



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWKI - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)

Capitolo I

L'INTESTAZIONE FIDUCIARIA

Sommario: 1. Premessa 2. Il negozio fiduciario 3. L'intestazione fiduciaria di beni a favore di società fiduciarie: il mandato fiduciario 4. Le società fiduciarie: forme di amministrazione e caratteristiche del rapporto fiduciario 4.1. I mandati di amministrazione fiduciaria senza intestazione 5. Il segreto fiduciario e le deroghe al regime di riservatezza 5.1. Le società fiduciarie e il nuovo albo *ex art.* 106 TUB 6. L'intestazione fiduciaria e le imposte sui redditi: la c.d. "trasparenza fiscale" delle società fiduciarie 7. L'intestazione fiduciaria e l'imposizione indiretta.

1. Premessa

Come già evidenziato sin dall'introduzione del presente testo, tra gli strumenti offerti dal nostro ordinamento a tutela del patrimonio, vi è l'intestazione fiduciaria di beni. Si tratta, tuttavia, di uno strumento di tutela patrimoniale solo "indiretta", in quanto la protezione che deriva dall'utilizzo di tale strumento scaturisce più dal vincolo di riservatezza circa l'identità dell'effettivo proprietario di un bene che non dall'apposizione di un vero e proprio vincolo di natura patrimoniale sul medesimo.

L'intestazione fiduciaria di beni è finalizzata, infatti, ad evitare l'evidenza della disponibilità personale di beni allo scopo di impedire l'aggressione da parte di terzi e di evitare pressioni, psicologiche e non, sui titolari dei beni, nonché di affidare istruzioni per l'amministrazione di beni a soggetti professionalmente competenti. Si parla quindi di protezione "indiretta" poiché "... se 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, è altrettanto vero che non si può aggredire neppure ciò di cui non si conosce l'esistenza. Sistemi diversi, dunque, ma che efficacemente possono condurre allo stesso risultato..."¹.

Al fine di poter valutare anche i diversi profili di rilevanza fiscale, occorre dapprima procedere ad un inquadramento della struttura civilistica in cui si sostanzia l'istituto della intestazione fiduciaria di beni (*rectius*, il negozio fiduciario).

Quando nel nostro ordinamento si utilizza l'espressione "intestazione fiduciaria" o si fa riferimento all'istituto della "fiducia"², l'attenzione del

¹ M. Montefameglio, *Il contratto fiduciario*, in *La rivista on-line sul diritto dei trusts* (www.professionetrust.it), n. 9 - ottobre/novembre/dicembre, 2006, pag. 2.

² Il termine "fiducia" è impiegato nella letteratura giuridica per indicare due diversi fenomeni:

giurista è immediatamente rivolta al negozio fiduciario, alle società fiduciarie ed allo strumento del mandato fiduciario dalle stesse utilizzato nella loro attività di amministrazione di beni per conto terzi.

La ragione di ciò risiede essenzialmente nella diversità degli effetti che, sotto il profilo civilistico e fiscale, derivano dal fatto che l'intestazione di beni venga effettuata a favore di una società fiduciaria costituita ed operante in conformità alla Legge n. 1966/1939, ovvero a favore di un diverso soggetto fiduciario.

Nel primo caso, l'intestazione fiduciaria determina infatti la separazione dei beni dati in amministrazione fiduciaria da quelli del patrimonio della società fiduciaria stessa. Inoltre, il fiduciante mantiene la proprietà effettiva dei beni, conservando la facoltà di disporre degli stessi senza la necessità di alcun loro formale ritrasferimento da parte della società fiduciaria.

In tutti gli altri casi, invece, l'intestazione fiduciaria determina l'effetto traslativo della proprietà dei beni fiduciati, i quali vengono, per l'appunto, trasferiti dal soggetto fiduciante a favore di altro soggetto fiduciario con l'obbligo (eventuale) per quest'ultimo di amministrare il bene e di ritrasferire il diritto di proprietà al medesimo fiduciante o ad un terzo soggetto.

Appare evidente quindi che la causa negoziale non sia da identificarsi nello scambio ovvero nell'arricchimento della sfera giuridico-patrimoniale del soggetto fiduciario³, atteso che l'effetto traslativo è solo strumentale a realizzare lo specifico "scopo fiduciario" ed è limitato nei soli rapporti interni dal c.d. *pactum fiduciae*⁴.

2. Il negozio fiduciario

Il negozio fiduciario⁵ è una particolare figura negoziale che, in quanto priva di una specifica regolamentazione, è stata solo recentemente elaborata

una particolare specie di proprietà, definita "proprietà fiduciaria", caratterizzata dalla peculiarità che le facoltà di godere e disporre di un dato bene sono attribuite al proprietario non per soddisfare un interesse proprio, ma un interesse altrui; una particolare specie contrattuale, definita come "negozio fiduciario", in forza della quale la proprietà di un bene viene trasferita da un soggetto ad un altro con un patto (c.d. *pactum fiduciae*). Il secondo soggetto utilizza il bene per un dato fine, raggiunto il quale deve ritrasferire il bene al primo. Cfr. F. Galgano, *La fiducia romanistica*, in *Atlante di diritto privato comparato*, XIII, Milano, 1992, pag. 181; F. Ferrara, *I negozi fiduciari*, in *Studi in onore di Scialoja*, Milano, 1905, pag. 745.

³ F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, pag. 956.

⁴ G. Corasaniti, *Diritto tributario delle attività finanziarie*, Milano, 2012, pag. 714. Secondo l'Autore il *pactum fiduciae* non richiede la forma scritta e può essere provato liberamente, in quanto non comporta un ampliamento o una modificazione del contenuto patrimoniale del contratto fiduciario (ex art. 2722 c.c.).

⁵ Si sottolinea subito la differenza che intercorre fra negozio fiduciario che, più in generale, identifica tutte le relazioni basate sulla fiducia, ed il contratto fiduciario che, nello specifico, è la

da dottrina e giurisprudenza come l'accordo attraverso il quale "... si ha l'attribuzione ad un soggetto (il fiduciario) di un diritto limitato dalla cura degli interessi di un'altra persona (il fiduciante o terzo beneficiario) ..." ⁶.

In particolare, la recente giurisprudenza di legittimità ⁷ ha definito il negozio fiduciario come l'"accordo tra due soggetti, con cui il fiduciante trasferisce, o costituisce, in capo al fiduciario una situazione giuridica soggettiva per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore. Il fiduciario, per la realizzazione di tale obiettivo, assume l'obbligo di utilizzare nei tempi e nei modi convenuti la situazione soggettiva, in funzione strumentale, avendo un comportamento coerente e congruo".

Tale accordo, per sola similitudine, viene assoggettato all'applicazione dei principi generali in tema di mandato senza rappresentanza ⁸.

In dottrina e giurisprudenza si rinvengono sostanzialmente due diverse correnti di pensiero in merito alla qualificazione giuridica del negozio fiduciario. Da un lato vi è l'orientamento tradizionale secondo cui il negozio traslativo della proprietà deriverebbe la propria causa da un altro negozio ad effetti obbligatori (c.d. *pactum fiduciae*). In tal modo si configurerebbe l'ipotesi di un negozio reale astratto, inammissibile, poiché in contrasto con il *numerus clausus* dei diritti reali ⁹, con la conseguenza giuridica che solo una combinazione di negozi distinti e con causa propria potrebbe realizzare l'intento fiduciario ¹⁰.

relazione giuridica di cui possono essere parte solo le società fiduciarie autorizzate ex Legge 23 novembre 1939, n. 1966.

⁶ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 86/2003/T, *Negozi fiduciario e imposte indirette*, 6 maggio 2004.

⁷ Cass. 27 agosto 2012, n. 14654.

⁸ Cass. 16 novembre 2001, n. 14375; Cass. 27 novembre 1999, n. 13261; Cass. 29 maggio 1993, n. 6024; Cass. 23 giugno 1998, n. 6246; Cass. 20 maggio 1976, n. 1798; Cass. civ., Sez. I, 23 marzo 2018, n. 7364; Cfr. E. Bilotti, *Intestazione simulata di azioni, rapporto fiduciario e mandato senza rappresentanza (Note a margine di un caso giurisprudenziale, Corte di Cassazione n. 6246/1998)*, in *Fiducia e Trust*, n. 2/2002, in *il fisco*, n. 34/2002, pag. 12725.

⁹ V. M. Trimarchi, *Il negozio fiduciario*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, 1994, pag. 42. Secondo l'Autore la causa negoziale non andrebbe ravvisata nella fiducia, bensì sarebbe variabile a seconda del concreto atteggiarsi degli interessi in gioco.

¹⁰ L. De Angelis, voce *Fiduciaria (Società)*, in *Digesto delle discipline privatistiche (Sez. comm.)*, pag. 96. In questi termini, cfr. Cass., sentenza 7 agosto 1982, n. 4438, in *Foro it.*, 1982, n. 66, secondo cui "il negozio fiduciario si realizza mediante il collegamento di due negozi, l'uno di carattere esterno, realmente voluto ed avente efficacia di fronte ai terzi, e l'altro di carattere interno ed obbligatorio, diretto a modificare il risultato finale del negozio esterno, per cui il fiduciario è tenuto a ritrasferire la cosa o il diritto, attribuitogli col negozio reale, all'altro contraente o ad un terzo". In senso conforme, cfr. Cass., sentenza 29 novembre 1983, n. 7152, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, pag. 90 ss.; Cass., sentenza 19 febbraio 1971, n. 435, in *Mass. Giur. it.*, 1971, pag. 178 ss.; Cass. civ. Sez. I, 8 settembre 2015, n. 17785.

Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale

Secondo un diverso orientamento, invece, il negozio fiduciario sarebbe causale e troverebbe il proprio elemento teleologico nell'obbligazione di cui si fa carico il fiduciario (*causa fiduciae*), configurandosi come negozio ad effetti obbligatori e reali insieme, innominato ed atipico, comunque ammissibile in forza del principio di cui all'art. 1322 c.c.¹¹.

A tal proposito, si evidenzia che la Corte di Cassazione, con sentenza 19 maggio 1969, n. 1261, ha affermato che “*il negozio fiduciario, anche se può assumere diverse e complesse configurazioni pratiche, integra una fattispecie unitaria permeata dalla causa fiduciae, che ne fa un negozio causale unico ed inscindibile, diretto verso un determinato scopo unitario; negozio unico in cui uno dei due lati esplica i suoi effetti direttamente nei confronti dei terzi ed è costituito normalmente dall'acquisto, da parte del fiduciario, di un diritto e l'altro ha efficacia esclusivamente interna tra fiduciante e fiduciario, dato dall'accordo (pactum fiduciae) tra i due soggetti suddetti a che il fiduciario si impegni ad usare il diritto acquisito esclusivamente per uno scopo predeterminato e tenuto di mira tra le parti, esercitandolo solo per il raggiungimento*”.

In altri termini, mentre per l'orientamento tradizionale il negozio fiduciario non avrebbe una propria ed autonoma *causa fiduciae*, per il secondo orientamento invece il negozio fiduciario avrebbe una propria causa da ravvisarsi nella stessa fiducia.

Appare evidente quindi che entrambi gli orientamenti sono accomunati dal riferimento ad un negozio giuridico ad effetti reali, in tal modo intendendo riferirsi alla fiducia c.d. “romanistica”¹², accolta dal nostro ordinamento e risalente al diritto romano.

L'istituto della fiducia “romanistica” si caratterizza per il trasferimento della proprietà del bene fiduciato, con l'obbligo per il soggetto ricevente (*rectius*, fiduciario) di amministrarlo e gestirlo secondo le istruzioni fornite dal soggetto trasferente (*rectius*, fiduciante), nonché con l'obbligo di ritrasferire la proprietà a semplice richiesta (quindi, ad una certa scadenza pattuita o al verificarsi di una situazione che determini il venir meno della causa fiduciaria), al fiduciante o ad un terzo indicato da costui.

¹¹ C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, pag. 345; U. Carnevali, voce *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionario del dir. priv.*, diretto da N. Irti, Milano, 1980, pag. 455 ss. Secondo quest'ultimo Autore la causa del contratto fiduciario andrebbe individuata nella stessa fiducia: il contratto fiduciario si configurerebbe come un contratto traslativo atipico, ex art. 1322 c.c., in cui gli effetti obbligatori sarebbero in un rapporto di interdipendenza con quelli reali, giustificandolo causalmente quale *pactum fiduciae*; M. Foschini, *Sull'intestazione fiduciaria dei titoli azionari*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1962, pag. 39.

¹² F. Galgano, *La fiducia romanistica*, in *Atlante di diritto privato comparato*, XIII, Milano, 1992, pag. 181; F. Ferrara, *I negozi fiduciari*, in *Studi in onore di Scialoja*, cit., pag. 745.

Nel diritto romano l'istituto della fiducia *cum amico* era caratterizzata, per l'appunto, dal trasferimento della proprietà di un determinato bene da un soggetto all'altro con l'intesa che quest'ultimo lo avrebbe gestito secondo le istruzioni del primo. Nella fiducia c.d. romanistica l'intento fiduciario è, pertanto, realizzato utilizzando in modo strumentale l'effetto traslativo, ancorché limitato nei soli rapporti interni da un patto ad effetti obbligatori (*pactum fiduciae*)¹³.

Tale effetto traslativo è, invece, assente nell'istituto della fiducia "germanistica", in cui la titolarità del bene è separata dalla legittimazione all'esercizio del diritto stesso. Titolare del diritto resta pertanto il fiduciante, mentre al fiduciario viene conferita la sola legittimazione ad esercitare il diritto.

Nell'ordinamento giuridico tedesco, l'esistenza di una disposizione normativa¹⁴ che consente al non titolare di compiere validamente atti di disposizione sul bene altrui previo consenso del titolare, derogando al principio generale che esclude limitazioni al potere di disposizione dei diritti reali, è stata interpretata infatti nel senso di ritenere ammissibile una piena scissione tra titolarità ed esercizio del diritto. In un simile contesto normativo, è evidente che il soggetto fiduciario acquista la sola legittimazione a disporre, nei limiti del *pactum fiduciae* sottostante, del bene fiduciato, il quale rimane comunque di proprietà del fiduciante.

Il negozio fiduciario è basato quindi non già sul trasferimento del diritto di proprietà del bene fiduciato, che permane sostanzialmente nella titolarità del soggetto fiduciante, bensì sull'attribuzione al soggetto fiduciario della sola legittimazione all'esercizio di tale diritto.

Il fenomeno della dissociazione tra intestazione e proprietà, che è il presupposto¹⁵ della stessa Legge n. 1966/1939, trova una concreta applicazione nelle società fiduciarie: l'intestazione fiduciaria di beni si realizza con la

¹³ Sul punto, interessante l'ordinanza del 23 marzo 2018, n. 7364, secondo cui la tipicità del contratto di amministrazione fiduciaria consente di escludere in ogni caso, per qualunque bene amministrato, che il mandatario/fiduciario ne acquisisca la proprietà sostanziale.

¹⁴ Il § 185 (*Verfügung eines Nichtberechtigten*) del BGB, comma 1, dispone che: "Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt" (Un atto dispositivo compiuto da chi non è titolare è efficace se avviene con il previo consenso da parte del titolare).

¹⁵ F. Gallo, *Profili fiscali dell'amministrazione e della gestione fiduciaria di valori mobiliari*, in *Dir. prat. trib.*, 1983, I, pag. 46 ss.; A. Lovisolo, *Il sistema impositivo dei dividendi*, Padova, 1980, pag. 298 ss.; F. Marchetti, F. Rasi, *Fiducia romanistica e fiducia germanistica nella recente prassi dell'Agenzia delle Entrate*, in *Fiscalitax*, n. 6/2008, pag. 795 ss.; G. Corasaniti, *I poteri istruttori dell'Amministrazione finanziaria nei confronti delle società fiduciarie*, in *Dir. prat. trib.*, 2004, I, pag. 321 ss.

Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale

società che li amministra in posizione di intestataria al proprio nome, mentre il fiduciante rimane effettivo titolare degli stessi¹⁶.

I primi segni dell'istituto della fiducia si trovano già nel diritto romano dove la *fides* è stata il centro gravitazionale¹⁷ di due distinte figure giuridiche: da un lato, vi era la fiducia *cum amico*, che consisteva, ad esempio, nella costituzione di un deposito alla vigilia di un viaggio che avrebbe costretto l'individuo ad una lunga assenza; dall'altro, vi era la fiducia *cum creditore*: essa si basava sul trasferimento della proprietà di un bene a titolo di garanzia.

Come detto, dottrina e giurisprudenza identificano la caratteristica principale dell'istituto richiamato nel fatto che le parti pongono in essere due negozi distinti e fra loro collegati; ovvero, uno di carattere esterno e di natura reale, in forza del quale il fiduciante trasferisce un proprio diritto al fiduciario, e l'altro di carattere interno e di natura obbligatoria (*pactum fiduciae*), limitativo del primo, in forza del quale il fiduciario assume l'obbligo verso il fiduciante di ritrasferire il diritto a lui o ad un terzo indicato (modello della c.d. fiducia "dinamica")¹⁸.

Diversamente il fiduciario, qualora sia già titolare di un diritto, si impegna, in forza di apposita pattuizione, a disporre conformemente alle richieste del fiduciante in favore di quest'ultimo o di un terzo da questo indicato (modello della c.d. fiducia "statica").

In virtù di quanto sopra, appare evidente che il negozio fiduciario non può assolutamente considerarsi alla stregua di un contratto di scambio, in quanto difetterebbe, in tal senso, di qualsiasi sinallagma tra l'acquisto del diritto e l'obbligazione che assume il fiduciario¹⁹. In entrambi i casi, comun-

¹⁶ G. Corasaniti, *Diritto tributario delle attività finanziarie*, Milano, 2012, pag. 717. Secondo l'Autore ciò si evince, tra l'altro, dalla regola in base alla quale le società fiduciarie che abbiano intestato al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi titolari dei titoli stessi, ex art. 1, ultimo comma, R.D. n. 239/1942, come anche ex art. 9, comma 1, Legge n. 1745/1962.

¹⁷ F. Di Maio, *Fiducia, negozio fiduciario, contratto fiduciario, trust, questioni terminologiche*, in *Fiducia e Trust*, n. 1/2001, in *il fisco*, n. 44/2001, pag. 14105.

¹⁸ Sul punto, di rilievo le osservazioni riportate nella sentenza n. 3656 della Corte di Cassazione, depositata il 14 febbraio 2018 circa la natura del mandato fiduciario con intestazione (senza rappresentanza) e la conseguente legittimazione del fiduciante ad agire in giudizio: secondo la Suprema Corte l'intestazione fiduciaria si realizzerebbe per il tramite di due negozi giuridici, uno "esterno", avente efficacia verso i terzi, l'altro di natura obbligatoria, efficace solo tra fiduciante e fiduciario e diretto a modificare il risultato del primo negozio. Ne deriva che la posizione di titolarità del bene in capo alla società fiduciaria è meramente strumentale al suo ritrasferimento in capo al fiduciante che sarebbe così legittimato ad esperire l'azione individuale di risarcimento ex art. 2395 del Codice civile.

¹⁹ L. Miele, V. Russo, *L'intestazione di partecipazioni a società fiduciarie non impedisce l'utilizzo del regime madre-figlia*, in *Corr. Trib.*, n. 17/2006, pag. 1372.

que, il negozio fiduciario è un atto realmente voluto dalle parti contraenti poiché il fiduciario diventa titolare sia del diritto che gli è stato trasferito fiduciariamente, sia dell'obbligo di ritrasferirlo al fiduciante o al terzo indicatogli.

In particolare, dottrina e giurisprudenza ritengono di dover distinguere il negozio fiduciario dall'interposizione fittizia di persona, quale ipotesi di simulazione relativa c.d. soggettiva, con la quale le parti non vogliono che si producano gli effetti del negozio simulato e che presuppone dunque un accordo simulatorio intercorrente fra tre soggetti, ovvero fra quelli del negozio apparente e quelli del negozio effettivamente voluto²⁰.

Secondo gli orientamenti tradizionali²¹, il criterio distintivo tra fiducia e simulazione deve essere individuato nell'esistenza o meno di una effettiva volontà dell'effetto traslativo: mentre nel negozio fiduciario il trasferimento del diritto è effettivamente voluto dai contraenti, tanto da essere emendato con la previsione di un accordo a carattere obbligatorio correttivo dell'effetto reale, il contratto simulato è invece del tutto improduttivo di effetti giuridici data l'assenza di qualsiasi volontà delle parti.

Altra parte della dottrina²² ha proposto di fondare la distinzione tra simulazione e fiducia sul lato obbligatorio del rapporto: se l'accordo fiduciario a carattere obbligatorio ha infatti ad oggetto un concreto incarico, lo svolgimento di una specifica attività del fiduciario per conto del fiduciante, al contrario, la simulazione risponde alla semplice necessità di creare uno schermo. Negozio fiduciario e negozio simulato si distinguono, quindi, in virtù di una diversa funzione pratica, in quanto nella simulazione il soggetto interposto non esercita alcun ruolo attivo rispetto al bene o diritto oggetto di intestazione simulata, ma si limita semplicemente ad interpretare il ruolo passivo del prestatore.

È opportuno evidenziare altresì che il trasferimento²³ *fiduciae causa* può atteggiarsi in maniera diversa tra fiducia di tipo "romanistico" (in tal caso, il

²⁰ Cass., sentenza 28 maggio 1994, n. 7899; Cass., sentenza 29 maggio 1993, n. 6024; Cass. civ., Sez. II, 6 maggio 2005, n. 9402.

²¹ E. Bilotti, *Intestazione simulata di azioni, rapporto fiduciario e mandato senza rappresentanza (Note a margine di un caso giurisprudenziale, Corte di Cassazione n. 6246/1998)*, in *Fiducia e Trust*, n. 2/2002, in *il fisco*, n. 34/2002, pag. 12725; F. Ferrara, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, pag. 215; C. Ferrara, *I negozi fiduciari*, Napoli, 1933, pag. 230.

²² M. P. Gentili, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1979, pag. 78.

²³ F. M. Spina, *Società fiduciarie di amministrazione: fra tutela del segreto e trasparenza fiscale*, in *il fisco*, n. 16 del 23 aprile 2007, pagg. 1-2349.

fiduciario è investito di un potere giuridico dal punto di vista reale illimitato, ancorché circoscritto dall'obbligo sottoscritto con il *pactum fidei*; in caso di violazione dell'obbligo, il fiduciante potrà agire solo con una normale azione di risarcimento del danno) e fiducia di tipo "germanistico" (in tal caso, il fiduciario è investito di un potere giuridico di disposizione illimitato, ma lo stesso è anche risolutivamente condizionato; ogni uso contrario allo scopo convenuto determina un'azione di rivendicazione, con ritorno del bene o diritto anche a danno del terzo acquirente).

In altri termini, nel primo caso, si ha un'interposizione reale di persona, nel senso che, con l'intestazione fiduciaria, l'interposto fiduciario acquista a tutti gli effetti la "titolarità del bene o diritto" e, contemporaneamente, si obbliga nei confronti del proprio dante causa ad un determinato comportamento; in caso di violazioni da parte del fiduciario nell'esecuzione del mandato, il fiduciante può opporre azione per risarcimento danni da inadempimento contrattuale.

Nel secondo caso, invece, la fiducia germanistica introduce nel nostro ordinamento il concetto della "legittimazione formale" che prevede una separazione tra la titolarità effettiva del bene o diritto, che rimane in capo al fiduciante, e la legittimazione al loro esercizio nei confronti di terzi, che viene attribuita al fiduciario (come dire sulla scorta di una vera e propria presunzione di titolarità, c.d. titolarità apparente)²⁴.

Se l'intestazione fiduciaria secondo la figura della fiducia di tipo romanistico, proprio per la sua efficacia traslativa, pone direttamente in evidenza l'esistenza di un'incompatibilità logica e radicale tra simulazione e fiducia, al contrario non si può negare che l'intestazione di tipo germanistico, se certamente non comporta il trasferimento della proprietà del titolo, attribuisce comunque al simulato acquirente la piena legittimazione ad esercitare i diritti connessi nei confronti di terzi.

Per tale ragione è possibile confermare che la distinzione netta tra simulazione e fiducia esiste anche nell'ipotesi di ricorso a fiducia di tipo germanistico²⁵. Normalmente per stabilire in concreto la natura del *pactum fidei*, e, in particolare, stabilire se trattasi di fiducia di tipo romanistico o germanistico, è necessario fare riferimento alla volontà delle parti che hanno stipulato il patto stesso.

²⁴ M. Montefameglio, *Il contratto fiduciario*, in *La rivista on-line sul diritto dei trusts* (www.professionetrust.it), n. 9 - ottobre/novembre/dicembre, 2006, pag. 3.

²⁵ E. Bilotti, *Intestazione simulata di azioni, rapporto fiduciario e mandato senza rappresentanza*, in *Fiducia e Trust*, n. 2/2002, in allegato a *il fisco* n. 34/2002.

3. L'intestazione fiduciaria di beni a favore di società fiduciarie: il mandato fiduciario

Le società fiduciarie rappresentano lo strumento giuridico per mezzo del quale, pur rimanendo in capo al mandante la titolarità effettiva del bene (proprietà legale), viene attribuita ad un altro soggetto (mandatario) la facoltà di esercitare i diritti che ne scaturiscono (legittimazione formale), in nome proprio ma per conto del mandante, e quindi ad esercitare i diritti di cui rimane titolare il mandante.

Si tratta di società che principalmente si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione di beni per conto di terzi. La definizione di società fiduciaria è data dall'art. 1, comma 1, Legge 23 novembre 1939, n. 1966 (disciplina delle società fiduciarie e di revisione), ai sensi del quale *“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”*.

Le società fiduciarie sono, inoltre, secondo quanto disposto dall'art. 2 della predetta legge, società autorizzate da e soggette alla vigilanza del Ministero dello Sviluppo economico.

La società fiduciaria rappresenta, dunque, uno strumento duttile e di facile utilizzo, nonché revocabile e attuabile a costi contenuti, il cui scopo è quello della costituzione di un patrimonio amministrato in forma anonima e non della separazione dello stesso.

La società fiduciaria può essere utilizzata anche come strumento di organizzazione del trasferimento generazionale: con il mandato fiduciario e con il conferimento alla fiduciaria di istruzioni specifiche, si possono - tra l'altro - prevedere la continuità gestionale, l'eventuale attribuzione specifica di diritti ai diversi componenti il nucleo familiare, nonché programmare fondi indisponibili, nel rispetto dei divieti dei patti successori e delle quote di legittima.

Le attività tipiche di una società fiduciaria sono l'amministrazione di beni e patrimoni per conto terzi e l'attività di rappresentanza di portatori di azioni e obbligazioni. In particolare, l'attività di amministrazione di beni e patrimoni per conto terzi consiste nell'intestazione alla società fiduciaria dei beni appartenenti ad altri proprietari che ne mantengono la proprietà effettiva e ne possono disporre liberamente.

Tale attività è svolta dalla società fiduciaria in virtù di un contratto che legittima la stessa ad agire in nome proprio e per conto del proprio mandante/fiduciante sui beni affidati alla società fiduciaria in amministrazione (legittimazione formale), senza spendita del nome del mandante/fiduciante

Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale

(mandato senza rappresentanza). Tuttavia, la società fiduciaria può anche operare in nome e per conto del fiduciante. In tal caso si realizza lo schema giuridico del mandato con rappresentanza.

Per quanto concerne la forma del contratto, la Suprema Corte, con sentenza del 20 febbraio 2013, n. 4184, ha stabilito che: *“Il contratto con il quale, in vista della successiva stipulazione dell’atto costitutivo di una società di capitali, si convenga tra uno dei futuri costituenti ed un terzo che una quota di partecipazione in detta società sarà intestata fiduciariamente, con l’obbligo per il fiduciario di darne conto al fiduciante e di trasferirgli eventualmente in seguito la titolarità della quota, non richiede per la sua validità la forma prescritta per l’atto costitutivo della società. È infatti del tutto arbitrario voler assimilare il patto fiduciario, avente ad oggetto l’intestazione di quote societarie, con un contratto preliminare di società”*.

“Il negozio fiduciario è un accordo tra due soggetti, con cui il fiduciante trasferisce, o costituisce, in capo al fiduciario una situazione giuridica soggettiva per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore. Il fiduciario, per la realizzazione di tale obiettivo, assume l’obbligo di utilizzare nei tempi e nei modi convenuti la situazione soggettiva, in funzione strumentale, avendo un comportamento coerente e congruo”.

Lo strumento giuridico prevalentemente utilizzato dalle società fiduciarie di cui alla predetta Legge n. 1966/1939, nonché presupposto della medesima per svolgere l’attività di “amministrazione dei beni per conto terzi”, è quello del “mandato fiduciario” senza (ovvero in alcuni casi anche con) rappresentanza²⁶ per la mera amministrazione di beni (essenzialmente titoli e partecipazioni, ma non solo), accompagnato dalla riserva di proprietà da parte del fiduciante.

Come anticipato, dunque, in queste ipotesi non si realizza - alcun trasferimento della proprietà dei beni oggetto di intestazione fiduciaria, i quali restano nella “proprietà sostanziale” del soggetto fiduciante, mentre la società fiduciaria ne acquisisce soltanto la legittimazione a disporre nei limiti del *pactum fiduciae* sottostante: in questi casi si verifica una separazione (*rectius*, dissociazione) tra “intestazione” e “proprietà”²⁷.

In forza delle disposizioni recate dal D.M. 16 gennaio 1995, il mandato fiduciario, tra l’altro, deve contenere:

²⁶ Per la qualificazione del mandato fiduciario come mandato senza rappresentanza cfr. G. Visentini, *L'imposizione dei redditi che derivano dai valori immobiliari trasferiti in "fiducia"*, in *Giur. comm.*, 1977, pag. 278; per la qualificazione del mandato fiduciario come contratto atipico cfr., F. Di Maio, *Società fiduciarie e contratto fiduciario*, Milano, 1977.

²⁷ M. Nuzzo, *Società fiduciaria*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, pag. 1094; F. Gallo, *Gli enti di gestione fiduciaria: problemi di tutela del risparmio e connessi profili fiscali*, in *Giur. comm.*, 1981, I, pag. 736.

- l'elencazione dei singoli beni e dei diritti intestati. I beni e i valori mobiliari devono essere consegnati esclusivamente e direttamente alla società fiduciaria, salvo che somme di denaro e valori mobiliari pervengano ad essa tramite intermediari autorizzati;
- l'individuazione analitica dei poteri conferiti alla società fiduciaria;
- fatte salve le norme sul mandato di cui agli artt. da 1703 a 1730 c.c., la possibilità del fiduciante di modificare in ogni momento i poteri conferiti e - per quanto in tempo con la loro esecuzione - di revocarli, nonché la possibilità di impartire in ogni momento istruzioni per il relativo esercizio, con comunicazione scritta. La facoltà della società fiduciaria di non accettare le istruzioni o di sospenderne l'esecuzione - dandone, in tale ipotesi, pronta comunicazione al fiduciante - qualora esse, secondo il suo apprezzamento, appaiano contrarie a norme di legge o pregiudizievoli alla sua onorabilità o professionalità o alla sua operatività ed ai suoi diritti soggettivi, senza obbligo di fornire giustificazione in merito e allorquando le istruzioni non vengano formulate per iscritto;
- la possibilità del fiduciante di revocare in ogni momento l'incarico alla società per tutti o parte dei beni o diritti e il dovere della società di mettere sollecitamente a disposizione del fiduciante i beni di cui lo stesso faccia richiesta, compatibilmente con i tempi e le esigenze tecniche delle operazioni eventualmente in corso e delle eventuali obbligazioni contrattuali assunte dalla società fiduciaria per conto del mandante. Ai sensi dell'art. 1727 c.c. e del successivo art. 13, D.M. 16 gennaio 1995 la società fiduciaria ha la facoltà di recedere dal contratto, qualora il fiduciante, nel corso dello svolgimento dell'incarico, abbia regolato direttamente operazioni finanziarie a nome della fiduciaria effettuando pagamenti di somme o ricevendone in luogo della fiduciaria stessa;
- l'obbligo del fiduciante di non operare direttamente a nome della società fiduciaria in relazione ai beni o diritti in amministrazione e di anticipare alla società i mezzi necessari per lo svolgimento degli incarichi nonché l'obbligo della società di non darvi esecuzione ove i mezzi non siano stati tempestivamente messi a disposizione;
- il divieto per la società fiduciaria di cedere il contratto;
- l'indicazione del compenso spettante alla società o dei criteri oggettivi in base ai quali viene determinato in relazione alla natura dell'incarico; il contratto deve altresì specificare gli oneri e le spese che la società può addebitare al fiduciante;
- l'esercizio del diritto di voto o di altri diritti inerenti i beni ricevuti in amministrazione, in conformità alle Direttive impartite, ogni volta per iscritto, dal fiduciante;
- l'individuazione della o delle aziende di credito o delle SIM autorizzate

Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale

alla custodia presso le quali vengono depositate le somme e i valori mobiliari dei fiducianti;

- l'individuazione della cadenza (almeno annuale) con la quale la società è tenuta a rendere conto dell'attività al fiduciante;
- la responsabilità della fiduciaria è regolamentata, per quanto concerne l'adempimento della obbligazione, dall'art. 1218 c.c. e, per quanto concerne l'adempimento del mandato, dall'art. 1710 c.c.;
- la società fiduciaria risponde altresì dell'operato dei propri ausiliari, di cui il fiduciante la autorizza ad avvalersi per l'esecuzione dell'incarico ai sensi degli artt. 1228 e 2049 c.c., salvo che nel contratto di mandato le parti abbiano indicato il nominativo dell'ausiliario ovvero che la sostituzione sia necessaria in relazione alla natura dell'incarico, ai sensi dell'art. 1717 c.c.

Alla luce di quanto sopra esposto, è evidente che il mandato fiduciario è riconducibile allo schema della fiducia c.d. "germanistica", distinguendosi dal negozio fiduciario *stricto sensu* inteso, che è invece riconducibile allo schema della figura c.d. "romanistica"²⁸.

Qualora il soggetto fiduciario trasferisca il bene ricevuto ad un terzo, in tal modo contravvenendo al *pactum fiduciae*, il soggetto fiduciante, che ha realizzato l'intestazione fiduciaria di un bene ricorrendo allo schema negoziale della fiducia romanistica, non disporrebbe di alcuno strumento per riacquistare la disponibilità del bene acquistato dal terzo²⁹.

Tuttavia, lo stesso potrebbe agire nei confronti del soggetto fiduciario al fine di ottenere il risarcimento del danno correlato all'inadempimento contrattuale derivante dalla violazione del *pactum fiduciae*. Anche il terzo di mala fede, pur facendo salvo l'acquisto dal fiduciario, sarebbe tenuto a risarcire il danno al fiduciante, *ex art.* 2043 c.c., avendo cooperato all'inadempimento del *pactum fiduciae*³⁰.

Nell'ipotesi in cui l'intestazione fiduciaria, riconducibile - come detto - alla fiducia romanistica, abbia ad oggetto beni immobili, il fiduciante gode invece di maggiore tutela. Lo stesso può trascrivere infatti, ai sensi dell'art. 2652, n. 2, c.c., la domanda *ex art.* 2932 c.c. diretta ad ottenere il trasferimento coattivo del bene dal fiduciario, in tal modo prevalendo sui terzi che abbiano trascritto il proprio acquisto dal fiduciario stesso in un momento successivo. Tale *modus operandi* consente al fiduciante di prevalere altresì sui creditori del

²⁸ Studio n. 86/2003/T del Consiglio Nazionale del Notariato.

²⁹ G. Corasaniti, *Diritto tributario delle attività finanziarie*, Milano, 2012, pag. 720.

³⁰ F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., pag. 957.

fiduciario che abbiano trascritto successivamente il pignoramento sul bene oggetto del trasferimento fiduciario.

Le problematiche appena evidenziate non sussistono, invece, nell'ipotesi in cui l'intestazione fiduciaria sia effettuata a favore di società fiduciarie costituite ed operanti ai sensi dell'art. 1, Legge n. 1966/1939, atteso che a queste ultime - come detto - viene attribuita la "sola" legittimazione all'esercizio dei diritti relativi ai beni fiduciati, senza alcun trasferimento della proprietà effettiva degli stessi, che rimane in capo ai fiducianti.

La legislazione sulle società fiduciarie affonda le proprie radici nella fiducia c.d. "germanistica". Ciò trova conferma non solo nel fatto che le stesse, in caso di intestazione fiduciaria di titoli e partecipazioni, sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli azionari intestati a proprio nome e le azioni acquistate fiduciarmente entrano direttamente nel patrimonio del fiduciante (proprietario effettivo), ma anche nelle pronunce della stessa giurisprudenza di legittimità³¹.

In particolare, quest'ultima ha qualificato il rapporto fiduciario come un'interposizione meramente formale, inquadrandolo nell'ambito del mandato senza rappresentanza, per effetto del quale, *ex art. 1706 c.c.*, gli acquisti di beni mobili non registrati eseguiti dal mandatario senza rappresentanza entrano automaticamente nel patrimonio del mandante.

La Suprema Corte, con sentenza 23 settembre 1977, n. 9355, ha chiarito che, *"nel caso in cui il fiduciario sia rappresentato da una società fiduciaria, istituzionalmente esercente l'attività di amministrazione di beni per conto terzi ai sensi del citato art. 1 della Legge 1966/1939, debba applicarsi al mandato fiduciario lo schema della fiducia di tipo germanistico... La società fiduciaria per definizione amministra beni non propri, cioè non riveste, anche nei confronti dei terzi, la qualità di proprietaria dei beni amministrati"*.

Tra l'altro, la riconducibilità del mandato di amministrazione fiduciaria allo schema della fiducia germanistica trova ulteriore conferma nella giurisprudenza di merito³², la quale ha affermato che la rinuncia al mandato fiduciario da parte della società fiduciaria fa venir meno la scissione tra titolarità effettiva e titolarità formale.

Ad ulteriore conferma dell'assenza di un qualsiasi effetto di "separazione patrimoniale" dalla sfera giuridica del fiduciante dei beni fiduciati, si osservi che, da un lato, se i creditori del fiduciante riescono a fornire la prova che lo

³¹ Cass., sentenza 23 settembre 1977, n. 9355, in *Foro it.*, I, 1323; Cass., sentenza 21 maggio 1999, n. 4943.

³² Trib. Lecce, sentenza 18 marzo 2008, n. 831.

Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale

stesso è il titolare effettivo di un determinato bene oggetto di intestazione fiduciaria, ancorché intestato formalmente alla società fiduciaria, quel bene potrà essere aggredito da parte dei creditori; dall'altro lato, i creditori della società fiduciaria non possono aggredire i beni a quest'ultima intestati fiduciariamente per conto altrui³³. Al contrario, il soggetto fiduciante può rivendicare l'effettiva titolarità di tali beni presso i terzi aventi causa della società fiduciaria, a meno che questa non abbia ricevuto mandato all'alienazione degli stessi.

È evidente, pertanto, che i beni fiduciati non si confondono con il patrimonio della società fiduciaria, in virtù non di una segregazione, che non si verifica, ma in forza del fatto che tali beni non divengono di proprietà della società fiduciaria, che ne è semplicemente intestataria formale, svolgendo l'attività di amministrazione dei beni sulla base delle istruzioni impartite dal soggetto fiduciante per mezzo del mandato fiduciario³⁴.

Nell'ipotesi in cui l'intestazione fiduciaria abbia ad oggetto beni immobili, considerata la natura peculiare degli stessi e le relative regole di circolazione, non può parlarsi, con riferimento a questi ultimi, di scissione della proprietà "formale" rispetto alla proprietà "sostanziale", in quanto riferibile segnatamente alle ipotesi di intestazione fiduciaria di azioni e titoli³⁵.

Ne consegue che, qualora il negozio fiduciario abbia ad oggetto beni immobili, attesa l'impossibilità di ricorrere alla c.d. "fiducia germanistica", il modello cui fare riferimento sarà indubbiamente quello della "fiducia romanistica". In questo caso, l'intestazione di beni immobili a favore di società fiduciarie (ancorché si tratti di un'ipotesi alquanto rara) avrebbe due effetti distinti: un effetto "traslativo", a carattere reale, valevole nei confronti dei terzi, e l'altro "obbligatorio", interno al rapporto tra fiduciante e società fiduciaria (c.d. *pactum fiduciae*)³⁶.

³³ P.G. Jaeger, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968.

³⁴ F. Galgano, *La fiducia*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, vol. III, I, Milano, 1988, pag. 485; N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, 1964, pag. 444; M. Foschini, *Sull'intestazione fiduciaria di titoli azionari*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1982, I, pag. 37; Cass., sentenza 10 dicembre 1984, n. 6478, in *Foro it.*, 1985, I, secondo cui "il proprium del rapporto consiste nell'intestazione di titoli effettivamente ad altri proprietari, e pertanto si supera il carattere meramente obbligatorio del patto fiduciario".

³⁵ F. Marchetti, F. Rasi, *Fiducia romanistica e fiducia germanistica nella recente prassi dell'Agenzia delle Entrate*, cit., pag. 797.

³⁶ G. Corasaniti, *Diritto tributario delle attività finanziarie*, Milano, 2012, pag. 723.

4. Le società fiduciarie: forme di amministrazione e caratteristiche del rapporto fiduciario

Le società fiduciarie sono disciplinate, nell'ordinamento giuridico italiano, sin dal 1926 quando fu emanato il R.D.L. 16 dicembre 1926, n. 2214; successivamente, tale provvedimento normativo è stato abrogato e sostituito dalla Legge 23 novembre 1939³⁷, n. 1966, la quale all'art. 1, comma 1, definisce le stesse come quelle società che, con la sottoscrizione del contratto fiduciario (in senso stretto), “*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*”.

Con l'evoluzione dei mercati e delle tecniche di amministrazione e gestione dei patrimoni si sono venute a delineare e consolidare, in funzione dei poteri conferiti alla società fiduciaria e, dunque, delle modalità concrete di svolgimento dell'attività, due differenti tipologie di società fiduciarie³⁸:

- le società fiduciarie ad amministrazione “statica”, le quali svolgono la sola attività di amministrazione e conservazione del patrimonio del cliente, vincolandosi alle puntuali disposizioni da questo impartite per ogni singola operazione; tali società sono disciplinate dall'art. 1, Legge n. 1966/1939;
- le società fiduciarie ad amministrazione “dinamica” (o di gestione), le quali corrispondono utili di gestione, svolgendo il servizio di collocamento su base individuale di portafogli di investimento mediante intestazione fiduciaria; tali società sono disciplinate dall'art. 6, Legge n. 1966/1939, sono equiparabili alle SIM e vengono inquadrate nel complesso impianto normativo di regolamentazione dei mercati finanziari di cui al TUF (D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58).

In entrambi i casi si è in presenza di un'attività svolta nell'interesse altrui. La differenza risiede nel fatto che, mentre la società fiduciaria “statica” non ha il potere di disporre liberamente del bene o diritto alla stessa affidato in amministrazione dal fiduciante, il gestore fiduciario acquista invece la piena disponibilità dei beni e diritti conferiti e può, quindi, alie-

³⁷ Per una visione della disciplina delle società fiduciarie si è soliti fare riferimento al composto normativo di cui, oltre alla citata Legge n. 1966/1939, al R.D. 22 aprile 1940, n. 531, al D.L. 5 giugno 1986, n. 233, convertito dalla Legge 1° agosto 1986, n. 430, al D.L. 16 febbraio 1987, n. 27, convertito dalla Legge 13 aprile 1987, n. 148, al D.P.R. 18 aprile 1994, n. 361 e al regolamento del D.M. 16 gennaio 1995.

³⁸ M. P. Gentili, *Società fiduciarie statiche, il valore strategico*, in *Contabilità, finanza e controllo*, n. 10/2006, pag. 788.

Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale

narli, utilizzando il ricavato per procedere a nuovi acquisti nell'interesse del conferente³⁹.

Con riferimento alla natura del c.d. *pactum fiduciae* siglato dalle società fiduciarie, occorre stabilire se esso sia riconducibile alla fiducia di tipo romanistico ovvero germanistico. I modelli contrattuali e la modulistica adottati da gran parte delle società fiduciarie residenti contengono clausole che espressamente ed inequivocabilmente stabiliscono che la proprietà del bene rimane in capo al fiduciante, indicando pertanto come la volontà delle parti sia quella di adottare il modello germanistico⁴⁰.

Dottrina e giurisprudenza affermano infatti che la definizione di fiducia data dal legislatore del 1939 con la terminologia "assumere l'amministrazione" sembra contemplare una fiducia di tipo germanistico, presupponendo il trasferimento al fiduciario non della piena titolarità di un diritto, ma della sola legittimazione (formale) ad esercitare in nome proprio, anche se nell'interesse altrui, un diritto di cui rimane titolare il fiduciante⁴¹.

Negli stessi termini si è successivamente espresso il legislatore con il Regolamento attuativo di cui al D.M. 16 gennaio 1995, quando ha previsto espressamente che l'incarico di amministrazione fiduciaria abbia la forma del contratto di mandato e sia regolato dalle corrispondenti norme del Codice civile.

I soggetti fiducianti restano, pertanto, proprietari effettivi dei beni affidati alla società fiduciaria in forza non tanto della volontà espressa in tal senso dalle parti, quanto della normativa specifica sulle società fiduciarie italiane che non ammette il contrario, superando in tal modo la questione concernente l'alternativa tra fiducia romanistica e fiducia germanistica⁴².

Attualmente la disciplina delle società fiduciarie di amministrazione c.d. "statica" è contenuta anzitutto nel D.M. 16 gennaio 1995, intitolato "Elementi informativi del procedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività fiduciaria e di revisione e disposizioni di vigilanza", secondo cui l'oggetto

³⁹ Cass., sentenza 14 ottobre 1997, n. 10031.

⁴⁰ M. Montefameglio, *Il contratto fiduciario*, in *La rivista on-line sul diritto dei trusts* (www.professionetrust.it), n. 9 - ottobre/novembre/dicembre, 2006, pag. 5.

⁴¹ R. Rordorf, *Separazione patrimoniale nelle società fiduciarie*, commento a Cass. Civ., Sez. I, 21 maggio 1999, n. 4943, in *Le Società*, n. 11/1999, pag. 1330; Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 86/2003/T, *Negozi fiduciari e imposte indirette*, 6 maggio 2004. In giurisprudenza, fra le tante, Cass., SS.UU., sentenza 10 dicembre 1984, n. 6478; Cass., sentenza 23 settembre 1997, n. 9355; Cass., sentenza 14 ottobre 1997, n. 10031; Cass., sentenza 23 giugno 1998, n. 6246.

⁴² F. M. Spina, *Società fiduciarie di amministrazione: fra tutela del segreto e trasparenza fiscale*, in *il fisco*, n. 16 del 23 aprile 2007, pagg. 1-2349; cfr. Cass., sentenza 21 maggio 1999, n. 4943.

sociale deve prevedere 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.

Dall'oggetto sociale deve altresì potersi evincere che la società fiduciaria non può effettuare nel proprio interesse operazioni comunque connesse agli affari relativi ai terzi amministrati.

La società fiduciaria di amministrazione può quindi svolgere le seguenti attività⁴³:

- amministrazione di beni e di patrimoni per conto di terzi, anche senza intestazione fiduciaria (ad esempio, amministrazione di beni immobili, di beni mobili e di patrimoni misti, ivi compresi i beni di fondazioni, le eredità, i legati, i fondi di previdenza di associazioni e di ordini professionali; costituzione in pegno a proprio nome, ma per conto altrui, di titoli, libretti di risparmio e valori in genere, a garanzia di qualsivoglia operazione; amministrazione in nome proprio, ma per conto dei fiduciari, di titoli e valori mobiliari in genere);
- intestazione fiduciaria dei predetti beni e patrimoni ed interposizione della società fiduciaria nell'esercizio dei diritti eventualmente connessi;
- rappresentanza di azionisti ed obbligazionisti e, in particolare, rappresentanza di azionisti che si propongono di esprimere, in una determinata assemblea, un voto unitario (in luogo della stipula di apposito patto parasociale); rappresentanza di azionisti in assemblea anche con espressioni di voto divergente e rappresentanza nonché tutela dei diritti personali e patrimoniali di azionisti di risparmio e di obbligazionisti;
- assunzione della funzione di *trustee di Trust riconosciuti ai sensi della Convenzione de L'Aja dell'1 luglio 1985*⁴⁴; assunzione del ruolo di *escrow holder* o *escrow agent*⁴⁵;

⁴³ G. Di Nuzzo, B. Innocenzi, *Società fiduciarie: attività e trasparenza fiscale*, in *Guida alla contabilità e bilancio*, n. 12/2006, pag. 48.

⁴⁴ La società fiduciaria, accentuando la nomina nell'ufficio di *trustee*, acquisisce la disponibilità/titolarietà temporanea dei beni in *trust*, nonché il potere-dovere di dare attuazione al programma risultante dall'atto istitutivo e, dunque, di curare l'interesse dei beneficiari, in conformità a quanto previsto nello stesso atto istitutivo.

⁴⁵ Cass. 23 marzo 2018, n. 7364: la Corte di Cassazione ha stabilito che, a prescindere dalla soluzione che si possa dare alla questione della imputabilità al fiduciante delle obbligazioni contratte a proprio nome dal fiduciario, deve negarsi che la conclusione di un contratto di affidamento con una banca possa inquadrarsi nell'ambito dell'attività di "amministrazione dei beni per conto di terzi" propria delle società fiduciarie (cioè nel contesto di un'amministrazione fiduciaria di un

Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale

- amministrazione dei fondi speciali destinati a garantire i bisogni specifici di persone con disabilità grave (Legge 22 giugno 2016, n. 112 sul c.d. “Dopo di noi”) ⁴⁶;
- amministrazione e gestione fiscale di Piani di Risparmio (PIR) ⁴⁷, secondo un regime fiscale di risparmio amministrato.

Nella loro attività di amministrazione dei valori mobiliari le società fiduciarie, ancorché non iscritte all’Albo SIM *ex* art. 9, D.Lgs. 23 luglio 1996, n. 415, possono espletare specifici incarichi di volta in volta affidati loro dal soggetto fiduciante (con apposite istruzioni scritte) fintanto che è ammissibile ritenere che lo svolgimento di tale attività non integri gli estremi di una intermediazione mobiliare vera e propria, la quale sarebbe riservata, per l’appunto, agli intermediari autorizzati ⁴⁸.

escrow agreement, ovvero di un accordo fra due soggetti in forza del quale somme di denaro o titoli vengono depositati presso un terzo a titolo di garanzia e rilasciati, successivamente, all’avvenimento di determinate condizioni espressamente stabilite dalle parti).

Con la conseguenza che non è possibile applicare la disciplina speciale delle fiduciarie - che si prospettava come derogatoria dei principi generali - in modo da assegnare al fiduciante la titolarità della posizione obbligatoria nascente dal contratto stipulato dalla società fiduciaria in proprio nome.

La conclusione del contratto di affidamento deve essere tenuta distinta dal dato della rappresentazione, alla banca, della garanzia costituita dall'*escrow agreement*: la rappresentazione costituisce, di sicuro, uno dei presupposti che ha portato all'erogazione della somma da parte della banca, ma ciò non basta a qualificare come espressiva dell'amministrazione fiduciaria la successiva conclusione del contratto di affidamento.

⁴⁶ Sul punto, si consideri il modello proposto da Assofiduciaria del “Contratto Fiduciario di Destinazione”, secondo cui il fiduciante costituisce un fondo speciale che trasferisce - in forma di patrimonio separato - ad una società fiduciaria (quale amministratore professionale e vigilato) che li amministra e ne dispone secondo un programma stabilito e ben determinato, opponibile ai terzi, nell'esclusivo interesse di un beneficiario con disabilità grave.

⁴⁷ Il PIR è un contratto di custodia ed amministrazione titoli stipulato tra un investitore persona fisica, residente fiscalmente in Italia, ed un intermediario abilitato, con esercizio dell'opzione per l'applicazione del regime del risparmio amministrato di cui all'art. 6 del D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461 che può essere gestito da società fiduciarie, come emerge anche dalla circolare di Assofiduciaria del 28 marzo 2017. I PIR, infatti, possono essere costituiti attraverso un rapporto di custodia o amministrazione titoli, di gestione di portafogli o di altro stabile rapporto, con annesso conto corrente di appoggio, esercitando l'opzione per l'applicazione del regime del risparmio amministrato (art. 6, D.Lgs. n. 461/1997) e avvalendosi di intermediari abilitati all'applicazione del regime del risparmio amministrato. Così, L. Frascarelli in *Per gestire il PIR si può usare una fiduciaria* - FCHub 25 novembre 2017.

⁴⁸ Cfr. Cass., ordinanza n. 10333/2018: In tema di intermediazione mobiliare, le società fiduciarie, conformemente alle comunicazioni Consob 4 novembre 1998, n. 98086703 e 10 marzo 2006, n. 6022348, possono rendersi intestatarie di contratti di investimento per conto dei propri fiducianti, purché resti preservata la diretta riferibilità al cliente fiduciante della volontà contrattuale e delle connesse tutele. Ne consegue che la qualità sostanziale di investitori spetta, non già alla società fiduciaria, ma alle persone fisiche fiducianti, rispetto alle quali devono essere adempiuti gli obblighi

È necessario altresì che venga rispettata la tassativa condizione per la quale nella determinazione della volontà del mandante non assume rilievo alcun apporto professionale da parte della società fiduciaria⁴⁹: ogni incarico, quindi, deve essere conferito per iscritto mediante apposita istruzione e deve concernere ogni operazione finanziaria affidata alla società fiduciaria; inoltre dovrà essere indicato il prezzo di eventuali negoziazioni di titoli o, in caso di titoli quotati, dovranno essere indicati i criteri oggettivi per determinarlo.

Negli statuti delle società fiduciarie l'oggetto sociale è poi generalmente costituito (oltre che da una parte propositiva o attiva) anche da una parte di autolimitazioni⁵⁰.

Nell'ambito delle proprie attività complementari e strumentali l'oggetto sociale non può prevedere: attività industriali, di consulenza finanziaria, di studio ovvero di assistenza; la possibilità di contrarre debiti o assumere impegni finanziari 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 di terzi, a meno 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.

Il capitale sociale non può essere impiegato, neanche parzialmente, nella sottoscrizione o acquisizione di capitale di rischio di: società direttamente controllanti della fiduciaria; società direttamente o indirettamente controllate dalla società controllante della fiduciaria; società che, a causa della composizione dei propri organi amministrativi, risultano sottoposte alla stessa direzione della fiduciaria; altre società fiduciarie di amministrazione in misura eccedente il limite *ex* art. 2359, comma 2, c.c.

Nei confronti delle predette società la fiduciaria non può nemmeno impegnarsi in operazioni di credito o finanziamento diretto.

I rapporti con i propri clienti fiducianti sono regolati da un contratto di amministrazione fiduciaria che, tra l'altro, deve prevedere:

- un elenco dei singoli beni e diritti intestati;
- la permanenza in capo al soggetto fiduciante della proprietà sostanziale

informativi e di comportamento previsti dal Regolamento Consob n. 11522/1998 con riguardo all'eventuale inadeguatezza dell'operazione, restando irrilevante la circostanza che la società fiduciaria rientri nella categoria degli operatori qualificati di cui al medesimo Regolamento.

⁴⁹ Comunicazione Consob 13 marzo 1996, n. DAL/RM/96002283.

⁵⁰ G. Moro Visconti, *Le società fiduciarie di amministrazione*, in *Impresa C.I.*, n. 12/2001, pag. 1874.

Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale

dei beni conferiti; il diritto del soggetto fiduciante alla restituzione in qualsiasi momento dei beni affidati;

- la possibilità del fiduciante di modificare in ogni momento i poteri conferiti ovvero di revocarli, salvo quanto previsto dalle norme sul mandato *ex* artt. 1703-1730 c.c.;
- l'individuazione analitica dei poteri conferiti alla società fiduciaria e l'obbligo della stessa di astenersi dall'esercitare qualsiasi attività relativa ai beni amministrati se non dietro istruzioni del fiduciante che, per prevenire un eventuale conflitto di interessi, devono necessariamente essere specifiche e dettagliate;
- la facoltà della società fiduciaria di non accettare le istruzioni o di sospenderne l'esecuzione qualora le stesse appaiano contrarie a norme di legge o pregiudizievoli alla sua onorabilità o professionalità;
- l'obbligo del soggetto fiduciante di non operare direttamente a nome della società fiduciaria in relazione ai beni o diritti in amministrazione e di anticipare i mezzi necessari per lo svolgimento degli incarichi.

Le generalità dei soggetti fiducianti, il loro domicilio, le somme di denaro, i beni e valori conferiti e/o restituiti, con annotazione di quantità e valore nominale, devono risultare da apposito "Libro dei fiducianti", che, in quanto libro legale e non contabile, si concorda debba essere numerato, bollato e vidimato da un notaio o presso l'Ufficio del registro. L'aggiornamento del libro segue le norme previste per le scritture contabili, ovvero entro 60 giorni.

In quanto intermediari abilitati ad effettuare operazioni di trasferimento di denaro contante o di titoli al portatore, in euro o valuta estera, fino al 3 luglio 2017, era previsto che le società fiduciarie registrassero le operazioni di valore superiore ad euro 15.000,00, sul c.d. "Archivio Unico Informatico" (AUD)⁵¹, nonché la loro trasmissione mensile su supporto informatico all'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia (UIF) presso Banca d'Italia.

Tuttavia, il Decreto di recepimento della IV Direttiva Antiriciclaggio, che ha modificato il D.Lgs. n. 231/2007, ha abolito l'obbligo di tenuta dell'Archivio Unico Informatico da parte dei soggetti obbligati⁵² e depenalizzato le

⁵¹ L'obbligo per i destinatari di registrare e trasmettere alla UIF i dati inerenti le operazioni di importo pari o superiore a 15.000 euro, era oggetto del Provvedimento AUI (art. 3) del 27 aprile 2010 pubblicato dalla Banca d'Italia sul proprio sito istituzionale: cfr. <https://uif.bancaditalia.it/adempimenti-operatori/segnalazioni-sara/provvedimento-allegati.pdf>

⁵² L'abrogazione delle disposizioni che imponevano l'obbligo di registrare i dati nell'Archivio Unico Informatico, ha altresì determinato l'abolizione del Provvedimento della Banca d'Italia del 3 aprile 2013 recante "Disposizioni attuative per la tenuta dell'Archivio Unico Informatico e per le modalità semplificate di registrazione".

fattispecie sanzionatorie previste per il mancato rispetto degli obblighi di registrazione nell'AUI (omesse e tardive registrazioni). Resta, comunque, nella facoltà delle società fiduciarie continuare ad utilizzare l'Archivio Unico Informatico, in quanto costituisce modalità idonea ad assolvere agli obblighi di conservazione di cui agli artt. 31 e 32 del D.Lgs. n. 231/2007⁵³.

La società fiduciaria è poi tenuta a depositare: i valori mobiliari dei fiducianti presso enti creditizi o SIM autorizzati all'amministrazione e alla custodia di titoli *ex* Legge 2 gennaio 1991, n. 1, con rapporti di deposito titoli di amministrazione fiduciaria, ovvero, ove ne ricorrano le condizioni, presso la Monte Titoli S.p.A.; nonché le disponibilità liquide dei soggetti fiducianti presso enti creditizi in conti rubricati come di amministrazione fiduciaria. In deroga a quanto previsto, il soggetto fiduciante può richiedere il deposito dei titoli presso l'emittente o presso la società fiduciaria, qualora ciò sia necessario all'esecuzione di specifici incarichi.

Da un punto di vista strettamente contabile, infine, le società fiduciarie di amministrazione redigono il bilancio annuale secondo lo schema previsto dal D.Lgs. 9 aprile 1991, n. 127, e predispongono altresì un prospetto di dettaglio delle poste di bilancio, riclassificato secondo apposito schema allegato al citato D.M. 16 gennaio 1995 e, sostanzialmente, con distinzione tra i conti d'ordine veri e propri, dove sono rappresentati solo i titoli suscettibili di deposito e gli impegni assunti o presi, dai c.d. conti fiduciari, che rappresentano tutta la massa fiduciaria amministrata. Il bilancio d'esercizio, una volta approvato, entro 30 giorni deve essere inoltrato al Ministero dell'Industria, Commercio e Artigianato⁵⁴.

È opportuno evidenziare, altresì, che il Ministero dell'Industria provvede istituzionalmente ad ispezionare le società fiduciarie per il tramite di propri esperti di cui ad apposito elenco⁵⁵.

In altri termini, si è detto che la disciplina delle società fiduciarie e di revisione prevede pertanto due diverse forme di amministrazione fiduciaria: da un lato, vi sono le società fiduciarie c.d. "statiche" o di "amministrazione", le quali, precludendosi la possibilità di effettuare operazioni di gestione sui valori mobiliari ad esse fiduciarmente intestati, continuano a svolgere la sola attività di amministrazione per conto terzi di beni ai sensi della Legge n. 1966/1939; dall'altro lato, vi sono le società fiduciarie c.d. "dinamiche" o di

⁵³ Cfr. Comunicazione di Banca d'Italia del 10 febbraio 2018.

⁵⁴ Circolare n. 3188/C del 5 maggio 1989.

⁵⁵ D.M. 18 giugno 1993, "Istituzione di un elenco di esperti per l'affidamento di incarichi ispettivi presso società fiduciarie e società fiduciarie e di revisione".

Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale

“gestione”, le quali hanno la possibilità di esercitare, ai sensi dell’art. 17, Legge n. 1/1991 (attualmente l’art. 60, comma 4, D.Lgs. n. 415/1996 e art. 199, TUF), l’attività di gestione dei patrimoni mediante operazioni aventi ad oggetto valori mobiliari, previa iscrizione nella Sezione speciale dell’albo Consob delle SIM di cui all’art. 3 della medesima Legge.

Nel caso di amministrazione fiduciaria statica, la società fiduciaria ha il dovere di garantire la custodia e l’esercizio dei diritti inerenti ai beni, eseguendo in modo diligente l’incarico relativo all’operazione commissionata. Le società fiduciarie statiche si distinguono, a loro volta, in relazione alla natura della compagine azionaria, in statiche bancarie e statiche indipendenti. Nel caso di amministrazione fiduciaria dinamica, la società fiduciaria si impegna invece ad effettuare investimenti dei beni del fiduciante in modo professionale e competente, effettuando pertanto attività di gestione di portafogli (in titoli e fondi).

La mera attività di amministrazione di valori mobiliari consiste nell’affidamento di tali beni alla società fiduciaria affinché li custodisca e curi l’esercizio dei relativi diritti e li restituisca ad una certa scadenza o su richiesta del fiduciante. Nell’amministrazione statica, quindi, scopo primario del soggetto fiduciante è pertanto che siano garantiti la custodia, l’esercizio dei diritti inerenti ai beni e la riservatezza nei confronti dei terzi.

Al contrario, nel rapporto di gestione il soggetto fiduciante non incarica il gestore di compiere un’unica e determinata operazione di negoziazione, bensì gli attribuisce la facoltà di compiere con discrezionalità anche ampia un numero indeterminato di operazioni di investimento o disinvestimento, avendo come scopo quello della gestione complessiva di più operazioni, effettuate discrezionalmente (*rectius*, professionalmente) dal gestore al fine di conseguire per il cliente il reddito ottimale. Quindi, in caso di amministrazione dinamica, l’obiettivo del fiduciante è la ricerca della struttura che professionalmente si attivi per effettuare gli investimenti delle sue disponibilità.

Con riferimento alle società fiduciarie di pura amministrazione, la Consob ha ammesso⁵⁶, nel rispetto di determinate condizioni, la possibilità per queste ultime di rendersi intestatarie, per conto dei propri fiducianti, di contratti di gestione individuale. Tuttavia, è necessario che la società fiduciaria rimanga un mero “*nuncius*”, essendo alla stessa preclusa ogni attività sia di consulenza in materia di investimenti relativa a strumenti finanziari, sia avente carattere decisionale.

A tal fine, è necessario che gli intermediari abilitati, nel ricevere le istru-

⁵⁶ G. Corasaniti, *Diritto tributario delle attività finanziarie*, Milano, 2012, pag. 718.

zioni dalla società fiduciaria, identifichino il cliente/fiduciante in modo univoco attraverso un apposito codice convenzionale (dunque, mantenendo l'anonimato solo sul nome e cognome), al quale ricollegare le informazioni richieste dalla normativa di riferimento per lo svolgimento di tali servizi, precisando altresì che, ove sia richiesta la consegna di documentazione alla clientela, la relativa attestazione dell'avvenuta consegna deve essere acquisita dal soggetto abilitato per il tramite della società fiduciaria.

In tal senso una soluzione praticata potrebbe consistere nel conferimento di una procura, da parte della società fiduciaria a favore dell'intermediario abilitato (specificatamente individuato dal cliente/fiduciante), diretta a far sì che lo stesso intermediario (quale procuratore della fiduciaria) riceva, in nome e per conto della società fiduciaria, istruzioni scritte dal fiduciante.

Le stesse dovranno essere impartite alla fiduciaria dal fiduciante limitatamente a quelle dirette a trasmettere ordini ovvero a negoziare strumenti finanziari allo stesso intermediario abilitato nella qualità dal medesimo rivestita, per l'appunto di intermediario abilitato alla prestazione, nei confronti del pubblico, dei servizi di ricezione e trasmissione ordini e di negoziazione aventi ad oggetto strumenti finanziari e/o valori mobiliari.

In altri termini, il principio affermato dalla Consob è che i soggetti abilitati nel rapporto con il cliente/fiduciante (per il tramite della società fiduciaria) devono essere in condizione di rispettare tutti gli obblighi di legge e regolamentari previsti dalla normativa di settore pur non conoscendo le generalità del proprio cliente finale.

Le caratteristiche principali del rapporto fiduciario *lato sensu* inteso possono così riassumersi: la società fiduciaria è legittimata ad agire in nome proprio ma per conto del soggetto fiduciante; la proprietà dei beni in amministrazione resta in capo all'effettivo proprietario degli stessi (fiduciante), con intestazione in capo alla società fiduciaria; possibilità di intestare fiduciarmente qualsiasi bene nonché possibilità di realizzare uno scopo fiduciario di qualunque natura, purché lecito; l'amministrazione dei beni spetta al soggetto fiduciante ma viene esercitata dalla società fiduciaria sulla base delle istruzioni impartite dal fiduciante; il soggetto fiduciante ha l'obbligo di anticipare la provvista finanziaria necessaria per l'esecuzione degli incarichi; il soggetto fiduciante può modificare, in ogni momento, i poteri impartiti alla società fiduciaria; il soggetto fiduciante può cessare, in qualsiasi momento, il rapporto contrattuale con la società fiduciaria, con obbligo di quest'ultima di restituire al fiduciante i beni amministrati; sussiste un vincolo di riservatezza in capo alla società fiduciaria; la società fiduciaria è fiscalmente trasparente (i redditi generati dai beni fiduciati sono imputati al soggetto fiduciante e la società fiduciaria agisce pertanto quale sostituto d'imposta per i redditi incassati per conto del mandante).



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWKI - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)