La prima, consistente nell'attività di amministrazione -di cui all'art. 1- e caratterizzata dallo scopo conservativo, è diretta all'esercizio dei diritti afferenti i cespiti affidati con esclusione per la società fiduciaria di ogni potere di disposizione. Pertanto la fiduciaria è ivi tenuta ad attenersi di volta in volta alle istruzioni impartite dal fiduciante e a restituirgli a scadenza gli stessi titoli o beni ricevuti fiduciarmente.

La fiducia dinamica invece, richiamata all'art. 6, si contraddistingue per lo scopo produttivo e per il riconoscimento in capo all'ente di gestione fiduciaria di un potere di disposizione dei cespiti, ampiamente discrezionale, con il solo obbligo di operare al meglio e restituire al fiduciante non già gli identici titoli o beni originariamente conferiti, ma il risultato utile della gestione come certificato dal rendiconto finale.

I due testi (quello del '26 e quello del '39) furono i primi –e unici- casi di *corpus* normativo unitario del settore. Ciò nonostante, il legislatore ha tralasciato alcuni

⁷⁵ Il seguente ragionamento è stato ripreso da SAMORÌ G., *op. cit.*, p. 163.

aspetti fondamentali –specie sotto l’aspetto civilistico- omettendo ad esempio di determinare il rapporto giuridico che lega il cliente con la fiduciaria. Da allora la disciplina regolamentare è rimasta sostanzialmente immutata, salvo taluni tratti peculiari che analizzeremo nel prossimo paragrafo, e i successivi interventi hanno inciso più sulla “operatività” e sugli aspetti di controllo/vigilanza, che non sulla struttura delle fiduciarie stesse.

2. LA SUCCESSIVA STRATIFICAZIONE NORMATIVA

Il patrimonio legislativo stratificatosi dopo la legge del ’39, pur già criticato per il suo carattere disorganico e dispersivo, presenta particolari aspetti di rilievo pratico-operativi, consentendo anche alle fiduciarie di poter operare in un quadro normativo improntato ad una maggiore legalità, senza tuttavia ledere gli aspetti di riservatezza che ne caratterizzano l’agire e il successo stesso.

La *ratio* dei successivi interventi è da ricondurre –come fra poco descritto- alle mutate esigenze socio-economiche sulla trasparenza e sui controlli. La maggior parte degli interventi sono finalizzati infatti a contrastare i potenziali illeciti generabili nello “schermo” fiduciario. In particolare, nell’ultimo periodo le principali novità sono state prodotte dal tentativo di prevenire l’utilizzo dell’istituto a scopi di riciclaggio.

L’ampio novero di norme succedutesi sul tema a partire sin dagli anni ’40, ha suggerito di evitare una mera elencazione delle stesse, di per sé noiosa e scolastica in base alle aspirazioni perseguite, preferendo piuttosto concentrare l’analisi sui principali aspetti evolutivi dell’attività svolta dalle società fiduciarie.

Si riprende pertanto il discorso dalla distinzione, esaminata nel paragrafo precedente, tra amministrazione e gestione. Abbiamo visto che gli aggettivi statico/dinamico, già *supra* riferiti al negozio fiduciario⁷⁶, si riflettono anche nella bipartizione tra imprese fiduciarie statiche e imprese fiduciarie dinamiche. Infatti, la giurisprudenza di merito⁷⁷ sottolinea che la fiduciaria può venire ad assumere

⁷⁶ Su questa distinzione, un’attenta disamina è offerta da SGAMBATO D., *op. cit.*, Settembre 2015, pp. 65-66.

⁷⁷ Cfr. Tribunale di Trani, 29 ottobre 2003.

due diverse forme: quella “statica” dove l’impresa non può compiere atti di gestione senza l’autorizzazione del fiduciante ed è obbligata a restituire i medesimi beni/diritti ricevuti alla cessazione del rapporto; e quella “dinamica”, in cui la società è libera di compiere qualsiasi operazione sui titoli senza preventiva autorizzazione ed è obbligata a rimettere al fiduciante solo il risultato utile della gestione.

Il primo riconoscimento operativo della predetta distinzione può ravvisarsi nella circolare Consob del 10 settembre 1984, n. 11815 (e successive modifiche). Essa ha ammesso che la società fiduciaria possa amministrare discrezionalmente titoli e valori mobiliari, sia pure entro ambiti definiti di operatività (fissati nel mandato) destinati a tracciare il confine tra le attività consentite alla fiduciaria stessa e quelle riservate ai fondi comuni di investimento. La questione è stata definitivamente sancita dalla legge n. 1 del 2 gennaio 1991 (c.d. “legge S.i.m.”) che ha esteso alle fiduciarie svolgenti attività di gestione la normativa prevista per le società di intermediazione mobiliare -allora istituite-. In tal modo è avvenuta la definitiva scissione tra dette fiduciarie-S.i.m. o società fiduciarie dinamiche e le tradizionali società fiduciarie statiche che continuano a svolgere i soli compiti originariamente individuati dalla legge del ’39.

Successivamente, le fiduciarie che svolgevano la funzione di gestione di patrimoni hanno trovato una più compiuta regolamentazione dapprima nel d.lgs. n. 415 del 23 luglio 1996 (c.d. *Decreto Eurosim*), e poi nel d.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998 (c.d. Testo Unico della finanza - T.U.F.). Queste imprese sono quindi finite sotto la vigilanza di Consob e Banca d’Italia. Detta normativa, introducendo la prima disciplina organica dell’intermediazione finanziaria, ha segnatamente imposto alle imprese che svolgono l’attività fiduciaria una scelta obbligata: svolgere la gestione di patrimoni mediante operazioni aventi per oggetto valori mobiliari, così affiancandosi alle S.i.m. e con pieno assoggettamento alla disciplina dettata per quest’ultima, ma con il divieto di svolgere l’attività di amministrazione di beni «(...) *per conto di terzi*» prevista nella Legge del 1939; oppure continuare ad effettuare tutte le altre attività previste dalla Legge del 1939, ma con esclusione di qualsivoglia gestione patrimoniale e, più in generale, di intermediazione

finanziaria⁷⁸. Suddetto meccanismo rimarca come l'attività di "amministrazione dei beni per conto di terzi" alla base delle fiduciarie "statiche" esclude qualsiasi possibilità di autonomia tecnica o di ingerenza nella scelte del cliente-fiduciante con riguardo all'impiego degli strumenti affidati.

Il *Decreto Eurosim* ha segnato un passaggio decisivo anche nell'individuazione di ciò che deve considerarsi proprio e caratteristico dell'essere "società fiduciaria". L'art. 60 infatti, confermato poi dall'art. 199 del successivo T.U.F., riconosce a queste imprese la possibilità di operare finanziariamente «anche mediante intestazione fiduciaria», laddove agli altri operatori del settore (banche e S.i.m.) è consentito di agire, previo consenso scritto, soltanto «in nome proprio e per conto del cliente»⁷⁹, secondo lo schema classico del mandato senza rappresentanza⁸⁰. In pratica, pur tacendo sul significato sottostante l'"intestazione fiduciaria", il citato art. 60 pare differenziare questa dal generico agire "in nome proprio e per conto di" che caratterizza il mandato senza rappresentanza, svolto invece dagli operatori Banche e S.i.m. La previsione è –naturalmente- riferita alle sole società fiduciarie di gestione. Dottrina⁸¹ e parte della giurisprudenza⁸² però ritengono che l'operare con intestazione fiduciaria debba considerarsi una prerogativa caratterizzante tutte le società fiduciarie, comprese quindi anche quelle statiche di amministrazione.

Del resto, come osservato dal DI MAIO, la volontà di rimarcare anche sul piano terminologico la suddetta distinzione è palesata dalla formula «per tramite di società fiduciaria o per interposta persona», che ricorre in numerose disposizioni del Codice civile (artt. 2357, 2358, 2359, 2359 bis, 2360, 2427, 2428, 2429-bis, 2504-ter c.c.) e del T.U.F. (artt. 14, 15, 61, 80)⁸³.

Ad esiti conformi si è giunti con lo studio sulle disposizioni che, per fini di maggiore trasparenza, identificano nei fiducianti gli "effettivi proprietari" dei beni affidati alla fiduciaria. In tal senso si ricorda: il principio della nominatività obbligatoria dei titoli azionari sancito dal r.d. n. 239 del 29 marzo 1942 all'art. 1,

⁷⁸ Per un'attenta rilettura normativa della questione, Cfr. SAMORÌ G., *op. cit.*, p. 163-165 e DI MAIO F., *Mandato fiduciario e società fiduciarie*, in *Contratto e impresa*, 2012, 28, pp. 9-33.

⁷⁹ Cfr. art. 17, comma 1 del d.lgs. n. 415/1996

⁸⁰ Cfr. SAMORÌ G., *op. cit.*, p. 164

⁸¹ FERRO LUZZI P., *Le gestioni patrimoniali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1992, I, p. 53 e ss.; NUZZO F., *Società fiduciaria*, in *Enciclopedia del diritto*, 1990, XLII;

⁸² Cfr. sul punto la Cassazione Civile, sentenza 14 ottobre 1997, n. 10031.

⁸³ Cfr. DI MAIO F., *Mandato fiduciario e società fiduciarie*, *op.cit.* p. 9 e ss.

ultimo comma⁸⁴, ripreso poi anche dall'art. 9 della legge del 29 dicembre 1962, n. 1745 sullo stesso tema⁸⁵. Ed ancora su questo tema, si ricorda l'art. 2 del Decreto Legge n. 233 del 5 giugno 1986⁸⁶ che, in tema di liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie, consente alle Autorità governative di richiedere «*le generalità degli effettivi proprietari dei titoli azionari e delle altre partecipazioni sociali intestati a proprio nome*». Da ultimo, il d.lgs. 385 del 1991 (c.d. Testo Unico bancario –T.U.B.) all'art. 21, il quale dispone che «*le società fiduciarie che abbiano intestato a proprio nome partecipazioni in società appartenenti ai terzi comunicano a Banca d'Italia, se questa lo richieda, le generalità dei fiducianti*»⁸⁷.

In linea con i principi a tutela dei fiducianti quali “effettivi proprietari”, nonché per evidenziare il carattere puramente formale della intestazione in capo alle fiduciarie, il decreto del Ministero dell'Industria 16 gennaio 1995 ha previsto l'obbligo per le stesse di istituire il “*Libro dei fiducianti*”. Questo peculiare registro impone di effettuare tutta una serie di annotazioni sui propri clienti⁸⁸.

Infine, da un punto di vista strettamente contabile, le società fiduciarie redigono il bilancio annuale secondo lo schema previsto dal d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127, con distinzione dei conti d'ordine veri e propri dai cosiddetti “conti fiduciarie”, questi ultimi rappresentando l'intera massa fiduciaria amministrata.

La ricognizione degli interventi normativi, peraltro qui limitata alle sole previsioni di maggiore rilievo sistematico⁸⁹, evidenzia un'incontestabile carattere “tipicità” sulla materia oggetto di questo studio. Si individua così un rapporto speciale che lega la società fiduciaria con i clienti-fiducianti, caratterizzato dal permanere dell'effettiva proprietà dei beni al fiduciante, a fronte della connotazione

⁸⁴ Che testualmente impone alle «*società fiduciarie che abbiano intestato al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi*» e di «*dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi*».

⁸⁵ Che, in tema di imposizione fiscale sugli utili distribuiti dalle società, ha fatto obbligo per le fiduciarie di «*comunicare allo Schedario e al competente ufficio delle imposte, entro il 15 febbraio di ciascun anno, i nomi degli effettivi proprietari delle azioni ad esse intestate ed appartenenti a terzi, sulle quali hanno riscosso utili nell'anno solare precedente*».

⁸⁶ Convertito, con modificazioni, con legge 1/8/1986, n. 430, e , successivamente, modificato dal decreto legge 16/02/1987, n. 27, convertito, con modificazioni, con l. 13/4/ 1987, n. 148, che ha sanzionato con la liquidazione coatta amministrativa anche l'esercizio “abusivo” dell'attività fiduciaria.

⁸⁷ Nuovamente v. SAMORI G., *op. cit.*, p. 165.

⁸⁸ Cfr. l'art. 15, comma 1, del D.M. 16 gennaio 1995 che stabilisce quanto segue: «*La società fiduciaria è tenuta ad istituire un "libro dei fiducianti" nel qual vengono annotati gli elementi necessari a consentire il riscontro con le scritture della contabilità generale, ossia le generalità dei fiducianti, il loro domicilio, il codice fiscale, il numero ovvero il codice attribuito al mandato ricevuto*».

⁸⁹ Un'utilissima e completa ricognizione della normativa riferibile alle società fiduciarie è stata curata da DI MAIO F., *Mandato fiduciario e società fiduciarie, op. cit.*

puramente formale della loro intestazione in capo alla società fiduciaria. Come illustrato da CORSI: «il fatto stesso che il fiduciario sia rappresentato da una società costituita per assumere professionalmente questa veste, sgombra il campo dai più grossi problemi di apparenza rispetto ai terzi che, di fronte ad una società fiduciaria, ben sanno e non possono ignorare che questa agisce per altri e non è effettivamente proprietaria di quanto pur figura ad essa intestato»⁹⁰. In pratica, l'intestazione fiduciaria in capo ad una società a ciò espressamente autorizzata, risolve quei problemi di non riconoscibilità dello schermo fiduciario, che in passato avevano causato le più accese discussioni in tema di negozio fiduciario tra privati.

3. LA MODIFICA DELL'ART. 199 T.U.F E L'ISCRIZIONE DI QUESTE FIDUCIARIE NELLA SEZIONE SEPARATA DELL'ALBO DEGLI INTERMEDIARI EX ART. 106 T.U.B

Le società fiduciarie costituiscono un patrimonio di rilievo nel diritto commerciale nonché un fenomeno in linea con molteplici esperienze estere, le quali disciplinano l'affidamento fiduciario o in maniera analoga come nei Paesi di *Civil Law*, oppure tramite la diversa figura delle *trust companies* nei Paesi di *Common Law*. Ciò non toglie che lo schermo caratterizzante le fiduciarie si possa prestare anche ad utilizzi non legittimi. Non a caso emergono spesso notizie di indagini giudiziarie che vedono coinvolti rapporti accesi presso le società fiduciarie⁹¹, sicché è facile concludere che esse si prestano ad essere veicolo –sia pure inconsapevole– per il compimento di attività illecite, in particolar modo fiscali⁹² e di riciclaggio.

Dette specifiche istanze hanno spinto il legislatore ad aggiornare il sistema di sorveglianza su queste imprese. Di recente, alla previgente procedura autorizzativa e di controllo del Ministero dello Sviluppo Economico, si è pertanto aggiunta

⁹⁰ CORSI F., *Società fiduciarie: risvolti civilistici e societari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1988, I, pp. 313 e ss.

⁹¹ Si veda ad es. il bilancio di responsabilità sociale della Procura di Milano per il 2016, sul sito www.procura.milano.giustizia.it/files/BRS/procura/2016 dove si riporta che: «il Nucleo per la vigilanza della Banca d'Italia, per conto della Procura, ha svolto accertamenti bancari... nei procedimenti in tema di riciclaggio con riferimento a diverse società fiduciarie e i relativi conti omnibus».

⁹² Cfr. SOLFERINI M., *Le società fiduciarie, dalla costituzione al dibattito dei poteri attribuiti al fiduciante. Prospettive di utilizzo di uno strumento sempre attuale*, in *Magistra, Banca e Finanza*, Febbraio 2005.

un'ulteriore vigilanza, ossia quella di Banca d'Italia. Ciò è stato reso possibile con la modifica dell'art. 199 del T.U.F., dapprima operata dall'art. 9 comma 8 del d.lgs. n. 141 del 2010 e poi dall'art. 4, comma 1, lettera b, del d.lgs. n. 169 del 2012. Ora, la norma in esame così recita:

«1) Fino alla riforma organica della disciplina delle società fiduciarie e di revisione conservano vigore le disposizioni previste dalla legge 23 novembre 1939, n. 1966, e dell'articolo 60, comma 4, del decreto legislativo 23 luglio 1996, n. 415.

2) Le società fiduciarie di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1966, che svolgono attività di custodia e amministrazione di valori mobiliari e che, alternativamente, sono controllate direttamente o indirettamente da una banca o da un intermediario finanziario o hanno adottato la forma di società per azioni ed hanno capitale versato di ammontare non inferiore al doppio di quello richiesto dall'articolo 2327 del codice civile, sono autorizzate e iscritte in una sezione separata dell'albo previsto dall'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, ma non possono esercitare le attività elencate nel comma 1 del medesimo articolo. All'istanza si applica l'articolo 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in quanto compatibile. Il diniego dell'autorizzazione, con la relativa motivazione, è comunicato al Ministero dello Sviluppo Economico e comporta la revoca dell'autorizzazione di cui all'articolo 2 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, ove non vengano meno, nel termine di novanta giorni dalla notifica del provvedimento di diniego, le condizioni che comportano l'obbligo di iscrizione. La Banca d'Italia esercita i poteri indicati all'articolo 108 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, al fine di assicurare il rispetto da parte delle società fiduciarie iscritte nella sezione separata delle disposizioni contenute nel decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231. Alle società fiduciarie iscritte si applicano gli articoli 110, 113-bis, 113-ter del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in quanto compatibili. Il Ministero dello Sviluppo Economico e la Banca d'Italia, per quanto concerne le società di cui al comma 2, si danno reciproca comunicazione dei provvedimenti adottati ai fini dell'adozione dei rispettivi provvedimenti di competenza. Le società fiduciarie di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1966, che svolgono attività di custodia e amministrazione di valori mobiliari e che, alternativamente, sono controllate direttamente o

indirettamente da una banca o da un intermediario finanziario o hanno adottato la forma di società per azioni ed hanno capitale versato di ammontare non inferiore al doppio di quello richiesto dall'articolo 2327 del codice civile, sono autorizzate e iscritte in una sezione separata dell'albo previsto dall'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, ma non possono esercitare le attività elencate nel comma 1 del medesimo articolo. All'istanza si applica l'articolo 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in quanto compatibile. Il diniego dell'autorizzazione, con la relativa motivazione, è comunicato al Ministero dello Sviluppo Economico e comporta la revoca dell'autorizzazione di cui all'articolo 2 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, ove non vengano meno, nel termine di novanta giorni dalla notifica del provvedimento di diniego, le condizioni che comportano l'obbligo di iscrizione. La Banca d'Italia esercita i poteri indicati all'articolo 108 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, al fine di assicurare il rispetto da parte delle società fiduciarie iscritte nella sezione separata delle disposizioni contenute nel decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231. Alle società fiduciarie iscritte si applicano gli articoli 110, 113-bis, 113-ter del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in quanto compatibili.

3) Il Ministero dello Sviluppo Economico e la Banca d'Italia, per quanto concerne le società di cui al comma 2, si danno reciproca comunicazione dei provvedimenti adottati ai fini dell'adozione dei rispettivi provvedimenti di competenza».

Prima di entrare nel merito della nuova normativa, è opportuno fare una breve disamina della situazione *ex ante* alla novella.

Come già accennato, lo stratificato sistema di autorizzazioni e controlli sulle fiduciarie si è succeduto nel tempo senza che si giungesse mai ad una regolamentazione organica del settore, pur più volte ricordata dallo stesso legislatore⁹³.

Per molti decenni l'attività di autorizzazione e vigilanza è stata svolta esclusivamente dal competente Ministero. Dagli anni '70, l'esigenza di disciplinare il mercato finanziario e l'offerta di servizi di investimento ha fatto nascere la figura

⁹³ Da ultimo il citato riferimento alla «*riforma organica della disciplina delle società fiduciarie*» contenuto nell'art. 199 del T.U.F.

delle cosiddette “*fiduciarie-S.i.m.*”, autorizzate e vigilate dalla Consob di concerto con la Banca d’Italia e come visto dal 1991 portate fuori dal perimetro della legge sulle società fiduciarie, la n. 1966 del 1939. A partire da quegli anni, ulteriori, sporadiche disposizioni hanno fatto obbligo a tali società di comunicare informazioni e dati a Consob e Banca d’Italia⁹⁴.

Più di recente, al fine di rendere maggiormente efficace il contrasto al riciclaggio di denaro sporco, la novella legislativa in esame ha modificato l’art. 199 del T.U.F. assoggettando particolari categorie di fiduciarie “statiche”⁹⁵ alla vigilanza autorizzativa e successivi controlli da parte della Banca d’Italia. L’ambito di applicazione della nuova disciplina è circoscritto, sempre dal nuovo art. 199 T.U.F., a quelle società fiduciarie che svolgano l’attività di custodia e amministrazione di valori mobiliari, le quali rispondano a uno dei seguenti requisiti: a) siano soggette al controllo, diretto o indiretto, di una banca o di un intermediario finanziario; oppure b) siano costituite in forma di società per azioni (S.p.A.) e abbiano capitale versato non inferiore a 100.000€⁹⁶. Ciò che qualifica la società fiduciaria è dunque, oltre allo svolgimento dell’attività di custodia e amministrazione di valori mobiliari⁹⁷, l’esistenza di un controllo qualificato (banca o intermediario finanziario, dunque enti a loro volta già assoggettati alla vigilanza della Banca d’Italia, seppur su basi ben più ampie di quelle prefigurate per le fiduciarie), oppure l’adozione di una forma giuridica (le società per azioni) e la correlata esistenza di un capitale sociale versato superiore ad una certa soglia (il doppio del minimo di quello previsto dall’art. 2327 per le S.p.A.)⁹⁸.

Perciò, le società fiduciarie in possesso delle menzionate caratteristiche, anche se già autorizzate dal Ministero dello Sviluppo Economico ai sensi della legge 1966/1939, devono ottenere per esercitare la loro attività l’iscrizione da parte della

⁹⁴ V. ad esempio il caso di partecipazioni qualificate o partecipazioni in gruppi bancari.

⁹⁵ Che non svolgono cioè attività di gestione, come vedremo più chiaramente nel Cap. II della presente tesi.

⁹⁶ Come noto, a far data dal 25 giugno del 2014, in base al D.L. n. 91 convertito nello stesso anno con legge n. 116, il capitale minimo delle S.p.A. è stato portato da 120.000€ a 50.000€.

⁹⁷ Si ricorda che la custodia e amministrazione di valori mobiliari costituisce, ai sensi della normativa comunitaria, attività dell’“ente finanziario” (art. 1, n. 5, e n. 12 dell’elenco di cui all’Allegato 1 della Direttiva 2000/12/CE).

⁹⁸ Per queste e altre valutazioni sulla novella ivi riportate, v. Comunicazione n. 59, del 27 settembre 2010, da parte di Assofiduciaria e intitolata “*Riforma Società Fiduciarie - Art. 199 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF) - Modifica art. 106 TUB*”.

Banca d'Italia «*in una sezione separata dell'albo degli intermediari finanziari ... in base all' art. 106 TUB*». Il procedimento di iscrizione è regolato dal nuovo art. 107 TUB, in quanto compatibile. Dunque nei confronti delle fiduciarie iscritte nella sezione separata dell'albo di cui all'art. 106 T.U.B., operano due regimi paralleli di vigilanza: quello tradizionalmente affidato al Ministero dello Sviluppo Economico (teso a verificare la regolarità delle strutture organizzative per il corretto esercizio dell'attività fiduciaria ai sensi della legge 1966/1939) e quello *ex novo* affidato alla Banca d'Italia, che esercita i poteri regolamentari, informativi e ispettivi di cui al “nuovo” art. 108 T.U.B., nonché in caso di gravi irregolarità i poteri sanzionatori di cui agli artt. 113-*bis* e 113-*ter* T.U.B., al fine di assicurare il rispetto da parte delle società fiduciarie delle disposizioni antiriciclaggio contenute nel d.lgs. 231/2007 e successivi aggiornamenti.

In pratica, l'Autorità di Palazzo Koch ha quindi assunto il compito di far assicurare il rispetto, da parte di detti soggetti, delle disposizioni antiriciclaggio (la legge fa riferimento alle “*Diposizioni contenute nel decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231*”, che recepisce la III direttiva europea antiriciclaggio e di cui si dirà meglio *infra*). L'antiriciclaggio, la cui importanza è in continua ascesa, ha portato sotto la vigilanza della Banca Centrale italiana alcuni soggetti, le fiduciarie per l'appunto, che di per sé non rientrerebbero nelle categorie tradizionali dei soggetti bancario-finanziari da questa vigilati; tant'è che la loro iscrizione è stata opportunamente prevista in una “sezione separata” dell'albo degli intermediari finanziari stessi. Detto nuovo controllo pubblico infatti, sebbene nato per assicurare il rispetto delle norme contro il riciclaggio e il finanziamento al terrorismo, si è esteso anche -grazie all'ampia struttura organizzativa di cui dispone la Banca d'Italia- alla verifica dei requisiti organizzativi e di governo societario delle società fiduciarie⁹⁹. Come naturale conseguenza di dette condizioni di *governance*, è aumentata la trasparenza informativa cui tali società sono tenute, non più nei confronti del solo Ministero dello Sviluppo Economico ma ora anche dell'Autorità di Palazzo Koch. Proprio ai rapporti tra le due Autorità, fa riferimento il nuovo comma 3¹⁰⁰ dell'art. 199 citato. Esso pone un mero principio di coordinamento tra i

⁹⁹ Quali ad es. le procedure di controllo interno e il possesso di requisiti di professionalità, onorabilità, correttezza ed indipendenza previsti per gli esponenti aziendali piuttosto che per i partecipanti.

¹⁰⁰ Aggiunto dal già riportato dall'art. 4 del d.lgs. n. 169 del 19 settembre 2012.

vigilanti, prevedendo che: «*Il Ministero dello Sviluppo Economico e la Banca d'Italia, per quanto concerne le società di cui al comma 2, si danno reciproca comunicazione dei provvedimenti adottati ai fini dell'adozione dei rispettivi provvedimenti di competenza*».

Le previsioni dell'art. 199 T.U.F., e le relative norme del T.U.B. ivi richiamate, sono state attuate da Banca d'Italia mediante due recenti atti: dapprima il Provvedimento del 10 marzo 2011, e poi ¹⁰¹ la circolare del 3 aprile 2015, n. 288, intitolata “*Disposizione di vigilanza per gli intermediari finanziari*”, dedicando alle società fiduciarie il Titolo VII, Capitolo II di detta circolare. Grazie a queste nuove norme, nei primi mesi del 2016, la Banca d'Italia ha iscritto le prime fiduciarie di sua competenza.

A conclusione del capitolo è facile rilevare che, pur mancando ancora un *corpus* normativo unitario sulle società fiduciarie, le disposizioni via via adottate hanno aggiornato e rafforzato il sistema di vigilanza su quelle di maggiore dimensione e rilevanza.

¹⁰¹ L'art. 10, co. 3, d.lgs. 141/2010, prescriveva infatti che la piena applicazione della nuova disciplina fosse comunque subordinata all'entrata in vigore delle disposizioni attuative che, nel caso di specie, dovevano essere emanate dalla Banca d'Italia entro il 31 dicembre 2011. A partire dall'emanazione del provvedimento, il regime transitorio è stato previsto per la durata di 12 mesi, nel corso dei quali le fiduciarie che pur avevano le caratteristiche previste per l'iscrizione all'albo di cui all'art. 106 T.U.B. potevano continuare ad operare, salvo, l'obbligo di presentare istanza di autorizzazione ai fini dell'iscrizione nella sezione separata del predetto albo.

CAPITOLO II

GLI ASPETTI ESSENZIALI DELLE SOCIETÀ FIDUCIARIE

SEZIONE I – GLI ASPETTI GENERALI DELL'ATTIVITÀ DELLE FIDUCIARIE

1. LA RISERVA E I CRITERI DI DETERMINAZIONE

Abbiamo già anticipato come il legislatore richieda che le società fiduciarie svolgano un'attività tipica e riservata. Esaminiamo ora quindi le implicazioni più importanti: le attività esercitabili da tali imprese; il loro assoggettamento all'autorizzazione e alla vigilanza pubblica ed infine l'applicazione della procedura concorsuale di liquidazione coatta amministrativa nel caso di crisi o di gravi irregolarità.

Si parta dal primo aspetto. La norma base del 1939 le definisce come imprese ad alto grado di professionalizzazione che: *«si propongono ... di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni»*. Più analiticamente, l'art. 1 della legge del 1939 determina l'oggetto dell'attività fiduciaria secondo due tipi di criteri: uno a carattere positivo e l'altro negativo¹⁰². Il criterio positivo, che individua i tre tipi di attività sopra riportati, è stato così riassunto da Assofiduciaria¹⁰³:

- a) *l'amministrazione di beni e patrimoni per conto di terzi, con o senza intestazione fiduciaria;*

¹⁰² L'art. 1 della legge 1966/1939 così recita: *«Sono società fiduciarie e di revisione e sono soggette alla presente legge quelle che, comunque denominate, si propongono sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni.*

Sono escluse dalla competenza delle società di cui al comma precedente le funzioni di sindaco di società commerciale, di curatore di fallimento e di perito giudiziario in materia civile e penale e in genere le attribuzioni di carattere strettamente personale riservate dalle leggi vigenti esclusivamente agli iscritti negli albi professionali e speciali.

Le norme della presente legge si applicano anche alle società estere le quali, mediante succursali o stabili rappresentanze nel territorio del Regno, svolgano alcuna delle attività previste dal primo comma di questo articolo».

¹⁰³ Assofiduciaria è l'associazione di categoria delle società fiduciarie, costituita ai sensi dell'art 36 c.c., con lo scopo di tutelare gli interessi dei soggetti aderenti che svolgano –professionalmente o sotto forma di impresa- attività fiduciaria, di *trust* o d'investimento.

- b) *la rappresentanza di azionisti e obbligazionisti;*
- c) *l'organizzazione e la revisione contabile di aziende*¹⁰⁴

Originariamente, la legge prevedeva anche la “*gestione di patrimoni mobiliari individuali*”. Tuttavia, questa funzione è stata poi riservata alle sole “*società fiduciarie-Sim*”¹⁰⁵, dapprima con l’art. 17 della legge n. 1/1991, ma ancor più significativamente dall’art. 60 del D.lgs. n. 415 del 23 Luglio 1996 “*Decreto Eurosim*” nonché dal novellato art. 199 T.U.F.. Per continuare a svolgere la gestione dei patrimoni, alle fiduciarie dinamiche è stata richiesta poi l’iscrizione nella sezione speciale dell’Albo delle società d’intermediazione mobiliare, tenuto dalla CONSOB. In tal modo –come vedremo *infra*- alla stesse non si applica più il dettato della legge n. 1966/1939. Come già accennato infatti, questi sono stati i provvedimenti che hanno consacrato la definitiva scissione tra le società fiduciarie di amministrazione e società fiduciarie di gestione, o in altri termini tra le fiduciarie statiche e quelle dinamiche.

Per quanto attiene invece al criterio negativo, sono vietate alla società fiduciaria le seguenti funzioni:

- i. sindaco di società commerciali;

¹⁰⁴ Come indicato da Assofiduciaria, tra i servizi più interessanti prestati nell’ambito di questa attività ci sono:

- 1) lo studio e l’assistenza per la costituzione e l’impianto delle strutture contabili ed amministrative di imprese, enti e società di qualsiasi tipo; per operazioni sul capitale e per ogni altro atto della vita delle imprese, enti e società aventi implicazioni amministrative e contabili;
- 2) assistenza nella ristrutturazione della contabilità e dell’amministrazione di aziende in crisi, o in fase di sviluppo;
- 3) revisione di conti e partite attive e passive;
- 4) valutazioni di aziende e di patrimoni, anche in collaborazione con periti designati da terzi ed in particolare dall’Autorità giudiziaria (ad esempio nelle ipotesi di conferimenti in società di beni in natura, ovvero di fusioni societarie comportanti il concambio di azioni);
- 5) esame e revisione privatistica dei bilanci ed altri rendiconti finanziari in relazione ad acquisizioni, concentrazioni e fusioni di società ed aziende, di concessioni di credito e finanziamenti, nonché in vista di cessioni, anche al pubblico, di pacchetti azionari;
- 6) studio ed assistenza nella realizzazione di particolari combinazioni aziendali e societarie (concentrazioni, scorpori, fusioni, scissioni, cessioni ed acquisizioni di aziende o di rami di attività) sotto
- 7) il profilo organizzativo, amministrativo e contabile, provvedendo, se del caso, all’adempimento delle prescritte formalità, anche avvalendosi di professionisti particolarmente qualificati;
- 8) formazione ed aggiornamento professionale collettivo, sia attraverso gruppi di studio e di lavoro, sia con iniziative, quali incontri-dibattiti e giornate di studio.

E’ opportuno notare che, per quanto riguarda le attività di amministrazione e di revisione e organizzazione contabile, lo stretto collegamento, anche operativo, esistente tra i due servizi rende possibile una serie di prestazioni integrate in campo fiduciario classico, che va dalla revisione ed organizzazione contabile alla organizzazione amministrativa e societaria, con un evidente effetto sinergico per la qualità dei risultati a tutto vantaggio dei fiducianti.

¹⁰⁵ Alla data 22 settembre 2017, sono iscritte nell’apposito Albo “Imprese d’investimento” previsto dall’art. 20 del T.U.F., nella “*sezione speciale società fiduciarie*”, solamente 4 fiduciarie-Sim

- ii. curatore di fallimento e perito giudiziario in materia civile e penale;
- iii. attribuzioni in generale di carattere strettamente personale riservate dalle leggi vigenti esclusivamente agli iscritti negli albi professionali e speciali.

In aggiunta al suddetto criterio negativo, si riportano le ulteriori limitazioni fissate dal Decreto del Ministero dell'Industria 16 gennaio 1995 intitolato *“Elementi informativi del procedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività fiduciaria e di revisione e le –allora- disposizioni di vigilanza”*, all'art. 5 comma 7¹⁰⁶. Qui in sostanza, specificamente per le società fiduciarie di amministrazione, sono state vietate: l'attività di consulenza, l'attività industriale e la possibilità di assumere impegni finanziari sia in proprio sia nell'ambito dell'amministrazione di beni per conto terzi. Infatti, per quanto riguarda l'attività di consulenza, il divieto esplicitato nel decreto ministeriale riprende quanto già affermato in precedenza da un parere del Consiglio di Stato (n. 25 del 15 dicembre 1987), secondo cui le società fiduciarie possono esercitare l'amministrazione di beni per conto di terzi, la rappresentanza di portatori di azioni e obbligazioni, e la revisione contabile delle società *«con esclusione di attività riservate alla specifica competenza di professionisti iscritti negli albi; pertanto, le dette società non possono svolgere attività di consulenza professionale in via autonoma, né possono assistere e rappresentare i terzi per la soluzione di problemi di natura contabile e amministrativa (...); le stesse società, una volta che abbiano ricevuto ed accettato un incarico di amministrazione di beni altrui ovvero di organizzazione e revisione contabile di aziende di terzi, e nell'esercizio di dette siano costrette ad affrontare problemi di natura amministrativa, contabile e tributaria (cioè problemi la cui soluzione sia strumentale allo svolgimento dell'incarico ricevuto) devono, al pari del privato che vi provvede personalmente, servirsi della collaborazione di professionisti iscritti agli albi se si tratta di questioni che la legge riserva alla competenza esclusiva di questi ultimi. (...) In sintesi, le società fiduciarie e di*

¹⁰⁶ L'art 5, comma 7, così recita: *«Nell'ambito delle proprie attività complementari e strumentali l'oggetto sociale non può prevedere: attività di consulenza finanziaria, di studio, ovvero di assistenza, né tantomeno tali attività di consulenza - a tutti gli effetti inibite - possono essere citate nella denominazione sociale; attività industriali; la possibilità di contrarre debiti in proprio o assumere impegni finanziari o in proprio se non per l'acquisizione di immobilizzazioni tecniche; la possibilità di contrarre debiti o assumere impegni finanziari o rilasciare garanzie sia in proprio sia nell'ambito dell'amministrazione di beni per conto terzi, salvo che si tratti di garanzie prestate e di impegni assunti per conto dei fiducianti nei limiti del patrimonio affidato, previo vincolo dello stesso a tal fine, per l'intero periodo del contratto e previa autorizzazione dei fiducianti ad utilizzare tale patrimonio per far fronte alle garanzie».*

revisione possono legittimamente svolgere attività che sono strumentali all'esecuzione dell'incarico di amministrazione, organizzazione e revisione già ricevuto ed accettato, ma anche in questo limitato ambito è ad esse inibita qualsiasi attribuzione che dalla legge sia riservata ai liberi professionisti iscritti negli appositi albi»¹⁰⁷. Poco prima la Suprema Corte (sentenza n. 566 del 30 gennaio 1985) ha precisato che il divieto per le società fiduciarie di fornire servizi riservati a professionisti iscritti negli appositi albi non ricomprende le «attività di informazione, consulenza e assistenza le quali per natura, caratteristiche e finalità non si risolvono nell'esercizio delle sopraindicate professioni intellettuali, risultando un prodotto (o una nuova utilità) della cosiddetta impresa di servizio»¹⁰⁸.

Concludendo, la legge del 1939 stabilisce una riserva a favore delle sole società debitamente autorizzate a svolgere le attività ivi indicate. Da ciò si ricava l'esistenza di una netta distinzione fra l'attività fiduciaria strettamente personale e quella esercitata in forma d'impresa¹⁰⁹, essendo solo quest'ultima sottoposta ad un regime di riserva di legge e di preventiva autorizzazione pubblica¹¹⁰.

¹⁰⁷ In tali affermazioni trova riscontro anche quanto affermato *infra* in relazione all'individuazione della ratio della riserva di attività stabilita dalla legge n. 1966/1939 in coordinamento con le disposizioni relative alle libere professioni.

¹⁰⁸ Sentenza inserita in Giur. it., 1985, I, pag. 1014.

¹⁰⁹ Come evidenziato da DI MAIO F., *La società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, op. cit., 1995, pp. 74-75, è l'esercizio in forma imprenditoriale che caratterizza le società fiduciarie e che determina l'estensione della riserva di attività. Solo qualora l'attività di amministrazione di beni per conto terzi venga svolta sulla base di accordi occasionali, essa potrà essere esercitata da parte di qualunque soggetto, secondo i diversi schemi giuridici previsti dall'ordinamento. Al contrario, nel caso in cui l'esercizio di tale attività avvenga in maniera professionale, continuativa e non occasionale, attraverso un complesso di beni organizzati in forma di impresa, si renderà necessaria l'autorizzazione amministrativa. Il legislatore ha, infatti, inteso limitare le categorie di soggetti legittimati all'esercizio in forma di impresa dei servizi consistenti nella cura di beni altrui (nonché nella organizzazione e revisione contabile di aziende e alla rappresentanza di portatori di azioni e obbligazioni), identificando nelle sole società fiduciarie gli enti istituzionalmente preposti ad essi.

¹¹⁰ In passato vi erano dei dubbi in merito all'esistenza di una simile riserva, la legge del 1939 infatti si limita –tuttora- a disciplinare soltanto i casi di sospensione o revoca dell'autorizzazione concessa, nulla disponendo in ordine alle ipotesi di società che di fatto esercitino le attività sottoposte a regime di autorizzazione in mancanza dell'autorizzazione stessa. Il problema interpretativo è stato risolto a seguito dell'adozione della legge n. 148/1987 che ha espressamente sancito la liquidazione coatta amministrativa di tali società (v. *infra*).

2. LA FORMA D'IMPRESA E IL CAPITALE SOCIALE MINIMO

L'art. 3 della legge n. 1966/1939 così recita: *«le società di cui alla presente legge non potranno costituirsi sotto forma di società anonima se non con un capitale minimo di L. 200.000 e con un capitale di almeno L. 1.000.000 qualora abbiano per oggetto l'amministrazione e la rappresentanza di azionisti e di obbligazionisti»*. Il r.d. 531/1940 all'art. 2, comma 3, prevede espressamente la possibilità che le stesse si possano costituire anche come società in nome collettivo o in accomandita semplice. Successivamente il codice civile ha sostituito le "società anonime" in due possibili forme di società di capitali: la società per azioni – S.p.A. e la società a responsabilità limitata – S.r.l.. Ciò ha naturalmente reso necessario valutare l'omologabilità nelle "nuove" strutture societarie. Su tale punto, il Tribunale di Milano, con decreto del 26 febbraio 1976, ebbe a ritenere che: *«il legislatore del 1939 non poteva che prevedere la società anonima nell'ambito della società di capitali, in quanto la S.r.l. è stata introdotta solo con il codice del 1942. Non ci sono d'altra parte ragioni logico-giuridiche tali da escludere che una società (fiduciaria) possa costituirsi sotto forma di società a responsabilità limitata»*, forma che deve –pertanto- ritenersi legittima. Sotto questo profilo la decisione del Tribunale venne confermata anche dalla successiva Corte d'Appello, sempre di Milano, del 29 maggio 1976. La *querelle* si spostò quindi sul capitale minimo previsto per le fiduciarie, dal momento che la legge del 1939 ne prescriveva minimi superiori rispetto a quelli generalmente validi per le società anonime¹¹¹. Si vennero così a delineare due differenti tesi: da un lato quella minoritaria che sosteneva la necessità di un capitale sociale minimo superiore a quello previsto dalla legge, analogamente alle disposizioni fissate dal legislatore del '39; dall'altra quella maggioritaria che riteneva sul punto la legge 1966/1939 assolutamente transitoria e considerava tale diatriba priva di qualsiasi significato pratico dopo che per le S.r.l. venne previsto un capitale minimo superiore a L.

¹¹¹ «Cioè un capitale minimo di L. 200.000, mentre in generale per le società anonime non era previsto un minimo di capitale», cfr. DI MAIO F., *La società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, op. cit., 1995, p. 14.

200.000¹¹². Da ultimo, il Tribunale di Udine con decreto del 19 dicembre 1993 ha affermato che: «...in mancanza di una specifica disposizione di legge i minimi di capitale delle società fiduciarie debbono ritenersi uguali a quelli stabiliti per le altre società aventi la medesima struttura giuridica e cioè 200 milioni per le SPA e 20 milioni per le SRL...».

La motivazione risiede nel fatto che la «garanzia contro eventuali abusi è assicurata dai controlli di carattere pubblicitario previsti dalla citata legge del 1939 e dall'art. 3 del r.d. 22 aprile 1940, n. 531, predisposti per raggiungere lo scopo in modo particolarmente incisivo ed efficace»¹¹³.

Infine, si ricorda che a far data dal 25 giugno del 2014, in base al D.L. n. 91 convertito nello stesso anno con la legge n. 116, il capitale minimo delle S.p.A. è stato portato a 50.000€¹¹⁴ e quello per le S.r.l. a 10.000€¹¹⁵.

Da ultimo, si sottolinea come il novellato art 199 T.U.F. preveda tra i criteri che presiedono la richiesta di autorizzazione per l'iscrizione nella sezione separata nell'albo tenuto dalla Banca d'Italia ex art. 106 del T.U.B., anche quello di «aver adottato la forma di società per azioni e abbiano un capitale versato non inferiore a quello doppio richiesto dall'art. 2327 del codice civile». Concretamente, ci si riferisce oggi alle S.p.A. con almeno 100.000€ di capitale versato.

Riassumendo, secondo la legislazione vigente, le società fiduciarie possono costituirsi sia sotto forma di società di persone che consenta l'esercizio di un'attività commerciale (escluse quindi le sole società semplici), sia mediante una delle due forme –S.p.A. e S.r.l.- delle società di capitali. In base ai dati riportati dal sito del Ministero dello Sviluppo Economico, è bene sottolineare che, dall'esame dell'aspetto organizzativo delle 289 società fiduciarie¹¹⁶ iscritte presso il MISE nel

¹¹² Cfr. DI MAIO F., *La società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, op. cit., 1995, pp. 16-19.

¹¹³ Sembra opportuno richiamare tra tali garanzie anche i requisiti professionali previsti per gli amministratori e i sindaci agli artt. 4 e 5 della legge 1966/1939.

¹¹⁴ Cfr. art. 2327 c.c.

¹¹⁵ Cfr. art 2463 c.c., i cui commi 4 e 5 prevedono anche la possibilità di costituzione con capitale inferiore (a partire da 1€) fatto salvo comunque l'obbligo di raggiungere progressivamente (la norma non precisa un termine di tempo) il capitale minimo di 10.000€.

¹¹⁶ In tale numero rientrano sia le società autorizzate a svolgere unicamente l'attività fiduciaria, sia quelle deputate solamente all'attività di organizzazione e revisione contabile di aziende (poche), sia infine le società che svolgono entrambe le attività (la maggior parte). Per una eccellente analisi del fenomeno fiduciario, da cui sono stati ricavati anche i dati di seguito riportati, si veda il report “*Società fiduciarie e di revisione autorizzate ai sensi della L. 1966/39 - Statistiche Bilanci 2015*” effettuato dal MISE.

2015, il 29,07% ha la forma S.p.A., il 69,9% quella di S.r.l. e poco più dell'1% (cioè solo 3 fiduciarie) è costituito su base personale. Inoltre, le fiduciarie con forma di società di persone hanno in amministrazione una massa fiduciaria estremamente modesta, praticamente non rilevabile, che le porta ad essere sostanzialmente trascurabili.

3. LE ATTIVITÀ ATTUALMENTE SVOLTE DALLE FIDUCIARIE (C.D. "STATICHE"):

AMMINISTRAZIONE IN SENSO STRETTO O DI RAPPRESENTANZA

Le società fiduciarie “statiche di amministrazione” sono caratterizzate dallo scopo conservativo. In pratica esse svolgono mansioni di mera custodia e amministrazione sui patrimoni affidati, attenendosi scrupolosamente alle rigide istruzioni impartite dai fiducianti. In linea con la distinzione operata dalla citata Assofiduciaria nella Circolare n. 15 del 1985, scopo primario della fiduciaria nell'amministrazione statica è garantire: la custodia, l'esercizio dei diritti inerenti ai beni e la riservatezza nei confronti di tutti coloro che non siano dotati di un legittimo potere d'indagine. In sostanza, il fiduciante chiede alla società di essere una buona esecutrice dell'incarico commissionatogli e di svolgere una custodia professionale dei beni ad essa intestati per tutta la durata del contratto fiduciario¹¹⁷.

In merito al rapporto che si instaura tra fiduciante e fiduciaria a seguito dell'accordo, la dottrina maggioritaria¹¹⁸ sostiene che lo stesso possa essere inquadrato nello schema del mandato senza rappresentanza¹¹⁹.

Tra le operazioni di amministrazione più frequenti si ricordano¹²⁰:

- 1) la custodia dei valori mobiliari inclusi in sindacati di blocco di azioni, ossia quegli interventi atti a garantire che nessuno degli azionisti riuniti in sindacato venda le proprie azioni per un certo periodo, ovvero le venda ma solo a certe condizioni, ad esempio in favore degli altri partecipanti al sindacato e secondo un prezzo determinato;

¹¹⁷ Cfr. nuovamente la suddivisione e la descrizione dei servizi svolti dalle fiduciarie inserita nel sito web di Assofiduciaria: <http://www.assofiduciaria.it/>

¹¹⁸ *Ex multis* CARNEVALI.

¹¹⁹ Per una disamina delle posizioni dottrinali cfr. VINCI C. – GAGLIARDI M., *op. cit.*, pp. 27 e ss.

¹²⁰ Una puntuale elencazione di tutti gli altri interventi è offerta sempre nel sito dell'Assofiduciaria.

2) l'attuazione dei sindacati di voto, ossia degli accordi che impegnano i soci a votare in un determinato modo nelle assemblee. In tal caso la fiduciaria agisce come comune mandatario delle parti per un certo periodo di tempo, con o senza rappresentanza.

In tali casi la fiduciaria agisce garantendo la concreta sistemazione di interessi dei soci talvolta contrastanti, ma sempre con lo scopo di veder assicurata la miglior gestione sociale.

La società fiduciaria non può pertanto disporre autonomamente del patrimonio assegnatole ed infatti le clausole contenute nel contratto devono obbligatoriamente evidenziare che la proprietà dei beni e dei diritti rimane sempre in capo al fiduciante¹²¹. In pratica le fiduciarie, come anticipato, sono obbligate anche contabilmente ad effettuare una netta separazione tra il proprio patrimonio e quello invece gestito per conto dei clienti. Da tale segregazione consegue che i beni ed i diritti trasferiti alle società fiduciarie sono sottratti ai creditori della stessa, rimanendo quindi soggetti alle sole azioni dei creditori personali del fiduciante.

Sinteticamente, l'intestazione alla fiduciaria dei beni dei terzi e la loro conseguente amministrazione precludono alla fiduciaria qualsivoglia autonomo potere decisionale, limitandola alla sola esecuzione delle istruzioni impartite dai propri clienti ed in mancanza di queste la società ha l'obbligo di astenersi dall'esercitare ogni attività sui beni amministrati.

La Cassazione ha suffragato quanto appena riportato, affermando con la sentenza n. 4943 del 1999 che: *«nella società fiduciaria, i fiducianti - dotati di una tutela di carattere reale azionabile in via diretta ed immediata nei confronti di ogni consociato - vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni da loro affidati alla società ed a questa strumentalmente intestati»*. Ed ancora *«il mandato dei fiducianti ad investire il danaro, anche quando rimetta alla discrezione professionale della società fiduciaria l'opzione tra le diverse ipotesi di investimento considerate nel mandato, è diretto a costituire patrimoni separati da quello della società stessa ed intangibili dai creditori di quest'ultima. Ne consegue che l'eventuale "mala gestio" dei beni dei fiducianti, da parte degli*

¹²¹ Cfr. art. 5, comma 5, del D.M. 16 gennaio 1995.

amministratori e dei sindaci della società, non comporta lesione all'integrità del patrimonio sociale, sicché i commissari liquidatori sono privi di legittimazione ad agire per far valere la responsabilità degli amministratori e dei sindaci nei confronti non della generalità dei creditori (per avere compromesso la funzione di generica garanzia del patrimonio sociale, ledendone l'integrità), bensì dei fiducianti, ai quali soltanto (come ai terzi danneggiati) spetta la legittimazione in ordine all'azione individuale di cui all'art. 2395 c.c.»

Infine, il predetto D.M. del 16 Gennaio 1995, all'art. 5 comma 5, ha previsto che all'interno degli elementi essenziali dell'oggetto sociale da riportare nella domanda di autorizzazione debba effettuarsi: *«un esplicito riferimento alle attività, disciplinate dalla legge n. 1966/1939, concernenti l'amministrazione di beni per conto di terzi, l'intestazione fiduciaria degli stessi, l'interposizione della fiduciaria nell'esercizio dei diritti eventualmente ad essi connessi, nonché la rappresentanza di azionisti ed obbligazionisti.»*

Più precisamente, tra i compiti più frequenti di amministrazione in senso stretto, rientrano¹²²:

- l'amministrazione di immobili, mobili e patrimoni composti ivi comprese eredità, donazioni, legati, beni di fondazioni;
- l'amministrazione in nome della fiduciaria ma per conto del fiduciante di titoli e valori mobiliari, specie al fine di garantire la puntuale esecuzione di obblighi e transazioni, tutelando così diritti personali e patrimoniali degli interessati e compiendo ogni atto di disposizione in conformità delle istruzioni impartite. A tal fine le fiduciarie possono avvalersi degli intermediari mobiliari autorizzati ad operare nei mercati regolamentati, in base all'espressa facoltà loro accordata dalla Consob con provvedimento 4 novembre 1998¹²³. Con ciò la Commissione ha ritenuto ammissibile che gli intermediari abilitati –S.i.m.– possano intestare contratti di investimento ad una fiduciaria autorizzata ai sensi della legge 1966/1939, a condizione che siano fatti salvi alcuni comportamenti ivi indicati per fini di trasparenza e di

¹²² Cfr. MARIANI A., *Società fiduciaria ed il contratto fiduciario. Profili operativi e opportunità di utilizzo*, Sistemi Editoriali, Napoli, 2007

¹²³ Comunicazione Consob del 4 novembre 1998 inviata all'Assofiduciaria "possibilità di intestare ad una fiduciaria cd statica contratti di investimento per conto di singoli fiducianti".

vigilanza dell'authority;

- la rappresentanza di azionisti che si ripropongano di esprimere in una determinata assemblea un voto unitario;
- la rappresentanza di diritti patrimoniali e personali di azionisti di risparmio e di obbligazionisti;
- la funzione di *trustee* ai sensi dell'art 7 della Convenzione sulla legge applicabile ai Trusts e nel loro riconoscimento adottato a l'Aja il 1° Luglio 1985 e ratificata con legge n. 364/1989;
- la custodia dei valori mobiliari inclusi i sindacati dei blocchi di azioni, ossia interventi atti a garantire che nessuno degli azionisti riuniti in sindacato abbia a vendere le proprie azioni per un certo periodo, ovvero le vendano a sole certe condizioni.

4. LE ATTIVITÀ ATTRIBUITE ALLE FIDUCIARIE DALLE LEGGE 1966/1939,

MA OGGETTO DI SUCCESSIVA RIDISCIPLINA:

4.1. L'ATTIVITÀ DI REVISIONE AZIENDALE E DI ORGANIZZAZIONE

In generale, l'attività di revisione è volta ad offrire un qualificato servizio di consulenza esterna per affrontare e risolvere problematiche contabili e amministrative, individuando le strutture e le dimensioni ottimali anche sotto il profilo societario¹²⁴. E' opportuno notare che, per quanto riguarda le attività di amministrazione e di revisione e organizzazione contabile, lo stretto rapporto - anche operativo- esistente tra i due servizi rende possibile una serie di prestazioni integrate, che vanno dalla revisione ed organizzazione contabile all'organizzazione amministrativa e societaria, con evidente effetto di beneficio sui risultati conseguiti in favore dei fiduciari.

Infatti, la legge istitutiva del '39 ed il regio decreto attuativo del '40 hanno individuato tra i compiti delle società fiduciarie anche quello di organizzazione e di revisione contabile di aziende. L'evoluzione del mercato prima e della normativa poi, a partire dal D.P.R. n. 136 del 31 marzo 1975, hanno tuttavia

¹²⁴ Così si esprime Assofiduciaria sempre nel suo sito.

indotto a distinguere come soggetti diversi le società fiduciarie da quelle di revisione in senso stretto.

Tra i primi limiti introdotti alle attività esercitabili dalle società fiduciarie vi è proprio quello di revisione contabile¹²⁵. Con la legge n. 216/1974 –istitutiva della Consob- e il successivo D.P.R. n. 136/1975, la revisione contabile delle società quotate in Borsa è stata affidata esclusivamente alle società che fossero iscritte in apposito albo speciale tenuto presso la Consob stessa e aventi come oggetto sociale esclusivo l'organizzazione e il controllo della contabilità. In seguito, con l'adozione del d.lgs. n. 88/1992 (emanato in seguito alla direttiva europea 84/253/Cee), l'intera attività di revisione è stata riservata ai soggetti iscritti nell'apposito registro previsto dal decreto. In esso possono iscriversi non solo le persone fisiche, ma anche le società aventi i requisiti prescritti, in particolare quello di avere «*oggetto sociale limitato alla revisione e alla organizzazione contabile di aziende*» (art. 6).

Si pone allora un problema di coordinamento tra la disposizione citata e la possibilità per le società fiduciarie di esercitare anche l'attività di organizzazione e revisione contabile ex art. 1 della legge n. 1966/1939. La soluzione deve essere ricercata nel testo dello stesso d.lgs. n. 88/1992 che, all'art. 28 comma 4, fa espressamente salve «*le disposizioni della legge 23 novembre 1939, n. 1966, in particolare per tutto quanto riguarda le attività demandate dalla legge alle società fiduciarie e di revisione, anche se non iscritte nel registro previsto dall'art. 1*». Secondo la prevalente dottrina, tale norma deve essere interpretata nel senso che le fiduciarie autorizzate ai sensi della legge n. 1966/1939 possono continuare a svolgere l'attività di organizzazione e revisione contabile pur senza essere iscritte nel registro del d.lgs. n. 88/1992 di cui all'art. 1¹²⁶.

Occorre pertanto chiedersi quale sia l'elemento di distinzione tra le due norme. A tal proposito, c'è chi come DI MAIO si sofferma sulla diversa formulazione delle disposizioni contenute nella legge del '39 (che fa riferimento ad attività di «organizzazione e revisione contabile di aziende») rispetto a quelle

¹²⁵ Sul tema si riportano le considerazioni svolta da CARON A., *Società fiduciarie, intestazione fiduciaria e riserva di attività*, in *Diritto e pratica delle società*, 2007, 10, pp. 34 – 40.

¹²⁶ Cfr. DI MAIO F., *La società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, op. cit., 1995, pp. 33-37

del d.lgs. del '92 (che parla di invece «revisione ed organizzazione contabile di aziende»). Secondo questi, se si volesse dare rilevanza al dato testuale, potrebbe concludersi che, mentre le società di revisione di cui al D.Lgs. n. 88/1992 svolgono -oltre all'attività di revisione - anche l'attività di organizzazione contabile (per esempio, raccolta e registrazione di dati contabili), le società fiduciarie possono svolgere attività di organizzazione aziendale ulteriori rispetto ai soli profili contabili.

Inoltre, sul punto si ricorda quanto disposto anche dal D.M. 16 gennaio 1995. Esso stabilisce infatti che; *«la società che intende congiuntamente esercitare l'attività fiduciaria e di organizzazione e di revisione contabile di aziende dovrà in tal senso formulare il proprio oggetto sociale ritenendo in ogni caso preclusa (...) ogni attività di certificazione di conti e bilanci»* (art. 7). Con tale attività di certificazione deve considerarsi il controllo legale dei documenti contabili di cui al d.lgs. n. 88/1992, attività questa avente carattere esclusivo e riservata alle sole società di revisione iscritte nel predetto registro dello stesso d.lgs. ed alle società di revisione iscritte nell'albo speciale delle società di revisione istituito ai sensi del D.P.R. 31 marzo 1975, n. 136, così come novellato dall'art. 17 del citato decreto legislativo.

Concludendo, tali disposizioni portano a ritenere che rientri nell'ambito dell'attività di revisione contabile esercitabili dalle fiduciarie quella avente carattere “non propriamente certificativo”. Sulla scia di tali interpretazioni, sarebbe dunque questo il tratto distintivo tra l'attività di revisione esercitabile dalle società di revisione rispetto a quella delle fiduciarie.

4.2. LE SOCIETÀ FIDUCIARIE (C.D. "DINAMICHE"): GESTIONE DEI PATRIMONI

Nel modello della fiducia dinamica, lo scopo non è più quello conservativo - di mera custodia e amministrazione- caratterizzante le fiduciarie “statiche”, bensì quello di produrre un risultato utile di gestione mediante il conferimento di ampi poteri dispositivi sul patrimonio conferito alla fiduciaria.

L'attività di gestione di patrimoni mediante operazioni in valori mobiliari fu regolata per la prima volta dall'art. 17 della legge n. 1 del 2 gennaio 1991 – “*legge S.i.m.*”. L'art. 17, dichiarava applicabile a tale società anche l'art. 8 della legge stessa, con il quale si stabiliva, tra l'altro, che il patrimonio conferito in gestione dai singoli clienti va tenuto “*distinto*” sia da quello della società che da quello dei clienti stessi e l'espressione utilizzata dalla prassi per definire questo principio, come riportato anche dalla Cassazione¹²⁷, è di “*doppia separazione patrimoniale*”¹²⁸. Tale separazione avviene al fine di garantire un'efficace tutela degli investitori/fiducianti, soprattutto nel caso di crisi dell'intermediario, realizzata mediante la sottrazione dei suoi beni alla liquidazione concorsuale della fiduciaria, così permettendo l'immediato e completo recupero di tutto quanto riconducibile al patrimonio dell'investitore.

La materia è oggi disciplinata dal T.U.F.. Esso consente alle società fiduciarie, già autorizzate ai sensi della legge n. 1966/1939, di effettuare la gestione di patrimoni “con intestazione fiduciaria”. La particolarità è che tali attività sono esercitate sotto la vigilanza di Consob e Banca d'Italia. In proposito è interessante indicare come la ripartizione delle competenze tra dette Autorità sia idealmente ripartito secondo il criterio della finalità: alla Consob spetta vigilare sugli intermediari finanziari al fine di garantire la trasparenza e la correttezza dei comportamenti, mentre alla Banca d'Italia compete assicurare la sana e prudente condotta (secondo criteri di redditività) mediante il controllo e il monitoraggio dei rischi nello svolgimento delle diverse attività di gestione da parte degli intermediari stessi. Sinteticamente, le società fiduciarie di gestione, iscritte nella sezione speciale dell'albo di intermediazione delle S.i.m. tenuto dalla Consob¹²⁹, devono svolgere l'attività di gestione con intestazione fiduciaria “in via esclusiva”, previa integrazione della ragione sociale mediante l'indicazione di “società fiduciaria-S.i.m.”¹³⁰.

¹²⁷ Cfr. Cassazione Civile, Sez. I, 11 marzo 2005 n. 5385

¹²⁸ Cfr. DOSI G., *Il diritto contrattuale di famiglia. Le funzioni di consulenza e negoziazione dell'avvocato*, Giappichelli, Milano, 2016, p. 276.

¹²⁹ Cfr. articolo 3, comma 2, della legge 1/1991.

¹³⁰ Cfr. PICCININO L., *Trust, fiduciarie e società estere: cenni*, in TUPPONI M. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2014, II, pp. 429 – 432.

Tirando le somme, le società fiduciarie sono quindi suddivisibili in due categorie: da un lato quelle ad amministrazione “statica”, aventi ad oggetto l’amministrazione dei beni per conto terzi e originariamente previste dalla l. 23 novembre 1939 n. 1966; dall’altro quelle a gestione “dinamica”, originariamente previste dalla legge del 2 gennaio 1991 n. 1¹³¹ e poi disciplinate dall’art. 60 comma 4 del d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415 –c.d. *Decreto Eurosim*- ed infine dall’art. 199 del T.U.F. Prima della novella legislativa già oggetto di esame, l’art. 199 si esprimeva in questi termini: «*Fino alla riforma organica della disciplina delle società fiduciarie e di revisione, conservano vigore le disposizioni previste dalla legge 23 novembre 1939, n. 1966, e dall'articolo 60, comma 4, del decreto legislativo 23 luglio 1996, n. 415*». In sintesi, ciò ha significato l’iscrizione per le fiduciarie dinamiche in un’apposita sezione del suddetto albo e l’assoggettamento alla sola disciplina sui servizi di investimento¹³² nonché alla vigilanza congiunta di Consob e di Banca d’Italia. A fine settembre 2017, in tale albo risultano iscritte solamente quattro *fiduciarie-S.i.m.* e in quanto tali sottratte alla disciplina originaria della legge del 1939.

Eccetto le fiduciarie rientranti nel secondo comma dell’art 199 T.U.F. (cui si aggiunge anche la vigilanza di Banca d’Italia), per tutte le altre c.d. “statiche”, continua ad applicarsi unicamente la legge del 1939 e quindi la sola sorveglianza del MISE. Come opportunamente osservato «*l’attività delle società fiduciarie statiche non prevede l’assunzione di rischi né l’esercizio di poteri discrezionali in materia di investimenti; non sussisterebbe quindi la necessità di una disciplina prudenziale più estesa, secondo quanto succede per altri soggetti finanziari*»¹³³. La lotta all’antiriciclaggio è il solo motivo che ha pertanto spinto il recente legislatore ad aggiornare il sistema di controllo pubblico sulle fiduciarie, per cui in seguito è apparso utile svolgere delle brevi considerazioni anche sulla lotta al riciclaggio del denaro sporco e sulla sua evoluzione storica.

¹³¹ Che attribuiva loro la facoltà di prestare il servizio di portafoglio di investimenti mediante intestazione fiduciaria.

¹³² Si tratta di un elenco riservato alle sole società già operanti e non aperto a nuove iscrizioni.

¹³³ GOBBO G., *Articolo 199: società fiduciarie*, in VELLA F. (a cura di), *Commentario al TUF: decreto legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni*, Giappichelli, Torino, 2012, II, pp. 1908-1909

SEZIONE II – LA RISERVATEZZA,

LE TUTELE PER IL FIDUCIANTE E LE SANZIONI PREVISTE PER LA FIDUCIARIA

1. LA RISERVATEZZA: IL “SEGRETO FIDUCIARIO” E LE SUE DEROGHE

La riservatezza, al pari della segregazione patrimoniale dei beni¹³⁴, rappresenta uno dei caratteri fondamentali dell’instestazione fiduciaria. Nella pratica degli affari il segreto fiduciario esplica diversi effetti sui terzi, il fine infatti è quello di evitare l’evidenza della effettiva proprietà dei beni e delle quote allo scopo di:

- impedirne l’aggressione;
- evitare pressioni, psicologiche e non, sui titolari sostanziali;
- assicurare la riservatezza delle iniziative commerciali;
- permettere il passaggio generazionale di beni di famiglia garantendone la continuità gestionale;
- affidare a soggetti professionalmente competenti l’amministrazione o la gestione del proprio patrimonio;

In sintesi, la ratio sottostante all’affidamento fiduciario è la protezione patrimoniale del cliente. Va evidenziato che tale tutela è di tipo “indiretto” dal momento che essa si fonda, a differenza di altri strumenti di protezione patrimoniale (come ad esempio l’istituzione di un fondo patrimoniale), non tanto su azioni reali nei confronti del patrimonio da proteggere, quanto nella riservatezza sull’effettiva proprietà garantita dal segreto fiduciario. Utilizzando le parole di MONTEFAMEGLIO, trattasi di protezione indiretta perché: «è vero che non può essere oggetto di aggressione ciò che non ci appartiene o che comunque è soggetto a vincoli di destinazione suscettibili di limitare o annullare le pretese dei terzi, ma è altrettanto vero che non si può aggredire neppure ciò di cui non si conosce l’esistenza»¹³⁵.

La fiduciaria, infatti, al momento di sottoscrizione del rapporto, si impegna a garantire la riservatezza dei beni e dei diritti conferitigli, così obbligandosi ad

¹³⁴ LOCONTE S., *op. cit.*, 2015, nella cui Introduzione afferma: «la segregazione dei beni ha come scopo quello di separare parte del patrimonio del disponente al fine di: sottrarlo all’aggressione dei creditori; sottrarlo alla disponibilità di soggetti non sufficientemente autonomi nelle loro decisioni (ad es. disabili e incapaci); mantenerlo unito e proteggerlo dalla disgregazione o dispersione, ottimizzare la fiscalità...».

¹³⁵ Cfr. MONTEFAMEGLIO M., *Il contratto fiduciario*, in *La rivista on-line sul diritto dei trusts (www.professionetrust.it)*, ottobre/novembre/dicembre 2006, 9, pag. 2.

assicurare l'anonimato del fiduciante. Tale obbligo sarà opponibile nei confronti dei terzi che contraggono con il fiduciario; tuttavia, non sussistendo alcuna esplicita previsione normativa sul punto, dottrina e giurisprudenza hanno assimilato tale responsabilità a quella del mandatario senza rappresentanza. Conseguentemente la fiduciaria è responsabile dell'indebita¹³⁶ rivelazione dei nomi dei propri fiducianti. Si ricordi infatti che la rivelazione del segreto professionale è punita con norma generale, ossia l'art. 622 del codice penale intitolato appunto "Rivelazione del segreto professionale"¹³⁷.

Analiticamente, pur essendo la riservatezza una regola da ritenersi sottintesa nell'esercizio dell'attività fiduciaria, l'ordinamento ne ha precisato il carattere non assoluto prevedendo tutta una serie di norme di legge che richiedono la *disclosure* dei dati del fiduciante a favore di:

- a) Amministrazione finanziaria
- b) Autorità Giudiziaria
- c) Autorità Antiriciclaggio

Trattasi cioè di vere e proprie previsioni di legge in cui le Autorità pubbliche possono spogliare il cliente della sua aspettativa di segretezza. Tra i limiti legali all'anonimato del fiduciante, fissati a più riprese, si ricordano, senza alcuna pretesa di esaustività, i seguenti interventi normativi:

- in ambito di accertamento fiscale, l'attribuzione di specifici poteri di ispezione all'Amministrazione Finanziaria con il D.P.R. 633/'72 e il D.P.R. 600/'73 sulle attività detenute dalle società fiduciarie e sui nominativi dei relativi fiducianti; o ancora il D.P.R. 917/1986 che agli artt. 110, 167 e 168

¹³⁶ Si deve porre l'accento sull'utilizzo dell'avverbio *indebitamente* perché, se da una parte, il segreto fiduciario non risulta opponibile *erga omnes* esistendo tassative eccezioni che impongono alla società fiduciaria l'obbligo di *disclosure* circa l'identità del proprio fiduciante (v. *infra* nello stesso paragrafo); dall'altra parte le informazioni devono essere raccolte in osservanza delle disposizioni che regolano i rapporti amministrazione-cittadino di cui allo Statuto dei diritti del contribuente, e comunque nel rispetto della vigente normativa sulla tutela della privacy, pena la loro inutilizzabilità ex art. 11, comma 2 del Codice ed il conseguente annullamento dell'atto di accertamento (se non autonomamente giustificato da altre informazioni legittimamente ottenute).

¹³⁷ «Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare nocumento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da €30 a €516.

La pena è aggravata se il fatto è commesso da amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci o liquidatori o se è commesso da chi svolge la revisione contabile della società.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa.»

fissa delle disposizioni antielusive in tema di *transfer pricing*, *controlled foreign companies* e società collegate residenti in paradisi fiscali; infine, sempre rispetto all'Amministrazione Finanziaria, la legge 413/1991 e il D.M. 269/2000 circa l'anagrafe dei conti e dei depositi, attribuisce poteri investigativi al Fisco, limitati al ricorrere di specifiche condizioni. La legge 227/1990 impone alle fiduciarie di mettere in evidenza i trasferimenti da o verso l'estero di denaro, titoli o valori mobiliari di importo superiore a € 10.000. Ma, come già anticipato, altre autorità pubbliche possono derogare al segreto fiduciario, tra queste il Ministero dell'Economia e delle Finanze che la legge 102/1991 sul *capital gain* fissa come destinatario delle comunicazioni sui dati delle singole operazioni effettuate nell'anno precedente da parte delle società fiduciarie.

- la disciplina antimafia sull'intestazione fiduciaria per imprese aggiudicatrici di appalti pubblici
- le norme antiriciclaggio (v. *infra*), che a partire dalla legge 197 del 1991 (recepimento della I direttiva europea antiriciclaggio) fino al d.lgs. n. 90 del 2017 (recepimento della IV direttiva europea antiriciclaggio) hanno obbligato le fiduciarie ad identificare i propri clienti, nonché a svolgere su di essi le operazioni la "adeguata verifica", a registrare le operazioni effettuate, ed infine –soprattutto- segnalare le operazioni sospette di riciclaggio.

È sempre in virtù del principio di riservatezza che va letta poi l'impossibilità di individuare da documenti e registri pubblici, nonché dalle visure camerali e catastali, il nominativo del titolare del bene e del titolo conferito nella società fiduciaria. In questi casi infatti al posto del titolare si rinverrà la sola indicazione dell'ente fiduciario. Ne consegue che il creditore non possa utilmente servirsi delle visure camerale qualora il debitore che detenga quote di partecipazioni in distinte società per il tramite di una società fiduciaria. In tal caso, per risalire all'identità dell'effettivo fiduciante e recuperare i crediti vantati verso costui, si profilerebbero due diversi casi:

1. l'ipotesi in cui la società fiduciaria risieda nel nostro Paese, o nell'U.E. ovvero in uno Stato in cui è stato stipulato o un accordo di mutua assistenza

amministrativa in materia fiscale (per crediti fiscali)¹³⁸ oppure un accordo di cooperazione in materia di pignoramento ed esecuzione forzata internazionale (per crediti privati);

2. e quella in cui la società fiduciaria risieda invece in uno Stato con cui non sono stati stipulati con l'Italia né accordi di mutua assistenza amministrativa in materia fiscale né di cooperazione in materia di pignoramento ed esecuzione forzata internazionale;

Nel primo caso il creditore privato del fiduciante potrà esperire la procedura del pignoramento nazionale o internazionale presso terzi; mentre per i crediti di natura fiscale, l'Amministrazione finanziaria potrà esperire i poteri di accertamento nei confronti della società fiduciaria, richiedendo alla stessa dati e notizie sull'identità del soggetto fiduciante.

Nel secondo caso invece, gli sforzi dei privati e dell'Amministrazione finanziaria di far valere i propri crediti nei confronti del fiduciante, rischiano realisticamente di arenarsi¹³⁹.

2. LA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA E LE ALTRE SANZIONI

La legge istitutiva delle società fiduciarie nulla dichiara riguardo la procedura concorsuale a cui le fiduciarie -in situazione di crisi, di grave irregolarità o di svolgimento dell'attività senza autorizzazione- sono assoggettate.

Parimenti nessuna menzione fu effettuata con l'emanazione della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267 e successive modificazioni)¹⁴⁰.

¹³⁸ V. ad esempio la direttiva 2003/48/CE recepita nel nostro ordinamento con d.lgs. 84/2005 in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamento di interessi prevede l'istituzione di un sistema automatico di scambio di informazioni tra le AA. FF. europee

¹³⁹ Cfr. articolo *La società fiduciaria, cos'è e per quale scopo viene impiegata. Implicazioni del segreto fiduciario*, in *Centro Studi Fiscalità Internazionale e Antiriciclaggio*, 23 febbraio 2017, <http://www.moneylaundering.it/2017/02/23/la-societa-fiduciaria-cose-e-per-quale-scopo-viene-impiegata/>

¹⁴⁰ La liquidazione coatta amministrativa originariamente fu prevista solo da alcune leggi speciali, ciascuna dedicata ad un preciso tipo di impresa avente un'attività di natura speciale e caratterizzata dal coinvolgimento di interessi generali. In seguito, ai fini di una maggiore chiarezza della materia, la procedura fu uniformata dalla legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267 e successive modificazioni) agli artt. 194-215. Restano quindi ancora valide le disposizioni speciali, che ne individuano l'ambito soggettivo di applicazione.

Fu solo alla metà degli anni '80 che se ne colmò la lacuna. Le fiduciarie furono finalmente assoggettate, in via esclusiva¹⁴¹, all'istituto della liquidazione coatta amministrativa (c.d. l.c.a.)¹⁴². La *ratio* di tale scelta è ravvisabile nell'interesse pubblico sottostante alla loro attività, come la tutela dei clienti dai rischi di una scorretta gestione del patrimonio conferitoli. Come noto, la l.c.a. preclude ai singoli creditori l'esperibilità di azioni individuali in sede giurisdizionale. Essi infatti sono obbligati a far valere le rispettive istanze nella procedura amministrativa di accertamento dei crediti attuata dal commissario liquidatore¹⁴³. JANNUZZI¹⁴⁴ osserva che la caratteristica principale di tale procedura risiede nello svolgimento secondo la direzione dell'Autorità amministrativa (qui il MISE), anziché di un giudice delegato al fallimento. Ciò al fine di assicurarne maggiore celerità ed efficacia per garantire la tutela del risparmio e gli altri specifici interessi collegati all'impresa fiduciaria.

Più precisamente, l'applicabilità della liquidazione coatta amministrativa è stata disposta da due interventi normativi: la legge n. 430 del 1 agosto 1986¹⁴⁵ e la legge n. 148 del 1987.

La prima si applica a tutte le imprese fiduciarie che in base alla legge 1966/1939 già esercitano la loro attività in base all'autorizzate ministeriale; la seconda si riferisce invece alle fiduciarie che svolgono tale attività "di fatto", ossia senza la preventiva autorizzazione prima menzionata.

Si iniziò con lo studio della legge n. 430 del 1986. Essa, all'art. 1, stabilisce che la liquidazione coatta amministrativa può essere proposta in base a due, alternativi, presupposti: la revoca dell'autorizzazione da parte del ministero o la dichiarazione dello stato di insolvenza da parte dell'autorità giudiziaria. Ovviamente la prima sarà

¹⁴¹ Questa alternatività non è tuttavia una regola generale, valendo ad esempio altresì per le banche ma non per altre tipologie societarie, come le cooperative, assoggettabili tanto alla liquidazione coatta amministrativa quanto al fallimento.

¹⁴² Ci si limita ad osservare che la scelta legislativa di allargare l'ambito di applicazione della l.c.a. – estendendola negli ultimi decenni, oltre che alle società fiduciarie, anche a Sim, SGR, SICAV, fondazioni bancarie, imprese sociali – appare in controtendenza rispetto al fenomeno di restringimento del ruolo statale nel diritto dell'impresa e, con specifico riferimento al diritto della crisi delle imprese, con la scelta legislativa di esaltare il ruolo dei privati (debitore e creditori) nelle soluzioni concordate della crisi e quello del curatore e del comitato dei creditori nel fallimento.

¹⁴³ Tre le principali differenze col fallimento, oltre alla diversità dei presupposti alla base non limitati allo stato d'insolvenza, vi è proprio l'organo competente a disporla: l'autorità amministrativa al posto del tribunale.

¹⁴⁴ JANNUZZI A., *op. cit.*, p. 118

¹⁴⁵ "Norme urgenti sulla liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie, delle società fiduciarie e di revisione e disposizione sugli enti di gestione fiduciaria"

impugnabile di fronte al T.A.R., la seconda davanti alla Corte d'Appello. Analiticamente, la revoca dell'autorizzazione è un provvedimento sanzionatorio possibile solo per "gravi motivi", con ciò intendendosi rilevanti disordini gestionali e di amministrazione, che presentino un valore parificabile a quello dell'insolvenza¹⁴⁶ (ex art. 2 della legge del 1939). In tal caso, occorrerà comunque che il Ministero motivi tale atto indicandone esplicitamente i fatti imputati alla fiduciaria. In pratica la norma ha attribuito, visto gli interessi in gioco, un significato più pregnante alla revoca dell'autorizzazione, parificandone le conseguenze all'accertamento dello stato di insolvenza. Sia nel caso di revoca dell'autorizzazione, sia nel caso di accertamento dello stato di insolvenza, l'impresa è posta in liquidazione attraverso un provvedimento conclusivo del MISE, che, sempre con lo stesso decreto ministeriale, individua i commissari liquidatori. Il comitato di sorveglianza è invece nominato con un decreto successivo¹⁴⁷. Il provvedimento di revoca dell'autorizzazione ha carattere discrezionale, è invece obbligatorio il decreto ministeriale di liquidazione in conseguenza della revoca stessa o della sentenza del tribunale che dichiara l'insolvenza.

Con il successivo art. 2 della legge 430/1986, il legislatore ha disciplinato anche il complesso sistema dei meccanismi gestionali realizzati tramite altre società collegate con la fiduciaria in liquidazione. Sostanzialmente si estende la procedura citata alle società del gruppo facenti capo ad una fiduciaria posta in liquidazione, in ragione della unitarietà che lega le varie società tra loro.

Infine altro elemento da valutare con attenzione riguarda la molteplicità di poteri esercitabili dal commissario: questi potrà non solo sollecitare l'accertamento giudiziario dello stato di insolvenza presso l'organo competente¹⁴⁸, ma anche ottenere informazioni -entro 30 giorni dalla richiesta- dalla Consob e da ogni altro soggetto pubblico, nonché esperire azioni revocatorie o denunciare gli amministratori e i sindaci ai sensi dell'art. 2409 del c.c., quando sussiste il "*fondato sospetto di gravi irregolarità nell'adempimento dei loro doveri*".

Si passi ora invece all'esame della legge n. 148 del 1987.

¹⁴⁶ Si consideri ad esempio, ma non solo, le ipotesi di specifiche violazioni di legge, inosservanza di direttive autoritative, disordini amministrativi o ancora inadempienza verso fiducianti o creditori (cfr VINCI C. e GAGLIARDI M., *op. cit.*, 1990, p. 164).

¹⁴⁷ Sul punto vedasi l'art. 1, comma 1, della legge 430/1986.

¹⁴⁸ Cfr. sempre la legge 430/1986.

Si è più volte riferito che l'art. 1 della legge istitutiva delle società fiduciarie prevede essere: «*società fiduciarie e di revisione (...) quelle che, comunque denominate, si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni*». Conseguentemente, un primo ordine di dubbi avanzato dalla prassi attenne sull'esistenza o meno di una riserva di attività a favore di tali imprese e, più in particolare, sulle conseguenze giuridiche collegate ad un suo mancato rispetto. Il quesito non trovò soluzione all'interno della legge del 1939, la quale, di concerto con il r.d. del 531/1940, si limita tuttora a disciplinare i soli casi di sospensione o revoca dell'autorizzazione già concessa, nulla disponendo quindi per le società che esercitino “di fatto” le attività fiduciarie in mancanza della preventiva autorizzazione stessa. Il problema interpretativo è stato risolto definitivamente proprio dalla legge n. 148/1987, che all'art. 3-bis così recita: «*Le società e gli enti che, senza essere autorizzati ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, svolgono l'attività propria di società fiduciaria sono posti, previa contestazione degli addebiti, in liquidazione coatta amministrativa*». La norma sostanzialmente sancisce l'esistenza di detta riserva e sottintende inoltre un rigoroso sistema di monitoraggio pubblicistico sul corretto e regolare esercizio di tali attività.

Da ciò discenda la rilevanza pubblica dell'attività fiduciaria, dal momento che si tutela, come detto, l'affidamento che i clienti pongono in queste imprese¹⁴⁹.

Non sussiste invece -a differenza di quanto previsto nei progetti di riforma¹⁵⁰- una sanzione penale esplicita per l'esercizio dell'attività di fatto, ma restano salve e pienamente applicabili le disposizioni sempre a carattere penale previste dagli artt. 2621 e ss. del codice civile. Al contrario sono numerose le ipotesi di sanzioni amministrative speciali: sia di tipo pecuniario per specifici illeciti sia, come visto nei casi più gravi, con la revoca dell'autorizzazione.

¹⁴⁹ Cfr. sul punto nuovamente VINCI C. e GAGLIARDI M., *op. cit.*, 1990, p. 165

¹⁵⁰ Nel 1986 il Professor FERRO-LUZZI, incaricato dall'allora Ministro dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato, predispose un disegno di legge recante la “*Disciplina delle attività fiduciarie*”, pubblicato in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 308. Il progetto fu recepito e seguito dalla proposta di legge n. 205 del 2 luglio 1987. Cfr. CARNEVALI U., *I recenti progetti di riforma delle società fiduciarie*, ne *Le Società*, 1987, 6, pp. 1012-1015. Infine nel 2001, un altro tentativo riformatorio fu lanciato da alcuni deputati, tramite la proposta di legge n. 1945 dello stesso anno.

Al termine, si rileva ancora una volta come dette disposizioni contribuiscano a rafforzare la distinzione fra l'attività fiduciaria a carattere personale e quella esercitata professionalmente: solo quest'ultima è infatti assoggetta ad un regime di riserva operativa, di preventiva autorizzazione pubblica ed in particolare di disciplina *ad hoc* per la liquidazione.

CAPITOLO III

LA VIGILANZA SULLE SOCIETÀ FIDUCIARIE - EVOLUZIONE

SEZIONE I – LA VIGILANZA DEL MINISTERO DELL'INDUSTRIA, OGGI MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO

1. LA STRUTTURA "BIFASICA" DELLA VIGILANZA MINISTERIALE:

VERIFICA DEI REQUISITI AUTORIZZATORI E VIGILANZA SULL'ESERCIZIO

L'art. 2 della legge n. 1966/1939 specifica che: «*Le società di cui all'articolo precedente sono soggette alla vigilanza del Ministero delle corporazioni¹⁵¹ e non potranno iniziare le operazioni senza essere autorizzate con decreto (...)» ed aggiunge: «L'autorizzazione sarà revocabile per gravi motivi, previa contestazione alla società dei fatti ad essa addebitabili».*

Il Ministero è l'unico soggetto pubblico che vigila su tutte le società fiduciarie. Negli anni '70 però -come vedremo meglio *infra*- per alcune di esse furono previsti controlli anche da parte di Consob e Banca d'Italia e la più recente novella dell'art. 199 T.U.F. ha altresì previsto una seconda –piena- vigilanza della Banca Centrale italiana per talune categorie di fiduciarie.

In termini generali, il controllo ministeriale può essere definito “bifasico”, ossia svolto tanto nella fase preliminare di accesso all'attività fiduciaria –con accertamento del rispetto dei requisiti sulla base della procedura e dei documenti richiesti dal

¹⁵¹ Nel corso del tempo questo Ministero ha più volte cambiato denominazione. Durante il Fascismo, assunse il nome di “*Ministero delle corporazioni*”, venne istituito nel 1926 ed accorpò in breve tempo alcune funzioni del “*Ministero dell'Economia Nazionale*”, quest'ultimo soppresso invece nel 1929 e sostituito col “*Ministero dell'Agricoltura e delle Foreste*”. Con la caduta del Regime vennero soppressi vari istituti, comprese le denominazioni che lo ricordavano, pertanto nel 1943 il Ministero delle Corporazioni mutò, dall'allora Governo Badoglio I, in quella di “*Ministero dell'Industria, del Commercio e del Lavoro*”. Nel 1966, con il governo Moro III, viene aggiunta la competenza sull'artigianato e vi fu l'ennesima variazione in “*Ministero dell'Industria, Commercio e Artigianato*”. Allo scopo di ridurre il numero totale dei ministeri per fini di *spending review*, la riforma Bassanini del 1999 istituì il “*Ministero delle attività produttive*”, unendo al precedente Ministero dell'Industria anche il “*Ministero del commercio con l'estero*” ed il “*Ministero delle comunicazioni*”, che tuttavia fu mantenuto autonomo dal governo Berlusconi II nel 2001. Nel 2006, con il governo Prodi II, viene costituito di nuovo il “*Ministero del commercio internazionale*” con conseguente cambio della denominazione nell'attuale “*Ministero dello Sviluppo Economico – MISE*”. Solo nel 2008 si decide di riportare *in auge* la riforma Bassanini unificando nel MISE le funzioni del “*Ministero delle comunicazioni*” e del “*Ministero del commercio internazionale*”, che cessano di esistere a partire dal governo Berlusconi IV.

D.P.R. 18 aprile 1994, n. 361 e dal D.M. del 16 gennaio 1995¹⁵² – quanto durante il successivo esercizio dell'attività stessa (una volta ottenuta l'autorizzazione), tramite l'esame dei bilanci e di altri documenti.

Specificamente, per essere autorizzati all'esercizio dell'attività fiduciaria è necessario che la società, tramite il proprio rappresentante legale, ne faccia espressa richiesta. La domanda andrà redatta secondo le opportune prescrizioni ministeriali¹⁵³.

In sintesi, i documenti più importanti da presentare unitamente alla domanda di autorizzazione sono:

- la copia autenticata dell'atto costitutivo e dello statuto¹⁵⁴;
- la copia dell'ultimo bilancio approvato¹⁵⁵;
- l'oggetto sociale, con esplicito riferimento alle attività indicate dalla legge 1966/1939;
- l'attestazione per le società di capitali del versamento dell'intero capitale sociale e della tuttora esistenza dello stesso¹⁵⁶;
- la relazione sugli scopi che la società si prefigge e sui mezzi predisposti per raggiungerli, con particolare riguardo alla sua organizzazione interna¹⁵⁷;

¹⁵² Tale provvedimento, all'art. 17, comma 5, «*sostituisce le (precedenti) disposizioni impartite con la circolare 3188/C del 5 maggio 1989, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, n. 111 del 15 maggio 1989, le quali pertanto debbono ritenersi abrogate*».

¹⁵³ «*La domanda, in carta legale, è redatta nelle forme e nei modi stabiliti nell'allegato A dal ed è corredata della prevista documentazione dalla quale risulti la sussistenza dei requisiti e delle condizioni richiesti per l'adozione del provvedimento*» (v. art. 4, comma 3, D.M. 16 gennaio 1995).

¹⁵⁴ «*...Ottemperato al deposito dell'atto costitutivo, ed ove prescritto, dello statuto, la società presenterà il certificato attestante l'iscrizione dell'azienda nel registro delle imprese*» (v. art. 5, comma 4, D.M. 16 gennaio 1995).

¹⁵⁵ Nel dettaglio, la richiesta si riferisce alle società preesistenti che abbiano modificato l'oggetto sociale al fine di poter esercitare l'attività fiduciaria, le quali dovranno trasmettere la copia del bilancio pubblicato ai sensi dell'art 2435 c.c., corredata con gli allegati previsti dalla legge e dal verbale di approvazione da parte dell'Assemblea, relativo all'ultimo esercizio precedente l'iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione dell'Assemblea straordinaria di modifica dell'originario oggetto sociale. Nell'eventualità invece di società all'uopo costituita, qualora non sia decorso il termine fissato per la chiusura del primo esercizio, è sufficiente formulare una mera dichiarazione negativa (v. art. 8, comma 1, D.M. 16 gennaio 1995).

¹⁵⁶ Cfr. art. 15, comma 1, D.M. del 16 gennaio 1995.

¹⁵⁷ A tal fine, dovrà essere redatta una relazione sugli scopi e i mezzi predisposti, da cui evincere il tipo dei servizi che si intende prestare, la specializzazione eventualmente prescelta, le prevedibili potenzialità di espansione, nonché i mezzi necessari per l'operatività della società. Circa i mezzi, la società deve dotarsi in particolare di linee telefoniche, mobilio ed elaboratori. Deve essere altresì fornita la dimostrazione della disponibilità della sede legale, mediante la produzione del contratto di proprietà, di affitto o di subaffitto. In quest'ultimo caso deve essere prodotto anche il contratto di affitto principale. (v. art. 9).

- infine, per gli amministratori il certificato di cittadinanza e di iscrizione all'albo dei dottori commercialisti ed esperti contabili. Quest'ultima iscrizione è richiesta: sempre per l'amministratore unico; mentre è sufficiente che sia avanzata da uno solo dei componenti in caso di consigli di amministrazione inferiori a cinque membri, o da almeno due dei componenti per quelli superiori a cinque membri¹⁵⁸;

Sono altresì richieste specifiche dichiarazioni di onorabilità che attestino l'assenza di particolari condizioni ostative previste dall'art. 13 per i componenti del consiglio di amministrazione, del collegio sindacale e per il direttore generale, nonché più in generale per l'incarico di personale non di ordine¹⁵⁹.

Dal momento in cui la documentazione risulta completa, l'Ufficio richiede il preventivo concerto del Ministero della Giustizia, che ha 30 giorni per esprimersi scaduti i quali l'autorizzazione si intende tacitamente acquisita¹⁶⁰. Infatti, il citato D.P.R. n. 361/1994 all'art. 4 comma 2, ha abrogato l'art. 2 della legge n. 1966/1939 e l'art. 4 del r.d. 531/1940, nella parte in cui prevedeva il concerto del Ministro di Grazia e Giustizia rispettivamente per la domanda d'autorizzazione e per la domanda di sospensione/revoca. Tuttavia, come risulta dal sito del MISE, la prassi ministeriale continua a prevedere il parere del Ministero di Giustizia.

Se l'*iter* autorizzatorio si conclude con esito positivo, il MISE emana il decreto di autorizzazione e ne inserisce la denominazione nel registro, consultabile anche dal sito del Ministero stesso. Al contrario, se le irregolarità riscontrate sono comunque sanabili, intima alla società di adeguarsi a tali prescrizioni: se quest'ultima rimuove gli ostacoli ivi evidenziati verrà finalmente ad essere autorizzata; altrimenti se le irregolarità dovessero risultare insanabili oppure se la società non si adegua alle raccomandazioni del MISE, quest'ultimo emette un provvedimento di diniego, ricorribile per la fiduciaria solo in via amministrativa.

¹⁵⁸ V. art. 9 del suddetto D.M.

¹⁵⁹ Tra queste ad esempio: l'interdizione legale, la sottoposizione a misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria, abbiano rivestito alcuna di tali cariche almeno per i due esercizi immediatamente precedenti l'assoggettamento alla procedura di liquidazione coatta amministrativa di società fiduciaria e di revisione.

¹⁶⁰ L'effetto di "silenzio-assenso" derivante dalla mancata risposta del Ministero della Giustizia è la grande novità che ha portato ad abrogare il «concerto col Ministro per la grazia e la giustizia» del già citato art. 2, legge 1966/1939.

La domanda di autorizzazione si intende comunque accolta qualora, entro 120 giorni dalla sua presentazione, il Ministero dello Sviluppo Economico non abbia emanato un provvedimento di espresso diniego e debitamente motivato¹⁶¹.

Alla data 12 ottobre 2017, risultavano iscritte 259 società fiduciarie e di revisione e 22 società svolgenti invece esclusivamente l'attività di revisione¹⁶².

Dopodiché, inizia la seconda fase della vigilanza ministeriale, quella volta cioè a controllare l'effettivo operato delle società fiduciarie già autorizzate. Concretamente, tale esame si esplica sia sulla base del bilancio annuale che le società devono obbligatoriamente inviare al MISE entro 30 giorni dall'approvazione dello stesso, sia con ispezioni periodiche o straordinarie¹⁶³, avvalendosi, ove occorra, dell'opera di esperti esterni¹⁶⁴, al fine di rimuovere eventuali situazioni di irregolarità¹⁶⁵. Le fiduciarie sono obbligate a fornire tutti i documenti eventualmente richiesti e qualora non vi adempiano è possibile sospenderne l'esercizio dell'attività o, nei casi più gravi, revocarne proprio l'autorizzazione. Si badi che tanto il provvedimento di revoca quanto quello di sospensione deve essere adottato dal Ministero entro –e non oltre- 40 giorni dalla contestazione alla società dei fatti ad essa addebitati¹⁶⁶.

Dalle informazioni assunte in questa ricerca risulta un'oggettiva carenza di risorse destinate a detti controlli *post* autorizzatori. La stessa previsione normativa di far ricorso ad esperti esterni, che come tali non possono avere una consolidata esperienza dello specifico fenomeno del controllo fiduciario, sembra rendere tale vigilanza a carattere più formale che sostanziale. Un'osservazione, quest'ultima, che sicuramente ha avuto il suo peso nella scelta che il legislatore ha recentemente effettuato con la riforma del 199 del T.U.F. e dell'art. 106 del T.U.B., che ha portato, come noto, le società fiduciarie più significative sotto la vigilanza –assai più pressante- di Banca d'Italia.

¹⁶¹ V. art. 2, comma 4, D.P.R. n. 361 del 18 aprile 1994.

¹⁶² Fonte: <http://www.sviluppoeconomico.gov.it/index.php/it/impresa/vigilanza/societa-fiduciarie/elenco>

¹⁶³ V. art. 3, r.d. n. 531 del 22 aprile 1940.

¹⁶⁴ Gli esperti, a cui vengono affidati tali incarichi ispettivi presso società fiduciarie e società fiduciarie e di revisione, svolgono la suddetta attività con onere a carico delle società stesse e sono scelti dall'elenco istituito e regolato dal D.M. 18 giugno 1993. L'art. 6 dello stesso, relativo alla determinazione del compenso, è stato abrogato e aggiornato, da ultimo, dal D.M. 31 marzo 2016.

¹⁶⁵ V. art. 1, comma 2, della Legge 1 agosto 1986 n. 430, che ha esteso la l.c.a. alle società fiduciarie.

¹⁶⁶ V. art. 3, D.P.R. n. 361 del 18 aprile 1994.

2. LA RESPONSABILITÀ PER OMESSO O NON CORRETTO ESERCIZIO

DELLA VIGILANZA PUBBLICA: SINTESI DELL'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

In più di un'occasione il Ministero dello Sviluppo Economico ha esercitato il potere di revoca dell'autorizzazione a fronte di gravi irregolarità societarie. Sicuramente tra i casi più celebri alla cronaca vi sono quella del finanziere SGARLATA LUCIANO che, prima con la fiduciaria "Reno S.p.A." e poi con quella "Previdenza S.p.A." (quest'ultima fittiziamente intestata ad altri soggetti a lui vicini), cagionò un'ingente truffa a danno di numerosi risparmiatori, la quale risultò causata anche da una non corretta attività di supervisione pubblica su dette fiduciarie. Alla luce di quest'ultimo aspetto, ci si è chiesti se una simile inadempienza potesse essere fonte di responsabilità a carico del vigilante pubblico. In altre parole, prima di approfondire il caso SGARLATA, è sembrato opportuno effettuare una breve rassegna dell'evoluzione giurisprudenziale sull'ampio tema riguardante l'ammissibilità del risarcimento derivante dall'esercizio della vigilanza pubblica.

I poteri di controllo del MISE sulle fiduciarie sono inquadrabili, come visto, nell'esigenza pubblica di tutela del mercato e degli investitori. Recenti filoni giurisprudenziali¹⁶⁷, hanno fatto discendere da ciò la configurabilità di una responsabilità risarcitoria in capo all'organo di controllo a seguito dell'omissione o del non corretto esercizio di detta vigilanza. A tal proposito, la Cassazione Civile, Sez. III, del 27 marzo 2009, n. 7351¹⁶⁸ ha correttamente affermato che la funzione di vigilanza del Ministero, unitamente al potere di autorizzare o revocare l'esercizio dell'attività fiduciaria «è posta anche a tutela degli interessi dei privati (fiducianti), che abbiano affidato i propri risparmi alla società fiduciaria». Ciò in quanto la materia trova fondamento diretto negli articoli della Costituzione: 41 "limite dell'utilità sociale alla libertà di iniziativa economica", 47 "tutela del risparmio" e 97 "buon andamento dell'amministrazione". Da qui, la sussistenza di una vera e

¹⁶⁷ Sul punto e per quanto segue in questo paragrafo, una puntuale disamina è stata offerta da GIOVAGNOLI R., *La responsabilità extra e pre-contrattuale della P.A. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 329 e ss.

¹⁶⁸ Cfr. la nota a sentenza di SCOGNAMIGLIO C., *Responsabilità della PA per violazione di obblighi di vigilanza e di informazione sull'attività delle società fiduciarie*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2009, 25, p. 1164-1170, rileva che il richiamo all'art. 47 non sembra essere corretto in quanto tale disposizione «si dirige, con le sue enunciazioni, alla "Repubblica", cui demanda specifiche funzioni» e non appare pertanto idoneo a configurare situazioni giuridicamente rilevanti in capo ai privati.

propria responsabilità per il soggetto pubblico che commetta gravi inadempimenti nell'esercizio della sua attività di controllo. Tuttavia, tale principio è maturato solo nel corso di molto tempo.

In linea generale, uno dei problemi più annosi in merito all'eventuale concorso dell'Amministrazione nel fatto illecito del terzo è proprio quello dell'omesso esercizio dell'attività di vigilanza. L'attività di controllo pubblico fu inizialmente concepita per ovviare a situazioni di c.d. "fallimenti del mercato"¹⁶⁹, dove gli strumenti di diritto comune non erano risultati in grado di offrire un'adeguata tutela ai prioritari interessi pubblici rispetto agli interessi privati direttamente ivi coinvolti. Era sorta infatti l'esigenza di introdurre discipline amministrative di settore sottoponendo tali attività al controllo pubblico. Venne ben presto al pettine la questione se nell'ipotesi che un soggetto vigilato avesse causato un danno ad un cliente/investitore, ne fosse responsabile esclusivamente il soggetto stesso che aveva direttamente posto in essere il pregiudizio o anche chi, avendo il compito istituzionale di vigilare, non fosse intervenuto per impedire la produzione del pregiudizio stesso. In sostanza, si trattava di definire la posizione soggettiva del danneggiato dal comportamento di un intermediario finanziario, nei confronti dell'autorità amministrativa che aveva il compito di vigilare sull'intermediario stesso. Per molti anni, valutando la posizione del danneggiato come titolare di un interesse legittimo nei confronti dell'amministrazione vigilante, è prevalsa la regola della non risarcibilità dello stesso, escludendo alla radice una qualsivoglia configurabilità di illecito in capo al vigilante. Si cita sul punto la sentenza della Cass, Sez. un., 5346 del 1978, che negò ogni risarcimento ai danneggiati dal crollo di un edificio costruito in violazione alle leggi della statica. Questi ultimi lamentavano infatti che il Comune avesse concesso la licenza di costruzione ed il certificato di abitabilità senza effettuare alcun controllo in merito alla stabilità dell'edificio. La sentenza si basò sull'assunto secondo cui la normativa edilizia non conferisce diritti soggettivi ai privati, avendo di mira solo la tutela di interessi pubblici. Queste ed altre sentenze di quegli anni, rigettarono le domande risarcitorie dei privati che lamentano il cattivo esercizio della funzione di vigilanza, non dopo aver svolto la

¹⁶⁹ O, come più efficacemente sottolineato da alcuni autori, di "fallimenti del diritto privato" (cfr. CLARICH M., *La responsabilità della Consob nell'esercizio della funzione di vigilanza: due passi oltre la sentenza della Cassazione n. 500/99*, in *Danno e responsabilità*, 2002, 2, pp. 223 e ss.

verifica dell'assenza di un nesso di causalità tra evento e danno, ma sulla base di una esclusione a monte della configurabilità in dette ipotesi del “danno ingiusto” ex art. 2043 codice civile.

A seguito del proliferare di operazioni finanziarie rilevatesi pregiudiziose per i risparmiatori, la Cassazione –seguendo il medesimo percorso logico suddetto- continuò per diversi anni ad escludere la responsabilità della Consob e della Banca d'Italia per omesso o insufficiente controllo sulle società abilitate a raccogliere il risparmio presso il pubblico¹⁷⁰.

A partire dagli anni '90 si è tuttavia affermato¹⁷¹ un diverso indirizzo -tuttora vigente- che ammette la risarcibilità del danno da omessa o non corretta vigilanza. Esso impone alla Pubblica Amministrazione una modalità di azione limitata non solo dalla legge, ma anche dal *neminem laedere*, di cui all'art. 2043 del c.c. Quest'ultimo vincolo prende piede dalla considerazione che i principi di garanzia costituzionali – quali la legalità, l'imparzialità e la buona amministrazione dettati dall'art. 97 della Costituzione e correlati con l'art. 47 sempre della Carta- si pongono come dei veri e propri limiti “esterni” alla discrezionalità amministrativa. Pertanto la P.A. è tenuta a subire le conseguenze stabilite dall'articolo 2043, ancorché il sindacato di questa rimanga precluso al giudice ordinario. L'illecito civile, per la sua struttura, segue le comuni regole del codice civile anche per quanto concerne la cosiddetta imputabilità soggettiva, la causalità, l'evento di danno e la sua quantificazione.

Ancora più esplicita è stata la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 22 luglio 1999, n. 500¹⁷². Essa infatti ha sancito la definitiva rottura col passato, facendo venir meno il dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo. Secondo questi giudici, vi sarebbe un danno da lesione del diritto soggettivo ogni qualvolta la P.A.

¹⁷⁰ Cfr. Cass., Sez. un., 29 marzo 1989, n. 1531, in *Giurisprudenza italiana*, I, p. 440, con nota di VELLA, *Proposta di avvio della procedura di liquidazione coatta amministrativa nei confronti delle imprese di vigilanza e responsabilità degli organi di vigilanza*;

¹⁷¹ Cfr. Cass., 27 ottobre 1994, n. 8836, con nota di SCOGNAMIGLIO C., *Responsabilità dell'organo di vigilanza e danno meramente patrimoniale*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1995, II, pp. 534 e ss.

¹⁷² La sentenza ha affermato, in sintesi, il seguente principio: «*La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto. Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento*».

esorbiti i limiti del potere discrezionale, e un danno da lesione dell'interesse legittimo se l'autorità di vigilanza, pur agendo illegittimamente, non esorbiti i limiti esterni di tale discrezionalità¹⁷³. La più recente giurisprudenza della Corte Suprema in materia di vigilanza sul credito¹⁷⁴, ha eliminato invece ogni riferimento all'interesse legittimo in capo al cittadino per configurare un "sempre verde" diritto soggettivo all'integrità patrimoniale. In altri termini, la lesione subita dai risparmiatori, secondo quest'ultima opzione ermeneutica, si configura come un pregiudizio alla libertà contrattuale, nel senso che gli investitori non avrebbero effettuato l'investimento -poi rilevatosi rovinoso- se fossero stati correttamente informati sulle reali caratteristiche del prodotto emesso dalla società emittente.

Tali pronunce sono state positivamente accolte dalla dottrina maggioritaria che evidenzia un indubbio progresso rispetto alla impostazione originaria, laddove per un verso si negava al risparmiatore qualsiasi tutela, mentre per un altro si ammetteva la responsabilità della P.A. con esclusivo riguardo ai comportamenti commissivi di diffusione di notizie false (non anche relativamente ad atteggiamenti omissivi). Infatti, mentre in passato potevano nutrirsi maggiori dubbi sull'ampiezza e l'efficacia dei poteri assegnati a detta Autorità¹⁷⁵, a seguito dell'emanazione della legge 1/1991 e -soprattutto- del d.lgs. 58/1998, tali interrogativi sono stati interamente dissipati. Difatti, è stato proprio il T.U.F. ad ampliare notevolmente la portata della competenza -nel caso di specie della Consob, anche se rispetto alle fiduciarie si ritiene che il discorso possa essere validamente esteso anche al MISE e alla Banca d'Italia- visto che tra le finalità perseguite c'è "*la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario e della tutela degli investitori*"¹⁷⁶. Pertanto, il vigilante è tenuto ad esercitare poteri di controllo sia formali che sostanziali, da svolgersi non solo sul mercato di riferimento, ma anche verso i risparmiatori. Questa constatazione trova

¹⁷³ Cfr. GIOVAGNOLI R., *op. cit.*, 2009, p. 331

¹⁷⁴ Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 3 marzo 2001, n. 3132; Cass. Civ., Sez. I, 25 febbraio 2009, n. 4587; nonché la Cass. Civ., Sez. I, 17 novembre 2016, n. 23418

¹⁷⁵ Ciò è accaduto in particolare con la sentenza della Cass. Civ., Sez. I, 3 marzo 2001, n. 3132, che nel giudicare i fatti accaduti all'epoca (del luglio 1983), era costretta a riferirsi esclusivamente al ruolo svolto dalla Consob in base alla scarna legge istitutiva dell'organo stessi (la l. 216/1974). Tuttavia già allora il giudici di legittimità hanno ugualmente ritenuto configurarsi nei confronti dell'Autorità estesi poteri di controllo in materia di sollecitazione del pubblico risparmio, i quali consentivano all'organo pubblico di «*intervenire con iniziative istruttorie, integrative e repressive*» che non furono poste in essere nonostante l'operazione del promotore finanziario già *in prima facie* non appariva accettabile in relazione alla veridicità delle informazioni rilasciate.

¹⁷⁶ Cfr. artt. 5 e 91 del T.U.F.

fondamento sia sulla base delle disposizioni contenute nelle leggi specifiche appena sopra riportate, sia in ragione del principio *neminem laedere*, pena il risarcimento del danno patrimoniale causato.

Essendo pertanto configurabile un danno ingiusto da parte della P.A. che non ha correttamente vigilato, la questione si è incentrata sul quando riconoscere un nesso causale tra il comportamento “omissivo” dell’Autorità amministrativa rispetto al danno causato dal soggetto vigilato. In buona sostanza, può un soggetto pubblico, gravato dell’obbligo di vigilare migliaia di soggetti e decine di migliaia di differenti situazioni tecniche in una situazione di limitatezza delle risorse, rispondere civilmente per ogni omissione di vigilanza? La giurisprudenza più recente, pur esplicitando il diritto dei risparmiatori ad un ristoro economico per i danni ivi derivanti, ha finito col richiedere una stringente dimostrazione del nesso tra omissione e danno, limitando di fatto le relative liquidazioni o rigettandone le istanze ove tale nesso non fosse stato rigorosamente dimostrato.

Premesso quanto riportato, appare ora più facile analizzare le decisioni della Suprema Corte sulla responsabilità del Ministero per la vigilanza delle fiduciarie, in particolare sulle vicende delle società c.d. “Reno S.p.A.” e “Previdenza S.p.A.”¹⁷⁷, dal cui fronte partirono diverse azioni risarcitorie contro i soggetti pubblici ritenuti corresponsabili del nocimento economico patito. Nel merito, le rivendicazioni erano provenute da coloro che avevano affidato i loro risparmi alle due fiduciarie: più di venti mila risparmiatori furono infatti truffati dal meccanismo finanziario messo in piedi dallo SGARLATA, che prese avvio nel 1983 con la “Reno” società per azioni, autorizzata dall’allora Ministero dell’Industria, del commercio e dell’artigianato. La società Reno avrebbe dovuto infatti gestire ed investire i risparmi dei clienti-fiducianti “in titoli atipici”, i quali promettevano interessi fino al 20%. Il meccanismo però, anziché basarsi su un investimento produttivo di risparmi, era stato costruito secondo una classica catena di Sant’Antonio, per cui i primi clienti

¹⁷⁷ ai fini delle ricostruzioni storiche cfr. AA. VV. (2010), *Studi in onore di Remo Martini*, Giuffrè, Milano, 2009, III, pp. 14-16 e fonti web:

1) <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1994/03/19/crac-sgarlata-paga-il-ministero.html>

2) <http://www.ilsole24ore.com/art/finanza-e-mercati/2012-02-22/shock-sentenza-173413.shtml?uuid=AaXsMzvE>

venivano ripagati con i risparmi¹⁷⁸ versati da quelli nuovi. I primi sospetti sorsero verso la fine del 1983, quando un ispettore ministeriale riferì una serie di grave irregolarità contabili. Le stesse indussero il Ministero a revocarne l'autorizzazione alla raccolta. Nel farlo tuttavia, si ritardò la pubblicazione del decreto di revoca fino all'aprile dell'anno successivo (1984) e nel frattempo molti altri risparmiatori, all'oscuro della revoca, furono poi indotti ad investire nella Reno. Dopodiché, il provvedimento di revoca fu aggirato facendo ripartire l'attività con il nome di un'altra fiduciaria (la "Previdenza S.p.A.), la quale aveva come amministratore propria la consorte dello SGARLATA ed era quindi posseduta indirettamente proprio da chi era in quegli anni sotto processo per come aveva gestito la società Reno. Si aggiunga poi che la nuova società fu autorizzata, dallo stesso Ministero, a ricevere le attività ed il portafoglio della revocata Reno S.p.A. Presto la fiduciaria Previdenza manifestò segnali allarmanti: nel marzo 1985, su sollecitazione della Banca d'Italia, venne disposta una nuova ispezione ministeriale, che pose in evidenza l'esistenza di diffuse irregolarità contabili e contrattuali, nonché la sussistenza di un grave stato di insolvenza. Nondimeno, nella fase più acuta della crisi, il Ministero in data 20 maggio 1985 rilasciò un comunicato stampa –definito dagli stessi giudici di Piazza Cavour «di sconcertante parzialità e reticenza»- volto a sminuire l'allarmismo diffusosi intorno alla società fiduciaria con questi termini: «Non esistono inadempimenti nei confronti dei fiducianti; le ulteriori garanzie appaiono ragionevolmente adeguate per assicurare i prossimi adempimenti». Poco dopo, il Ministero fu invece costretto a revocarne l'autorizzazione e a disporre la liquidazione coatta amministrativa con provvedimento 16 ottobre 1985¹⁷⁹. I giudici

¹⁷⁸ Si parlava di circa 91 miliardi nel '83 raccolti dalla Reno, saliti secondo le ricostruzioni di stampa fino a 330 miliardi negli anni successivi. Conto che sarebbe stato ancora più alto se nel '85 da un lato non fosse intervenuta la Consob (con il divieto di raccogliere altro risparmio) e dall'altro la magistratura romana (con l'incriminazione dei responsabili del gruppo per i reati di truffa e associazione a delinquere).

¹⁷⁹ «Dopo 27 anni, la procedura nel 2012 non era stata ancora conclusa, ed essendosi gli attori insinuati al passivo della fiduciaria entro il termine quinquennale, gli stessi hanno interrotto il decorso fino alla chiusura della procedura concorsuale» così ha statuito sull'annosa vicenda il Tribunale di Roma, sez. XII, nella sentenza del 2012 sulla società Previdenza di Sgarlata. Ma ancor più interessante risulta le modalità con cui il giudice ha disposto il pagamento degli interessi: ponendo alla base del calcolo non il danno emergente o il lucro cessante, ma direttamente la somma investita secondo un meccanismo di rivalutazione progressiva annuale e degli interessi legati maturati dal momento in cui la società è entrata in liquidazione. Di contrario avviso, sullo stesso argomento, v. invece la Cass. Civ., Sez. III, del 27 marzo 2009, che con sentenza n. 7531, pur ugualmente affermando che il Ministero risponde dei danni subiti da chi ha confidato sull'effettività della vigilanza fiduciarie, asserì anche che «ai fini della liquidazione del danno subito dai risparmiatori per la perdita delle somme di denaro affidate in gestione a società

di Piazza Cavour, con la sentenza a Sezioni unite del 27 luglio 1998, n. 7338 hanno attribuito notevole rilievo giuridico alla diffusione del citato comunicato stampa¹⁸⁰. La fonte di responsabilità fu individuata propria in detto comunicato che, destinato alla diffusione presso il pubblico, celava ai risparmiatori alcuni importanti particolari cui l'amministrazione stessa era a conoscenza (o che comunque non poteva ragionevolmente ignorare). Seguendo infatti lo schema che per certi versi ricorda quello in passato utilizzato nei confronti della Consob in relazione a casi di inesatte informazioni economiche fornite da soggetti finanziari, è stato ritenuto che il Ministero non avesse l'obbligo di informare la generalità dei cittadini mediante quel comunicato stampa ma che tuttavia, una volta operata siffatta scelta, non poteva tacere su fatti rilevanti a discapito di solo quegli aspetti in apparenza positivi e non preoccupanti, quali –come visto- l'inesistenza di conclamati inadempimenti o di iniziative giudiziarie.

SEZIONE II – GLI SPECIFICI RAPPORTI DI CONTROLLO PUBBLICO DA PARTE DI CONSOB E DI BANCA D'ITALIA

1. LA VIGILANZA CONSOB SULLE FIDUCIARIE “DINAMICHE”

A carico delle società fiduciaria, per via della loro particolare attività, è prescritta una particolare diligenza nell'osservanza delle norme che la riguardano. In particolare, è il già citato D.M. del 16 gennaio 1995 ad asserire che: *«La società nell'esecuzione degli incarichi, è invitata ad osservare con particolare attenzione le norme che regolano anche gli aspetti fiscali, tributari e che impongono misure di prevenzione delle criminalità»*¹⁸¹.

fiduciarie, ai sensi della normativa di cui alla l. n. 1966 del 1939, non possono essere riconosciuti, oltre al valore nominale del capitale versato, anche i frutti (sotto forma di interessi) che quei capitali avrebbero prodotto se fossero stati investiti (nella specie, in Bot), atteso che il rapporto di amministrazione fiduciaria, implicando o comunque autorizzando investimenti con margini di rischio e possibilità di perdite, non attribuisce al fiduciante il diritto ad un rendimento minimo o ad un utile garantito». Di fatto, la sentenza del Tribunale di Roma, modifica le prospettive di rimborso per gli altri investitori coinvolti nel crack.

¹⁸⁰ Cfr. GIOVAGNOLI R., *op. cit.*, 2009, p. 329.

¹⁸¹ Cfr. art. 12, comma 1, D.M. 16 gennaio 1995.

Non solo però. Il controllo sull'attività fiduciaria di queste società, pur descritto in una normativa non organica, è stato assai sviluppato dal nostro legislatore. Infatti, oltre al controllo del MISE, nel nostro ordinamento altre Autorità pubbliche –specie Consob e Banca d'Italia, come adesso vedremo- esercitano funzioni di sorveglianza sulle stesse. Va detto però che questo triplice “occhio pubblico” non si riferisce genericamente a tutte le fiduciarie. Come abbiamo visto, mentre ogni fiduciaria è vigilata dal Ministero, le due Authority si focalizzano solo su quelle che presentano aspetti di loro specifica rilevanza. Pertanto sono stati assegnati alla Consob specifici controlli sulle fiduciarie che, in modo diretto o indiretto, risultano avere rapporti d'affari nel mercato finanziario e sulle poche fiduciarie dinamiche oggi presenti (le 4 già citate *fiduciarie-S.i.m*). Sono stati assegnati alla Banca d'Italia invece ulteriori poteri di vigilanza su quelle facciano parte di un gruppo bancario, e più di recente su quelle che presentano rischi maggiori di utilizzo per fini di riciclaggio del denaro sporco. Ad ogni modo, il *fil rouge* sottostante al potenziamento del coordinamento pubblico sta nelle conseguenze nefaste che un mancato –serio- controllo sulle fiduciarie (v. *supra* i casi delle società Reno e Previdenza) può comportare. Si è voluto quindi mettere a sistema le risorse umane e finanziarie della nostra ingente macchina amministrativa, al fine di rendere più forte ed efficace il controllo delle –principali- realtà fiduciarie. Tuttavia, mancando tuttora un'organica disciplina della materia, c'è anche chi in dottrina¹⁸² critica questi interventi evidenziando correttamente che: «*le disposizioni della legislazione speciale in ottica di controllo e delimitazione dell'ambito operativo delle società fiduciarie, costituiscono ulteriori e sparpagliati tasselli di un quadro quanto mai confuso e disomogeneo*».

Prima di iniziare la descrizione specifica delle competenze Consob sulle fiduciarie, appare opportuno premettere che la legge n. 216 del 1974 –istitutiva proprio della *Commissione nazionale delle società e borse*- ha scisso come visto l'attività fiduciaria da quella di revisione, che la legge del 1966 del 1939 aveva promiscuamente trattato¹⁸³.

Innanzitutto esistono obblighi di informazione a carico della Commissione nazionale nel caso di partecipazioni cosiddette “qualificate” per¹⁸⁴:

¹⁸² Cfr. SANTORO L., *op. cit.*, 2009. pp. 174 e ss.

¹⁸³ Cfr. VINCI C. e M. GAGLIARDI, *op. cit.*, 1990, pp. 137 e ss.

¹⁸⁴ Cfr. art. 5 della legge 216/1974.

- a) tutte le S.p.A. o le S.r.l. (comprese quindi le fiduciarie) che devono comunicare le partecipazioni in una società quotata allorchè detta partecipazione raggiunga il 2% del capitale sociale della società del listino,
- b) le società quotate qualora detengano una partecipazione uguale o superiore del 10% del capitale sociale di una società non quotata (e di nuovo quindi anche quando ciò riguardi una fiduciaria).

Sono considerate altresì rilevanti le partecipazioni possedute per tramite di società fiduciarie o per interposta persona.

Sussistono poi ulteriori obblighi comunicativi verso la Consob qualora le partecipazioni in società quotate raggiungano il 10%, 20%, 33%, 50%, 75% del capitale di queste.

Nei casi sopra citati l'obbligo di comunicazione grava su entrambi i soggetti, cioè tanto sul fiduciante quanto sul fiduciario. La dottrina sottolinea la rilevanza del caso in cui la fiduciaria raggiunga i suddetti limiti di partecipazione previsti dalla legge, attraverso più incarichi fiduciari e quindi da parte e per conto di più fiducianti. In questo caso, secondo alcuni, sembra necessario che le comunicazioni alla Consob debbano essere effettuate solamente dalla società fiduciaria¹⁸⁵; altri ritengono invece che essa vada effettuata da tutti i soggetti coinvolti¹⁸⁶.

In un'ottica più ampia, prima dell'emanazione della legge n. 1/1991 sulle “*società di intermediazione mobiliare – S.i.m.*”, il contestuale evolversi della regolamentazione dei mercati finanziari, con la tipizzazione di nuovi fondi d'investimento, fece sì che la Consob disciplinasse attraverso sue circolari¹⁸⁷ specifici aspetti in tema di obblighi informativi da parte delle fiduciarie.

La modifica principale alla competenza sulle fiduciarie in tema di “amministrazione di beni di terzi”, venne portata dalla predetta legge 1/1991. In suoi due articoli -16 e 17- si affermò che l'attività di gestione patrimoniale mediante operazioni mobiliari delle società fiduciarie dovesse essere ora ricompresa entro lo schema di attività di amministrazione mobiliare riservata alle S.i.m. e alle Banche autorizzate.

¹⁸⁵ Cfr. POCHETTI G., *Caratteri operativi delle società fiduciarie*, Guanda, Milano, 1984, p. 9.

¹⁸⁶ Cfr. DI CHIO G., *Società fiduciarie*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1987, VII, Appendice.

¹⁸⁷ V. ad esempio la circolare del 10 dicembre del 1974 in tema di comunicazione sul prospetto informativo, prevista poi dalla legge 77/1983 istitutiva dei Fondi comuni d'investimento.

Alle fiduciarie rimaneva però una riserva minima di esercizio dell'attività di gestione di patrimoni altrui, in base al disposto dell'art 17, comma 1, potendo queste *«svolgere attività di gestione di patrimoni, mediante operazioni aventi per oggetto valori mobiliari, in nome proprio e per conto di terzi»*. Ciò, si badi, solo qualora iscritte in una sezione speciale dell'albo delle S.i.m. istituito presso la stessa Consob e in attesa sempre dell'entrata in vigore di una riforma organica della materia, che, come noto, non è stata ancora emanata.

Tale disposizione è stata poi confermata dal D.P.R. n. 361 del 18 aprile 1994 – *“Regolamento recante semplificazione del procedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività fiduciaria e di revisione”* che all'art. 2, comma 5, impone alle: *«società che intendono esercitare attività di gestione di patrimoni mediante operazioni aventi ad oggetto valori mobiliari in nome proprio e per conto terzi»* anche di *«inoltrare alla Consob la domanda di iscrizione alla sezione speciale dell'albo delle società di intermediazione mobiliare-Sim, di cui all'articolo 3, comma 2, della legge 2 gennaio 1991, n. 1. Il Ministero e la Consob procedono, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente regolamento, alla conclusione di un accordo, ai sensi dell'articolo 15¹⁸⁸ della legge 7 agosto 1990, n. 241, per disciplinare lo svolgimento in collaborazione dell'attività istruttoria relativa ai procedimenti di rilascio dell'autorizzazione e di iscrizione alla sezione speciale dell'albo delle Sim, al fine di evitare duplicazioni di adempimenti a carico della società richiedente.»*

La legislazione successiva, d.lgs. 23 Luglio 1996 n. 415, e il tuttora vigente d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 c.d. T.U.F., portano sostanzialmente ad unificare tutti i soggetti deputati all'attività di investimento mobiliare. Il fine, ovvio, è quello di semplificare il quadro degli aspetti autorizzativi e di controllo. Ciò comporta, che le società fiduciarie dinamiche devono essere costituite come Sim e in quanto tali sottoposte al relativo regime di vigilanza¹⁸⁹. Si tratta di una novità che non si limita ad avere una mera incidenza formale, visto che il proseguo della norma stabilisce che: *«Dalla data di iscrizione nella sezione speciale dell'albo, le stesse sono soggette alle norme del presente decreto e non si applicano la legge 23 novembre 1939, n.*

¹⁸⁸ Intitolato “Accordi fra pubbliche amministrazioni”.

¹⁸⁹ Come palesato dal comma 4, art. 60, del citato d.lgs. n. 415 del 1996, è stato l'unico comma dell'articolo a non essere abrogato dall'art. 214 del T.U.F.

1966 e il decreto-legge 5 giugno 1986, n. 233, convertito con modificazioni dalla legge 1° agosto 1986, n. 430 ».

In sintesi, l'evoluzione dei mercati e delle tecniche di gestione e amministrazione di patrimoni hanno prodotto una profonda distinzione a seconda del tipo di attività svolta dalle società fiduciarie¹⁹⁰. Per effetto del d.lgs. n. 415 del 1996 –confermato dal T.U.F.–, si possono distinguere le società fiduciarie “dinamiche” che esercitano l'attività di gestione individuale dei patrimoniali (trasformate in S.i.m. e soggette alla disciplina finanziaria); da quelle “statiche” che esercitano l'attività di amministrazione dei beni per conto di terzi (che sono le uniche a cui continua ad applicarsi la richiamata legge 1966 del 1939).

2. IL COORDINAMENTO DEI POTERI DI CONTROLLO TRA LA CONSOB E LA BANCA D'ITALIA

Come si è visto, lo sviluppo dei mercati finanziari e la relativa disciplina dei servizi d'investimento ha prodotto ad una profonda revisione dell'attività di amministrazione di beni prevista dalla legge n. 1966 del 1939. In sostanza, si è finiti per attribuire la gestione (dinamica) dei patrimoni a “*fiduciarie-S.i.m.*”, come tali iscritte nella apposita sezione dell'albo delle S.i.m. tenuto dalla Consob e da essa vigilato, insieme alla Banca d'Italia; lasciando sotto la disciplina della legge del 1939 le fiduciarie deputate esclusivamente all'amministrazione statica dei beni.

Il T.U.F., sempre con riferimento alle S.i.m., assegna a dette *Authority* compiti di vigilanza autonomi e complementari. Difatti, la S.i.m. viene autorizzata a esercitare la sua attività dalla Consob, sentita la Banca d'Italia.

Sempre Consob e l'Autorità di palazzo Koch, ai sensi dell'art. 2 del T.U.F., fanno parte nell'esercizio delle relative competenze anche del sistema europeo di vigilanza finanziario-SEVIF, al fine di dare una maggiore convergenza europea agli strumenti e alle prassi di vigilanza da seguire nel settore.

Sempre in quest'ottica di collaborazione, si inserisce l'art. 4 sempre del T.U.F., il quale dispone lo scambio di informazioni per agevolare le rispettive funzioni. Si sottolinea che tale disposizione vieta a dette autorità la possibilità di opporsi

¹⁹⁰ Cfr. LOCONTE S., *op. cit.*, 2016, pp. 16-28.

reciprocamente il segreto d'ufficio. Il successivo art. 5, sotto la rubrica "*Finalità e destinatari della vigilanza*", dapprima (comma 1) ne individua gli obiettivi: «*a) la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario; b) la tutela degli investitori; c) la stabilità e il buon funzionamento del sistema finanziario; d) la competitività del sistema finanziario; e) l'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria*». Il comma successivo invece ne suddivide le competenze affermando che: «*Per il perseguimento degli obiettivi di cui al comma 1, la Banca d'Italia è competente per quanto riguarda il contenimento del rischio, la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione degli intermediari finanziari. La Consob si occupa invece della trasparenza e della correttezza dei comportamenti di questi intermediari per l'offerta di prodotti d'investimento*». Infine, l'art. 5-bis, dispone che la collaborazione e lo scambio di informazioni deve avvenire sulla base di "*Protocolli d'intesa*". Prima di questa norma, le due *authority* avevano già cooperato mediante provvedimenti a carattere più specifico. Nel 1993, la Banca d'Italia si impegnava a fornire alla Consob un flusso informativo trimestrale di elaborazioni e pubblicazioni statistiche sulla base di un verbale di riunione stilato il 10 febbraio di quell'anno. A seguito di una nuova richiesta avanzata dalla Consob, quattro anni dopo -il 26 giugno del 1997- un successivo "accordo" ne integrò la base dati. La stipula del primo Protocollo d'Intesa, relativo allo scambio tra le due, avvenne il 9 febbraio 2001 poi innovato e integrato con l'accordo del 31 ottobre 2007 e successivamente ancora l'8 settembre del 2009 se ne effettuò un'ulteriore integrazione e ampliamento, disciplinando lo scambio di informazioni statistiche. Ad oggi, numerosi sono i protocolli d'intesa stipulati tra Banca Italia e Consob in tema di cooperazione e ciascuno di essi è riferito a specifici settori di competenza¹⁹¹.

¹⁹¹ Cfr. ad esempio il Protocollo del 9 giugno del 2010 in materia di educazione finanziaria, del 21 Maggio del 2012 sulle banche che effettuano offerte al pubblico aventi ad oggetto titoli di debito, del 7 giugno del 2012 tra Consob e UIF della Banca d'Italia per la collaborazione nell'ambito dell'antiriciclaggio.

3. LA VIGILANZA BANCA D'ITALIA SULLE FIDUCIARIE RICOLLEGABILI AD UN GRUPPO BANCARIO, GIÀ PRIMA DELLA NOVELLA EX 199 T.U.F

La prima forma di controllo di Banca d'Italia sulle società fiduciarie ha preso inizio con la disciplina del d.lgs. n. 385 del 1993-T.U.B., in tema di vigilanza su base consolidata. Questa norma ha di fatto anticipato la ben più estesa attività di vigilanza assegnata sempre alla Banca Centrale italiana a seguito della novella dell'art. 199 T.U.F., che trova la sua *ratio* nell'esigenza di assicurare uno stringente rispetto delle normativa antiriciclaggio alle fiduciarie ritenute più rilevanti.

La vigilanza consolidata, in base all'art. 65 del T.U.B., si articola su un processo a carattere scalare, essendo più intensa nei confronti a) *delle società appartenenti a gruppo bancario*; mentre lo è gradualmente meno nei confronti delle b) *società bancarie, finanziarie e strumentali partecipate per almeno il 20% da società appartenenti a gruppo bancario o da una singola banca, ma controllate dalla persona fisica o giuridica che controlla un gruppo bancario o una singola banca*. Lo è in misura ancor minore poi rispetto alle c) *società diverse da quelle bancarie, finanziarie e strumentali, quando siano controllate da una singola banca ovvero quando società appartenenti a un gruppo bancario ovvero società che controllano almeno una banca detengano, anche congiuntamente, una partecipazione di controllo*.

In particolare, la gradualità di cui sopra si esplica a livello di vigilanza informativa (art. 66 T.U.B.) con cui la Banca d'Italia richiede la trasmissione sistematica e periodica di situazioni, dati e ogni altra informazione utile dalle società dei punti a) e b); mentre ha carattere solo occasionale -o meglio "su richiesta"- la trasmissione di dati da parte delle società di cui al punto c).

Inoltre, l'assoggettamento alla vigilanza consolidata comporta, a livello regolamentare (v. art. 67 T.U.B.), l'imposizione da parte dell'Autorità di Vigilanza di precise disposizioni in termini di adeguatezza patrimoniale, contenimento del rischio, oltre che di informativa al pubblico sulle predette materie. Per rafforzare il rispetto degli obblighi informativi cui detti soggetti sono tenuti, il successivo art. 68 ha attribuito alla Banca d'Italia la possibilità di effettuare ispezioni sulle società soggette alla vigilanza consolidata, richiedendo loro l'esibizione di documenti e di altri atti che ritenga necessari.

Per quanto riguarda il gruppo bancario l'art. 60 dello stesso Testo Unico, definisce questo quello «*composto alternativamente:*

- a) *dalla banca italiana capogruppo¹⁹² e dalle società bancaria, finanziarie, e strumentali da questa controllate,*
- b) *dalla società finanziaria o dalla società di partecipazione finanziaria mista capogruppo italiana e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate, quando nell'insieme delle società da essa partecipate vi sia almeno una banca italiana controllata e abbiano rilevanza determinante, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia in conformità alle deliberazioni del CICR¹⁹³, le partecipazioni in società bancarie e finanziarie».*

In pratica, la definizione di gruppo bancario si basa sui tre elementi: 1) la presenza di una società capogruppo¹⁹⁴ avente sede legale in Italia la quale esercita l'attività bancaria o finanziaria o finanziaria mista; 2) l'esistenza di legami di controllo tra le società del gruppo; 3) le attività svolte dalle singole componenti del gruppo devono essere di natura bancaria, finanziaria o strumentale.

In base all'art. 23, comma 1, sempre del T.U.B., si precisa poi che: «*ai fini del presente capo il controllo sussiste, anche con riferimento a soggetti diversi dalle società, nei casi previsti dall'articolo 2359, commi primo¹⁹⁵ e secondo¹⁹⁶, del codice*

¹⁹² La qualità di capogruppo (art. 61 TUB) può essere assunta da una banca italiana o una società finanziaria o da una società di partecipazione finanziaria mista con sede legale in Italia, cui fa capo il controllo delle società componenti il gruppo bancario e che non sia, a sua volta, controllata da un'altra banca italiana o da un'altra società finanziaria con sede legale in Italia, che possa essere considerata capogruppo.

¹⁹³ Il CICR è l'acronimo di *Comitato interministeriale per il credito e il risparmio*. Organo collegiale del Governo italiano istituito nel 1947, composto dal Ministro dell'economia e delle finanze, che lo presiede, dal ministro delle attività produttive, dal ministro per le politiche agricole e forestali, dal ministro dell'ambiente e della tutela del territorio. Per l'esercizio delle proprie funzioni il CICR si avvale della *Banca d'Italia*. Il CICR è l'autorità creditizia con compiti di alta vigilanza in materia di credito e di tutela del risparmio, di esercizio della funzione creditizia e in materia valutaria. Esso delibera sulle misure di politica monetaria e creditizia necessarie per realizzare gli obiettivi di politica economica del Governo. Le sue delibere sono pubblicate nella Gazzetta Ufficiale e vengono rese esecutive dalla Banca d'Italia. Il Comitato è altresì competente sui reclami avverso i provvedimenti adottati dalla Banca d'Italia nell'esercizio dei poteri di vigilanza a essa attribuiti (v. ad esempio la vigilanza bancaria).

¹⁹⁴ La capogruppo, in base al comma 1 dell'art. 61 T.U.B., è: «*la banca italiana o la società finanziaria o la società di partecipazione finanziaria mista con sede legale in Italia, cui fa capo il controllo delle società componenti il gruppo bancario e che non sia, a sua volta, controllata da un'altra banca italiana o da un'altra società finanziaria con sede legale in Italia, che possa essere considerata capogruppo*». Ancora, in base al comma 4: «*La capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo*».

¹⁹⁵ «*Sono considerate società controllate:*

civile e in presenza di contratti o di clausole statutarie che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento».

In sintesi, nell'ambito della disciplina del gruppo bancario, viene lasciata all'impresa la scelta dell'assetto organizzativo e patrimoniale che meglio risponda ai suoi obiettivi gestionali. Tale assetto non deve tuttavia contrastare con le esigenze connesse alla vigilanza su base consolidata. In particolare, assumono rilievo gli aspetti di conoscibilità, da parte della Banca d'Italia, sia degli obiettivi fissati, sia dei comportamenti tenuti dai singoli componenti. Conseguentemente occorre assicurare che le strutture organizzative del gruppo consentano l'attuazione delle istruzioni emanate dall'Autorità di vigilanza.

-
- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (controllo interno di diritto);
 - 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (controllo interno di fatto);
 - 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa (controllo esterno)».

¹⁹⁶ «Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi (controllo indiretto)».

CAPITOLO IV
LA NUOVA VIGILANZA DELLA BANCA D'ITALIA
SU TALUNE FIDUCIARIE IN FUNZIONE DELL'ANTIRICICLAGGIO

*SEZIONE I – L'EVOLUZIONE DELLA VIGILANZA DI BANCA D'ITALIA
FINO AGLI SPECIFICI ASPETTI ANTIRICICLAGGIO*

1. NOTE STORICHE SULL'EVOLUZIONE DELLA VIGILANZA DI BANCA D'ITALIA

1.1. LA VIGILANZA DELL'ATTIVITÀ BANCARIA (CENNI)

Dal momento che tale tesi svolge un approfondimento della vigilanza di Banca d'Italia sulle imprese fiduciarie, è stato ritenuto opportuno svolgere un breve *excursus* sull'evoluzione dei poteri di controllo pubblico assegnati alla Banca Centrale italiana, ivi distinguendo quelli esercitati nei confronti delle banche; da quelli riferiti invece agli altri intermediari finanziari, fra cui sono state ricomprese –come vedremo- anche le fiduciarie.

Prima delle riforme intraprese all'inizio del XX secolo, l'attività bancaria italiana non era regolamentata in modo omogeneo¹⁹⁷. Tale sistema era considerato “asimmetrico” in quanto disciplinava in modo specifico solo alcune tipologie di banche.

Infatti, la disciplina contenuta nel Codice del Commercio del 1882 per le società che raccoglievano risparmio e concedevano credito, non prevedeva alcuna regola diversa da quelle a cui erano assoggettate le altre imprese. Misure *ad hoc* erano previste solo per la Casse di risparmio e per le banche popolari, al fine di controbilanciare il principio della loro responsabilità limitata. La tutela del sistema bancario era quindi essenzialmente basata sull'efficacia dei controlli esercitata dagli organi interni e sull'ambiente sociale. Erano in realtà gli azionisti, in quanto soggetti a responsabilità illimitata per le passività aziendali, ad essere incentivati a monitorare i vertici dell'esecutivo.

¹⁹⁷ Le osservazioni che seguono sono state tratte da GIANNINI A. e GIBILARO G., *L'evoluzione storica della Banca d'Italia dal XIX secolo alla Banking Union*, in *Bancaria*, 2016, 7-8, pp. 38-47.

Tale assetto normativo si rivelò ben presto incoerente con la complessità del sistema e ne seguirono numerose crisi a cavallo fra il diciannovesimo e ventesimo secolo.

Una prima crisi, quella del 1921-1923¹⁹⁸, indusse alla prima regolamentazione dell'attività bancaria a carattere generale. Infatti, la legge del 1926 introdusse alcune regole prudenziali, tra cui un requisito obbligatorio di capitale e un livello massimo di leva e di grandi esposizioni. Per la prima volta alla Banca d'Italia furono attribuiti poteri di supervisione del sistema che includevano anche la possibilità di ispezionare gli intermediari. Al Ministero delle finanze venivano invece attribuite poteri di autorizzazione sui principali momenti della vita delle Banche: costituzione, apertura di nuove filiali, operazioni straordinarie. Tuttavia, tale regolamentazione non affrontava ancora il rapporto tra banca e industria, ad eccezione dei limiti quantitativi delle singole esposizioni, già sistemicamente superati. Come se non bastasse, il potere di supervisione venne usato con scarsa efficacia (non furono condotte ispezioni sulle banche principali al fine di non interferire con la loro attività) e non era neppure chiara la separazione di poteri fra la Banca d'Italia e il Ministero delle finanze.

A seguito della crisi del '29, che in Italia colpì particolarmente il settore bancario per via dell'entità delle relazioni tra banche e imprese industriali, si decise -in piena fase emergenziale- di adottare strumenti innovativi rimasti sostanzialmente in piedi per molti decenni successivi. In campo bancario e industriale la principale innovazione fu il trasferimento delle partecipazioni industriali già in capo alle banche all'Istituto di Ricostruzione Italiano-I.R.I..

La legge del 1936 qualificò l'attività di raccolta e reimpiego come funzione di interesse pubblico e rivendicò allo Stato un ruolo centrale sia sul controllo dei depositi che sulle funzioni di supervisione, trasferite ad un nuovo organo subordinato al Consiglio dei ministri, ossia l'*“Ispettorato per la difesa del risparmio e l'esercizio del credito”*. Rilevante rimaneva comunque il ruolo della Banca d'Italia, considerato che il Governatore era a capo dell'ispettorato e le sue strutture fornivano un utile contributo tecnico di supporto. Ed ancora, fu

¹⁹⁸ Crisi conseguente all'espansione industriale di particolari settori d'impresa -acciaierie, costruzioni navali e di armi- finanziata da linee di credito concesse da banche universali durante il periodo bellico.

introdotta un penetrante sistema autorizzativo su aspetti come costituzione, filiali, fusioni e acquisizioni; furono rafforzati gli strumenti di supervisione *off-site* prevedendo alcuni documenti da inviare periodicamente (bilanci, verbali assembleari, etc.); ed infine qualora emergessero gravi irregolarità e violazioni di legge -cui erano associate gravi responsabilità amministrative e penali- si prevedevano misure *ad hoc* per la gestione della crisi, quali l'amministrazione straordinaria e la l.c.a. La medesima legge presentava caratteri di elevata flessibilità che hanno permesso il suo facile adattamento anche al nuovo contesto politico ed economico *post* seconda guerra mondiale, trovando la sua massima espressione nella Costituzione all'art. 47, primo comma¹⁹⁹, sulla tutela del risparmio. Ovviamente però, furono adottati gli opportuni cambiamenti, specie negli assetti istituzionali della vigilanza. Infatti, le funzioni assegnate all'ispettorato -giudicato negativamente per la sua vicinanza all'esecutivo- furono trasferite al Ministero del Tesoro e i compiti di supervisione alla Banca d'Italia.

Per quello che concerne al rischio del sistema bancario, la situazione cambiò profondamente nel corso degli anni '70, a causa delle gravi perturbazioni che investirono il sistema economico, colpito nel mercato dei prodotti petroliferi, oltre che quello di materie prime, di cambi, del lavoro. La nuova situazione, per la sua delicatezza, richiese un ingente sforzo di allocazione delle risorse, rispetto al quale il sistema bancario-finanziario, pur consolidando la sua solidità, appariva inadeguato²⁰⁰.

Difatti fino al 1970 gli strumenti di supervisione erano di natura prettamente strutturale, avendo come punto di riferimento non solo le singole istituzioni ma il sistema nel suo complesso. A partire da quegli anni, anche grazie alla pressione internazionale, l'approccio di questa supervisione venne gradualmente modificato, al fine di consentire il passaggio da un'architettura principalmente basata su strumenti di tipo amministrativo ad un sistema incentrato sulla gestione del rischio da parte degli stessi intermediari. Conseguentemente, per via

¹⁹⁹ L'art 47 comma 1 della Costituzione recita: «La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito».

²⁰⁰ Queste ed altre considerazioni che seguono prendono spunto dal testo di CONDEMI M., *Controllo dei rischi bancari e supervisione creditizia*, Cacucci, Bari, 2005, pp. 25 e ss.

della necessità di avere una conoscenza profonda dell'intermediario, il supervisore ha usato i suoi poteri ispettivi in maniera molto più ampia rispetto al passato.

Nel 1977, in funzione del completamento del processo di liberalizzazione e di creazione di un mercato unico, venne emanata la prima direttiva bancaria con l'obiettivo di armonizzare le condizioni di accesso del settore. Contemporaneamente l'attività transfrontaliera delle banche portava alla creazione di fori internazionali per la cooperazioni di organi di supervisione con impatti migliorativi sulla regolamentazione finanziaria (ad es. nel 1974 il Comitato di Basilea per la supervisione bancaria).

Nel 1985, con il recepimento in Italia della prima direttiva bancaria²⁰¹, si afferma il principio che l'attività di intermediazione creditizia è un'attività esclusivamente di natura privata, riducendosi contestualmente il potere discrezionale nella concessione della licenza bancaria, dal momento che vengono fissati dei parametri oggettivi che gli intermediari devono rispettare per vedere approvata la domanda. Alle banche viene affidata piena discrezionalità nel designare la propria rete. Grazie all'introduzione di un esaustivo flusso di dati *off-site*, anche di dettaglio (Matrice dei Conti), in possesso degli intermediari, il supervisore ha potuto costruire un insieme di indicatori per misurare a distanza il livello di rischio assunto dagli istituti, agevolando così un moderno sistema di *risk management*.

L'anno successivo, la sentenza della Corte di Appello di Bologna del 27 marzo 1986 segna un passaggio decisivo nell'evoluzione del pensiero giurisprudenziale, rispetto a quella concezione pubblicistica dell'attività bancaria che era culminata con la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione penale del 1981²⁰². La Corte d'appello affermava che *“lo statuto materiale dell'attività bancaria si fonda su una interpretazione evolutiva della legge bancaria*

²⁰¹ Recepita tramite D.P.R. 27 giugno 1985, n. 350, contenente la definizione dell'attività bancaria come attività d'impresa, indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli enti che la esercitano e subordina la costituzione e l'esercizio dell'impresa bancaria a provvedimenti della Banca d'Italia, che hanno natura di autorizzazioni, avendo essi la funzione di rimuovere il limite al libero esercizio del diritto d'impresa.

²⁰² Tale Cassazione, sposando la tesi pubblicistica, asserì che tutte le attività bancarie (e non soltanto quelle strumentali ad esigenze di carattere pubblico) conferiscono ai privati legittimati a porle in essere la qualità di incaricati di pubblico servizio, con conseguenti riflessi penalistici che risultano collegati.

(coerente con i modelli organizzatori degli articoli 41 e 47 della costituzione), *intesa come la codificazione di quel complesso di regole tecniche che caratterizzano funzionalmente una speciale attività economica e che l'attività di vigilanza è chiamata a far osservare attraverso interventi e controlli, obiettivi e quantitativi, diretti a garantire l'attività bancaria come funzione essenziale della tutela del risparmiatore*".

Negli anni '90 viene introdotto il Testo Unico Bancario (cd. T.U.B.), cui contribuiscono la seconda direttiva sulla regolamentazione bancaria (646/89 CEE) e l'accordo di Basilea sul capitale (cd. Basilea 1). Il primo rimuove gli ultimi ostacoli sull'attività transfrontaliera, il secondo livella il terreno di gioco a beneficio della concorrenza. Ne deriva che da un lato cessavano le forme di specializzazione, lasciando a ciascuna banca la forma di adottare, dall'altra si accelerava il processo di privatizzazione, con l'obiettivo di assicurare nell'azionariato delle banche investitori a lungo termine.

Alla base dell'emanazione del T.U.B. è dato riscontrare, da un lato l'esigenza di riscrittura dell'impianto in materia bancaria e creditizia al fine di adeguarne ai nuovi parametri dell'attività di vigilanza, dall'altro la necessità di una *reductio ad unum* delle relative fonti normative caoticamente succedutesi negli anni²⁰³. L'esigenza di coordinare e raggruppare in un testo unico le disposizioni di vigilanza in materia bancaria è stata, poi, sentita anche dal legislatore comunitario, che con direttiva 2000/12 CEE del 20 marzo 2000, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, ha codificato e raggruppato in un testo unico tutte le precedenti direttive²⁰⁴ attinenti alla materia della vigilanza bancaria al fine di razionalità e chiarezza.

Coerentemente viene rivisto l'approccio di supervisione, fissando come obiettivo specifico del rapporto di vigilanza il parametro della sana e prudente gestione: alle autorizzazioni per i singoli atti gestori si sostituisce l'attenzione alla gestione dei rischi e i presidi di capitale a garanzia dei rischi assunti.

Dopo Basilea 1, i requisiti di capitali diventano essenziali sia per l'autorità sia per il mercato.

²⁰³ Cfr. CONDEMI M, *op. cit.*, 2005, pp. 180 e ss.

²⁰⁴ La citata direttiva 2000/12 CEE ha raggruppato e unito ben 18 direttive emanate a partire dal 1983.

A partire dalla fine degli anni '90, la complessità del mercato bancario si è ulteriormente accentuata, sia in virtù della dimensione internazionale assunta dalle banche principali, sia per il crescente utilizzo di strumenti finanziari sempre più complessi (come ad es. i derivati). Per rispondere a tali complessità gli *standard setters* internazionali hanno ritenuto che non fossero più sufficienti i requisiti prudenziali, ma vi si doveva anche associare l'implementazione di adeguati assetti operativi e di controllo.

A partire dal 1998 la Banca d'Italia adottava i primi *set* di regole concernenti i controlli interni, le linee guida per gestire i principali rischi e gli obblighi in capo ai vertici della banca. Nel contempo veniva rivista il complessivo *framework* prudenziale (cd. Basilea 2): sono stati introdotti meccanismi di calcolo di requisiti patrimoniali più sofisticati e *risk sensitive*, con l'obiettivo di favorire l'uso da parte degli intermediari di avanzate tecniche di gestione e misurazione dei rischi, non solo per finalità interne all'azienda ma anche a fini di calcolo del patrimonio di vigilanza. Ne è conseguito una completa revisione delle metodologie di supervisione secondo un approccio *risk based* e ispirato al principio di responsabilità. Mentre l'attività ispettiva *on-site*, si incentrava sugli aspetti *soft* dell'attività aziendale quali la funzionalità della *governance* e l'efficacia dei controlli.

Per quanto attiene più specificamente all'oggetto del nostro studio, ossia l'analisi della normativa che ha portato alcune tipologie di fiduciarie sotto la vigilanza della Banca d'Italia, è importante menzionare le due ulteriori tematiche che hanno influenzato l'esercizio della vigilanza nel primo decennio del nuovo millennio.

In primo luogo la Banca d'Italia ha integrato nell'ambito delle attività di supervisione anche le materia delle trasparenza e dell'antiriciclaggio, considerato che la sana e prudente gestione può essere assicurata solo laddove l'intermediario stabilisca relazioni corrette con la clientela e non rappresenti il mezzo per facilitare l'esecuzione di operazioni illecite. Coerentemente si è proceduto ad una revisione della regolamentazione e all'implementazione di controlli più intensi. A partire dal 2008, la Banca d'Italia ha introdotto anche un'organica regolamentazione *ad hoc* in materia di *governance* dapprima

bancaria e poi anche finanziaria, attesa la presenza di numerosi di *stakeholders* (ad es. azionisti e *top manager*) i cui interessi possono essere talvolta in conflitto con una sana gestione della Banca.

1.2. LA VIGILANZA SUGLI INTERMEDIARI FINANZIARI NON BANCARI (CENNI)

Come già esposto in precedenza, la riforma dell'art. 199 del Testo Unico della Finanza riguardante l'autorizzazione e la vigilanza di Banca d'Italia in funzione antiriciclaggio su determinate società fiduciarie appartenenti a qualificate categorie, ha portato le stesse all'iscrizione in una sezione separata dell'albo ex art. 106 del Testo Unico Bancario, fino ad allora riservato ai soli intermediari finanziari e anch'essi vigilati dall'Autorità di Palazzo Koch. Sembra perciò opportuno premettere anche qui brevi note storiche in tema di nascita ed evoluzione di questa particolare vigilanza non avente per oggetto gli istituti bancari²⁰⁵. Più avanti invece, sarà tracciato l'esatto profilo di tale sorveglianza sulle società fiduciarie, esaminando nel dettaglio gli oneri a cui soggiacciono in base alla normativa antiriciclaggio²⁰⁶, le indicazioni normative contenute nel T.U.B.²⁰⁷, nonché l'organizzazione messa in atto dalla Banca Centrale italiana per vigilare sul rispetto delle norme citate²⁰⁸.

Va premesso che nel panorama normativo nazionale l'esigenza di prevedere forme di regolamentazione e controllo dell'intermediazione finanziaria non bancaria è stata rallentata dalla centralità che il sistema bancario ha sempre rivestito, riducendo così lo spazio al mercato mobiliare. Infatti, l'endemica carenza di capitali e il ritardo con cui è stato dato avvio al processo di industrializzazione nel nostro Paese, hanno reso necessario un intervento pubblico di tipo agevolativo per finanziare le imprese, il ché ha influito a lungo negativamente sullo sviluppo dei settori alternativi a quello bancario.

²⁰⁵ Queste ed altre considerazioni che seguono prendono spunto da CRISCUOLO L., *Gli intermediari finanziari non bancari: attività, regole e controlli*, Cacucci, Bari, 2003, pp. 13 e ss.

²⁰⁶ v. *infra* Cap. IV, Sez. I, Par. 2

²⁰⁷ v. *infra* Cap. IV, Sez. II, Par. 1

²⁰⁸ v. *infra* Cap. IV, Sez. I, Par. 2

Sino alla citata legge bancaria del 1936 non si scorge una disciplina dell'intermediazione finanziaria distinta da quella, peraltro ancora embrionale, dell'attività bancaria, in una visione "banco-centrica" del credito, che non lascia spazi – neppure sotto una possibile configurazione normativa – ad intermediari del settore finanziario diversi dal soggetto "banca", ossia a figure diverse da quelle che procedevano alla raccolta a vista. La stessa legge del 1936, pur tentando un governo globale del mercato finanziario sotto l'urgenza della Crisi del 1929, ha operato, tramite la regolamentazione di ogni forma di raccolta del risparmio, il raccordo con la funzione del mercato borsistico. Ciò forniva un tendenziale riconoscimento dell'intermediazione finanziaria, che non si trasformava però in una sua disciplina. Tant'è che è stato autorevolmente affermato che ²⁰⁹ *“uno dei limiti della legge bancaria è la mancata regolamentazione in quella sede delle società finanziarie”*, che vengono sostanzialmente lasciate in una “zona grigia”.

La Carta Costituzionale dedica all'intermediazione finanziaria in senso lato ben due norme. La prima, più indiretta, ossia l'art. 41, che prevede la libertà dell'iniziativa economica privata e introduce una riserva di legge per l'apposizione di limiti, controlli e programmi all'attività più economica, compresa naturalmente quella finanziaria. La seconda, ossia l'art. 47, comma 1, dispone che *“la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito”*. Autorevole dottrina²¹⁰ sostiene che l'art. 47 è “norma viva” e che ha per oggetto sì la tutela del risparmio e la regolamentazione dell'attività bancaria, quale congiunto esercizio della raccolta e del credito, ma “anche la disciplina isolata del fenomeno creditizio e, quindi, dei finanziamenti erogati da intermediari diversi dalle banche, la cui attività deve essere oggetto di coordinamento e controllo”.

Sebbene la Carta abbia costituito un rilevante passo avanti, se non altro perché ha gettato lo sguardo sul futuro dell'intermediazione finanziaria, va detto comunque che l'operatività del comparto è stata a lungo ridotta e poco

²⁰⁹ Si veda PRINCIPE A., *L'impresa finanziaria*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 66 e ss.

²¹⁰ Cfr. CRISCUOLO L., *op cit.*, 2003, pag. 20 e SEPE M., *Il risparmio gestito*, Cacucci, Bari, 2000, p. 28.

riconosciuta, anche per via di una certa arretratezza finanziaria del nostro Paese, che quasi non riusciva a superare la monocultura del mutuo.

La norma che precorre una più organica disciplina per il settore finanziario non bancario può invece dirsi individuata nell'art. 19 della legge n. 216 del 1974, che per esigenze desumibili dalla nascente trasparenza dell'informazione societaria resa al mercato e al pubblico, sanciva determinati obblighi di comunicazione alla Consob - con detta legge 216 allora costituita - a carico di "società e gli enti iscritti nell'albo previsto dagli articoli 154 e 155 del decreto del Presidente della Repubblica 29 gennaio 1958, n. 645²¹¹ e quelli che hanno un ammontare complessivo del capitale versato e delle riserve, risultante dal bilancio superiore a 10 miliardi e che di fatto svolgono quali attività esclusive o principali l'assunzione di partecipazioni in altre società, la compravendita, il possesso, la gestione o il collocamento di titoli pubblici e privati, ancorché non abbiano emesso titoli quotati in borsa". La norma fu poi abrogata, dall'art. 66, D.Lgs. 23.6.1996, n. 415, per la disputa che ne aveva fatto derivare sull'assoggettabilità delle *holding* alle sue previsioni²¹², in quanto suscettibile di sottoporre ai controlli Consob società che nulla avevano a che fare con le società finanziarie. Sebbene – all'epoca – l'unica attività, dubbia peraltro, di rilevanza finanziaria fosse quella delle *holding* di partecipazione, va comunque osservato che non erano ancora sorti intermediari in grado di concorrere significativamente con le banche. Il finanziamento delle attività produttive era incentrato sulle agevolazioni dello Stato e sui c.d. "istituti di credito speciale"²¹³, il credito al consumo era quasi inesistente per la limitatezza delle esigenze delle famiglie, i servizi di pagamento non prevedevano l'utilizzo di strumenti alternativi alla moneta e all'assegno bancario e -infine- vigeva ancora il monopolio dei cambi e della valute estere.

Detto quadro -a partire dagli anni '80- muta in funzione di tre componenti:

- a) le esigenze del processo di convergenza europea;

²¹¹ Tali norme disciplinava una riduzione d'imposta per le società di capitali aventi ad oggetto esclusivo l'assunzione in società o enti, il finanziamento o il coordinamento tecnico delle società partecipate, o la compravendita, il possesso, la gestione di titoli pubblici o privati. Per godere di tali agevolazioni le società dovevano iscriversi in un apposito albo gestito dalla Banca d'Italia.

²¹² Sostenuta dalla stessa Consob cfr. circolare 6 marzo 1982 n. 3/82/6110, contraria invece ASSONIME in *Riv. Soc.*, 1982, p. 628

²¹³ «Che, tra l'altro, non raccogliendo risparmio presso il pubblico, possono essere ritenuti gli antesignani degli intermediari finanziari» così GRECO G. L., *Le società finanziarie tra teoria economica e diritto*, in SANTORO V. (a cura di), *Le società finanziarie*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 33.

- b) l'evoluzione dell'operatività in titoli e della conseguente disciplina di tale intermediazione;
- c) la nuova disciplina creditizia.

In relazione al primo aspetto, si cita dapprima la direttiva 83/350/CEE relativa alla vigilanza su base consolidata degli enti creditizi che, parlando delle attività ammesse al mutuo riconoscimento, definiva ente finanziario *“l'impresa diversa da un ente creditizio, la cui attività principale consiste nel fornire facilitazioni creditizie (comprese garanzie), prendere partecipazioni o effettuare investimenti”*. Circa il secondo aspetto, ossia l'intermediazione in titoli, si assiste ad una veloce carrellata di provvedimenti via via emanati²¹⁴ con conseguente impetuosità della produzione normativa²¹⁵ che assume carattere organico solo nel 1998 con l'emanazione del citato Testo Unico della Finanza. Il terzo aspetto, probabilmente più vicino alle esigenze di controllo degli intermediari finanziari non bancari, è la regolamentazione del gruppo creditizio, Le strategie organizzative, i processi di arricchimento e innovazione della struttura finanziaria, le esigenze di competizione internazionale e – *last but not least* – gli orientamenti della vigilanza ancora contrari al modello della “banca mista”, spingono le banche a decentrare attività specializzate presso figure giuridiche distinte determinando la nascita del gruppo bancario polifunzionale, cui l'ordinamento risponde con l'introduzione della vigilanza su base consolidata.

A cavallo tra gli anni '80 e i '90, si susseguono provvedimenti legislativi diversi che tendono a colmare le lacune normative di un quarantennio scervo di novità legislative in materia ed assicurare un impulso regolamentare ad attività ritenute rilevanti per lo sviluppo economico, anche al fine di evitare il proliferare di iniziative “atipiche” o perfino poco legittime. Si acuisce così il dibattito se sia più opportuno seguire la strada di una disciplina generale, anche minimale, dei diversi fenomeni finanziari ovvero introdurre singole discipline per ciascuna delle attività di rilievo.

²¹⁴ Si pensi alla già citata Legge 216 del 1974 istitutiva della Consob e della disciplina delle società quotate, all'introduzione dei fondi comuni di investimento mobiliare aperti, alla disciplina dell'appello al pubblico risparmio operata dalla Legge n. 77 del 1983, etc. Nel 1991 viene finalmente approvata una disciplina organica delle società di intermediazione mobiliare (Sim).

²¹⁵ Così CRISCUOLO L; *op. cit.*, 2003, p. 29 e ss.

La svolta si ha nel 1991, quando tre provvedimenti legislativi, la legge n. 52 sulla regolamentazione del *factoring*, la legge n. 317 sulle agevolazioni relative alle cd società finanziarie per l'innovazione e lo sviluppo, ma soprattutto legge n. 197 che per la prima volta abbraccia tutti gli operatori operanti nel settore finanziario, se da un lato confermano il cattivo esempio di produzione legislativa non coordinata (cosa che darà impulso alla delega al Governo, prevista nella legge comunitaria per il 1991, per emanare un testo unico in materia bancaria e finanziaria), dall'altro pongono le premesse per una disciplina più organica della materia.

Di particolare interesse per il presente studio è la circostanza che una prima formalizzazione normativa di “un modello” in cui far rientrare le varie specie di società esercenti attività finanziarie, non altrimenti disciplinate (come era avvenuto invece ad es. per il *factoring*), abbia trovato spazio nel Capo II della legge n. 197 del 1991 tesa, appunto, alla prevenzione del riciclaggio del denaro di provenienza illecita. Si trattava, infatti, del recepimento nel nostro Paese della prima direttiva comunitaria materia, che poneva appunto per la prima volta quegli obblighi amministrativi di prevenzione e contrasto del riciclaggio, di cui meglio si dirà in seguito. La dottrina valuta questa circostanza come meramente occasionale, analizzando anche i lavori preparatori della legge n. 197²¹⁶. Resta tuttavia il fatto che due mondi apparentemente distanti, ossia la prevenzione del riciclaggio di denaro sporco e la disciplina delle società finanziarie, trovano per la prima volta lo stesso veicolo normativo.

Si veda in ciò, quasi un'anticipazione di quanto avverrà oltre vent'anni dopo con la norma dell'art. 199 T.U.F. oggetto di questo studio, che ha portato alcune società fiduciarie ad essere autorizzate e vigilate dalla Banca d'Italia, tramite l'iscrizione in apposita sezione speciale dell'albo (ex art. 106 del TUB), da essa tenuto con riferimento alle società finanziarie. Questa volta però il collegamento tutto è stato meno che “occasionale”, dal momento che il legislatore ha esplicitamente motivato la scelta «*al fine di assicurare il rispetto da parte delle società fiduciarie iscritte nella sezione separata delle disposizioni contenute nel*

²¹⁶ Cfr. nuovamente CRISCUOLO L; *op. cit.*, 2003, p. 37

decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231», decreto che altro non è che il recepimento della terza direttiva comunitaria antiriciclaggio.

Il decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 - Testo unico bancario, porterà a compimento il processo di ammodernamento del quadro legislativo nazionale, alla luce delle coeve, innovative, direttive comunitarie sulla materia che rendevano ormai improcrastinabile il coordinamento delle numerose disposizioni in materia bancaria e creditizia allora vigenti. Nell'attuale testo²¹⁷, più volte oggetto di successive modifiche, l'iniziale art. 1 "Definizioni" considera "intermediari finanziari" i soggetti iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 106; mentre il Titolo V "Soggetti operanti nel campo finanziario" detta la disciplina appunto dell'albo degli intermediari (v. art. 106), della loro autorizzazione e della vigilanza di Banca d'Italia cui sono sottoposti.

Nel prosieguo si fornirà un breve *excursus* dell'attuale disciplina che il Testo unico bancario fornisce appunto sugli intermediari finanziari, tra cui – seppure in sezione separata – vengono ora iscritte le società fiduciarie aventi le caratteristiche previste dalla legge, anche per valutare così le differenze istituzionali e le affinità di disciplina tra i primi e le seconde.

2. L'EVOLUZIONE DELLA LOTTA AL RICICLAGGIO - LE FIDUCIARIE COME DESTINATARIE

AB ORIGINE DEGLI OBBLIGHI

2.1. ORIGINE E SVILUPPO DELL'ANTIRICICLAGGIO

Viene qui descritto anzitutto come nascono i principi alla base della lotta internazionale al riciclaggio del denaro sporco e conseguentemente la normativa nazionale che li ha successivamente recepiti. Ciò in quanto, *in primis* le società fiduciarie rientrano tra i soggetti destinatari della stessa fin dall'emanazione della prima legge italiana di contrasto al riciclaggio²¹⁸; *in*

²¹⁷ Per il T.U.B. ci si è riferiti al testo coordinato ed aggiornato presente sul sito della Banca d'Italia <http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/intermediari/Testo-Unico-Bancario.pdf>

²¹⁸ Di cui al D.L. n. 143 del 3 maggio 1991 "provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio", convertito dalla legge 5 luglio 1991, n. 187, che recepiva la direttiva n. 91/308/CE (c.d. I direttiva antiriciclaggio) del 28 giugno 1991.

secundis perché il più volte citato art. 199 del T.U.F. ha assoggettato al controllo di Banca d'Italia, per fini appunto antiriciclaggio, quelle società fiduciarie che hanno la forma di S.p.A. con capitale versato doppio a quello richiesto, o controllate da un istituto bancario o finanziario, attraverso l'iscrizione in apposita sezione dell'albo degli intermediari²¹⁹.

Come autorevolmente osservato²²⁰, le attività criminali rappresentano un costo pesantissimo per il nostro Paese. Pur mancando -per ovvie ragioni- dati attendibili sul settore, si stima che in Italia il peso delle attività di riciclaggio si aggiri intorno a dei valori compresi tra il 7% e l'11% del P.I.L.²²¹. Ed ancora, il Fondo Monetario Internazionale sostiene che il denaro sporco muove tra il 3% e il 5% del P.I.L. del pianeta, tra i 600 e i 1.500 miliardi di dollari solo negli U.S.A., come dire quasi l'intera economia italiana²²².

Tuttavia, è solo agli inizi degli anni '80 che la comunità internazionale comincia a preoccuparsi della lotta al riciclaggio, mettendo insieme una prima disciplina normativa del fenomeno²²³. Ad accelerare detta iniziativa contribuì sicuramente il venir meno, appunto agli inizi degli anni '80, dei controlli valutari cui diede contributo l'Atto Unico Europeo²²⁴. Dalla fine dell'ultima guerra mondiale era prevalsa infatti la mentalità dirigista del "Trattato di Bretton Woods" del 1944, basato sull'assunto che i movimenti di capitale, almeno quelli a breve termine, andassero scoraggiati. Solamente nel 1973, con la crisi energetica che provocò un brusco aumento del prezzo del greggio e dei suoi derivati, ci si trovò per la prima volta di fronte ad un enorme flusso di ritorno di dollari -denominati per l'occasione "petrodollari"-

²¹⁹ Cfr. art 199 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; come da ultimo modificato dall'art. 4 del d.lgs. 169 del 2012.

²²⁰ Cfr. l'ex Procuratore Nazionale Antimafia VIGNA P.L., *Il mercato sono loro*, Istituto italiano per gli studi filosofici, Napoli, 2007, *passim*.

²²¹ Così il vice direttore generale della Banca d'Italia TARANTOLA A.M., *Il contributo della Banca d'Italia nella lotta al riciclaggio*, Rimini, 29 gennaio 2010, intervento pubblicato sul sito www.bancaditalia.it

²²² Cfr. l'ex Procuratore Nazionale Antimafia GRASSO P. assieme a BELLAVIA E., *Soldi sporchi. Come le mafie riciclano miliardi e inquinano l'economia mondiale*, Dalai, Milano, 2011, *passim*

²²³ Sulla nascita ed evoluzione dei principi antiriciclaggio e antiterrorismo internazionali si è fatto ampio ricorso a MAINIERI N., *Il contrasto finanziario al riciclaggio e la collaborazione con l'autorità giudiziaria*, in CAPPA E. e CERQUA L.D. (a cura di), *Il riciclaggio del denaro: il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 229 e ss.

²²⁴ Firmato in Lussemburgo il 17 gennaio 1996, all'art. 8A definisce la finalità dell'atto consistente «nell'instaurazione progressiva del mercato interno, considerato come uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali».

che dai Paesi del cartello “O.P.E.C.” tornavano a fini d’investimento verso Paesi industrializzati. Da qui il rischio di non riuscire a distinguere la provenienza di detti petrodollari rispetto a quella dei fondi appartenenti alla criminalità organizzata che vi si erano per l’occasione affiancati. Infatti, il riciclaggio tende ad essere un’attività a carattere prettamente “transnazionale”: come in un circuito di vasi comunicanti, il denaro illecito tende a defluire verso quei Paesi in cui sia più semplice e conveniente effettuare la “ripulitura” o il reimpiego, facendo leva su arbitraggi normativi e/o operativi. Si aggiunga a ciò che tramite lo sviluppo esponenziale di internet nei servizi bancari e finanziari, gli intermediari possono raggiungere un bacino d’utenza illimitato in tempi rapidissimi e a costi assai ridotti, rendendo assolutamente complessa la ricostruzione *ex post* dei relativi flussi finanziari illegali.

Il primo Paese a dotarsi di una disciplina antiriciclaggio fu proprio la nazione più industrializzata e sviluppata, ossia gli Stati Uniti, a partire dalla metà degli anni ’70. L’espressione “*money laundering*” fu utilizzata per la prima volta in una sentenza della corte della Florida del 1982²²⁵. *Money laundering*, ossia lavaggio del denaro, è stato tradotto in Italia -in maniera meno efficace- come *riciclaggio*, laddove il “lavaggio” può essere individuato nelle operazioni volte a camuffare l’origine illecita del denaro o di altri beni²²⁶; mentre l’“impiego”, consistente in operazioni a medio-lungo termine, è volto a reimmettere i capitali “lavati” nel ciclo economico lecito²²⁷.

La rilevanza del problema fu in seguito particolarmente sentita a livello internazionale, dove importanti organismi sovranazionali, cominciarono a dettare principi volti a prevenire il riciclaggio ed evitare il coinvolgimento degli intermediari bancari e finanziari in attività illecite, anche allo scopo di ripristinare il principio di una corretta concorrenza economica.

Prima pietra miliare in questa attività sovranazionale di regolamentazione del fenomeno viene considerato il vertice O.C.S.E. del luglio del 1989 a

²²⁵ Cfr. GILMORE W., *Money Laundering: The International Aspect*, in *Hume Papers on Public Policy*, Edinburgh, 1993, I, 2, p. 1.

²²⁶ Attività che, sotto il termine di “riciclaggio”, fu poi criminalizzata dall’art. 648-*bis* del codice penale

²²⁷ Attività che, sotto il termine di “impiego di denaro, beni, utilità di provenienza illecita”, fu poi criminalizzata dall’art. 648-*ter* del codice penale.

Parigi. La consapevolezza del pericolo comune e l'ampiezza che aveva raggiunto il fenomeno di riciclaggio, suggerì ai capi di stato e di governo dei sette Paesi più industrializzati, in occasione del quindicesimo vertice tenutosi nel '89, di dare vita al *Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale – GAFI* o *Financial Action Task Force – FATF*. Tale ente intergovernativo -tuttora esistente- era all'inizio limitato ai Paesi che gli avevano dato vita, mentre ora comprende un numero ben più ampio di Stati e di organismi internazionali²²⁸. Per assolvere la sua funzione di pianificare una strategia internazionale antiriciclaggio, il GAFI elaborò le “Quaranta Raccomandazioni”, concernenti: l'inquadramento generale della materia, le iniziative legislative per contrastare il fenomeno, la prevenzione dell'inquinamento del sistema finanziario e il rafforzamento della cooperazione internazionale²²⁹. Le predette Raccomandazioni, furono emanate dapprima nel 1990 e poi aggiornate nel '96 e ancora nel 2003. In quest'ultima occasione il GAFI –a seguito degli attentati terroristici dell'11 settembre- aggiunse nove “raccomandazioni speciali” che costituiscono un quadro normativo base per la rilevazione, la prevenzione, la repressione degli atti terroristici internazionali e dei loro finanziamenti. L'ultimo aggiornamento del GAFI risale invece al 2012. L'Unione Europea ha fatto seguito a ciascuna versione delle raccomandazioni, con altrettante direttive²³⁰. Tali raccomandazioni, per i Paesi diversi da quelli dell'U.E. e da quelli rappresentati dal GAFI, presentano una natura di *moral suasion*, particolarmente autorevole per il gruppo da cui essa proviene. Nella lotta transnazionale al riciclaggio vale inoltre il principio del c.d. *blame and shame*²³¹. Quest'ultimo costituisce un

²²⁸ Al 31 settembre 2017, ne fanno parte 35 Stati e 2 organizzazioni internazionali (ossia la Commissione Europea e il Consiglio di cooperazione degli Stati del golfo Persico).

²²⁹ Per un esame analitico delle singole raccomandazioni del GAFI si rimanda a CONDEMI M. e DE PASQUALE F., *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, Febbraio 2008, 60, pp. 85-102; nonché BERGHELLA F., *Nuova guida agli adempimenti e antiriciclaggio e antiusura. Manuale operativo per le banche, gli intermediari finanziari, i sindaci e gli amministratori*, con Prefazione di CIAMPI C.A. e VIGNA P.L., Bancaria, Roma, 1998, pp. 241 e ss.

²³⁰ La 1991/308/CE già citata; la 2001/97/CE, la 2005/60/CE e la 2015/849/UE a cui hanno fatto seguito altrettante leggi di recepimento. Come noto, le direttive dell'U.E. sono, a differenza dei principi GAFI, vincolanti per i Paesi aderenti.

²³¹ Cfr. VENG MEI LEONG A., *The Disruption of International Organised Crime: An Analysis of Legal and Non-Legal strategies*, Routledge, London, 2007, I, *passim*.

potente deterrente per i Paesi che, dopo attenta analisi del GAFI, vengono ritenuti non cooperativi nel contrasto di detti illeciti. Nei confronti dei *Non-Cooperative Countries and territories* inseriti nelle *black list* del GAFI infatti, possono essere state stabilite diverse contromisure, le quali possono arrivare fino alla sanzione di prevedere la segnalazione automatica di ogni transazione con detti Paesi da parte, naturalmente, degli stati cooperativi. Questo perché il GAFI non nasce da una Convenzione o da un Trattato internazionale e le raccomandazioni da esso prodotte non hanno una forza giuridica vincolante per gli stati. Inoltre, poiché i *trend* del riciclaggio sono mutevoli in funzione della ricerca di strategie che possano rendere inefficaci le norme di contrasto previste, l'Organismo, al fine di preservare l'utilità nel tempo delle raccomandazioni, prevede una revisione e aggiornamento continuo delle stesse²³².

Seconda pietra miliare nella lotta al riciclaggio può ravvisarsi nella Convenzione del Consiglio d'Europa n. 141 –c.d. Convenzione di Strasburgo- dell'8 novembre 1990 sul “*riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi derivanti da (qualsiasi) reato*”. Questa, all'art. 6, configura il reato di riciclaggio descrivendone i comportamenti di conversione o trasformazione dei beni allo scopo di occultarne o dissimularne l'illecita provenienza, ovvero l'occultamento o la dissimulazione dell'origine degli stessi beni. L'innovazione più importante della Convenzione di Strasburgo è che il reato presupposto del riciclaggio (ossia quello di cui si vogliono occultare/dissimulare i proventi) non è più limitato a quello derivante dal traffico di stupefacenti, come previsto invece dalla precedente Convenzione di Vienna del 1988, lasciando libero invece ciascun Paese di individuare -in sede di ratifica- la determinazione dei reati presupposto considerati più rilevanti²³³. A seguito delle successive versioni delle norme internazionali sul punto, ad oggi, tutte le attività economiche-criminose devono costituire oggetto di reato presupposto.

²³² Cfr. LO MONACO A., in AA. VV., *Nuova guida agli adempimenti e antiriciclaggio e antiusura*, op. cit., 1998, pp. 243 e ss.

²³³ Ratificata in Italia il 9 agosto 1993, n. 328, in S.O. alla GU della repubblica italiana dell'8 agosto 1993, n. 202.

Infine, dopo i fatti terroristici dell'11 settembre, si è resa necessaria l'approvazione da parte del Consiglio un'ulteriore Convenzione²³⁴, quella di Varsavia del 3 maggio 2005, per colpire il finanziamento del terrorismo internazionale²³⁵.

2.2. IL RICICLAGGIO DI DENARO SPORCO: ASPETTI PENALISTICI

I principi sovranazionali della lotta al riciclaggio di denaro sporco si sono evoluti secondo due filoni principali: il primo, in linea con la citata Convenzione di Strasburgo, ha riguardato la criminalizzazione del reato di riciclaggio; il secondo, in linea con le raccomandazioni del GAFI e le conseguenti direttive europee, ha avuto ad oggetto –principalmente- le misure di prevenzione a carattere amministrativo poste a carico di date categorie di soggetti, finanziarie e non.

Come si è detto il nostro Paese ha ratificato²³⁶ la “*Convenzione di Strasburgo*” nel ‘93, ampliando la sfera di portata del previgente art. 648-bis “*riciclaggio*”²³⁷, lasciando invece immutata la definizione del reato di “*impiego*” di cui al già vigente art. 648-ter²³⁸.

Va osservato che entrambi i reati sono stati previsti con la c.d. “clausola di riserva”, ossia «*fuori dai casi di concorso del reato*», limitandone quindi l'applicazione al soggetto estraneo dalla commissione e/o ad un suo concorso nel ed escludendo al contempo la criminalizzazione del c.d. “auto-riciclaggio”. Quest'ultimo consiste nell'occultamento/sostituzione/impiego dei proventi del crimine effettuati da parte di chi ha commesso il crimine stesso. La Convenzione

²³⁴ “*Convention on Action against Trafficking in Human Beings*”.

²³⁵ Cfr. sul punto CONDEMI M. e DE PASQUALE F., *op. cit.*, Febbraio 2008, pp. 39-41.

²³⁶ Per una compiuta disamina delle due fattispecie penali si veda CAPPÀ E. e CERQUA L.D., *op. cit.*, 2012, pp. 47 e ss.

²³⁷ L'art. 648-bis, al comma 1, così recita: «*Fuori dei casi di concorso del reato, chiunque trasferisce o conferisce denaro, beni o altra utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi o altre operazioni, in modo da ostacolare la provenienza della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da 4 a 12 anni e con la multa da 1.032€ a 15.493€*». La prima formulazione del 648-bis risale alle legge 19 marzo 1990, n. 55, all'art. 23.

²³⁸ Introdotta dal successivo art. 24 della menzionata legge 19 marzo 1990, n. 55, che al comma 1, così recita «*Chiunque, fuori dei casi di concorso del reato e dei reati previsti dall'art. 648-bis e l'art. 648, impiega in attività economiche o finanziarie denaro, beni, o altre utilità provenienti da delitto, è punito con una reclusione da 4 a 12 anni e con la multa da 5.000€ a 20.000€*».

lasciava ai Paesi firmatari la facoltà di stabilire la portata soggettiva del riciclaggio e decidere se estenderlo anche all'autore del reato base (auto-riciclaggio) o limitarlo solo ai soggetti terzi.

Assai innovativa invece fu la previsione fatta dal legislatore italiano nell'art. 648-*bis* di prevedere come reato presupposto qualsivoglia delitto non colposo, compreso quindi anche il reato fiscale, un'interpretazione estensiva che il nostro Paese fece con largo anticipo rispetto a quelle che divennero poi le richieste obbligatorie contenute nelle raccomandazioni del GAFI nel 2012 e nella IV direttiva europea antiriciclaggio del 2015, entrambe finalizzate anzitutto alla criminalizzazione degli illeciti fiscali anche considerandoli come obbligatorio presupposto del reato di riciclaggio.

Con il tempo poi, la maggior parte dei Paesi industrializzati, a cominciare da quelli di *Common Law*, hanno ritenuto opportuno colpire anche il *self-money-laundering* o auto-riciclaggio. In Italia si è assistito ad un lungo dibattito, sia in sede dottrinale che politico, prima di prevederlo nell'ordinamento, cosa che è avvenuta con la legge n. 186 del 15 dicembre 2014²³⁹ che ha introdotto l'art. 648-*ter*²⁴⁰.

Da ultimo si osserva che i reati in questione al pari di molti altri della specie, oltre a prevedere l'ovvia responsabilità in capo all'autore del reato stesso, comportano una correlata responsabilità amministrativa dell'ente che ne ha tratto interesse o vantaggio e di cui l'autore del reato è esponente. Più precisamente, il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231²⁴¹ ha previsto come reato presupposto della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ex d.lgs. 231/2001, gli illeciti di ricettazione, riciclaggio, impiego di denaro, beni o altra utilità, anche quando commessi in ambito esclusivamente nazionale. La precedente norma, la

²³⁹ Per un'analisi delle motivazioni che hanno portato l'introduzione del reato di auto-riciclaggio e per un esame puntuale della norma si rinvia a MAINIERI N. e PACINI M., *Reato di autoriciclaggio: introduzione in Italia*, in *Diritto e Giustizia*, 18 dicembre 2014, in www.dirittoegiusitizia.it/speciali

²⁴⁰ Che al comma 1 così recita: «*si applica la pena della reclusione da 2 a 8 anni e la multa da €5.000 a €20.000, a chiunque, avendo commesso o concorso al commettere, un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altra utilità provenienti dalla commissione di altro delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa*».

²⁴¹ Che ha dato attuazione alla direttiva 2005/60/CE del Parlamento e del Consiglio europei concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e finanziamento del terrorismo (c.d. III direttiva antiriciclaggio).

legge n. 146/2006, aveva infatti fissato tale responsabilità solamente nei casi di fenomeni transnazionali²⁴². La legge istitutiva dell'auto-riciclaggio ha inoltre direttamente introdotto tale fattispecie all'interno dei reati di cui può essere chiamato a rispondere l'ente.

Si ponga la dovuta attenzione come nel campo tipicamente bancario-finanziario, o in quello della gestione delle società fiduciarie²⁴³, eventuali fatti di riciclaggio commessi da soggetti apicali o sottoposti alla vigilanza dell'ente si riflettono sulla responsabilità della società che ne abbia tratto un interesse o un vantaggio²⁴⁴.

2.3. IL RICICLAGGIO DI DENARO SPORCO: ASPETTI AMMINISTRATIVI E CONSEGUENTI ONERI PER LE FIDUCIARIE

In linea con le citate “Quaranta Raccomandazioni” del GAFI e recependo la successiva I direttiva antiriciclaggio del 1991, l'Italia introdusse con la legge n. 197/1991 la prima normativa di prevenzione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio²⁴⁵. Questa fissava una serie di limiti amministrativi cui i soggetti obbligati dovevano attenersi. Il primo di essi, l'art. 1, riguardava la limitazione dell'uso del contante e dei titoli al portatore tra soggetti privati, consentendola per il tramite di “intermediario abilitato”. Prevedeva poi, all'art. 2, obblighi di identificazione e di registrazione del soggetto che eseguiva operazioni finanziarie oltre una certa soglia (20 milioni di lire), ponendoli a carico di una serie di intermediari “abilitati”, tra cui venivano esplicitamente menzionate le società fiduciarie²⁴⁶. Si osserva fin d'ora che le fiduciarie continueranno ad essere soggetti obbligati ai fini della disciplina antiriciclaggio anche nelle successive normative

²⁴² V. art 10, comma 5 e 6.

²⁴³ Si veda ad es. il già citato “Bilancio di responsabilità sociale” della Procura di Milano per il 2016 dove si riporta che: «*il Nucleo per la vigilanza della Banca d'Italia, per conto della Procura, ha svolto accertamenti bancari... nei procedimenti in tema di riciclaggio con riferimento a diverse società fiduciarie e i relativi conti omnibus*».

²⁴⁴ Cfr. l'art. 8 “Autonomia della responsabilità dell'ente” comma 1, del D.Lgs n. 231 del 8 giugno 2001, che così recita: «*la responsabilità dell'ente sussiste anche quando:*

- a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile*
- b) il reato si estingue per causa diversa dall'amnistia*».

²⁴⁵ Cfr. la legge 197 del 5 luglio 1991, che ha convertito con modificazioni il D.L. n. 153 del 3 maggio 1991 “provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e i titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio”.

²⁴⁶ Previste dall'art. 2, comma 1, lettera h.

emanate dal nostro Paese in attuazione delle direttive comunitarie disposte sul tema.

L'art. 3, di particolare importanza ai fini del contrasto finanziario del riciclaggio, prevedeva il nuovo istituto della “segnalazioni delle operazioni sospette”, poste a carico degli intermediari abilitati. Detta norma, sostanzialmente confermata dalle successive leggi di recepimento delle direttive comunitarie, così recitava al comma 1: *«Il responsabile della dipendenza, dell'ufficio o di altro punto operativo di uno dei soggetti di cui all'articolo 4, indipendentemente dall'abilitazione ad effettuare le operazioni di trasferimento di cui all'articolo 1, ha l'obbligo di segnalare senza ritardo al titolare dell'attività o al legale rappresentante o a un suo delegato ogni operazione che per caratteristiche, entità, natura, o per qualsivoglia altra circostanza conosciuta a ragione delle funzioni esercitate, tenuto conto anche della capacità economica e dell'attività svolta dal soggetto cui è riferita, induca a ritenere, in base agli elementi a sua disposizione, che il danaro, i beni o le utilità oggetto delle operazioni medesime possano provenire dai delitti previsti dagli articoli 648-bis e 648-ter del codice penale. Tra le caratteristiche di cui al periodo precedente è compresa, in particolare, l'effettuazione di una pluralità di operazioni non giustificata dall'attività svolta da parte della medesima persona, ovvero, ove se ne abbia conoscenza, da parte di persone appartenenti allo stesso nucleo familiare o dipendenti o collaboratori di una stessa impresa o comunque da parte di interposta persona».*

L'obbligo delle segnalazioni di operazioni sospette stabiliva per la prima volta il principio della “collaborazione attiva” degli intermediari creditizi e finanziari, fissando nel caso di inadempimento una sanzione amministrativa rilevante²⁴⁷. Si trattava e si tratta tuttora, visto che il principio è stato riprodotto e ampliato nella successiva legislazione sul tema, di impegnare gli intermediari a prestare forte attenzione ai rapporti con la clientela, segnalando all'autorità competente operazioni che potevano presentare profili di rischio, secondo una duplice valutazione, basata cioè tanto sugli elementi oggettivi della transazione (ad es.:

²⁴⁷ Si veda l'art. 5, comma 5: *«Salvo che il fatto costituisca reato, l'omissione delle segnalazioni previste dall'articolo 3 è punita con una sanzione pecuniaria fino alla metà del valore dell'operazione».*

frequenza, importo, etc.) quanto sugli aspetti soggettivi del cliente (es: capacità economica, attività svolta, etc.).

Ciò comporta, in sostanza, una forte deroga al c.d. “segreto bancario”, dal momento che –nel caso di sospetto di riciclaggio- da un lato viene meno la necessità di un provvedimento della magistratura (da qui il termine di collaborazione attiva), dall’altro non si rende più necessaria la sussistenza di alcuna notizia del reato, perché l’intermediario autorizzato, al ricorrere dei presupposti, venga chiamato a segnalare il cliente sulla scorta di un mero “sospetto”²⁴⁸.

Per superare le difficoltà di individuazione dei casi sospetti da parte degli intermediari, la Banca d’Italia in linea con l’art. 3-*bis* comma 4 della citata legge del 1991, ha prima emanato nel febbraio del ‘93 e poi più volte aggiornato le istruzioni operative per l’individuazione di operazioni di segnalazioni sospette (c.d. *Decalogo*). È giusto il caso di sottolineare che le società fiduciarie, fin dal dall’inizio, furono espressamente menzionate tra i soggetti destinatari del provvedimento.

Alla legge 197/1991 fece seguito il d.lgs. 26 maggio 1997, n. 153, che recepiva la seconda direttiva comunitaria in materia di “riciclaggio dei capitali di provenienza illecita” e –come aspetto principale- modificava il soggetto obbligato a ricevere e approfondire le segnalazioni delle operazioni sospette. Più specificamente, l’Ufficio italiano cambi–U.I.C., ente pubblico strumentale della Banca d’Italia, a carattere quindi amministrativo, prendeva il posto alle questure territorialmente competenti –soggetti di polizia- originariamente previste dalla legge del ’91. Una modifica questa che è stata confermata nella costante scelta “amministrativa” dell’Agenzia antiriciclaggio italiana, fino giorni nostri, come meglio vedremo in seguito.

Ai sensi delle norme internazionali sui soggetti pubblici destinatari delle operazioni sospette²⁴⁹, l’U.I.C. diveniva infatti la *Financial Intelligence Unite* (F.I.U.) o Unità di Informazione Finanziaria del nostro Paese, con la relativa possibilità di scambiare informazioni con le F.I.U. di altre nazioni.

²⁴⁸ Cfr. sul punto CAPPÀ E., *Le criticità nell’adempimento dell’obbligo di segnalazione delle operazioni sospette di riciclaggio*, in E. CAPPÀ – U. MORERA (a cura di), *Normativa antiriciclaggio e segnalazione di operazioni sospette*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 121 e ss.

²⁴⁹ Di cui alla raccomandazione 26 del GAFI e all’art. 12 della Convenzione di Varsavia.

Il d.lgs. del 21 novembre 2007, n. 231, che recepiva la terza direttiva comunitaria in materia di “prevenzione dell’utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo” ha apportato, in estrema sintesi, tre importanti novità: l’istituzione presso la Banca d’Italia della “Unità di informazione finanziaria per l’Italia” –c.d. UIF-²⁵⁰; l’ampliamento dei soggetti destinatari degli obblighi antiriciclaggio tramite l’inserimento di imprese esercenti particolari scopi commerciali (es: commercio di oro, commercio di cose antiche, etc.)²⁵¹ e particolare categorie di professionisti (es: commercialisti, notai, etc.)²⁵²; infine prevedendo una nuova tipologia di obblighi antiriciclaggio in tema di «*adeguata verifica della clientela*»²⁵³. Quest’ultima innovazione ha lo scopo di integrare e rafforzare l’identificazione della clientela già prevista nel precedente quadro normativo, ma estendendo l’acquisizione dei dati a tutta la durata delle operazioni (e non più alla sola fase genetica del rapporto) ed introducendo al contempo l’obbligo di censire anche il titolare effettivo del rapporto e dell’operazione svolta²⁵⁴.

Con riferimento all’oggetto della presente tesi, per quanto riguarda il tema dei controlli “*sull’adeguatezza degli aspetti organizzativi e procedurali e il rispetto degli obblighi previsti*” dalle norme antiriciclaggio, l’art. 53 del d.lgs. del 2007 ha previsto per le società fiduciarie l’assoggettamento ai controlli dell’autorità di vigilanza di settore (in questo caso la Banca d’Italia) che possono però essere eseguiti, previa intese, anche dal Nucleo Speciale della Polizia valutaria della Guardia di Finanza.

Il 10 marzo del 2011 la Banca d’Italia adottò, secondo quanto previsto dall’art. 7 comma 2 del decreto del d.lgs. 231 del 2007, il provvedimento recante disposizioni attuative in materia di organizzazione, procedure e controlli interni volto a prevenire l’utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono l’attività finanziaria a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.. La sezione II del

²⁵⁰ Cfr. art. 6 del d.lgs. 231/2007, che ne sottolinea il carattere di indipendenza.

²⁵¹ Cfr. art 10, comma 2, lettera 1 del d.lgs. 231/2007.

²⁵² Cfr. art 12 del d.lgs. 231/2007.

²⁵³ Cfr. artt. 15-28 del d.lgs. 231/2007.

²⁵⁴ In tema di adeguata verifica della clientela così come introdotta dal d.lgs. 231/2007, cfr. CRISCUOLO L, *La prevenzione del riciclaggio sotto il profilo finanziario: adeguata verifica, registrazione, segnalazione di operazioni sospette*, in CAPPA E. e CERQUA L.D. (a cura di), *Il riciclaggio del denaro: Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, op. cit., 2012, pp. 100 e ss.

provvedimento è dedicata all'attività delle società fiduciarie che “*presenta profili rilevanti per la disciplina antiriciclaggio, in quanto, in linea astratta appare suscettibile delimitare la trasparenza della proprietà o della gestione di determinati beni.*” Come si è visto negli stessi anni veniva posta in essere la novella dell'art. 199 T.U.F. che porterà qualificate categorie di società fiduciarie ad iscriversi nella sezione separata dell'albo dell'art. 106 T.U.B. per più stringenti controlli nel campo antiriciclaggio. Sempre rispetto alle società fiduciarie, si riporta che a seguito della novella legislativa in esame, nel 2015 la U.I.F. ha precisato gli adempimenti a carico delle fiduciarie iscritte nella sezione separata, al fine di chiarirne gli obblighi segnalatici²⁵⁵. Anche alla luce di questo intervento, ma soprattutto a seguito delle procedure di *voluntary disclosure*, il numero delle segnalazioni delle operazioni sospette da parte delle fiduciarie è sensibilmente aumentato dal 2015 al 2016, con un incremento pari al 97,9%²⁵⁶. Più nel dettaglio, le fiduciarie nel 2015 hanno effettuato 859 segnalazioni sospette, quasi raddoppiate nel 2016 con ben 1700. D'altro canto, le segnalazioni delle fiduciarie rappresentato solo l'1,9% di quelle prodotte da tutti gli intermediari finanziari che, nel corso del 2016, sono state infatti 89699. Una così diversa proporzione che è però giustificata dai valori e della transazioni operate specie nel comparto bancario.

Infine si ricorda che il complesso delle norme è stato ulteriormente adeguato con il recente d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, che ha recepito la IV direttiva europea relativa “*alla prevenzione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo*”. Riguardo all'oggetto della presente tesi, l'innovazione più importante per le fiduciarie riguarda l'obbligo di segnalazione di operazioni sospette anche per le operazioni di anti-riciclaggio (art. 648-ter1).

²⁵⁵ Cfr. https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/comunicati/documenti/Comunicato_albo_unico.pdf.

²⁵⁶ Ai fini della corretta visione dei dati in merito alle segnalazioni effettuate dalle società fiduciarie, si prenda visione della relazione annuale UIF del 2016, cfr. <http://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/rapporto-annuale/2017/Relazione-UIF-anno-2016.pdf>, pp. 25 e ss.

*SEZIONE II – IL RECENTE ASSOGGETTAMENTO DI ALCUNE CATEGORIE DI
SOCIETÀ FIDUCIARIE ALLA VIGILANZA DI BANCA ITALIA*

1. LA DISCIPLINA GENERALE DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI NEL T.U.B

Il Titolo V del Testo Unico bancario disciplina i soggetti operanti nel settore finanziario, in particolare prevedendo la definizione degli intermediari non bancari e l'iscrizione nel relativo albo. Infatti, il comma 1 dell'art. 106 TUB prevede che: *«L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia»*²⁵⁷. La normativa in questione è stata – come visto- aggiornata dalla novella dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141²⁵⁸ e dal d.lgs. n. 169/2012²⁵⁹ che oltre ad apportare profonde revisioni ai titoli V e VI del T.U.B., hanno modificato l'art. 199 del T.U.F.

²⁵⁷ Il comma 2 dell'art. 106 recita poi *«Oltre alle attività di cui al comma 1 gli intermediari finanziari possono: a) emettere moneta elettronica e prestare servizi di pagamento a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell'articolo 114-quinquies, comma 4, e iscritti nel relativo albo, oppure prestare solo servizi di pagamento a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell'articolo 114-novies, comma 4, e iscritti nel relativo albo; b) prestare servizi di investimento se autorizzati ai sensi dell'articolo 18, comma 3, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; c) esercitare le altre attività a loro eventualmente consentite dalla legge nonché attività connesse o strumentali, nel rispetto delle disposizioni dettate dalla Banca d'Italia»*.

²⁵⁸ Come visto *supra*, l'art. 9, co. 8, del d.lgs. 141 del 2010, è il primo intervento che riformula l'art. 199 del T.U.F., il quale già in precedenza si occupava delle società fiduciarie ribadendo il mantenimento in vigore della legge 1966/1939, nonché l'assoggettamento delle società fiduciarie di gestione, in via esclusiva, alla disciplina dei servizi di investimento. Il nuovo art. 199 del T.U.F. dispone l'iscrizione di talune società fiduciarie –quelle previste al comma 1- che svolgano l'attività di custodia e amministrazione di valori mobiliari, e che siano controllate da banche o da intermediari finanziari, oppure che avendo la forma di S.p.A. abbiano versato un capitale sociale pari ad almeno due volte (centomila euro) il minimo previsto dall'art. 2327 del c.c., in una sezione separata dell'albo degli intermediari finanziari previsto dall'art. 106 del T.U.B. tenuto dalla Banca d'Italia.

²⁵⁹ Il d.lgs. n. 169/2012 (c.d. II decreto correttivo) che modifica il d.lgs. n. 141/2010 ha, tra l'altro, novellato il titolo V del T.U.B. in ordine alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi, introducendo inoltre modifiche relativamente agli adempimenti in tema di disciplina antiriciclaggio e, quindi, correzioni a talune disposizioni del d.lgs. n. 231/2007. Relativamente all'ambito fiduciario, è stato sostituito il comma 1 dell'art. 27 del d.lgs. n. 141/2010 (in materia di società fiduciarie), nonché sono state introdotte alcune modifiche al d.lgs. n. 231/2007 che, come si legge nella relazione illustrativa al provvedimento, sono finalizzate a rendere coerente l'elenco dei destinatari della normativa antiriciclaggio alla nuova articolazione degli intermediari introdotta dal d.lgs. n. 141/2010. Difatti l'art. 11, comma 1 lettera m-bis, del d.lgs. n. 231/2007 ora così recita: *«Ai fini (solo) del presente decreto per intermediari finanziari si intendono: (...) le società fiduciarie di cui all'articolo 199, comma 2, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58»*. Resta fermo infatti che, le società fiduciarie dell'art. 199, comma 2, del T.U.F. sono soggetti che, pur essendo iscritti nell'albo (e comunque in una sezione separata) di cui all'art. 106 T.U.B., non possono in alcun modo essere ritenuti intermediari finanziari e gli è perciò preclusa ogni attività di concessione di finanziamenti.

Gli intermediari in questione, non a caso definiti “non bancari”, svolgono solo una delle attività esercitate dalle banche, ossia: o raccolgono il risparmio tra il pubblico, oppure esercitano la concessione di finanziamenti; diversamente quindi da quanto previsto per le banche che sia raccolgono il risparmio tra il pubblico sia erogano il credito e come tali sono disciplinate dalle precedenti norme del T.U.B., si veda in particolare l’art. 10 “*Attività bancaria*”. Detto ultimo articolo, al comma 3, prevede che le banche esercitino altresì, oltre alla loro attività, ogni altra attività finanziaria, nonché attività connesse o strumentali; mentre alle società finanziarie non è concesso il reciproco.

Più nel dettaglio, il comma 3 dell’art. 106 attribuisce al Ministero dell’Economia e delle Finanze -sentita la Banca d’Italia- il potere di specificare il contenuto delle attività indicate nel comma 1 citato, oltre a prevedere in quali circostanze debba considerarsi l’esercizio nei confronti del pubblico. Più di recente, col Decreto del MEF n. 53 del 2 aprile 2015²⁶⁰, si è provveduto a definire l’attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma ed il suo esercizio nei confronti del pubblico (rispettivamente artt. 2 e 3). In base a tali norme, qualora l’attività sia svolta “*nei confronti di terzi*” e “*con carattere di professionalità*” ricorrono i presupposti affinché il soggetto che la eserciti sia tenuto ad iscriversi nell’Albo degli intermediari finanziari di cui all’art. 106.

Vale la pena svolgere un breve esame sulle due circostanze previste per lo svolgimento dell’attività finanziaria oggetto di iscrizione e vigilanza, ossia: a) *l’esercizio nei confronti di terzi* e b) *il carattere di professionalità*.

La giurisprudenza si è occupata di tale circostanze, che fissano appunto il *discrimen* tra un’attività finanziaria svolta meramente tra privati (come tale non richiedente l’iscrizione) e quella invece svolta verso terzi con carattere di professionalità (che richiede l’iscrizione e la cui mancanza è penalmente sanzionata dall’art. 166 del T.U.F. sull’abusivismo finanziario²⁶¹).

²⁶⁰ Dal titolo: “Regolamento recante norme in materia di intermediari finanziari in attuazione degli articoli 106, comma 3, 112, comma 3, e 114 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nonché dell’articolo 7-ter, comma 1-bis, della legge 30 aprile 1999, n. 130”

²⁶¹ L’art. menzionato prevede pene fino a quattro anni di reclusione e multe fino a 10.329 euro a carico di chi eserciti attività in questione senza esservi autorizzato.

La Cassazione, con orientamento oramai consolidato²⁶², ha affermato che l'attività rivolta al pubblico non significhi «*che essa debba rivolgersi ad una collettività indifferenziata di persone, ben potendosi invece qualificare come pubblico quello costituito da una limitata cerchia di soggetti operanti in un settore determinato*» ed ancora che: «*la destinazione al pubblico dell'offerta, invero, non deve essere interpretata in senso quantitativo, ma è sufficiente che lo sia in senso qualitativo e cioè come rivolta ad un numero potenzialmente illimitato di soggetti*».

Quanto al carattere di professionalità, si menziona la sentenza della Cassazione n. 27246 del 2013 che vede nell'art. 166 del T.U.F. «*un reato di pericolo presunto*» a danno del mercato che, da una canto «*esclude il compimento di singoli atti occasionali, richiedendo invece una serie di atti coordinati rientranti nelle tipologie previste secondo un concetto di professionalità in senso ampio*» e dall'altro esige al contempo che tali atti «*siano indirizzati al pubblico, tuttavia nel limitato senso di soggetti qualitativamente non determinati*».

Ampiamente ripetuto nel Titolo V del T.U.B. è il rinvio, con riferimento agli aspetti attuativi della disciplina finanziaria, al decreto del M.E.F. e quindi ad una fonte secondaria. Parte della dottrina, ha considerato ciò eccessivo per un verso, in un'ottica di concentrazione di poteri in capo ad un organo amministrativo; ma coerente per un altro, dal momento che segue il disegno di delegificazione portato avanti sia dal T.U.F. che dal T.U.B. «*per consentire pronti adeguamenti della normativa a una realtà in continua evoluzione*²⁶³».

In materia, altre norme del T.U.B. (tra cui il successivo articolo 107) attribuiscono aspetti attuativi all'ente di vigilanza Banca Italia. Dette disposizioni, determinano in capo al soggetto destinatario l'insorgere degli obblighi fissati dalla Circolare della Banca d'Italia n. 288 del 3 Aprile 2015 "*Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari*", di cui meglio si riferirà in seguito.

L'art. 107 del T.U.B. attribuisce specificamente favore di Banca d'Italia: a) il potere di autorizzare gli intermediari finanziari; b) la potestà di indicarne le relative condizioni²⁶⁴; c) l'autorità di negare l'autorizzazione quando, dalla verifica delle

²⁶² Cfr. sentenze Cassazione Penale, n. 1084 del 2007 e n. 2404 del 2009.

²⁶³ Cfr. CRISCUOLO L., *op. cit.*, p. 100.

²⁶⁴ In particolare, sussistono requisiti di onorabilità dei partecipanti e di professionalità, onorabilità e indipendenza degli esponenti aziendali. Essi sono rispettivamente esplicitati dagli artt. 25 e 26 del T.U.B.

condizioni, non risulti garantita la sana e prudente gestione²⁶⁵. Detto provvedimento di diniego è naturalmente impugnabile davanti al Tribunale Amministrativo Regionale. Infine, in tema di vigilanza, sono richieste particolari condizioni in merito alla: a) forma societaria, b) sede legale, c) capitale versato, d) presentazione di un programma concernente l'attività iniziale e la struttura organizzativa, e) idoneità degli amministratori, direttori ed altri esercenti funzioni di controllo, f) divieto di legami -tra intermediari o all'interno del gruppo di appartenenza- che ostacolino l'attività di vigilanza. In tal senso, l'art. 108, comma 1, afferma che «*La Banca d'Italia emana disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto: il governo societario, l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, l'organizzazione amministrativa e contabile, i criteri interni e i sistemi di remunerazione e incentivazione nonché l'informativa da rendere al pubblico sulle predette materie. La Banca d'Italia può adottare, ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti di singoli intermediari per le materie in precedenza indicate*».

Conseguentemente, sembra potersi ritenere che l'assimilazione delle fiduciarie alle società finanziarie, ai fini dell'autorizzazione e dell'iscrizione nella sezione separata dell'albo ex art. 106 da parte della Banca d'Italia, non incide, né potrebbe incidere, sulle profonde differenze istituzionali tra le fiduciarie chiamate recentemente a tali obblighi e gli intermediari finanziari già vigilati. A questo proposito, vale la pena sottolineare come l'attività delle società fiduciarie "statiche" non prevede né l'assunzione di rischi né l'esercizio di poteri discrezionali in materia di investimenti: non sussisterebbe perciò la necessità di una disciplina prudenziale più estesa, secondo quanto succede invece per gli altri soggetti finanziari²⁶⁶. Del resto è lo stesso legislatore che si dimostra consapevole di questo assunto, tant'è che la norma indica l'iscrizione di queste fiduciarie in una "sezione separata".

Pertanto nelle pagine successive si delinea la procedura autorizzativa che segue la Banca d'Italia ed in particolare i suoi controlli ispettivi sulle fiduciarie aspiranti all'iscrizione, i requisiti ivi richiesti a tali imprese e il possibile avvio di quella che

²⁶⁵ Cfr. art. 107, comma 2, del T.U.B. ed ancora, il comma 3 del medesimo art., così recita: «*Banca d'Italia disciplina la procedura di autorizzazione, i casi di revoca, nonché di decadenza, quando l'intermediario non abbia iniziato l'esercizio dell'attività*».

²⁶⁶ Cfr. GOBBO G., *op. cit.*, 2012, pp. 1908-1909.

può definirsi un'attività *ex post* di vigilanza “*off-site*” in analogia con quanto già ampiamente sviluppato dall'Autorità di Palazzo Koch per le banche e gli intermediari finanziari.

2. LA CIRCOLARE BANCA D'ITALIA N. 288 DEL 2015 SULLA PROCEDURA AUTORIZZATIVA E I REQUISITI RICHIESTI ALLE SOCIETÀ FIDUCIARIE

2.1 PREMESSA

Con il decreto n. 53 del 2 aprile 2015 del Ministero dell'Economia e delle Finanze e con la Circolare n. 288 del 3 aprile 2015 della Banca d'Italia²⁶⁷, sono state emanate le disposizioni attuative della riforma in materia di intermediari finanziari prevista dai citati d.lgs. 141 del 13 agosto 2010 e d.lgs. 169 del 19 settembre 2012. La relativa novella ha –tra l'altro- eliminato gli elenchi (generale e speciale) previsti *ante* riforma dagli artt. 106 e 107 del T.U.B. ed istituito il nuovo albo ai sensi del riformato art. 106 della legge medesima, comprensivo della più volte citata “*sezione separata*” per le società fiduciarie indicate dall'art. 199, comma 2 del T.U.F.

In linea del tutto generale può affermarsi che gli intermediari finanziari iscritti nell'albo dell'art. 106 T.U.B. sono assoggettati ad un regime prudenziale analogo a quello delle banche, opportunamente adattato tenendo conto delle specifiche caratteristiche di tali soggetti.

Infatti, nel Titolo VII “*Altri soggetti finanziari*”, Capitolo 2 “*Società Fiduciarie*”, della citata circolare n. 288, la Banca d'Italia ha dettato:

- i) Nella Sezione I le “*Disposizioni di carattere generale*”;
- ii) Nella Sezione II la “*Procedura di autorizzazione*”;
- iii) Nella Sezione III la “*Normativa applicabile alle società fiduciarie*”;
- iv) Nell'Allegato A) lo “*Schema della relazione sulla struttura organizzativa*” distinto tra: parte I “*Sistema Di Amministrazione E*

²⁶⁷ Sul sito della Banca d'Italia: www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/circolari/c288/Circ2882AGGTOintegralesegnalibri.pdf

Controllo”; parte II “*Struttura organizzativa e sistema dei controlli interni*”; parte III “*Gestione dei rischi*”; parte IV “*Sistemi informativi*”.

Di seguito, ne sono riportati gli aspetti salienti.

2.2 I REQUISITI PER L’AUTORIZZAZIONE

Con riferimento alle fiduciarie, la procedura autorizzativa di Banca d’Italia è –come anticipato- volta a verificare non solo la sussistenza delle condizioni ex art. 199 T.U.F., ma anche dei requisiti societari-organizzativi idonei ad assicurare il rispetto della normativa antiriciclaggio. Pertanto è ivi richiesta:

- a) l’adozione della forma di società di capitali per le fiduciarie sottoposte a controllo di una banca o di un intermediario finanziario ovvero della forma di società per azioni per le altre società fiduciarie;
- b) la presenza della sede legale e della direzione generale nel territorio della Repubblica;
- c) l’esistenza di un capitale versato di ammontare non inferiore al doppio di quello richiesto dall’art 2327 del codice civile²⁶⁸ per le fiduciarie che non siano sottoposte a controllo da parte di una banca o di un intermediario finanziario;
- d) la presenza dell’autorizzazione da parte del Ministero dello Sviluppo Economico ai sensi del D.M. 16 gennaio 1995;
- e) la presenza di una relazione concernente l’attività esercitata²⁶⁹ e la struttura organizzativa²⁷⁰, unitamente all’atto costitutivo e allo statuto

²⁶⁸ «La società per azioni deve costituirsi con un capitale non inferiore a cinquantamila(*) euro». Si badi che l’art. 20 del D.L. 24 giugno 2014, n. 91, ha costituito la parola "centoventimila" con la seguente "cinquantamila".

²⁶⁹ La relazione indica: i) le attività, tra quelle previste dalla legge 23 novembre 1939, n. 1966 e dal D.M. 16 gennaio 1995, che la società intende svolgere; ii) la previsione, riferita ad un arco temporale di un triennio, dell’andamento delle masse fiduciarie; iii) i bilanci degli ultimi tre esercizi o, se la società è stata costituita più recentemente, degli esercizi per i quali è disponibile; iv) l’andamento delle masse fiduciarie nel triennio precedente o, se la società è stata autorizzata dal Ministero dello Sviluppo Economico più recentemente, l’andamento della masse a partire dall’autorizzazione ministeriale.

²⁷⁰ La relazione sulla struttura organizzativa è predisposta sulla base dello schema previsto nell’Allegato A citato. Le società assicurano che la relazione sia costantemente aggiornata. In presenza di variazioni significative che incidono sull’operatività o sull’assetto organizzativo dell’intermediario (ad esempio,

- f) il possesso da parte dei titolari di partecipazioni qualificate di cui all'art. 19 TUB²⁷¹ dei requisiti previsti nel medesimo articolo e rilevanti ai fini dell'antiriciclaggio²⁷² nonché gli elementi previsti dall'art 25 T.U.B.²⁷³ in merito all'onorabilità dei partecipanti;

cambiamenti nel modello di governo societario), le società trasmettono tempestivamente alla Banca d'Italia la relazione debitamente aggiornata.

²⁷¹ Art. 19 "Autorizzazioni":

«1. La Banca d'Italia autorizza preventivamente l'acquisizione a qualsiasi titolo in una banca di partecipazioni che comportano il controllo o la possibilità di esercitare un'influenza notevole sulla banca stessa o che attribuiscono una quota dei diritti di voto o del capitale almeno pari al 10 per cento, tenuto conto delle azioni o quote già possedute.

2. La Banca d'Italia autorizza preventivamente le variazioni delle partecipazioni quando la quota dei diritti di voto o del capitale raggiunge o supera il 20 per cento, 30 per cento o 50 per cento e, in ogni caso, quando le variazioni comportano il controllo della banca stessa.

3. L'autorizzazione prevista dal comma 1 è necessaria anche per l'acquisizione del controllo di una società che detiene le partecipazioni di cui al medesimo comma.

4. La Banca d'Italia individua i soggetti tenuti a richiedere l'autorizzazione quando i diritti derivanti dalle partecipazioni indicate ai commi 1 e 2 spettano o sono attribuiti ad un soggetto diverso dal titolare delle partecipazioni stesse.

5. La Banca d'Italia rilascia l'autorizzazione quando ricorrono condizioni atte a garantire una gestione sana e prudente della banca, valutando la qualità del potenziale acquirente e la solidità finanziaria del progetto di acquisizione in base ai seguenti criteri: la reputazione del potenziale acquirente, ivi compreso il possesso dei requisiti previsti ai sensi dell'articolo 25; il possesso dei requisiti previsti ai sensi dell'articolo 26 da parte di coloro che, in esito all'acquisizione, svolgeranno funzioni di amministrazione, direzione e controllo nella banca; la solidità finanziaria del potenziale acquirente; la capacità della banca di rispettare a seguito dell'acquisizione le disposizioni che ne regolano l'attività; l'idoneità della struttura del gruppo del potenziale acquirente a consentire l'esercizio efficace della vigilanza. L'autorizzazione non può essere rilasciata in caso di fondato sospetto che l'acquisizione sia connessa ad operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. L'autorizzazione può essere sospesa o revocata se vengono meno o si modificano i presupposti e le condizioni per il suo rilascio.

6. Abrogato

7. Abrogato

8. Se alle operazioni indicate nei commi 1, 2 e 3 partecipano soggetti appartenenti a Stati extracomunitari che non assicurano condizioni di reciprocità, la Banca d'Italia comunica la domanda di autorizzazione al Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta del quale il Presidente del Consiglio dei Ministri può vietare l'autorizzazione.

8-bis. Le autorizzazioni previste dal presente articolo si applicano anche all'acquisizione, in via diretta o indiretta, del controllo derivante da un contratto con la banca o da una clausola del suo statuto.

9. La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, emana disposizioni attuative del presente articolo, e in particolare disciplina le modalità e i termini del procedimento di valutazione di cui al comma 5, i criteri di calcolo dei diritti di voto rilevanti ai fini dell'applicazione delle soglie previste ai commi 1 e 2, ivi inclusi i casi in cui i diritti di voto non sono computati ai fini dell'applicazione dei medesimi commi, e i criteri per l'individuazione dei casi di influenza notevole.

²⁷² In tale ambito rileva il requisito di reputazione, ivi compresi il possesso dei requisiti di onorabilità di cui all'articolo 25 TUB e la correttezza nei comportamenti d'affari, con particolare riguardo all'analisi di fattispecie rilevanti sotto il profilo antiriciclaggio.

²⁷³ Art. 25 "Requisiti di onorabilità dei partecipanti":

«1. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, determina con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, i requisiti di onorabilità dei titolari (delle partecipazioni indicate all'articolo 19);

2. abrogato;

3. In mancanza dei requisiti non possono essere esercitati i diritti di voto e gli altri diritti, che consentono di influire sulla società, inerenti alle partecipazioni (eccedenti le soglie indicate all'articolo 19, comma

- g) il possesso da parte degli esponenti aziendali dei requisiti previsti dall'art 26 T.U.B.²⁷⁴;
- h) l'insussistenza, tra le società fiduciarie o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, di stretti legami che ostacolano l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza;
- i) la limitazione dell'oggetto sociale alle sole attività previste dalla legge 23 novembre 1939, n 1966 e dal D.M. 16 Gennaio 1995.

Inoltre, la Banca d'Italia ha il potere di negare l'autorizzazione quando dalla valutazione delle suddette condizioni non risultino garantite le condizioni per assicurare un efficace presidio dei rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo ai sensi del d.lgs. 231/2007 e successivi aggiornamenti, ferme restando le prerogative del MISE ai sensi della legge 1966/1939.

Opportunamente infatti, l'Autorità di Palazzo Koch ha sottolineato che: *«tali disposizioni non pregiudicano né modificano l'applicazione delle norme inserite nel D.M. 16 gennaio 1995 in materia di autorizzazione all'esercizio dell'attività riservate alle società fiduciarie, e di esercizio dei poteri di vigilanza delle stesse*

1). In caso di inosservanza, la deliberazione od il diverso atto, adottati con il voto o il contributo determinanti delle partecipazioni previste dal comma 1, sono impugnabili secondo le previsioni del codice civile. L'impugnazione può essere proposta anche dalla Banca d'Italia entro centottanta giorni dalla data della deliberazione ovvero, se questa è soggetta a iscrizione nel registro delle imprese, entro centottanta giorni dall'iscrizione o, se è soggetta solo a deposito presso l'ufficio del registro delle imprese, entro centottanta giorni dalla data di questo. Le partecipazioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto sono computate ai fini della regolare costituzione della relativa assemblea.

4. Le partecipazioni, eccedenti le soglie previste dal (comma 3), dei soggetti privi dei requisiti di onorabilità devono essere alienate entro i termini stabiliti dalla Banca d'Italia».

²⁷⁴ Art. 26 "Requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza dei partecipanti":

«1. I soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche devono possedere i requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza stabiliti con regolamento del Ministro dell'economia e delle finanze adottato, sentita la Banca d'Italia, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

2. Il difetto dei requisiti determina la decadenza dall'ufficio. Essa è dichiarata dal consiglio di amministrazione, dal consiglio di sorveglianza o dal consiglio di gestione entro trenta giorni dalla nomina o dalla conoscenza del difetto sopravvenuto. In caso di inerzia la decadenza è pronunciata dalla Banca d'Italia.

2-bis. Nel caso di difetto dei requisiti di indipendenza stabiliti dal codice civile o dallo statuto della banca si applica il comma 2.

3. Il regolamento previsto dal comma 1 stabilisce le cause che comportano la sospensione temporanea dalla carica e la sua durata. La sospensione è dichiarata con le modalità indicate nel comma 2.»

da parte del Ministero dello Sviluppo Economico». In linea con la ratio della riforma di assicurare il rispetto della normativa in materia di prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, la Circolare conferma che il citato «Provvedimento del 10 marzo 2011, recante disposizioni attuative in materia di organizzazione, procedure e controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria ai fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo...rileva anche ai fini della disciplina dell'organizzazione amministrativa e contabile e dei controlli delle società fiduciarie che si iscrivono all'albo previsto dall'art. 106 TUB».

2.3 L'ISTRUTTORIA, LA VALUTAZIONE E GLI ASPETTI OPERATIVI DELLA PROCEDURA

Nell'ambito del procedimento di autorizzazione “la Banca d'Italia può disporre una verifica in ordine alla funzionalità complessiva della struttura aziendale, nonché all'esistenza e all'ammontare del capitale minimo versato dalla società istante. A tal fine la Banca d'Italia può disporre l'accesso dei propri ispettori”.

Risulta che la stessa ha fatto oggetto di ispezione di buona parte delle società fiduciarie che hanno fatto richiesta di iscrizione alla sezione separata dell'albo.

Ai fini delle valutazioni istruttorie, la Banca d'Italia si avvale anche dei riferimenti aggiornati forniti dal Ministero dello Sviluppo Economico. Consapevole dell'importanza di assicurare uno scambio biunivoco di informazioni tra il vigilante originario, MISE, e l'Autorità di Palazzo Koch che gli si sovrappone per alcune categorie di fiduciarie e secondo diverse finalità di antiriciclaggio, il d.lgs. 169/2012 ha introdotto nel nuovo testo dell'art. 199 T.U.F. come emendato dal d.lgs. 141 del 2010, un terzo comma. Esso recita: *«Il Ministero dello Sviluppo Economico e la Banca d'Italia, per quanto concerne le società di cui al comma 2, si danno reciproca comunicazione dei provvedimenti adottati ai fini dell'adozione dei rispettivi provvedimenti di competenza».* In linea con la legge n. 241 del 1990 “procedimento amministrativo”, cui la Banca

d'Italia si attiene, nel caso in cui nel corso dell'istruttoria la Banca abbia dato esito negativo alla domanda di autorizzazione, prima del formale provvedimento di diniego, la stessa comunica tempestivamente agli istanti i motivi ostativi all'accoglimento della domanda²⁷⁵. Entro il termine di dieci giorni dal recepimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate dai documenti. La comunicazione di cui la primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni, o in mancanza, dalla scadenza del termine del recepimento della comunicazione.

Sempre in base alla predetta circolare n. 288, in base agli esiti delle verifiche effettuate circa la sussistenza delle condizioni per l'autorizzazione e tenuto conto dell'esigenza di assicurare l'esistenza di requisiti atti a garantire un adeguato presidio dei rischi di riciclaggio, la Banca d'Italia rilascia o nega l'autorizzazione entro 180 giorni dalla data di recepimento della domanda di autorizzazione.

In sede di rilascio di autorizzazione la Banca può fornire indicazioni alla società fiduciaria perché quest'ultima garantisca l'esistenza di una *governance* efficace, di una robusta organizzazione amministrativa, di un adeguato presidio dei rischi derivanti dal mancato rispetto della disciplina dell'antiriciclaggio e del contrasto al finanziamento del terrorismo, nonché più in generale il soddisfacimento delle richieste autorizzative di vigilanza.

Secondo quanto informalmente comunicato all'autore del presente studio dalla Banca d'Italia risulta che l'istituto ha messo a disposizione, in attuazione della riforma sulla vigilanza delle fiduciarie in questione, la sua ampia esperienza di vigilanza e le sue rilevanti risorse umane e professionali. Il procedimento di autorizzazione, di verifica ispettiva e dei prossimi controlli *off-site* si svolgono infatti tutti nell'ambito dell'ampio dipartimento vigilanza, coinvolgendo tre dei suoi otto servizi interni all'Autorità di Palazzo Koch. Il servizio "Regolamentazioni e analisi prudenziali" provvede ad esaminare la richiesta, effettuare i controlli previsti nonché quelli ritenuti più opportuni,

²⁷⁵ In base all'art. 10-bis della legge 241/1990

chiedendo eventualmente allegazioni documenti e rivolgendosi al “Servizio ispettorato vigilanza” per gli accessi *in loco*. Al termine, il predetto Servizio “Regolamentazioni e analisi prudenziali” autorizza la fiduciaria ad iscriversi nella sezione separata dell’albo ex art. 106 T.U.B. o in mancanza dei requisiti previsti ne nega l’autorizzazione. Tutte queste informazioni vengono comunicate al MISE, col quale, come si è visto, le legge attribuisce importanti scambi informativi. Dopo l’iscrizione il Servizio “*tutela del cliente e antiriciclaggio*” è stato incaricato di occuparsi anche della vigilanza cartolare o *off-site* sulle fiduciarie. Anche qui particolare rilievo, stanno assumendo e sempre più assumeranno, gli scambi informativi con l’altro soggetto vigilante, il MISE.

2.4. DALL’ISCRIZIONE ALL’ALBO FINO ALLA CANCELLAZIONE DALL’ALBO STESSO

Una volta rilasciata l’autorizzazione, la Banca d’Italia iscrive la società nella sezione separata dell’albo di cui all’art. 106 T.U.B., comunicandone il codice identificativo.

La sezione separata dell’albo degli intermediari contiene la denominazione, la forma giuridica, la sede legale e, se diversa, la sede amministrativa; sono inoltre indicati la data e il numero di iscrizione all’albo nonché il numero d’iscrizione all’albo nonché il codice meccanografico della società.

La società comunica alla Banca d’Italia ogni variazione delle informazioni contenute nell’albo. La comunicazione è effettuata entro il termine di 10 giorni dal deposito per l’iscrizione nel registro delle imprese delle modifiche stesse. È soggetta a comunicazione l’eventuale quotazione in mercati regolamentati italiani ed esteri intervenuta successivamente all’iscrizione all’albo.

L’autorità di Palazzo Koch procede alla cancellazione dalla sezione separata dell’albo degli intermediari finanziari nei casi in cui sia stata revocata l’autorizzazione da parte del MISE o nei casi in cui essa stessa abbia revocato la propria autorizzazione. Esempi di questo genere possono essere quello dello scioglimento volontario ovvero quello di modifica dell’oggetto sociale che la porta fuori dal perimetro di applicazione della legislazione.

Sul punto non si può essere al momento più precisi in quanto, in concreto, dall'avvio della nuova attività di vigilanza sulle società fiduciarie, a tutt'oggi²⁷⁶ non sono state ancora effettuate operazioni di cancellazione delle stesse dalla sezione separata.

2.5 I CONTROLLI *POST* AUTORIZZATIVI

Si è visto che la Banca Centrale italiana esercita un'attività di vigilanza con carattere "bifasico". In concreto sussiste una prima vigilanza -in fase autorizzativa- ed una successiva ad essa -*post* autorizzativa- da effettuare nel corso della vita operativa della fiduciaria ormai iscritta. Della fase autorizzativa si è già parlato nei paragrafi precedenti, su quella *post*-autorizzativa non possono che formularsi delle mere ipotesi, dal momento che detta vigilanza risulta appena iniziata.

Una sorveglianza successiva all'autorizzazione può assumere due caratteri: *on-site* quando si svolge presso la sede della fiduciaria ogni qualvolta la Banca d'Italia individua particolari criticità che ritiene opportuno effettuare tramite ispezioni *in loco*; oppure "*off site*" (anche detta cartolare) ogni volta che si richieda l'acquisizione, con conseguente esame di documenti, da parte del citato servizio "*Tutela del cliente e antiriciclaggio*" a ciò preposto.

In particolare, l'art 108 T.U.B. disciplina gli aspetti generali della vigilanza Banca d'Italia sugli intermediari finanziari aventi ad oggetto: "il governo societario, l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, l'organizzazione amministrativa e contabile, i controlli interni e i sistemi di remunerazione e incentivazione nonché l'informativa da rendere al pubblico sulle predette materie".

La norma aggiunge, al successivo comma 2, che "*gli intermediari finanziari possano utilizzare: a) le valutazioni del rischio di credito rilasciate da società o enti esterni previsti dall'articolo 53, comma 2-bis, lettera a); b) sistemi interni*

²⁷⁶ In data 30 settembre 2017.

di misurazione dei rischi per la determinazione dei requisiti patrimoniali, previa autorizzazione della Banca”

Ai principi generali in tema di intermediari finanziari si aggiunge specificamente –come noto- per le società fiduciarie, la particolare attenzione sul tema dell’antiriciclaggio, che le ha portato appunto ad essere soggette alla nuova vigilanza della Banca d’Italia.

Al pari di quanto già la Banca d’Italia ha da tempo fatto per le aziende bancarie e per gli altri intermediari finanziari non bancari, sicuramente essa svilupperà, per tale nuova categoria di soggetti, un sistema di controlli a carattere “cartolare” o *post*-autorizzativo, tramite i quali l’Autorità possa vigilare compiutamente sugli sviluppi della vita sociale delle fiduciarie iscritte, sul mantenimento dei requisiti a suo tempo esaminati in sede di autorizzazione (ad es. il permanere in capo agli esponenti aziendali dei requisiti di onorabilità e professionalità) e sulla concreta osservanza degli obblighi antiriciclaggio, cui le società fiduciarie sono tenute in aggiunta a quelli ordinari di *governance*. Per gli obblighi antiriciclaggio in particolare si ricorda come il citata Provvedimento del 10 marzo 2011 della Banca d’Italia prevede specifiche disposizioni in tema di “organizzazione, procedure e controlli interni” volti a prevenire l’utilizzo di intermediari e altri soggetti che svolgono l’attività finanziaria ai fini di riciclaggio e finanziamento al terrorismo. Dette disposizioni –come si è detto- sono state recentemente richiamate dalla Circolare n. 288 “anche ai fini della disciplina di organizzazione, amministrativa e contabile e dei controlli delle società fiduciarie che si iscrivono all’albo previsto dall’art. 106 T.U.B.”

A differenza, inoltre, degli altri intermediari, bancari e finanziari, vigilati da B.I., le società fiduciarie non sembrano presentare quei rischi di “mercato” che impongono, a livello internazionale prima ancora che nazionale, particolari “coefficienti” di patrimonio prudenziale che assicurino una costante solvibilità, con fondi propri, in presenza di condizioni negative di mercato o di gestione.

Sebbene la materia sia di recentissima attualità e risultino, pertanto, disciplinati solo i controlli in fase autorizzativa (cfr. citata circolare 288 del 2015) è corretto ipotizzare che l’Autorità di vigilanza mutui – con le opportune specifiche e variazioni del caso – criteri e regole della vigilanza post-

autorizzativa dalla sua lunga esperienza nel campo degli intermediari bancari e finanziari, coniugandola con le esigenze di controllo sugli aspetti organizzativi dei soggetti tenuti al rispetto della disciplina antiriciclaggio di cui alla già esaminata circolare B.I. del 2011.

È ragionevole ipotizzare che la presenza nell'ambito della Banca d'Italia dell'Agenzia antiriciclaggio italiana (U.I.F.), sia pur dotata di autonomia e indipendenza, potrà permettere alla vigilanza sulle fiduciarie di avvalersi della stessa, nei casi previsti dalla legge, come ad esempio per quanto si riferisce al rispetto degli obblighi di "collaborazione attiva", ossia di segnalazione di operazioni sospette in tema di lotta al finanziamento e riciclaggio di denaro sporco. Sul punto potrebbe anche svilupparsi un apposito protocollo d'intesa che leghi la UIF alla vigilanza di Banca d'Italia in materia di società fiduciarie iscritte. Analogo protocollo, sempre con riferimento alle fiduciarie, potrebbe essere sviluppato tra la vigilanza di Banca d'Italia e il Nucleo Speciale di Polizia Valutaria, della Guardia di Finanza, anch'esso competente a verifiche antiriciclaggio e antiterrorismo. Le previsioni normative sulla reciproca comunicazione tra Banca d'Italia e MISE sui provvedimenti adottati ai fini delle rispettive competenze, fanno concretamente ipotizzare che si giunga anche qui alla stipula di un'importante protocollo di intesa fra i due soggetti vigilanti. In detta materia può rilevarsi che un primo aspetto oggetto di attenzione fra i due soggetti pubblici potrebbe riguardare il bilancio fra le società fiduciarie. Lo stesso infatti, secondo i criteri del MISE, esplicitati nel D.M. 16 gennaio 1995, sembrerebbe riportare informazioni che la vigilanza di Banca d'Italia potrebbe considerare troppo scarse per i suoi fini istituzionali. Si ha notizia inoltre che, gli stessi bilanci delle fiduciarie, legittimamente, a volte seguano i criteri previsti dal codice civile, altre i principi internazionali "IAS"²⁷⁷. Per quello che questo studio ha tratto dalle normative e dalle prassi operative della Banca Centrale italiana, sembra ritenersi che la stessa richieda regole e principi coerenti e confrontabili. Si arriverà perciò ad una riforma sui bilanci delle società fiduciarie

²⁷⁷ La Comunità europea, in virtù dell'esigenza di un corpus di regole contabili organico e coordinato a livello internazionale, ha introdotto progressivamente i principi contabili IAS/IFRS dello IASB (International Accounting Standard Board). In Italia, il d.lgs. n. 38/2005 ha previsto l'obbligo o la facoltà di applicare i principi contabili internazionali per talune tipologie societarie (società quotate, società con strumenti finanziari diffusi, banche e intermediari finanziari e imprese di assicurazione).

che li renda compatibili sia con le esigenze informative ministeriale che con quelle più pregnanti dell'Autorità di Palazzo Koch? La domanda sembra legittima, nel prossimo futuro si dovrebbe avere una risposta.

Infine, da un punto di vista meramente fattuale, si riporta che le fiduciarie iscritte da Banca d'Italia a seguito della novella legislativa, alla data del 30 settembre 2017, risultano iscritte 36 società fiduciarie²⁷⁸, con buona maggioranza avente sede a Milano. Si ricorda che le società iscritte presso l'albo del MISE sono invece, alla data del 12 ottobre 2017, ben 281.

²⁷⁸ Ai fini di una versione più aggiornata, è sufficiente prendere visione del registro elettronico gestito da Banca d'Italia al link:
<https://infostat.bancaditalia.it/giava-inquiry-public/flex/Giava/GIAVAFEInquiry.html#>

CAPITOLO V

L'ATTIVITÀ FIDUCIARIA E LA CONNESSA VIGILANZA

IN SVIZZERA E SAN MARINO

1. PREMESSA

Dall'indagine effettuata sul sistema italiano emerge che il nostro Paese, pur scontando la cronica assenza di un provvedimento organico in materia, ha predisposto un'ampia rete di vigilanza pubblica sulle fiduciarie, al fine di preservare, nei massimi termini auspicabili, la lecita funzione di queste imprese. Il ricorso, dettato da principi di leale collaborazione, a molteplici organi della P.A., ossia della Consob ma soprattutto del MISE e della Banca d'Italia, rappresenta quindi uno dei rari esempi di attività congiunta di vigilanza tra settori pubblici diversi. In particolare, la “nuova” vigilanza dell'Autorità di Palazzo Koch sulle fiduciarie di maggiore rilevanza garantisce un più efficace e stringente presidio sulle stesse.

Nei successivi paragrafi passeremo in rassegna due esperienze a noi vicine, ossia quella svizzera del Canton Ticino e quella di San Marino.

Dal momento che il fenomeno fiduciario è stato scarsamente disciplinato in Italia, è apparso opportuno focalizzarsi dapprima sulle “fiducie” ivi sviluppate, per poi passare ad un esame specifico della vigilanza sui fenomeni a ciò collegati.

Per questa breve analisi comparata si sono selezionate le suddette realtà in quanto presentano numerose caratteristiche comuni alle nostre. Infatti, la Svizzera e San Marino sono a noi accomunate, oltre che dal fattore di vicinanza, anche dal sistema di diritto (*Civil Law*) e dall'idioma utilizzato (l'italiano). Limitatamente alla Repubblica del Titano, si aggiunga anche l'utilizzo della stessa valuta (l'euro). Tutto questo ha comportato, come si vedrà in seguito, il frequente utilizzo da parte dei nostri connazionali di operazioni di schermo presso le fiduciarie ivi allocate.

In sintesi, l'esame consentirà di valutare se in tale materia si siano verificate le condizioni per arbitraggi normativi in funzione di minori obblighi di *disclosure* normativa, ovvero di controlli meno incisivi, per i connazionali che intendano

effettuare operazioni di investimento fiduciario nel Canton Ticino o nella Repubblica del Titano.

2. LA DISCIPLINA DELLA SVIZZERA

2.1 LE “FIDUCIE” SVIZZERE

Al pari del nostro Paese, le “fiducie” elvetiche non sono espressamente regolate nel proprio diritto codificato e vengono definite esclusivamente dalla giurisprudenza. Più precisamente, la situazione svizzera è così riassumibile: la trattazione dell’attività fiduciaria (compresa quella esercitata sotto forma d’impresa dalle società fiduciarie) è regolamentata solo nel Canton Ticino, mentre a carico di tutti i fiduciari svizzeri sussistono meri oneri antiriciclaggio. È del tutto assente poi una disciplina positiva tanto del negozio fiduciario quanto del *trust* interno²⁷⁹.

La Svizzera è costituita come Confederazione di cui fanno parte ventisei Cantoni. La ripartizione della competenza legislativa tra livello federale e livello cantonale è stabilita dalla costituzione svizzera, all’art. 164 capoverso 1, che afferma: *«tutte le disposizioni importanti contenenti norme di diritto sono emanate sotto forma di legge federale»*. Difatti, la disciplina dell’attività fiduciaria non è stata considerata tra le “disposizioni importanti” tant’è che gestita solo a carattere cantonale e l’unico Cantone a prevederne una disciplina è il Canton Ticino. Ciò è accaduto verosimilmente a causa della vicinanza di quest’ultimo con il mercato italiano e all’ampia richiesta che, specie in passato, i cittadini del belpaese hanno fatto del mercato bancario, finanziario e fiduciario del contiguo Cantone. Probabilmente, anche la risonanza mediatica di scandali scaturiti dall’uso distorto dell’istituto hanno contribuito a spingere il legislatore ticinese nel prendere provvedimenti normativi tendenti anche a preservare la credibilità del relativo sistema finanziario.

²⁷⁹ Tuttavia, il 27 febbraio 2017, è stata accolta dal Parlamento federale svizzero la proposta del deputato MERLINI G. con cui si invita il Consiglio federale a presentare un rapporto sull’eventuale adozione dell’istituto giuridico del *trust* nel diritto privato svizzero.

Per quanto attiene invece il negozio fiduciario, abbiamo anticipato che non è ivi presente alcuna disciplina positiva. Ne consegue che i Tribunali svizzeri fondano la loro analisi sul diritto consuetudinario e sulla dottrina, così generando innumerevoli dubbi sull'interpretazione del suddetto negozio all'interno della sistematica del diritto elvetico.

In termini generali l'istituto è qui inteso quale rapporto giuridico in cui il fiduciante, sulla scorta di una convenzione fiduciaria²⁸⁰, trasferisce beni e diritti di ogni natura al fiduciario, il quale li acquisisce a pieno titolo²⁸¹.

Nonostante sia assente una definizione univoca nel diritto federale, si fa regolare riferimento, al pari della maggior parte dei Paesi con tradizione di *Civil Law* –come l'Italia- alla suddivisione operata da *GAIO* nelle *Institutiones*²⁸². Il giurista, in presenza di un interesse o meno del fiduciario nel trasferimento, distingue tra negozio fiduciario a scopo di gestione patrimoniale (fiducia *cum amico*) e il negozio fiduciario a scopo di garanzia (fiducia *cum creditore*), nei termini che abbiamo già analizzato nel capitolo I della presente tesi.

La qualifica del rapporto fiduciario, di nuovo in maniera del tutto analoga a quanto accade in Italia, non è affatto univoca. Il Tribunale Federale, come gran parte della dottrina, ritiene applicabili le norme relative al contratto di mandato secondo l'art. 394 e ss. del codice delle obbligazioni²⁸³ (CO). La Corte Suprema svizzera, come pure parte della dottrina, qualifica il fiduciario quale rappresentante indiretto del fiduciante, e specifica che il fiduciario stesso non ha bisogno né del conferimento della facoltà di rappresentanza, né dall'approvazione per le decisioni prese in merito all'oggetto posto in fiducia²⁸⁴. Corrente diversa vede nel *pactum fiduciae* del contratto di amministrazione fiduciaria un contratto *sui generis* composto essenzialmente dalle regole del

²⁸⁰ Il c.d. *pactum fiduciae* (contratto fiduciario o convenzione fiduciaria), che non necessita di forma particolare. Cfr. DTF (Decisioni Tribunale federale svizzero) 86 II 97.

²⁸¹ Per questa e altre considerazioni si è ripreso BOTTINI P. e LAVIZZARI G., *Analisi del negozio fiduciario in svizzera*, in BARBA A. e ZANCI D. (a cura di), *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 219-244.

²⁸² Cfr. MANGATCHEV I.P., *Fiducia cum creditore contracta in EU law*, Focofima, Copenhagen, Conferenza del 10 settembre 2009, http://jura.ku.dk/focofima/nyheder/fiducia_cum_creditore/.

²⁸³ Legge federale del 30 marzo 1911 di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni), CO, RS 220.

²⁸⁴ BOTTINI P. e LAVIZZARI G., *op. cit.*, 2012, p. 222.

mandato e, in parte, dal contratto di deposito giusta l'art. 472 e ss. del citato Codice delle obbligazioni²⁸⁵.

Sebbene l'amministrazione fiduciaria costituisca solo una parte dei patrimoni esteri gestiti dalla Confederazione Elvetica, si tenga presente che questa nazione rappresenta da sempre un elemento attrattivo per gli investitori di tutto il mondo²⁸⁶. Per dare idea della portata del fenomeno, si cita che nel Marzo 2017 la piazza finanziaria svizzera gestiva un patrimonio complessivo di ben 6.600 miliardi di franchi, pari a circa il 25% del totale mondiale dei patrimoni gestiti²⁸⁷. Nonostante una fetta consistente dei patrimoni esteri gestiti nella Confederazione sia fiduciariamente affidata, si rimarca ancora una volta come ben venticinque Cantoni su ventisei si siano "accontentati" sul punto della sola legislazione federale sull'antiriciclaggio e degli obblighi a carico dei fiduciari che da essa scaturiscono.

2.2. PRINCIPI GENERALI IN MATERIA DI VIGILANZA PUBBLICA ELVETICA IN FUNZIONE DELL'ANTIRICICLAGGIO

Da un punto di vista generale, i fondamenti del diritto dei mercati finanziari sono contenuti:

- a) nella legge federale sulle casse di risparmio –LBCR- del 8 novembre 1934 e successivi aggiornamenti che, con le sue 56 norme, costituisce una sorta di testo unico bancario elvetico; la legge sottopone tali soggetti al controllo pubblico dell'Autorità di vigilanza sui mercati finanziari "Swiss Financial Market Supervisory Authority" detta FINMA²⁸⁸.

²⁸⁵ Cfr. SEILER M., *Trust und Treuhand im schweizerischen Recht unter Berücksichtigung der Rechtsstellung des Trustees*, Schulthess, Zurigo, 2005, 6, p. 49.

²⁸⁶ V. BODELLINI M., *Le fiduciarie svizzere e le fiduciarie italiane al banco di prova del sistema antiriciclaggio*, in *Diritto del commercio internazionale*, gen.-mar. 2009, 23, 1, pp. 109-110.

²⁸⁷ Cfr. dati tratti dall'articolo di GALULLO R. e MINCUZZI A., *Quella montagna di soldi italiani bruciati in Svizzera dai fiduciari infedeli*, Sole24Ore, 31 luglio 2017.

²⁸⁸ Che corrisponde in sostanza alla nostra Consob.

b) nelle quattro ordinanze²⁸⁹ del Consiglio federale svizzero e in quella sull'insolvenza bancaria emessa sempre dalla FINMA.

La finalità del suddetto impianto normativo è esplicitamente indicata all'art. 5 della legge federale 22 giugno 2007 istitutiva della FINMA stessa, secondo cui: «conformemente alla legge sui mercati finanziari, (la FINMA) si prefigge la protezione dei creditori, degli investitori e degli assicurati, nonché la tutela della funzionalità dei mercati finanziari» ed ancora che «la vigilanza contribuisce in tal modo a rafforzare la reputazione e la concorrenzialità della piazza finanziaria svizzera». Il riferimento esplicito alla “reputazione e concorrenzialità” della piazza finanziaria elvetica –riferimento che come si vedrà *infra* è presente anche nella legislazione di San Marino- fa trasparire un'inusuale attenzione a problemi di immagine e di attrattiva di capitali, non secondaria rispetto a quella tipica di protezione degli investitori e del mercato.

La regolamentazione svizzera nel settore del riciclaggio di denaro e del finanziamento al terrorismo poggia invece su due pilastri. Da un lato, detti illeciti sono stati considerati reati dal codice penale²⁹⁰ e vengono perciò perseguiti dalle autorità giudiziarie federali; dall'altro, anche qui sotto i profili amministrativi di prevenzione e contrasto, una legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro e contro il finanziamento del terrorismo nel settore finanziario (la c.d. “LRD” del 10 ottobre 1997 e successive modifiche²⁹¹) ha prescritto per gli intermediari finanziari l'osservanza di specifici obblighi di diligenza, di comunicazione nell'ambito delle operazioni

²⁸⁹ V. 1) ordinanze sulle banche –concretizzante la legge sulle banche-; 2) ordinanze sulle banche estere; 3) ordinanza sui fondi propri e 4) ordinanza sulla liquidità (fonte: sito web ufficiale FINMA - <https://www.finma.ch/it/documentazione/basi-legali/leggi-e-ordinanze/banche/>).

²⁹⁰ Cfr. col riciclaggio di denaro l'art. 305-bis del c.p. svizzero. Rispetto invece alla lotta contro il finanziamento del terrorismo, la norma di riferimento è l'art. 260-*quinqies*, capoverso 1, sempre del c.p.

²⁹¹ Ormai, la lotta al fondamentalismo musulmano è divenuto la priorità della Politica criminologica di tutti gli ordinamenti occidentali. Di uguale tenore vi è anche quanto esplicitato dalla FINMA stessa nel suo sito ufficiale, infatti: «La lotta contro il riciclaggio di denaro è una componente essenziale contro lo spaccio di droga, contro il crimine organizzato e da alcuni anni anche contro il finanziamento del terrorismo. La grande quantità di dati che vengono rilevati e registrati per la lotta contro il riciclaggio di denaro e per il perseguimento di tale reato si sono dimostrati di grande utilità nelle inchieste concernenti atti terroristici. Perciò, le norme previste originariamente per la lotta contro il riciclaggio di denaro vengono oggi applicate, benché con lievi modifiche, anche per combattere il finanziamento del terrorismo. Sul piano internazionale si è addirittura imposta l'espressione "norme AML/CFT" (Anti-Money-Laundering / Countering the Financing of Terrorism), termine tecnico ormai entrato nell'uso corrente...»

Cfr. <https://www.finma.ch/FinmaArchiv/gwg/i/themen/bekaempfung/index.php>

per conto dei loro clienti e di sottoposizione all'autorità di vigilanza. In linea con l'evoluzione dei principi internazionali già esposti nel precedente capitolo IV in tema di lotta al riciclaggio, scopo di tale legge è stato quello di imporre le regole già vigenti nel settore bancario –in tema di identificazione della clientela e di segnalazione delle operazioni sospette di riciclaggio- ad una serie di soggetti considerati intermediari finanziari, in cui in realtà rientrano, secondo il sistema svizzero, sia soggetti più squisitamente finanziari –come ad es. i fiduciari- sia liberi professionisti, come ad es.: avvocati, notai, etc.

La legge in questione è stata più volte novellata secondo gli aggiornamenti delle citate raccomandazioni del GAFI, al pari di quanto accaduto in sostanza in tutti gli ordinamenti; di particolare importanza è stata l'innovazione apportata nel 2008 allo scopo di contrastare il riciclaggio di denaro per fini di finanziamento del terrorismo.

In particolare, a carico dei fiduciari, considerati in base all'art. 2, comma 3, dei veri e propri intermediari finanziari²⁹², è prevista una serie di obblighi di diligenza²⁹³ che consistono: a) nell'identificazione della controparte sulla scorta di un documento probante²⁹⁴, b) nell'accertamento relativo all'avente economicamente diritto all'operazione (c.d. beneficiario effettivo),²⁹⁵ accertamento richiesto mediante dichiarazione alla controparte²⁹⁶, c) nel rinnovo dell'identificazione o dell'accertamento dell'avente economicamente diritto²⁹⁷, d) nell'obbligo di diligenza particolare²⁹⁸ ed infine e) nell'obbligo di allestire e conservare i relativi documenti²⁹⁹. E poi ancora, ai sensi della Sezione 2 della LRD, i fiduciari soggiacciono ad ulteriori obblighi nel caso di

²⁹² L'art. 2 della LRD ha preso atto che, attualmente, gli "intermediari finanziari" non sono più limitati alle Banche nel senso tradizionale. Dopo le novelle del 2006 e del 2012, la norma ha positivizzato il complesso sistema delle "società di investimento" e dei "gestori patrimoniali" provenienti dalla *Common Law* anglo-americana. Basti pensare all'ormai irreversibile importanza del *trust* e delle fiduciarie. Così BAIGUERA ALTIERI A., *La normativa federale anti-riciclaggio in Svizzera dopo il 2015*, in *Magistra, Banca e Finanza*, 3 ottobre 2016, <http://www.tidona.com/pubblicazioni/20161003.htm>.

²⁹³ Sul punto v. BODELLINI M., *op. cit.*, gen.-mar. 2009, pp. 116-117. *Mutatis mutandis* però con la più recente normativa LFid del 2009.

²⁹⁴ Cfr. art. 3 LRD.

²⁹⁵ Come, con terminologia apparentemente diversa, è definito dalla IV Direttiva UE antiriciclaggio e contro il finanziamento del terrorismo.

²⁹⁶ Cfr. art. 4 LRD.

²⁹⁷ Cfr. art. 5 LRD.

²⁹⁸ Cfr. art. 6 LRD.

²⁹⁹ Cfr. art. 7 LRD.

sospetto di riciclaggio, quali: f) il dovere di comunicazione alla competente autorità³⁰⁰, il g) blocco dei beni³⁰¹ da effettuare senza indugio sui valori patrimoniali affidati e oggetto della stessa comunicazione ed infine h) il divieto di informazione verso gli interessati o i terzi³⁰². Questa breve sintesi sugli obblighi amministrativi antiriciclaggio posti dalla legge federale svizzera ci conferma che il sistema di principi sovranazionali cui i singoli Stati devono attenersi secondo il modello già esposto nel precedente capitolo IV, viene in sostanza rispettato anche nella Confederazione Elvetica, ed è quindi analogo a quello che abbiamo più ampiamente definito nell'ambito del nostro Paese.

Gli obblighi autorizzativi e la conseguente iscrizione in albi di carattere pubblico sono invece presenti nel Capitolo 3 della LRD (v. artt. 12 e segg.) intitolato "Vigilanza". Difatti, ai sensi dell'art. 12 lett. c), i fiduciari sono sottoposti ad una vigilanza alternativa: o della già citata FINMA, o degli organismi riconosciuti di autodisciplina –OAD³⁰³. La scelta del fiduciario di sottoporsi alla vigilanza dell'OAD è stata da taluno, correttamente, valutata come foriera di un rischio di interessi³⁰⁴. Infatti, se da un lato è vero che i vertici degli OAD debbano essere figure estranee alla professione, dall'altro è parimenti indubitabile che il resto del comitato di controllo sia formato da soggetti fiduciari.

2.3. REGOLAMENTAZIONE DELLA PROFESSIONE FIDUCIARIA NEL CANTON TICINO

Come accennato *supra*, solo nel Canton Ticino si è intervenuti con un'apposita regolamentazione della professione fiduciaria.

³⁰⁰ Cfr. art. 9 LRD.

³⁰¹ Cfr. art. 10 LRD.

³⁰² Cfr. art. 10a LRD.

³⁰³ Tuttavia, ai sensi del successivo art. 13, è precisato che tali intermediari, qualora non affiliati ad un OAD, devono richiedere alla stessa FINMA un'apposita autorizzazione per l'esercizio della loro attività. Tale autorizzazione viene rilasciata solo se il fiduciario ottempera a 3 requisiti: 1) è iscritto come ditta commerciale nel registro di commercio o esercita la sua attività in virtù di un'autorizzazione ufficiale; 2) dispone di prescrizioni interne e di un'organizzazione che garantiscono l'osservanza degli obblighi derivanti dalla presente legge; 3) lui stesso e le persone incaricate della sua amministrazione e gestione godono di buona reputazione e offrono la garanzia dell'osservanza degli obblighi derivanti dalla presente legge.

³⁰⁴ Così GALULLO R., *La svizzera e le fiduciarie oscure*, nel Sole24Ore, 31 Luglio 2017.

Più in dettaglio, la fonte normativa di riferimento nel Ticino, è attualmente la Legge sull'esercizio delle professioni di fiduciario –c.d. LFid- datata 1 dicembre 2009 ed entrata in vigore assieme al relativo regolamento applicativo –RFid- solo nel 1 luglio 2012. Antecedentemente, la legge di riferimento era quella del 18 giugno 1984, che costituì un primo intervento volto a disciplinare la gestione patrimoniale eseguita per conto di terzi a titolo professionale in Canton Ticino. La normativa nacque su iniziativa di alcuni parlamentari che avevano fatto proprie le preoccupazioni espresse dall'avv. PAOLO BERNASCONI, allora ministero pubblico a Lugano (l'equivalente del nostro procuratore della Repubblica) che per primo si era confrontato con l'emergere di gravi malversazioni finanziarie e patrimoniali anche nel settore parabancario. Sorse così la necessità di costruire un pacchetto di misure di taglio amministrativo, da affiancare a quelle penali, per garantire -oltre alla competenza degli operatori finanziari- la credibilità e l'affidabilità dell'intero sistema³⁰⁵.

Ad oggi, i soggetti che intendono svolgere professionalmente nel Cantone l'attività di fiduciario per conto di terzi sono, da un lato, assoggettati ad un regime autorizzativo e, dall'altro, soggiacciono a successivi controlli pubblici. Tuttavia, come vedremo nel prosieguo, la LFid del 2009 è finita col porre -quasi esclusivamente- l'accento sull'aspetto autorizzativo, a discapito di un effettivo controllo sull'attività svolta dal fiduciario, considerato, come detto, un intermediario finanziario.

Le autorizzazioni³⁰⁶ dell'Autorità di vigilanza cantonale sull'attività di fiduciario sono rilasciate solo a persone fisiche –l'esatto contrario di quanto accade in Italia³⁰⁷- e hanno quindi carattere esclusivamente personale. I soggetti autorizzati vengono iscritti nell'albo dei fiduciari, di cui è data pubblicazione

³⁰⁵ Cfr. intervista a MICHEL VERONESE, unico ispettore dei fiduciari nel Ticino dal 1984 al 2016, contenuta il predetto articolo editoriale di GALULLO R., *op. cit.*, 31 Luglio 2017, che può considerarsi l'esempio più efficace di giornalismo investigativo sull'oggetto di questa tesi nel Paese elvetico.

³⁰⁶ Cfr. art. 1, intitolato "autorizzazione", della LFid *«Le attività di fiduciario commercialista, fiduciario immobiliare e fiduciario finanziario svolte per conto di terzi a titolo professionale nel Canton Ticino sono soggette ad autorizzazione. L'autorizzazione può essere rilasciata solo a persone fisiche ed ha carattere personale»*.

³⁰⁷ Dove esiste una vera e propria riserva all'attività fiduciaria, svolta in modo professionale, in favore delle società fiduciarie iscritte nell'albo del MISE ed anche (solo nei casi già analizzati) in quello di Banca d'Italia (ex art. 106 T.U.B.).

annuale sul Foglio ufficiale³⁰⁸. Da ciò discende l'obbligo per le persone giuridiche, o le società di persone o le ditte individuali, che vogliono esercitare un'attività fiduciaria, di prevedere all'interno della loro struttura di *governance* almeno³⁰⁹ un fiduciario autorizzato. Ciascun fiduciario, precisa la legge, può essere a sua volta responsabile di una sola persona giuridica, società di persone o ditta individuale.

La citata LFid del 2009 suddivide la professione di fiduciario in tre categorie:

1. fiduciario commercialista: che si occupa di contabilità, revisione, consulenza fiscale, e altre attività amministrative³¹⁰;
 2. fiduciario immobiliare: che si occupa amministrazioni di stabili o società immobiliari nonché mediazione di oggetti immobiliari³¹¹;
 3. fiduciario finanziario: per consulenza finanziaria e gestione patrimoniale³¹²;
- Nulla impedisce che lo stesso fiduciario possa conseguire un'abilitazione multipla³¹³. Infatti, al 31 dicembre 2016, risultano iscritti all'albo ben 1493 fiduciari³¹⁴, per un numero di autorizzazioni complessive pari a 1848. Di questi, ben il 21% (318) sono italiani.

Ai fini dell'accoglimento della domanda –e per i poteri di revoca- è competente la già citata Autorità di vigilanza sull'esercizio delle professioni di fiduciario (di seguito Autorità di vigilanza)³¹⁵, nominata dal Consiglio di Stato (l'organo di governo del Canton Ticino) facendo riguardo ad un'equa rappresentanza delle

³⁰⁸ «Restano tuttavia salve ulteriori forme di pubblicazione» v. art. 2 primo comma della LFid.

Il Foglio cantonale equivale ad una sorta di Gazzetta Ufficiale su base esclusivamente “regionale” e vi sono riportate le disposizioni normative e attuative.

³⁰⁹ Ai fini di quanto detto sopra, devono essere ricoperti dal fiduciario autorizzato, in base all'art. 6 LFid i seguenti «ruoli:

- a) *ditta individuale: il titolare*
- b) *società in nome collettivo: tutti i soci*
- c) *società in accomandita: i soci illimitatamente responsabili*
- d) *società a garanzia limitata: almeno un gerente*
- e) *società anonima: almeno un membro del Consiglio di amministrazione che abbia responsabilità di gestione o un membro della direzione*
- f) *succursale, agenzia, rappresentanza o simile: il direttore rispettivamente il gerente o il rappresentante».*

³¹⁰ Cfr. art. 3 della LFid.

³¹¹ Cfr. art. 4 della LFid.

³¹² Cfr. art. 5 della LFid.

³¹³ Ad esempio sia quella di fiduciario commercialista sia quella di fiduciario immobiliare.

³¹⁴ Ai fini della consultazione aggiornata dei numeri di fiduciari autorizzati nel Ticino si prenda visione dell'elenco aggiornato in questo link: <http://www4.ti.ch/di/dg/fiduciari/albo-online/albo-online-dei-fiduciari/>

³¹⁵ Cfr. artt. 8 e 18 LFid.

categorie professionali interessate. Detta autorità verifica che il candidato soddisfi, in via continuativa, i requisiti –professionali e personali- previsti all'art. 8³¹⁶, comma 1, sempre della LFid, che sono i seguenti:

- piena disponibilità dell'esercizio dei diritti civili;
- godimento di ottima reputazione e garanzia do un'attività irreprensibile;
- non sussistenza in stato di fallimento o di insolvenza comprovata
- adeguato titolo di studio³¹⁷ e attestazione di pratica esperienza lavorativa nel ramo per almeno due anni in Svizzera³¹⁸;
- attestazione di una copertura assicurativa per la responsabilità civile professionale.

Il Regolamento di attuazione dalla LFid³¹⁹ dedica un'ampia disciplina a quest'ultimo punto, con l'intenzione di renderlo un efficace strumento di protezione patrimoniale per i danni arrecati dal fiduciario nel corso della sua attività. Le forme in cui la copertura può essere prestata sono essenzialmente due: o attraverso la stipula di una assicurazione di una società autorizzata ad esercitare in Svizzera o con una cauzione. Il livello minimo di copertura, si badi, varia a seconda che trattasi di fiduciari commercialisti o immobiliari (in tal caso pari a fr. 500.000), oppure si tratti di fiduciario finanziari (in tal caso pari a fr. 1.000.000), infatti il legislatore ticinese ha preventivato per l'attività di questi ultimi un maggior livello di rischio. Una previsione normativa di strumenti di protezione patrimoniale per eventuali danni causati dall'esercizio della professione potrebbe essere considerata utile anche nel nostro sistema.

³¹⁶ Diverso è il caso in cui i richiedenti provengano da altro Cantone (v. art 9 LFid), a questi di applicherà in via riservata l'art. 3 della Legge federale sul mercato interno –LMI- riguardante il divieto di restrizioni sul libero accesso al mercato. L'Autorità di vigilanza si riserva di verificare che l'offerente extra-cantonale sia effettivamente attivo quale fiduciario nel luogo d'origine.

³¹⁷ Il titolo di studio richiesto varia a seconda delle tre modalità –fiduciario commercialista, immobiliare, finanziario- in cui si configura l'attività stessa.

³¹⁸ «Sottoponendo l'attività di fiduciario ad un'autorizzazione basata su requisiti di formazione di livello accademico o simile, unitamente a un pratica almeno biennale -spiega Veronese- la legge sui fiduciari ha introdotto un primo filtro per l'accesso a un ambito che richiedeva, oltre alle indispensabili competenze professionali, anche requisiti di buona reputazione e un'attività irreprensibile. In questo senso ha permesso di conseguire ottimi risultati nell'ambito della prevenzione. Ciononostante i limiti dei mezzi disponibili per la vigilanza non hanno consentito di perseguire con la necessaria efficacia l'esercizio abusivo, al quale sono imputabili molti casi di gravi malversazioni ai danni della clientela». Cfr. l'articolo editoriale di GALULLO R., *op. cit.*, 31 Luglio 2017.

³¹⁹ Cfr. artt. 5 e 6 RFid.

Per l'attività fiduciaria posta in essere senza il possesso della relativa autorizzazione si configura l'illecito di esercizio abusivo della stessa, disciplinato dall'art. 23 della LFid³²⁰. In base a tale norma, il fiduciario non autorizzato è punito esclusivamente con una contravvenzione (fino a fr. 50.000³²¹), ma se il caso è grave o il soggetto è recidivo la multa sale fino a fr. 200.000. Ciò significa che, a differenza della disciplina italiana³²², l'esercizio abusivo della professione è sanzionato solo in via pecuniaria. Rimangono invece di competenza della magistratura svizzera il perseguimento di eventuali reati del codice penale, come ad esempio la truffa o la malversazione.

Alla luce di dette ultime considerazioni, è facile comprendere quanto la frequenza dei casi riportati nella cronaca³²³ relativi all'esercizio abusivo dell'attività fiduciaria nel Canton Ticino sia in parte ascrivibile al debole carattere di deterrenza che una semplice sanzione pecuniaria comporta, tanto più che il suo importo massimo non può dirsi sicuramente adeguato rispetto agli interessi economici sottostanti.

Una volta ottenuta l'autorizzazione poi, resta salva la possibilità di revoca della stessa da parte dell'Autorità di vigilanza. Ciò può accadere laddove il fiduciario perda il possesso delle condizioni necessarie per il rilascio dell'autorizzazione stessa. Il provvedimento di revoca, per fini di evidenza pubblica in favore dei terzi, è pubblicato sul Foglio cantonale. Tuttavia, se il motivo revocatorio viene meno, il soggetto interessato può richiedere il rilascio di una nuova autorizzazione³²⁴.

Altra sanzione pecuniaria, sussiste in caso di rivelazione del segreto professionale a cui è tenuto il fiduciario. L'art. 16 della LFid stabilisce che «*il fiduciario che rivela un segreto di cui ha avuto conoscenza nella sua funzione è punito dall'Autorità di vigilanza con multa fino a 50.000 franchi. La rivelazione*

³²⁰ Detto illecito sembra essere piuttosto diffuso nel variegato universo dell'attività fiduciaria svizzera, ai fiduciari "non autorizzati" sarebbe imputabili molti casi di gravi malversazioni ai danni della clientela, come dichiarato da VERONESE. Cfr. l'articolo editoriale di GALULLO R., *op. cit.*, 31 Luglio 2017.

³²¹ Innalzando in tal modo il precedente limite edittale della legge del 1984 (ex art. 19) fissato a 20.000 franchi

³²² Si ricorda che l'art. 166, comma 1, del T.U.F. prevede in questi casi una reclusione da 6 mesi fino a 4 anni e una multa da €2.066 a €10.329

³²³ Nell'articolo di GALULLO R. e MINCUZZI A., *op.cit.*, sono riportati diversi casi in tal senso, tra cui quello di Michele Larini, fiduciario abusivo che è stato arrestato nel 2015 con l'accusa di malversazione, reo di aver fatto anche "sparire" 25 milioni di euro affidatigli dalla Fondazione cassa di risparmio di Civitavecchia.

³²⁴ Così l'art. 20 della LFid

del segreto è punibile anche dopo la cessazione dell'attività. Restano riservate le disposizioni federali e cantonali sull'obbligo di dare informazioni all'Autorità oppure di testimoniare in giudizio.» Va però ricordato che il fiduciario, ai sensi del codice di procedura civile del Canton Ticino (art. 230, lettera c) non è tra i soggetti tenuti al segreto professionale che non possano essere obbligati a deporre –come accade invece per il difensore- per cui il giudice civile procederà di volta in volta in volta alla valutazione degli interessi in gioco prima di decidere per una sua eventuale testimonianza.

Oltre l'obbligo di autorizzazione, la legge sui fiduciari impone alcuni doveri di carattere operativo per coloro che gestiscono patrimoni fiduciari. La legge fissa anche obblighi di informazione, diligenza, rendiconto³²⁵ nonché un obbligo di informazione quando richiesto dall'autorità di vigilanza³²⁶.

Descritte le modalità di esercizio e i requisiti richiesti, è ora opportuno analizzare il meccanismo di controllo pubblico sulla professione fiduciaria fissato dalle norme ticinesi. L'Autorità di vigilanza, con sede a Bellinzona, è l'organismo cui sono attribuite tutte le competenze in materia, precedentemente frammentate tra il Consiglio di Stato, la Divisione della giustizia e il Consiglio di vigilanza³²⁷.

L'autorità di vigilanza ha il compito di controllare l'esercizio dell'attività dei fiduciari, nonché quello di punire le eventuali infrazioni con misure disciplinari³²⁸. La sezione ispettiva è attribuita ad un unico giurista³²⁹, mentre il Consiglio di vigilanza ha cinque membri designati dal Consiglio di Stato (equivalente all'organo di Governo) con durata di quattro anni, ed è presieduta da un magistrato

³²⁵ Tutti indicati nell'art. 14 della LFid

³²⁶ Cfr. l'art. 13, lett. b, della LFid

³²⁷ Così INTROZZI F., *Fiduciari autorizzati*, in Centro di Studi Bancari Villa Negroni, Maggio 2016, pp. 108-109.

³²⁸ Ai sensi dell'art. 21 della LFid: «L'autorità di vigilanza punisce le infrazioni ai doveri con le misure disciplinari seguenti: a) l'ammonimento; b) la multa sino a fr. 20.000; c) la sospensione dall'esercizio della professione per la durata minima di due mesi e massimo di un anno. La multa e la sospensione possono essere cumulate. La sospensione è pubblicata nel Foglio ufficiale. Le spese del procedimento disciplinare e quelle derivante da perizie possono essere addossate al fiduciario cui vengono inflitte sanzioni disciplinari. Se vi è il sospetto di un illecito penale gli atti sono trasmessi al Ministero pubblico.» Inoltre l'art. 22 della presente legge, stabilisce che «il procedimento disciplinare è avviato d'ufficio o su segnalazione. Esso è retto dalla legge di procedura per le cause amministrative. All'interessato dev'essere data la facoltà di esprimersi sulle censure a suo carico e di conoscere gli atti. Al denunciante è trasmessa copia del dispositivo, egli non è tuttavia legittimato ad impugnare il giudizio dell'autorità di vigilanza.»

³²⁹ Come già citato, il dottor Michele Veronese è stato, dal 1984 al 2016, l'unico ispettore in servizio, con il compito di controllare tutti i fiduciari (oggi circa 1500).

oppure da un ex magistrato³³⁰. A fine anno l’Autorità presenta al Consiglio di Stato un rapporto di gestione. Va sottolineata che l’Autorità non è comunque vincolata alle istruzioni del Consiglio di Stato ed è inoltre indipendente da ogni altra autorità amministrativa³³¹.

Per chiudere la valutazione sull’efficacia e sui limiti del sistema ticinese di controllo dei soggetti fiduciari, sembra opportuno fornire un breve *excursus* che appaiono sulla stampa specializzata, aventi ad oggetto scandali nel settore che hanno coinvolto anche i nostri concittadini.

In estrema sintesi si può dire il giornalismo investigativo traccia un quadro per nulla positivo sulla correttezza del settore fiduciario ticinese e ciò principalmente per la mancanza di adeguati controlli e dal dilagare nel settore dell’abusivismo. Più analiticamente, i fattori di criticità riportati dai *media* sembrano essere:

- a) l’adiacenza territoriale con l’Italia e della parte più ricca del Paese;
- b) il numero esiguo di risorse per l’attività di vigilanza (solo un vigilante);
- c) la concreta possibilità di conflitto di interessi tra i fiduciari e l’organismo di vigilanza, nell’ipotesi assai più frequentemente utilizzata, in cui il vigilato scelga per l’OAD, organismo come visto riferibili ai fiduciari;
- d) la limitatezza degli strumenti di contrasto contro l’abusivismo, ulteriormente accentuata dalla previsione di una sanzione di natura esclusivamente pecuniaria.

Il primo punto è stato recentemente richiamato anche dal ministero pubblico ticinese JOHN NOSEDA che, in occasione della diffusione del bilancio sull’attività del 2016, ha affermato che *«il 50% degli autori di reati finanziari sono italiani, così come italiani sono una proporzione significativa delle vittime. La vicinanza geografica e culturale con l’Italia favorisce la criminalità finanziaria in Ticino»*³³². Altro elemento di insufficienza riguarda i mezzi predisposti per il controllo, in quanto –come già visto sopra- le risorse istituzionalmente assegnate al contrasto del fenomeno si riducono ad un solo ispettore a sua volta chiamato a controllare circa 1500 fiduciari.

³³⁰ Cfr. art 18, comma 1, LFid.

³³¹ Cfr. art 18, comma 3, LFid.

³³² Cfr. intervista riportata nell’articolo R. GALULLO, *op.cit.*, 31 Luglio 2017.

Al termine di questo breve esame, si può tranquillamente affermare che la vigilanza pubblica cui le fiduciarie sono soggette in Italia, comparata con la normativa ticinese di vigilanza sui locali fiduciari, sembra segnare un evidente punto a favore del nostro Paese. Per le considerazioni prima elencate nel Ticino non viene sufficientemente disincentivata l'attività abusiva della professione ed è quindi non difficoltoso per i nostri concittadini ivi occultare le proprie ricchezze spesso derivanti da illeciti nella migliore delle ipotesi costituiti da reati fiscali-; o altrimenti affidarle nelle mani sbagliate. La cronica mancanza di risorse professionali destinante alla vigilanza, in aggiunta ad un quadro normativo costruito quasi esclusivamente sul controllo autorizzativo, non permette di disporre di adeguati strumenti di lotta contro le frequenti distorsioni dell'istituto fiduciario. Se ne trae la conseguenza che detta vigilanza estera, su soggetti analoghi a quelli operanti in Italia nel settore fiduciario, evidenzia un ben più tiepida livello di contrasto e induce in arbitraggi normativi i soggetti in cerca di uno schermo fiduciario estero alle loro attività illecite.

3. LA DISCIPLINA DI SAN MARINO

3.1 LE "FIDUCIE" SAMMARINESI

La legislazione di San Marino rappresenta probabilmente un *unicum* nel panorama degli ordinamenti moderni³³³. Essa, come vedremo nel proseguo, è caratterizzata dall'assenza di un codice civile, il che ha favorito la conservazione e l'aggiornamento di istituti e discipline risalenti al passato, tra cui la regolazione dei rapporti fiduciari. Rispetto a quest'ultimo campo, infatti, oggi il Titano vanta strumenti pratici e specifiche leggi scritte di assoluto valore e novità rispetto agli altri ordinamenti giuridici di *Civil Law*.

³³³ Sul tema, sono riprese le considerazioni svolte dal magistrato dirigente della Repubblica di San Marino, la dottoressa PIERFELICI V., *La corte per il trust a San Marino*, in *Trusts e attività fiduciarie*, Gennaio 2016, 1, pp. 5-16.

Colpisce in primo luogo come l'enclave non abbia mai conosciuto l'esperienza della codificazione civile³³⁴ e costituisca poi, nel suo peculiare regime delle fonti³³⁵, un sistema "aperto", in quanto prevede espressamente, quali fonti sussidiarie alla legge, la consuetudine ed il diritto comune³³⁶. La giurisprudenza³³⁷, ebbe ad affermare che il diritto comune vigente nella Repubblica di San Marino «*non è il diritto romano giustiniano, ma quel diritto che si venne formando negli Stati più civili del continente europeo e in particolar modo in Italia. Esso deve ricercarsi negli scritti dei più autorevoli giureconsulti e nelle decisioni dei più rinomati Tribunali*». Tale definizione esclude che il diritto comune vigente nel Titano sia una riedizione del diritto romano riammodernato ovvero del diritto comune vigente in Europa prima delle codificazioni, trattandosi, piuttosto, di un'esperienza giuridica sua peculiare che, grazie all'interpretazione giurisprudenziale, utilizza il prodotti di quelli.

Le fiducie (con i relativi negozi *inter vivos* e *mortis causa*) sono un fulgido esempio del carattere di originalità del sistema sammarinese, laddove le vicende storiche hanno invece portato le altre moderne codificazioni europee ad emarginarle, quasi a relegarle, per utilizzare le parole del professor Lupoi, nel metagiuridico: «*si dirà che i tempi sono cambiati, ma questo non è vero: le fiducie [...] sono le stesse fiducie dei secoli scorsi, i dati giuridici sono i medesimi, medesime le questioni che si pongono e perfino medesime soluzioni in quanto non contrastanti con le nuove leggi [...]. Si tratta, allora, di abbeverarsi al diritto comune –un suggerimento che potrebbe essere offerto anche ai tanti 'codificatori europei'- quale diritto vigente*³³⁸». Il Lupoi, sul punto, osserva anche che «*quando un sistema è percepito dai consociati come*

³³⁴ Sussistono al contrario tanto il codice penale (del 1865 e ss. modifiche) quanto codice di procedura penale (del 1878 e ss. modifiche), quest'ultimo rileva per aver dettato un modello inquisitorio.

³³⁵ Le leggi sammarinesi sono reperibili e consultabili nel sito internet www.consigliograndegenerale.sm, nell'archivio leggi.

³³⁶ Confermato dall'art. 4 della legge costituzionale 26 febbraio 2002, n. 36, che, aggiungendo un nuovo articolo 3-bis alla legge "Dichiarazione dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese" dell'8 luglio 1974, n. 59, specifica al comma 6 che «*La consuetudine e il diritto comune costituiscono fonte integrativa in assenza di disposizioni legislative*».

³³⁷ Cfr. sentenza 12 agosto 1924 del Giudice delle Appellazioni civili SCIALOJA V., in *Giurisprudenza sammarinese*, 1924, p. 18

³³⁸ Così LUPOI M., *I trust nel diritto civile*, in SACCO R. (a cura di), *Trattato di diritto civile – I diritti reali*, Torino, UTET, 2004, II, p. 198

distante dal loro modo di sentire, come improntato a valori che essi non condividono, la reazione può essere violenta o, più comunemente, di distacco e di estraneità. Emergono, allora, prassi negoziali evasive e la nostra esperienza ne mostra tantissime: ricordiamo il divieto di donazione fra coniugi. [...] Vi è, però, un sottoinsieme di fenomeni che hanno una propria specificità: essi sono originati dalla mancanza di sostegno, da parte della legge, di esigenze diffuse e condivise che, per avventura, si pongono al vertice di una scala assiologica che per il diritto neanche esiste: è questo il caso della fiducia totale. Il singolo allora rinuncia a fare alcunché, in quanto pensa che nulla sia possibile nel proprio ordinamento giuridico. Però apprende che in altri ordinamenti quei valori, che egli ritiene fondanti, esistono e sono riconosciuti e protetti, anzi considerati preminenti. Dunque, egli riflette, è possibile un diverso contesto giuridico, ma non è il mio. Ed è così che progressivamente fra diritto e consociati, sparisce qualsiasi immedesimazione, il diritto proprio perde legittimazione assiologica e quello altrui lo sostituisce e tal processo costringe a ripensare alle categorie dogmatiche tradizionali³³⁹».

Tuttavia, sempre da un punto di vista generale, presentando i rapporti fiduciari hanno un elevato grado di complessità, i caso di abusi, inadempimenti, o comportamenti contrari ai principi generali di correttezza dei fiduciari- rischiano di ledere, irrimediabilmente, tanto l'attuazione del programma del fiduciante quanto i diritti dei beneficiari³⁴⁰. Conseguentemente, in questo campo, la piccola Repubblica della Romagna ha deciso di aderire alla proposta di Lupoi circa la creazione di una “*Corte per il trust e i rapporti fiduciari*”. Così San Marino ha finito per assumere, prima di qualsiasi altro ordinamento, la consapevolezza di come solamente l'opera di giuristi altamente qualificati possa produrre soluzioni coerenti con la volontà delle

³³⁹ Osserva LUPOI M., *Riflessioni sulla “fiducia dopo la morte”*, in *Trust e attività fiduciaria*, 2007, p. 337. Sempre qui Lupoi offre altre interessanti considerazioni su come lo *ius commune* abbia fornito i principi e le regole su cui il diritto inglese ha costruito la sua figura di *trust*: «*il diritto inglese ha nutrito le valenze fiduciarie del nostro diritto comune e ha eretto le obbligazioni nascenti dalla fede data, obbligazioni di coscienza in prima analisi, in obbligazioni giuridiche. Noi abbiamo confuso le obbligazioni naturali con le obbligazioni morali, queste ultime con le obbligazioni di coscienza e queste ultime con le obbligazioni prescritte dalla religione; cosicché, cessato l'utrumque ius, è stato eretto un vallo e il diritto civile, volendosi proteggere, è impoverito*». Su quest'ultimo punto v. anche LUPOI M., *Trust and Confidence*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2009, pp. 353-363 e pp. 469-479.

³⁴⁰ Cfr. PIEREFELICI V., *op. cit.*, gennaio 2016, p. 8

parti, aspetto fondamentale in tali negozi. La citata Corte è divenuta punto di riferimento interpretativo e innovativo, come nelle tradizioni di diritto comune, di una materia dal sempre più frequente utilizzo e di alta specializzazione. Essa si inserisce all'interno della giurisdizione ordinaria ma non è soggetta all'ordinamento giudiziario³⁴¹. Infatti, tra le sue principali caratteristiche, si evidenzia la qualificazione *ad hoc* dei suoi componenti e la sua competenza esclusiva, nei procedimenti indicati relativi a tale materia³⁴². Non desta stupore perciò che, a conferma della sua importanza, l'introduzione della stessa è stata avallata attraverso il più rilevante atto normativo di qualsivoglia ordinamento: la “legge costituzionale”, 26 gennaio 2012, n. 1. A tale norma, è stata affiancata –nello stesso giorno e con identica numerazione- la “legge qualificata”, appunto, 26 gennaio 2012, n. 1 allo scopo di fissare, oltre che la formazione ed il funzionamento dell'organo, anche i suoi principi procedurali. Per la differenza, esistente fra le fonti sammarinesi, tra la legge costituzionale e la legge qualificata si rimanda alla legge costituzionale n. 36 del 26 febbraio 2002, all'art. 4³⁴³.

L'ambito di competenza della “*Corte sul trust e i rapporti fiduciari*” è esplicitato dall'art. 1 della citata legge costituzionale e riguarda «*tutti i casi e le controversie in materia di rapporti giuridici nascenti dall'affidamento o dalla fiducia, quali trust, affidamento fiduciario, fedecommesso, istituzioni di erede fiduciario, ed istituti simili, da qualunque ordinamento regolati*». Lo stesso articolo stabilisce che «*la Corte è composta da un Presidente e sei membri effettivi, eletti dal Consiglio Grande e Generale (con durata di 5 anni e rinnovabile) con la maggioranza di due terzi, tra chi è od è stato professore*

³⁴¹ Così come disciplinato dall'art. 1 della legge costituzionale 26 gennaio 2012, n.1

³⁴² Come evidenziato nella § nota 19 del saggio di PIEREFELICI V., *op. cit.*, p. 8: «*Si è proseguita la tradizione della monocraticità dell'organo giudicante –che caratterizza la giurisdizione sammarinese- seppure con deroghe rimesse al Presidente della Corte, e si è recuperato appieno il modello della Magistratura professionale, con il conferimento dell'incarico temporalmente limitato a giuristi di chiara fama*».

³⁴³ Il già citato in nota art. 4 della legge costituzionale 26 febbraio 2002, n. 36, chiarisce la diversa portata tra le fonti sammarinesi, fra cui la differenza sussistente tra una legge costituzionale e una legge qualificata, così recitando: «*Le leggi costituzionali attuano i principi fondamentali sanciti nella presente Dichiarazione. Sono approvate nel loro complesso con la maggioranza dei due terzi dei componenti il Consiglio Grande e Generale. Se approvate con la maggioranza assoluta sono sottoposte a referendum confermativo entro novanta giorni dalla loro approvazione. Le leggi qualificate disciplinano il funzionamento degli organi costituzionali nonché gli istituti di democrazia diretta. Sono approvate dal Consiglio Grande e Generale con la maggioranza assoluta dei suoi componenti*».

*universitario in materie giuridiche, chi è od è stato magistrato, chi è laureato in giurisprudenza con almeno vent'anni di esperienza professionale nell'ambito delle materie specifiche attinenti al ruolo*³⁴⁴». Si palesa qui quanto sopra accennato sulla necessaria qualificazione e professionalità dell'organo.

La regolamentazione della Corte è poi confluita in una più analitica disciplina, grazie al decreto delegato 30 settembre 2013, n. 128, il quale ne ha individuato un modello processuale speciale rispetto alle altre giurisdizioni europee, caratterizzato dall'oralità, dalla concentrazione e dall'assenza di formalismo. Sono ivi previsti solo due gradi di giudizio e l'appello, caratterizzato dal filtro di ammissibilità, è ammesso esclusivamente per questioni di diritto³⁴⁵.

Infine, ai fini della risoluzione dei conflitti di competenza, l'art. 3 del decreto delegato fissa una procedura informale, che si attua attraverso il confronto fra il Presidente della Corte ed il Magistrato dirigente. Trattasi di elementi di grande rilevanza ai fini dell'attuazione degli scopi relativi ai diritti di un equo processo di cui all'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Al termine dell'analisi, si può facilmente rispondere a due quesiti: perché è stata istituita tale Corte e perché ciò sia accaduto proprio a San Marino. In relazione al primo, l'organo giudicante per il *trust* ed i rapporti fiduciari, con la specializzazione e la professionalità che lo caratterizza, appare del tutto funzionale all'attuazione concreta delle fiducie nelle molteplici manifestazioni che la storia ci ha consegnato e che, al di là dello sfavore delle codificazioni e della dottrina, sono sempre rimaste presenti nella vita reale. D'altra parte, la sua istituzione, rappresenta un caso concreto di efficiente amministrazione della giustizia civile, che, come dimostra il *Doing Business*³⁴⁶ della Banca Mondiale, è uno dei principali fattori che rilevano la capacità normativa degli

³⁴⁴ L'elezione, la nomina, nonché il regime di incompatibilità, astensione e ricasazione – ai sensi dell'art. 1 della citata legge costituzionale – sono stabilite specificamente con la legge qualificata n. 1 del 2012, in deroga alla legge qualificata del 30 ottobre 2003, n. 145.

³⁴⁵ Non vi è una terza istanza come accade invece nel processo ordinario.

³⁴⁶ Il progetto *Doing Business* fornisce misurazioni oggettive delle norme in campo economico e la loro applicazione in 190 Paesi e in città selezionate a livello subnazionale e regionale. Lanciato nel 2002, riguarda le piccole e medie imprese nazionali e misura le normative che si applicano a queste ultime lungo tutto il loro ciclo di vita. (fonte: sito web ufficiale <http://www.doingbusiness.org>).

investimenti in un Paese. In merito al secondo quesito, invece, si evidenzia quanto sia duttile il sistema delle fonti della repubblica del Titano, nel quale è tuttora presente il diritto comune dove le varie forme di fiducia godono di piena considerazione e tutela.

La legislazione fiduciaria, però, trova fondamento anche, e soprattutto, nelle norme di rango ordinario. Infatti, in tempi recenti la Repubblica di San Marino si è dotata di una legislazione *ad hoc* in molti campi di applicazione delle “fiducie”, tra cui preme qui ricordare le disposizioni scritte in tema di mandato fiduciario³⁴⁷, di *trust*³⁴⁸ e di affidamento fiduciario³⁴⁹. Utili annotazioni comparative tra negozio fiduciario, affidamento fiduciario e *trust* sono evidenziate nella Premessa della “Relazione” sulla legge circa l’istituto dell’affidamento fiduciario: *«il negozio fiduciario si è ammantato nel tempo di una veste di segretezza per finalità inconfessate o inconfessabili, che il tempo presente considera quale disvalore. Inoltre, esso non è in grado di proteggere i beni oggetto delle pretese di terzi (cosa che invece accade tanto col trust quanto con l’affidamento fiduciario, attraverso la creazione di un vero e proprio vincolo di destinazione per i beni così conferiti). Mentre il negozio fiduciario si trova in uno stato di assoluta inefficienza nel caso di morte del fiduciario, l’affidamento fiduciario prevede il passaggio dei beni ad altro affidatario, fermo il programma che deve essere eseguito*³⁵⁰. *Un altro limite legato al negozio fiduciario è la morte del fiduciante; l’affidamento fiduciario di cui al progetto di legge consente, invece, che l’affidante designi persona titolare di poteri nei confronti dell’affidatario, fino a sostituirlo con altro affidatario*³⁵¹». In queste utili indicazioni si rilevano, come logico, numerose affinità tra l’affidamento e il *trust*, ma anche talune specificità: è evidente ad esempio che l’affidamento fra vivi è un contratto, mentre il *trust* è un negozio unilaterale.

³⁴⁷ Cfr. in particolare la legge c.d. “LISF” n. 165 del 2005 e la circolare SPG 2010 n. 2

³⁴⁸ San Marino è stato tra i primi Paesi di tradizione romanistica ad ammettere e disciplinare la creazione di *trust* (legge 37/2005), poi aggiornata dalla legge 1 marzo 2010, n. 42.

³⁴⁹ Introdotto a San Marino con la legge 1 marzo 2010, n. 43. Si badi quindi che il Titano, alla stessa data, ha promulgato sia la legge di riordino complessivo sul che l’introduzione dell’affidamento fiduciario.

³⁵⁰ Cfr. art 5, comma 2, lettera b), legge n. 43/2010

³⁵¹ Cfr. art 2, comma 2, legge n. 43/2010

Il citato processo di positivizzazione ha rappresentato quindi, in molti casi, un fenomeno di assoluta innovazione, che ha portato San Marino ad essere il primo Paese di *Civil Law* a regolare compiutamente e per iscritto tali istituti. L'affidamento fiduciario ne costituisce evidente esempio. Quello che è in Italia è considerato un contratto –quasi- atipico³⁵², nel Titano è divenuto tipico (o “nominato” secondo la terminologia giuridica sammarinese) fin dalla legge 1 marzo 2010, n. 43.

Di seguito sono analizzati, brevemente, gli elementi che hanno conferito un'identità assolutamente innovativa al contratto fiduciario. La lettera della Legge 43/2010³⁵³ all'art. 1, ne esprime chiaramente la struttura³⁵⁴: l'affidamento fiduciario è un “contratto”. Il contenuto dello stesso è la stipulazione del «*programma che destina taluni beni e i loro frutti a favore di uno o più beneficiari, parte o meno del contratto, entro un termine non eccedente novanta anni*». La legge chiarisce che il programma di destinazione può riguardare anche beni futuri³⁵⁵. Due sono gli aspetti ineludibili dell'affidamento fiduciario: *in primis* la previsione tra le parti di un obbligo di attuare il programma a carico dell'affidatario, *in secundis* che l'oggetto della programmazione sia la destinazione di taluni beni –e dei correlati frutti- a favore di uno o più determinati beneficiari. Non è necessario, invece, prevedere che l'affidatario compia atti giuridici nei confronti dei terzi o atti di amministrazione. In pratica, l'affidamento può essere anche “statico” e non prevedere alcuna attività negoziale che muti i beni o i diritti affidati, dovendo invece individuare i beni/diritti e i beneficiari destinatari del trasferimento al termine finale dell'affidamento stesso. Quest'ultimo, come stabilito dal legislatore, non può superare i novanta anni.

Tale contratto non è risolubile per inadempimento o per eccessiva onerosità perché questo porrebbe nel nulla l'attenzione del programma. La risposta è

³⁵² Eccezione fatta per le poche disposizioni che lo riguardano contenute nella recente legge italiana n. 112 del 22 giugno 2016, la quale continua tuttavia a tacere sull'esatto inquadramento della fattispecie.

³⁵³ Il cui padre concettuale è, senza dubbio, LUPOI M. che ha dedicato a questo tema diverse opere, tra cui *Istituzioni dei trust e degli affidamenti fiduciari*, CEDAM, Padova, 2008

³⁵⁴ Le osservazioni di seguito sul contratto di affidamento fiduciario sono riprese da VICARI A., *Il contratto di affidamento fiduciario*, in BARBA A. e ZANCHI D. (a cura di), *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, op. cit., 2012, pp. 210-218

³⁵⁵ Cfr. sempre l'art. 1, ma comma 2, della legge 43/2010

l'auto-tutela, regolata nell'art. 5, e quindi la sostituzione dell'affidatario, fermi eventuali rimedi risarcitori. Il meccanismo dell'auto-tutela è più forte di quanto realizzato per mezzo di un *trust* perché esso comporta il diretto trasferimento dei beni affidati al nuovo affidatario..

Come sopra accennato, uno dei fattori più innovativi dello studio di questo ordinamento, può rinvenirsi nella tipizzazione effettuata dal legislatore del Titano, a differenza di quello italiano, (anche) dei mandati fiduciari. Tale risultato è stato raggiunto per la prima volta con la Lettera Uniforme il 7 febbraio del 2005, la cui classificazione è stata poi, almeno in parte, ripresa e semplificata alla circolare 2010-02 sulla vigilanza circa la sana e prudente gestione per le società fiduciarie “c.d. SPG”, ancora oggi in vigore seppur con successive modifiche³⁵⁶. Detta circolare è stata emessa dalla Banca Centrale sammarinese in data 14 luglio 2010 ed è entrata in vigore il 30 luglio 2010. Il testo è stato poi più volte modificato –da ultimo, il 1 gennaio 2015, col c.d. “II aggiornamento”- senza mai intaccarne però il nucleo essenziale. La circolare SPG ha avuto il merito di accorpate in un unico provvedimento le varie disposizioni in materia di corretto esercizio dell'attività fiduciaria, contenute nelle circolari, nelle lettere uniformi e nelle raccomandazioni emanate dall'Autorità di Vigilanza nel periodo anteriore alla LISF.

Dalla stessa si evince che i contratti di mandato fiduciario devono rientrare, secondo l'art. 1, in una delle seguenti 4 tipologie³⁵⁷:

³⁵⁶ Rispetto alla classificazione di cui alla Lettera Uniforme del 7 febbraio 2005, richiamata in Premessa, si possono evidenziare le seguenti comparazioni:

- mandati di tipo A: sono riclassificati nei mandati di tipo 1;
- mandati di tipo B: sono riclassificati nei servizi di investimento, contrassegnati dalla lettera D4 della LISF e svolti con modalità fiduciaria secondo quanto previsto dalla Circolare 2008-06;
- mandati di tipo C: sono riclassificati nei mandati di tipo 2;
- mandati di tipo D: sono riclassificati nei mandati di tipo 1, ove compatibili con il rispetto di quanto infra precisato sul divieto di prestazione di servizi di pagamento;
- mandati di tipo E: categoria soppressa per abrogazione della Circolare N.18/F da parte della Circ.2008-06;
- mandati di tipo F: sono riclassificati nei servizi diversi da quelli propriamente “fiduciari”, mancando di un contratto di mandato senza rappresentanza che, ai sensi di quanto successivamente chiarito dalla lettera C dell'Allegato 1 alla LISF, preveda l'intestazione di beni di terzi (cd. interposizione fiduciaria);
- mandati di tipo G: sono riclassificati nei mandati di tipo 3 e, in via residuale, di tipo 4, ove compatibili con il rispetto di quanto infra precisato sul divieto di prestazione di servizi di pagamento e sul divieto di “interposizione fittizia”, ossia priva di causa negoziale.

³⁵⁷ Come esplicitato dalla circolare all'art. 1: «I contratti di mandato in essere che non siano riclassificabili in alcuna delle nuove tipologie, o nei servizi di investimento di cui alla lettera D4 della

1. amministrazione fiduciaria di patrimoni mobiliari³⁵⁸;
2. amministrazione fiduciaria di partecipazione societaria³⁵⁹;
3. amministrazione fiduciaria di finanziamenti a terzi³⁶⁰;
4. amministrazione fiduciaria di altri beni mobili o immobili³⁶¹.

Sussiste ancora, ed è obbligatoria, la tenuta del “Registro dei mandati fiduciari”, dove devono essere riportati per ciascun contratto di affidamento fiduciario: I) la data di sottoscrizione del contratto; II) la tipologia rientrante in quelle tassativamente previste; III) la codificazione progressiva che identifichi

LISF, svolti con modalità fiduciaria, dovranno essere oggetto di unilaterale rinuncia da parte della società fiduciaria entro il termine di 60 giorni dall'entrata in vigore della presente Circolare, per sopravvenuto contrasto con disposizioni vincolanti di vigilanza».

³⁵⁸ «I mandati di tipo 1 (amministrazione fiduciaria di patrimoni mobiliari) sono quelli in esecuzione dei quali la mandataria apre, in nome proprio, ma per conto, spese, rischio e interesse del mandante, uno o più rapporti dedicati, nei quali confluiscono liquidità e strumenti finanziari del mandante medesimo, che la mandataria provvederà ad amministrare sulla base di preventive istruzioni scritte del fiduciante.

Oggetto dei mandati di tipo 1, sono anche i rapporti accesi dalla fiduciaria presso banche/impresе di investimento terze, per gestioni patrimoniali individuali, o presso società di gestione, per sottoscrizione di quote di fondi comuni, purché, come chiarito dalla Circolare n.2008-06, la mandataria non assuma su di sé alcuna responsabilità di tipo gestorio verso il fiduciante (cd. mandato dinamico)».

³⁵⁹ «I mandati di tipo 2 (amministrazione fiduciaria di partecipazione societaria) sono quelli in esecuzione dei quali la mandataria acquista/sottoscrive, a fini partecipativi, quote o azioni di una determinata società di capitali, in nome proprio, ma per conto, spese, rischio e interesse del mandante, provvedendo poi ad amministrare la partecipazione societaria sulla base di preventive istruzioni scritte del fiduciante. Oggetto dei mandati di tipo 2, sono anche le somme che la fiduciaria, previa messa in fondi del fiduciante, eroga alla partecipata a titolo di finanziamento-soci, richiamo decimi ed aumento/ricostituzione del capitale sociale, nonché quelle che incassa dalla partecipata a titolo di distribuzione utili/dividendi o riserve, riduzione capitale e rimborso finanziamento-soci, con conseguente retrocessione al fiduciante (nel rispetto della norma prudenziale di cui alla successiva disposizione n.6)».

³⁶⁰ «I mandati di tipo 3 (amministrazione fiduciaria di finanziamenti a terzi) sono quelli in esecuzione dei quali la mandataria, previa messa in fondi del mandante, eroga ad un soggetto terzo – rispetto sia alla fiduciaria, sia al fiduciante, sia alle società già fiduciariamente partecipate - a nome proprio, ma per conto, spese, rischio e interesse del mandante, un finanziamento, per cassa o di firma, ma sempre “a scadenza predeterminata”, che provvederà poi ad amministrare sulla base delle preventive istruzioni scritte del fiduciante, fatto salvo, ovviamente, il rispetto delle norme imperative vigenti in materia di concessione di finanziamenti, incluse quelle in tema di usura e di riserva di attività, ove svolta in forma imprenditoriale».

³⁶¹ «I mandati di tipo 4 (amministrazione fiduciaria di altri beni mobili o immateriali) sono quelli di amministrazione fiduciaria di tipo “residuale”, dovendo mantenere, sia ai fini di annotazione sul Registro Mandati Fiduciari, sia ai fini di segnalazione periodica, una tassonomia di carattere tassativo. Questi mandati differiscono dai primi 3 tipi per l'oggetto dell'intestazione ed amministrazione, trattandosi di beni che non rientrano né tra gli “investimenti finanziari” (mandati di tipo 1), né tra gli “investimenti partecipativi” (mandati di tipo 2), né tra le “operazioni creditizie” (mandati di tipo 3), pur essendo parimenti beni mobili o immateriali (ad esempio crediti, marchi, brevetti, ecc.); nessuna differenza invece si rileva sulla struttura del rapporto fiduciario, posto che la fiduciaria agisce sempre, come per gli altri 3 tipi di mandato, in nome proprio ma per conto, interesse, spese e rischio del fiduciante, previa sua messa in fondi ed in esecuzione di sue preventive istruzioni scritte.

Eventuali casi di interposizione fiduciaria multipla, ossia di mandato a conferire mandato ad altra società fiduciaria, il mandato fiduciario dovrà essere classificato nella medesima tipologia, a seconda della natura del bene fiduciariamente intestato, che si sarebbe adottata in mancanza dell'ulteriore interposizione fiduciaria a valle e nel rispetto delle medesime disposizioni ad essa applicabili ai fini prudenziali».

il contratto in base alle modalità di classificazione prescelte; ed infine IV) la data di revoca del mandato ad opera del mandate, o di rinuncia ad opera della mandataria. Ciò al fine si facilitare il controllo delle operazioni da parte dell'organo pubblico.

In pratica, la circolare SPG, rappresenta il primo provvedimento della Banca sammarinese che racchiude in forma organica le norme di vigilanza nell'attività fiduciaria e le implementa in ragione delle sopravvenute variazioni legislative e delle raccomandazioni internazionali³⁶². Lo scopo della disciplina, limitatamente all'oggetto del nostro studio, è far osservar agli operatori fiduciari precise regole prudenziali di condotta e obblighi informativi, al fine di contenere i rischi legali e reputazioni della piazza finanziaria di San Marino. Infatti l'art. 37 della legge sulle società n. 165/2005, intitolato "finalità della vigilanza", indica tra gli obiettivi che guidano l'attività dell'autorità di controllo: la tutela dell'immagine, della reputazione e della fiducia nel sistema finanziario della Repubblica³⁶³.

3.2 LA VIGILANZA PUBBLICA DELLE FIDUCIARIE SAMMARINESI

Quanto sopra indicato ci consente di passare ora ad analizzare la vigilanza pubblica sull'attività fiduciaria a San Marino.

Il sistema appare subito più vicino a quello italiano (che assoggetta chi svolge l'attività fiduciaria in forma imprenditoriale nel territorio dello Stato ad un regime *ad hoc* di autorizzazione e vigilanza pubblica), di quanto lo sia quello ticinese, che fissa invece un regime di autorizzazione all'esercizio della professione di fiduciario con esclusivo riferimento alle persone fisiche. Infatti,

³⁶² Cfr. le "Finalità" descritte dalla medesima circolare.

³⁶³ Si riporta qui il contenuto integrale dell'art. 37: «L'autorità di vigilanza, nell'esercizio della funzione di vigilanza, è guidata dalle seguenti finalità:

- a) la stabilità del sistema finanziario della Repubblica e la tutela del risparmio, anche attraverso la vigilanza sulla sana e prudente gestione dei soggetti autorizzati;
- b) la trasparenza e la correttezza dei comportamenti dei soggetti autorizzati;
- c) il contrasto del crimine finanziario in materia di riciclaggio, finanziamento al terrorismo e altri reati di natura finanziaria;
- d) la tutela dell'immagine, della reputazione e della fiducia nel sistema finanziario della Repubblica».

nella repubblica del Titano la vigilanza sull'attività fiduciaria è svolta su tutti gli individui che esercitano l'attività fiduciaria tanto a livello societario che a livello personale. Inoltre, anche il soggetto pubblico deputato alla vigilanza è differente da quello Svizzero: a San Marino la sorveglianza è della Banca Centrale, mentre nel Ticino è affidato all'organismo di vigilanza di Bellinzona precedentemente analizzato.

La Banca Centrale della Repubblica di San Marino è l'Autorità di Vigilanza del settore bancario, finanziario e assicurativo sammarinese. In tale veste, la sua azione è, tra l'altro, finalizzata a promuovere la stabilità del sistema finanziario, tutelare il risparmio, la trasparenza e la correttezza dei comportamenti dei soggetti vigilati, la tutela dell'immagine, della reputazione e della fiducia nel sistema finanziario della Repubblica. Sono sottoposti alla vigilanza della Banca Centrale, infatti, i soggetti autorizzati all'esercizio delle attività riservate elencate nella LISF³⁶⁴ nonché i promotori finanziari e gli intermediari assicurativi.³⁶⁵

L'attività fiduciaria rientra espressamente all'interno delle attività riservate. Più analiticamente l'attività fiduciaria è definita come «*l'intestazione di beni di terzi in esecuzione di mandato senza rappresentanza*». Trattandosi di attività riservata, per lo svolgimento della stessa è necessaria l'autorizzazione della Banca Centrale sammarinese –c.d. BCSM- cui deve seguire il nulla osta dell'organo esecutivo denominato “Congresso di Stato”³⁶⁶.

Al momento del rilascio della prima autorizzazione, la BCSM iscrive il soggetto nel “*Registro dei soggetti autorizzati*”, costituito proprio presso di essa³⁶⁷. In questo, come accennato, vi possono figurare le persone -tanto fisiche quanto giuridiche- che svolgono professionalmente tale attività.

³⁶⁴ Ovvero la legge “sulle imprese e sui servizi bancari, finanziari e assicurativi” del 17 novembre 2005, n. 165, e successive modificazioni.

³⁶⁵ Cfr. il sito web ufficiale della Banca Centrale di San Marino: <http://www.bcsm.sm/>

³⁶⁶ Così l'art 12, comma 1, della legge sulle società n. 165/2005: «*All'autorizzazione rilasciata o alla variazione dell'autorizzazione concessa dall'autorità di vigilanza deve seguire il nulla osta da parte del Congresso di Stato nei casi in cui l'autorizzazione all'esercizio di attività riservate riguardi l'esercizio delle attività di cui alle lettere A, C, D, E, G, H dell'Allegato 1*».

³⁶⁷ Così l'art 11, della legge sulle società n. 165/2005: «*E' costituito presso la Banca Centrale il registro pubblico dei soggetti autorizzati. L'autorità di vigilanza iscrive ogni soggetto autorizzato nel registro al momento del rilascio della prima autorizzazione. L'autorità di vigilanza stabilisce gli estremi identificativi e gli elementi informativi da iscrivere nel registro, disciplina la formazione, l'organizzazione del registro e le modalità di consultazione da parte del pubblico...*».

È la suddetta circolare SPG a fare un breve riassunto, nella sua “Premessa”, sull’evoluzione della vigilanza nei confronti dell’attività fiduciaria. Già in passato, la Banca Centrale, e ancor prima l’Ispettorato per il Credito e le Valute, erano intervenuti con proprie disposizioni, anche vincolanti, in materia di esercizio corretto e prudente dell’attività fiduciaria. In particolare nel corso del biennio 1990/1991, si registrarono alcune Lettere Uniformi che introducevano divieti con riferimento ai servizi fiduciari di amministrazione (statica o “con preventivo accordo”) e di gestione (dinamica o “senza preventivo accordo”) di patrimoni mobiliari, quali il divieto di *«porre in essere operazioni per importi superiori all’ammontare del patrimonio conferito dal fiduciante»* e di *«altre procedure che sostanzialmente si appalesino non compatibili con quelle tipiche dell’investimento dei titoli»*, nonché, più in generale, il divieto di “corrispondere a richieste da parte della clientela in tema di intestazione fiduciaria di beni immobili” ritenuta non compatibile *«con la natura e le funzioni degli stessi intermediari sammarinesi»*.

In merito alla disciplina dell’attività di controllo, il provvedimento principale è la LISF. Abbiamo già accennato, infatti, alle disposizioni ivi contenute che relegano la fase autorizzativa alla BCSM. Ritornando su questo punto, occorre aggiungere quali sono i requisiti minimi per il rilascio dell’autorizzazione e la successiva iscrizione nel relativo registro. Ebbene l’art. 13 della legge citata fissa, tra gli altri, i seguenti: la bozza dell’atto costitutivo redatto in modo conforme a quanto previsto dalla BCSM, la costituzione di una società di capitali conforme al tipo legale richiesto in base all’attività, stabilire la sede legale e amministrativa nel territorio della repubblica, e ancora particolari requisiti –come quello di onorabilità- stabiliti dall’autorità di vigilanza in capo sia ai titolari di partecipazioni rilevanti sia agli esponenti aziendali.

Naturalmente, l’autorità di vigilanza ha anche il potere opposto, ossia quello di revocare l’autorizzazione nei casi indicati dall’art. 10, tra cui si citano: la perdita dei requisiti prescritti, il mancato avvio dell’attività entro 12 mesi dall’autorizzazione o il non esercizio per più di 6 mesi, l’uso di mezzi irregolari per ottenere l’autorizzazione stessa. In queste ipotesi, l’autorità

avverte il soggetto di rimuovere la situazione entro un termine massimo di sei mesi, trascorso inutilmente il quale la BSCM emette un provvedimento di revoca che pubblica nel Bollettino Ufficiale. Infine, come precisato dall'ultimo comma dell'art. 10 citato: «*Nel caso, in cui contestualmente alla revoca, non sia disposta la liquidazione coatta amministrativa del soggetto autorizzato, entro due mesi dalla revoca gli amministratori convocano l'assemblea per deliberare la liquidazione volontaria della società*». Questo ci permette di passare ad un altro punto interessante, condiviso pienamente con la normativa italiana, ossia quello di disporre la liquidazione coatta amministrativa per le società che non versino più nella condizione di svolgere l'attività riservata. Tale procedura concorsuale è disciplinata dalla stessa legge al Capo II, agli artt. 85 e successivi³⁶⁸.

È ancora la LISF, all'art. 36, a disciplinare il “segreto bancario”, con ciò intendendosi il divieto dei soggetti autorizzati di rivelare a terzi i dati e le notizie acquisite nell'esercizio delle attività riservate (e quindi anche l'attività fiduciarie), anche dopo la cessazione dell'esercizio della professione. Il rigoroso rispetto del segreto bancario è soggetto alla vigilanza della BCSM. Tuttavia esso incontra anche delle limitazioni, ossia non potrà essere opposto né all'autorità giudiziaria penale, né alla stessa BCSM nell'esercizio dell'attività di vigilanza e di contrasto al riciclaggio o al terrorismo.

³⁶⁸ L'art. 85, in particolare, ne traccia i caratteri salienti, e recita così:

1. «*Con delibera del Congresso di Stato, sentito il CCR, su proposta dell'autorità di vigilanza, anche quando sia in corso l'amministrazione straordinaria o la liquidazione secondo le forme ordinarie, si può disporre la revoca dell'autorizzazione all'esercizio di attività riservate, e la liquidazione coatta amministrativa dei soggetti autorizzati, qualora i fatti di cui all'articolo 78, primo comma (v. irregolarità nell'amministrazione, o violazione delle disposizioni regolamentari o ancora dei provvedimenti dell'autorità di vigilanza) siano di eccezionale gravità.*
2. *La liquidazione coatta amministrativa può essere disposta, con il medesimo procedimento indicato al primo comma del presente articolo, su istanza motivata degli organi amministrativi, dell'assemblea straordinaria del soggetto autorizzato, nonché dai commissari o dai liquidatori.*
3. *La delibera del Congresso di Stato e la proposta dell'autorità di vigilanza sono comunicate dai commissari liquidatori agli interessati, che ne facciano richiesta, non prima dell'insediamento ai sensi dell'articolo 89.*
4. *La delibera di cui al primo comma è pubblicata per estratto nel Bollettino Ufficiale.*
5. *Dalla data di emanazione della delibera di cui al primo comma cessano le funzioni degli organi amministrativi, di controllo, assembleari e di ogni altro organo del soggetto autorizzato.*
6. *Per tutto quanto non espressamente disciplinato dal presente Capo si applicano, se compatibili, le disposizioni vigenti in materia concorsuale».*

L'ultima parte della LISF stabilisce invece delle sanzioni di carattere penale e non esclusivamente amministrativo come nel caso ticinese, per l'attività abusivamente esercitata (art. 134³⁶⁹) e per ostacolo all'esercizio dell'attività di vigilanza (art. 140³⁷⁰).

Infine, ulteriori obblighi a carico delle fiduciarie, sono stati anche qui introdotti tra il 2008 e il 2009 in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo (come visto anche a tutela dell'immagine e della reputazione dell'intero sistema finanziario sammarinese) unitamente ai Decreti ed alle Istruzioni dell'Agenzia di Informazione Finanziaria (l'equivalente della UIF italiana) che, specie nel corso del 2009, vi hanno dato concreta attuazione.

A questo punto si osserva come la normativa di vigilanza sulle fiduciarie di San Marino, di cui è stata fatta ampia analisi, è stata emanata solo a seguito di

³⁶⁹ L'art. 134 recita così:

1. *«Chiunque svolge un'attività riservata senza l'autorizzazione dell'autorità di vigilanza o senza il nulla osta del Congresso di Stato, ove dovuto, è punito con la prigionia di secondo grado e con la multa nonché con l'interdizione di terzo grado dalle funzioni di amministratore, procuratore, sindaco, revisore, attuario, liquidatore, commissario presso società o altri enti con personalità giuridica.*
2. *Con la stessa pena è punito:*
 - a) *chiunque promuove o colloca presso il pubblico strumenti finanziari e contratti assicurativi in assenza delle autorizzazioni di cui alla presente legge;*
 - b) *chiunque esercita l'attività di promotore finanziario senza essere iscritto nel registro indicato dall'articolo 25, terzo comma;*
 - c) *chiunque esercita l'attività di intermediazione assicurativa o intermediazione riassicurativa senza essere iscritto nel registro indicato dall'articolo 27, primo comma».*

³⁷⁰ L'art. 140 recita così:

1. *«Chi, nell'esercizio delle funzioni di amministratore, procuratore, sindaco, revisore, attuario, liquidatore, commissario, presso soggetti autorizzati o presso ogni altro soggetto sottoposto a vigilanza ai sensi della presente legge:*
 - a) *espone dolosamente nelle comunicazioni all'autorità di vigilanza fatti non rispondenti al vero sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei soggetti autorizzati o dei soggetti sopra citati; ovvero*
 - b) *nasconde dolosamente, in tutto o in parte, fatti che avrebbe dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima,**è punito con la prigionia di secondo grado, la multa e l'interdizione di terzo grado dalle funzioni di amministratore, procuratore, sindaco, revisore, attuario, liquidatore, commissario presso società o altri enti con personalità giuridica.*
2. *Fuori dei casi previsti dal primo comma, chi, nell'esercizio delle medesime funzioni e presso medesimi soggetti di cui al primo comma, espone fatti non rispondenti al vero all'autorità di vigilanza, è punito con la prigionia di primo grado, la multa e l'interdizione di secondo grado dalle funzioni di amministratore, procuratore, sindaco, revisore, attuario, liquidatore, commissario presso società o altri enti con personalità giuridica.*
3. *Fuori dei casi previsti dal primo e secondo comma, chi, nell'esercizio delle medesime funzioni e presso medesimi soggetti di cui ai predetti commi, ostacola all'autorità di vigilanza l'esercizio delle proprie funzioni, o non ottempera, in forma grave o reiterata, alle disposizioni da essa emanate, è punito con la prigionia di primo grado o la multa».*

lunga contrapposizione che ha visto all'inizio San Marino inclusa in una *black list* europea per non aver combattuto sufficientemente l'elusione e l'evasione fiscale³⁷¹. Per adeguarsi ai principi internazionali, San Marino ha perso negli ultimi otto anni ben il 60% dei depositi presso le sue banche, come affermato dal recente *Meeting di Rimini* da NICOLA RENZI, segretario agli affari esteri.

Tutt'oggi si osserva come, nonostante questo sforzo di *compliance* e i sacrifici che esso ha comportato per il Titano, non si può non rilevare che, secondo quanto riportato dalla stampa specializzata³⁷², recentemente il Comitato per il Credito e il Risparmio, espressione dell'esecutivo, ha chiesto formalmente al Consiglio direttivo della Banca Centrale sammarinese di “valutare l'immediata cessazione del rapporto lavorativo del direttore generale della Banca Centrale stessa”, in quanto sarebbe venuto meno il necessario e in abdicabile rapporto di fiducia che caratterizza la permanenza in servizio del Direttore Generale. Il Consiglio direttivo della Banca ne ha poi deliberato le immediati dimissioni di questi.

Una situazione impensabile per quanto riguarda invece il Governatore della nostra Banca Centrale, nominato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del consiglio dei ministri “*sentito il parere del Consiglio superiore della Banca d'Italia*” ai sensi della legge 262 del 28 dicembre del 2005. La sua carica, che dura sei anni ed è rinnovabile una sola volta, è invece immune da ogni ingerenza dal potere esecutivo.

Senza entrare nel merito tecnico della vicenda, è evidente come ad una normativa di vigilanza formalmente adeguata, debba corrispondere per la sua piena efficacia la necessaria indipendenza del vertice dell'autorità chiamata ad eseguirla. San Marino dimostra infatti che, l'ingerenza sul vertice di tale organo da parte del potere esecutivo, non assicura il corretto espletamento e la fondamentale libertà che la Banca Centrale deve vedersi assicurata per espletare al meglio la propria attività. Stando alle notizie dei giornali, questa

³⁷¹ Le considerazioni di seguito tratte sono apparse nell'articolo del giornalista DE BORTOLI F., *Non contate più sul segreto fiduciario*, Corriere della sera, 4 settembre 2017.

³⁷² Cfr. articolo di stampa del giornalista SERRANDO M., *San Marino e la guerra del credito – Il governo sfiducia la banca centrale*, Sole24Ore, del 31 agosto 2017.

condicio sine qua non sembrerebbe non essere stata rispettata, gettando un'ombra su tutti gli aspetti normativi pur faticosamente elaborati.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Giunti al termine di questo studio sulle società fiduciarie e la loro vigilanza è opportuno trarre delle sintetiche considerazioni critiche sul tema sviluppato. Esse si rendono necessarie dal momento che la novella legislativa sul controllo di Banca d'Italia, che è stato oggetto di opportuno approfondimento in tale tesi, non pare finora avere innescato un adeguato dibattito dottrinale sui suoi effetti pratici.

Innanzitutto, si è rilevato come risulti irrituale aver consentito una legislazione speciale, nonostante l'assenza definitiva del concetto giuridico di fiducia, sull'esercizio professionale della stessa e sul relativo regime di sorveglianza. Fin dall'inizio infatti, la vigilanza sulle fiduciarie fu posta a carico di un organo amministrativo: l'attuale MISE.

Nel proseguo, si è osservato che l'impianto della legge del '39 è rimasto sostanzialmente invariato, benché seguita da provvedimenti legislativi diretti a disciplinare specifici aspetti resi necessari col mutare delle esigenze commerciali e di mercato. Infatti, l'istituzione della Consob e i compiti che questa pian piano è venuta assumendo, prima nei confronti delle fiduciarie di gestione e poi verso quelle di revisione, hanno fatto sì che rimanessero nella "Magna Charta" del '39 solo le fiduciarie c.d. "statiche". È stata così "svuotata" l'originaria definizione dell'attività data alle stesse. Si è avuto poi modo di riscontrare che queste ed altre modifiche ivi sviluppate si sono via via stratificate in modo episodico e non coerente. Anziché ricorrere al sistema dei "testi unici", ampiamente e proficuamente utilizzato per la finanza o le banche, si è continuato a disciplinare aspetti ritenuti urgenti sulla base di esigenze del momento, spesso facendo rinvio ad «*un'organica riforma del settore*» che, pur in presenza di lodevoli tentativi proprio a partire dal 1986, sembra ben lungi dall'essere approvata.

Ad una situazione così complessa e di non facile lettura, dagli inizi degli anni '90 si aggiunge il contrasto al riciclaggio del denaro sporco. Esigenza, sorta *in primis* a livello sovranazionale, che ha indotto ad una disamina su come la globalizzazione finanziaria e l'utilizzo dei sistemi digitali di trasferimento fondi abbiano reso urgente una risposta corale per evitare che i capitali illeciti prima e il finanziamento del terrorismo poi inquinassero l'economia sana. Nascevano in tal modo obblighi internazionali sulla prevenzione e sul contrasto dei capitali illeciti a carico di svariate categorie di soggetti, finanziari e non. Non potevano ivi mancare le società fiduciarie, visti i compiti istituzionali di "schermo" sui reali titolari dei beni loro affidati. Conseguentemente, la

vigilanza sul “riciclaggio” veniva riservata alla all’Autorità di Palazzo Koch, in virtù dell’ampia e consolidata esperienza come Autorità bancaria e finanziaria. Basti pensare che la stessa Agenzia antiriciclaggio per il nostro Paese passò, nel 2008, all’interno della Banca d’Italia con il nome di Unità di Informazione Finanziaria.

Si è quindi giunti a spiegare perché il legislatore abbia finito con affidare alla Banca una seconda, nuova, vigilanza sulle società fiduciarie di maggiore dimensione o rilevanza. Più precisamente, questa innovazione di controllo pubblico è stata operata tramite la riformulazione dell’art. 199 T.U.F. (intitolato “Società fiduciarie”) e dell’art. 106 T.U.B. (“Albo degli intermediari finanziari”). L’opportunità di tale riscrittura normativa è stata colta dal nostro legislatore a seguito della riforma dei titoli V (“Disciplina degli intermediari finanziari”) e VI (“Norme sulla trasparenza”) del T.U.B., effettuata con i d.lgs. n. 141 del 2010 e n. 169 del 2012, che attuano la direttiva comunitaria 2008/48/CE in tema di contratti di credito dei consumatori. Limitatamente all’oggetto di studio, è stato imposto a quelle svolgenti l’attività di custodia e amministrazione di valori mobiliari e o controllate da una banca/intermediario finanziario oppure aventi la forma di S.p.A. e capitale minimo di 100.000€, di iscriversi nella “nuova” sezione separata del suddetto albo degli intermediari finanziari (*ex art. 106 T.U.B.*) tenuto dalla Banca d’Italia. In data 12 ottobre 2017, risultano qui iscritte ben 36 fiduciarie aventi le suddette caratteristiche.

Una riforma divenuta operativa all’inizio del 2016, tramite dei provvedimenti interni dell’Autorità di Palazzo Koch ed in particolare grazie ad alcune disposizioni contenute nella circolare n. 288 del 2015. Esse sono dirette a stabilire: i requisiti organizzativi e di governo societario per il rispetto dei presidi antiriciclaggio; le procedure di autorizzazione per l’iscrizione delle stesse e la normativa *post* autorizzazione (come ad es. la verifica delle condizioni di onorabilità e reputabilità degli esponenti, l’esistenza di adeguati sistemi di *compliance* interni e la previsione di indagini ispettive). Nella sua circolare d’altro canto, l’Ente citato si premura di non voler pregiudicare le norme ministeriali in materia di autorizzazione e vigilanza sulle fiduciarie. Resta il fatto che, in presenza di due organi di vigilanza che esercitano la relativa attività sugli stessi soggetti, gli aspetti di coordinamento verranno ad assumere un ruolo, davvero, fondamentale. *Quid iuris*: se una fiduciaria già iscritta presso il Ministero e la Banca d’Italia vede successivamente revocata la sua autorizzazione da quest’ultimo Istituto,

cosa potrebbe accadere? Si dovrebbero distinguere due ipotesi. La prima, in caso di impresa con forma di S.p.A. e capitale pari al doppio di quello previsto dal codice, dove si può immaginare una diminuzione del conferimento societario capace – potenzialmente- di disinnescare il conflitto e di portare detta fiduciaria fuori dalla sorveglianza dell’Autorità di Palazzo Koch (operazione che apparirebbe comunque un campanello d’allarme per il MISE). Ben più complicata e difficilmente sanabile sarebbe invece la revoca per la fiduciaria controllata da gruppo bancario o intermediario finanziario, dove infatti le operazioni sul capitale sarebbero irrilevanti per “sfuggire” dalla competenza della Banca. Da quanto si è appreso, simili dubbi sono stati già fatti presenti al Ministero e sono stati conseguentemente avviati i primi contatti per meglio disciplinare le reciproche attività di vigilanza.

Oggi pertanto, il controllo pubblico italiano sulle fiduciarie sembra aver raggiunto il suo livello massimo. Tuttavia, per meglio valutare la reale efficacia del suddetto sistema, lo si è opportunamente comparato con la regolamentazioni della Svizzera e di San Marino. In particolare, lo studio si è mosso su due piani: quello riguardante le “fiducie” e quello invece riferibile al vaglio dell’attività fiduciaria.

Al pari del nostro sistema, in quello svizzero non si riscontrano norme positive sulla “fiducia”. Così, la sua disciplina è lasciata all’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale culminata, anche qui, nell’elaborazione del “negozio fiduciario” e i cui confini sono stati ricostruiti secondo lo schema del mandato fiduciario. Inoltre la Confederazione elvetica ha ratificato, sia pure solo nel 2007, la Convenzione dell’Aja sugli effetti del *trust*, fatte salve le recentissime misure volte ad accogliere una *trust* interno.

Quanto al più “scottante” tema della vigilanza sull’attività fiduciaria in Svizzera, occorre distinguere la normativa nei suoi due livelli, federale da un lato e cantonale dall’altro. La prima ha imposto solo degli oneri antiriciclaggio: il problema qui è che il vigilato può decidere il soggetto vigilante, ossia se la FINMA (equivalente alla nostra Consob) o gli Organismi di Autodisciplina (in cui vi fanno parte gli stessi vigilati, con evidenti rischi di conflitto di interessi). Superfluo specificare dove ricadono la maggioranza delle richieste. Pertanto, la regolamentazione dell’attività fiduciaria non è stata ritenuta sufficientemente importante da giustificare una normativa federale, cosicché i ventisei cantoni scelgono autonomamente se provvedervi. Solo uno, proprio

il Ticino, ha legiferato –“Lfid” del ’09- tanto la professione fiduciaria (stabilendone l’obbligo di autorizzazione a carattere strettamente individuale), quanto la correlata vigilanza pubblica (rimessa all’Autorità di Bellinzona, la quale dedica un sola ispettore per quasi 1500 fiduciari). La mancanza di adeguate risorse vigilanza e il “tenue” contrasto all’esercizio abusivo della professione, punito quest’ultimo con una mera sanzione amministrativa, ne rappresentano gli aspetti maggiormente critici. Non stupisce perciò la frequente emersione di scandali sui fiduciari svizzeri nella stampa specializzata.

La Repubblica del Titano ha invece offerto agli operatori una situazione ben più regolamentata delle fiducie. Infatti all’interno dell’ordinamento sammarinese sono stati disciplinati il mandato fiduciario (v. LISF ’05), il contratto di affidamento fiduciario (v. legge 43/2010) ed il *trust* interno (v. legge 37/2005). Non solo, è stata altresì prevista una Corte specializzata nel dirimere le controversie di carattere fiduciario (v. legge costituzionale 1/2012).

Riguardo invece alla sorveglianza svolto sui soggetti fiduciari (persone fisiche o giuridiche) a San Marino, la competenza è affidata alla Banca Centrale e si estende ad aspetti ulteriori rispetto agli “ordinari” presidi antiriciclaggio. In particolare, tale vigilanza assume carattere bifasico. Esiste perciò sia una riserva di attività con connesso obbligo di autorizzazione, sia una vigilanza *post* autorizzazione, effettuata tramite indagini ispettive contabili e gestionali. Tuttavia, i recenti sforzi finalizzati ad una migliore trasparenza della piazza finanziaria del Titano si scontrano con la mancata indipendenza del vertice della Banca Nazionale rispetto all’esecutivo. In particolare, è notizia recente come sia stato qui dimissionato in un solo giorno il Direttore della stessa per volere del Governo. Situazione –finora- impensabile in Italia, visto che nel nostro Paese il Governatore della Banca d’Italia è sì una nomina sostanzialmente politica (è proposta su consiglio del Governatore della nostra Banca Centrale, nominato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri “*sentito il parere del Consiglio superiore della Banca d’Italia*”), ma è sostanzialmente immune da ogni ingerenza altrui nell’esecuzione del suo incarico. Un paragone, questo, volto a sottolineare come ad una normativa formalmente adeguata di controllo sull’attività fiduciaria debba corrispondere, per una sua effettiva valenza pratica, un’azione autonoma e indipendente degli organi di vigilanza. Ciò rappresenta

un monito di forte attualità, viste le notizie diffuse in questi giorni che vedono alcuni parlamentari discutere l'operato dell'attuale Governatore Ignazio Visco.

Concludendo, la normativa italiana, pur caratterizzandosi in negativo per i suoi aspetti di disorganicità e lacunosità, è riuscita a sviluppare un concreto e innovativo sistema di controllo pubblico sulle società fiduciarie, capace altresì di non pregiudicarne il crescente ricorso.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Nuova guida agli adempimenti e antiriciclaggio e antiusura. Manuale operativo per le banche, gli intermediari finanziari, i sindaci e gli amministratori*, con Prefazione di CIAMPI C.A. e VIGNA P.L., Bancaria, Roma, 1998

BAIGUERA ALTIERI A., *La normativa federale anti-riciclaggio in Svizzera dopo il 2015*, in *Magistra, Banca e Finanza*, 3 ottobre 2016, <http://www.tidona.com/pubblicazioni/20161003.htm>

BODELLINI M., *Le fiduciarie svizzere e le fiduciarie italiane al banco di prova del sistema antiriciclaggio*, in *Diritto del commercio internazionale*, gen.-mar. 2009, 23, 1

BOTTINI P. e LAVIZZARI G., *Analisi del negozio fiduciario in svizzera*, in BARBA A. e ZANCHI D. (a cura di), *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Giappichelli, Torino, 2012

CAPPA E., *Le criticità nell'adempimento dell'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette di riciclaggio*, in E. CAPPA – U. MORERA (a cura di), *Normativa antiriciclaggio e segnalazione di operazioni sospette*, Il Mulino, Bologna, 2008

CARNEVALI U., *I recenti progetti di riforma delle società fiduciarie*, ne *Le Società*, 1987, 6

CARON A., *Società fiduciarie, intestazione fiduciaria e riserva di attività*, in *Diritto e pratica delle società*, 2007, 10

CLARICH M., *La responsabilità della Consob nell'esercizio della funzione di vigilanza: due passi oltre la sentenza della Cassazione n. 500/99*, in *Danno e responsabilità*, 2002, 2

CONDEMI M. e DE PASQUALE F., *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, Febbraio 2008, 60

CONDEMI M., *Controllo dei rischi bancari e supervisione creditizia*, Cacucci, Bari, 2005

CORSI F., *Società fiduciarie: risvolti civilistici e societari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1988, I

CRISCUOLO L., *Gli intermediari finanziari non bancari: attività, regole e controlli*, Cacucci, Bari, 2003

DE ANGELIS L. e GUACCERO P., *Società fiduciarie*, in *Contratto e impresa*, 2003, 2

DE BORTOLI F., *Non contate più sul segreto fiduciario*, *Corriere della sera*, 4 settembre 2017

DI CHIO G., *Società fiduciarie*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1987, VII

DI MAIO F., *La società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, CEDAM, Padova, 1995

DI MAIO F., *Legittimazione del commissario liquidatore all'azione di responsabilità*, in *Fallimento*, 2000, IV

DI MAIO F., *Mandato fiduciario e società fiduciarie*, in *Contratto e impresa*, 2012, 28

DOSI G., *Il diritto contrattuale di famiglia. Le funzioni di consulenza e negoziazione dell'avvocato*, Giappichelli, Milano, 2016

FERRO LUZZI P., *Le gestioni patrimoniali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1992, I

FERRO-LUZZI P., *Disciplina delle attività fiduciarie*, in *Giur. comm.*, 1986, I

FIORIO P., *Osservazioni in tema di intestazione fiduciaria di quote sociali, voto divergente e compensi eccessivi agli amministratori*, in *Giur. it.*, 2002

FRANCESCHELLI V., *Diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011

- GALULLO R. e MINCUZZI A., *Quella montagna di soldi italiani bruciati in Svizzera dai fiduciari infedeli*, Sole24Ore, 31 luglio 2017
- GALULLO R., *La svizzera e le fiduciarie oscure*, nel Sole24Ore, 31 Luglio 2017
- GIANNINI A. e GIBILARO G., *L'evoluzione storica della Banca d'Italia dal XIX secolo alla Banking Union*, in *Bancaria*, 2016, 7-8
- GILMORE W., *Money Laundering: The International Aspect*, in *Hume Papers on Public Policy*, Edinburgh, 1993, I, 2
- GIOVAGNOLI R., *La responsabilità extra e pre-contrattuale della P.A. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2009
- GOBBO G., *Articolo 199: società fiduciarie*, in VELLA F. (a cura di), *Commentario al TUF: decreto legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni*, Giappichelli, Torino, 2012, II
- GRASSO P. e BELLAVIA E., *Soldi sporchi. Come le mafie riciclano miliardi e inquinano l'economia mondiale*, Dalai, Milano, 2011
- GRECO G. L., *Le società finanziarie tra teoria economica e diritto*, in SANTORO V. (a cura di), *Le società finanziarie*, Giuffrè, Milano, 2000
- JANNUZZI A., *Le società fiduciarie*, Giuffrè, Milano, 1988
- LIPARI N., *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, Milano, 1964
- LOCONTE S., *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, Ipsoa, Assago (MI), 2016, II
- LUPOI M., *Trust and Confidence*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2009
- LUPOI M., *I trust nel diritto civile*, in SACCO R. (a cura di), *Trattato di diritto civile – I diritti reali*, Torino, UTET, 2004, II
- LUPOI M., *Riflessioni sulla "fiducia dopo la morte"*, in *Trust e attività fiduciaria*, 2007
- LUPOI M., *Trust*, Giuffrè, Milano, 2001
- LUPOI M., *Istituzioni dei trust e degli affidamenti fiduciari*, CEDAM, Padova, 2008
- MAINIERI N. e PACINI M., *Reato di autoriciclaggio: introduzione in Italia*, in *Diritto e Giustizia*, 18 dicembre 2014,
- MAINIERI N., *Il contrasto finanziario al riciclaggio e la collaborazione con l'autorità giudiziaria*, in CAPPA E. e CERQUA L.D. (a cura di), *Il riciclaggio del denaro: Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, Giuffrè, Milano, 2012
- MANGATCHEV I.P., *Fiducia cum creditore contracta in EU law*, Focofima, Copenaghen, Conferenza del 10 settembre 2009, http://jura.ku.dk/focofima/nyheder/fiducia-cum_creditore/
- MARIANI A. e MUSCOLO M., *Le società fiduciarie*, Sistemi Editoriali, Napoli, 2013, II

- MARIANI A., *Società fiduciaria ed il contratto fiduciario. Profili operativi e opportunità di utilizzo*, Sistemi Editoriali, Napoli, 2007
- MEA R., *La fiducia: strumento di tutela della persona*, Key, Vicalvi (FR), 2015
- MONTEFAMEGLIO M., *Il contratto fiduciario*, in *La rivista on-line sul diritto dei trusts (www.professionetrust.it)*, ottobre/novembre/dicembre 2006, 9
- NUZZO F., *Società fiduciaria*, in *Enciclopedia del diritto*, 1990, XLII
- PICCININO L., *Trust, fiduciarie e società estere: cenni*, in Tupponi M. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2014
- PIERFELICI V., *La corte per il trust a San Marino*, in *Trusts e attività fiduciarie*, Gennaio 2016, 1
- POCHETTI G., *Caratteri operativi delle società fiduciarie*, Guanda, Milano, 1984
- PRINCIPE A., *L'impresa finanziaria*, Giuffrè, Milano, 1998
- REALI A., *La fiducia e il trust*, in GAMBARO A. e MORELLO U. (a cura di), *Lezioni di diritto civile. Casi, questioni e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 2012
- RIGHINI E., *Le società fiduciarie e la fiducia nell'ambito del diritto dei mercati finanziari. Relazione al convegno 'Dalla fiducia attraverso il trust verso gli affidamenti', Urbino 16-17 ottobre 2014*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, 2015, 66
- SAMORÌ G., *Società fiduciaria e legittimazione attiva dell'investitore fiduciante all'esercizio delle azioni di risarcimento danni nei contratti di investimento in strumenti finanziari*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 2012, 63
- SANTORO L., *Il Trust in Italia*, Giuffrè, Milano, 2009, II
- SCHLESINGER P., *L'intestazione fiduciaria di fronte alla riforma dl diritto di famiglia*, in *Atti del convegno di Venezia del 5 Giugno 1976*
- SCOGNAMIGLIO C., *Responsabilità dell'organo di vigilanza e danno meramente patrimoniale*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1995, II
- SCOGNAMIGLIO C., *Responsabilità della PA per violazione di obblighi di vigilanza e di informazione sull'attività delle società fiduciarie*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2009, 25
- SEILER M., *Trust und Treuhand im schweizerischen Recht unter Berücksichtigung der Rechtsstellung des Trustees*, Schulthess, Zurigo, 2005, 6
- SEPE M., *Il risparmio gestito*, Cacucci, Bari, 2000
- SERRANDO M., *San Marino e la guerra del credito – Il governo sfiducia la banca centrale*, Sole24Ore, del 31 agosto 2017
- SGAMBATO D., *Le società fiduciarie e il contratto di amministrazione senza intestazione*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, 2015, 20, p. 61

SOLFERINI M., *Le società fiduciarie, dalla costituzione al dibattito dei poteri attribuiti al fiduciante. Prospettive di utilizzo di uno strumento sempre attuale*, in *Magistra, Banca e Finanza*, Febbraio 2005

TARANTOLA A.M., *Il contributo della Banca d'Italia nella lotta al riciclaggio*, Rimini, 29 gennaio 2010, intervento pubblicato sul sito www.bancaditalia.it

TODISCO-GRANDE E. e VEDANA F., *Il Trust*, in SALVATORE M (a cura di), *Introduzione all'Istituto del Trust*, O.D.C.E.S., 2012, Quaderno 44

VEDANA F., *Il Trust*, Unione Fiduciaria S.p.A., Milano, 2005

VENG MEI LEONG A., *The Disruption of International Organised Crime: An Analysis of Legal and Non-Legal strategies*, Routledge, London, 2007, I

VINCI C. e GAGLIARDI M., *Le società fiduciarie*, Pirola, Milano, 1990, II