

Da... nonno a nipote

SOCIETÀ FIDUCIARIA, QUESTA SCONOSCIUTA

Il legislatore invita la società fiduciaria a tenere, durante l'esecuzione dei lavori, quei comportamenti tipici degli intermediari finanziari

di Antonio Righini

— Nelle odierne dinamiche sociali in cui i confini della famiglia legittima si sovrappongono a quella "di fatto" ed in cui purtroppo troppo spesso si assiste ad un loro fallimento, è interessante, nella nostra ottica di consulenti, individuare le possibili forme di "destinazione" del patrimonio a favore di alcuni dei componenti della famiglia che esulano dalle ordinarie modalità di "destinazione" del patrimonio riconosciute nel nostro ordinamento all'interno dell'istituto della famiglia.

Naturalmente, "il caso" appare più interessante dinnanzi ad una famiglia di fatto la quale sappiamo bene non essere pienamente riconosciuta dal nostro ordinamento e pertanto i suoi componenti non tutelati.

La ricerca (individuare delle possibili forme di "destinazione" del patrimonio nell'ambito di una famiglia di fatto) è stata indotta, come peraltro avviene spesso nella nostra professione, dal quesito postomi da un facoltoso nonno che, preoccupato a causa della situazione economico-sociale di uno dei suoi figli, che si rivolse al mio studio al fine di avere dei consigli professionali in ordine alla brusca separazione da una convivenza nata male e finita peggio.

In realtà, ad essere sinceri, le domande che mi ha posto riguardavano i problemi relativi alla prole nata da questa famiglia di fatto (questo è il tipico esempio di come la società cerchi un nuovo equilibrio al fallimento della famiglia legittima, al fallimento delle politiche di governo a sostegno della famiglia legittima ed al fallimento della risposta dell'attività giurisdizionale nel momento della patologia della famiglia legittima): in

altre parole mi è stato chiesto di costituire un patrimonio agli amati nipoti con la parte del suo patrimonio disponibile (quindi senza lesione della quota di legittima spettante alla moglie e ai figli), cosicché al raggiungimento della loro maggior età essi potranno essere indipendenti dal padre e dalla madre e potranno cercare di realizzare i propri sogni e le proprie aspirazioni. E' di tutta evidenza che gli interessi coinvolti sono rilevanti e che molte volte, nel clima ardente e polemico di certe situazioni "coniugali", l'intervento del professionista rischia di sommare dolore a dolore.

Sottoposto a questa eccessiva pressione psicologica, mi sono riservato di accettare l'incarico al fine di trovare le giuste risposte.

In effetti, il rischio di farsi prendere la mano in queste situazioni è molto forte, così da perdere di vista l'obiettivo da raggiungere e per il quale viene chiesto il parere del professionista.

La risposta al quesito: la società fiduciaria

Passato il giusto tempo, all'incontro fissato e più volte rimandato, nel rispondere al quesito del mio cliente così ho esordito: "Caro signore, capisco che lei è armato dell'affetto che solo un nonno può dare ai suoi nipoti, tuttavia al fine di evitare che il suo gesto nobile venga frainteso, al fine della costituzione di un patrimonio per i suoi nipoti, ritengo che debba agire in via riservata e costituire un trust immobiliare, dove il gestore di detto trust (cosiddetto trustee) sia una società fiduciaria e dove i beneficiari siano i suoi nipoti, ovvero acquisti un immobile a mezzo di una società fiduciaria che lo gestirà e dove i be-

neficiari saranno i suoi nipoti, a cui detto immobile verrà intestato o donato solamente dopo la sua morte.”

A questo punto, si avvera proprio quello che pensavo: “... ma quella che mi propone non è la soluzione che mi aspettavo, mi sembra una soluzione poco ortodossa. Ma le società fiduciarie non sono quelle società con le quali si pongono in essere operazioni sospette? Ma il trust non è un istituto estraneo al nostro ordinamento? Vede io nella vita sono sempre stato una persona possibilista, ma con prudenza... così mi sembra che” così mi risponde questo nonno, manifestandomi le sue preoccupazioni.

E' di tutta evidenza che, volendo continuare in detta conversazione, ho dovuto sfatare questo luogo comune sulle società fiduciarie; questo legittimo dubbio nasce dalla percezione vaga di cosa esse siano, ovvero della percezione errata di cosa possano fare (per onestà intellettuale è necessario aggiungere che, nella realtà quotidiana, in questi errori incorrono anche stimati professionisti).

Ebbene, diciamo subito cosa non possono fare le società fiduciarie.

In primis, alle società fiduciarie si applica la normativa antiriciclaggio di cui al d.l. del 3 maggio 1991 n. 143 convertito con modifiche nella l. del 5 luglio 1991 n. 197 e la Direttiva n. 91/308/CEE del 10 giugno 1991, attuata con la Legge 197/91, estendendone il campo di applicazione. Nel rispetto di questa normativa, le società fiduciarie acquisiscono, diciamo così, il certificato di *buona condotta*, che ha sicuramente delle ricadute in termini di credibilità, di affidabilità, onorabilità ed altro ancora.

Per completezza, nel caso in cui si volesse porre in essere, non dico un'operazione di riciclaggio di denaro, ma una semplice operazione finanziaria sospetta, sicuramente non verrà utilizzata la società fiduciaria, ma verranno utilizzati altri canali.

La ragione di tutto ciò è facilmente spiegabile da un osservatorio privilegiato quale è il legislatore: l'osservanza della normativa di riferimento in materia di antiriciclaggio impone alle società fiduciarie l'obbligo di identificazione del fiduciante per operazioni di importi superiori a € 12.500, nonché l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette, delle transazioni finanziarie e delle informazioni ad esse relative.

Ma vi è di più.

Infatti, il Decreto emesso dal Ministero dell'Industria del Commercio e dell'Artigianato in data 16 gennaio 1995 ed intitolato "Elementi informativi del procedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività fidu-

ciaria e di revisione e disposizioni di vigilanza”, dopo l'enunciazione di principio contenuta nell'articolo 12 comma 1, “*La società nell'esecuzione degli incarichi, è invitata ad osservare con particolare attenzione le norme che regolano anche aspetti fiscali, tributari e che impongono misure di prevenzione della criminalità*”, al comma 4 di detto articolo prevede espressamente che “*In occasione della sottoscrizione del mandato la fiduciaria è tenuta a richiedere al fiduciante, ove questi sia una persona fisica, una dichiarazione attestante:*

- *che i beni, le somme od i valori affidati alla fiduciaria sono a tutti gli effetti di proprietà del fiduciante;*
- *ovvero che egli abbia su tali beni diritti reali di godimento;*
- *ovvero che i beni, le somme od i valori sono affidati dal fiduciante nella sua qualità di imprenditore o nell'esercizio di un'impresa”.*

Possiamo quindi dire che il legislatore rivolge un invito affinché le società fiduciarie, nell'esecuzione dei lavori, tengano quei comportamenti propri che sono assimilati agli intermediari finanziari, con tutte le conseguenze del caso.

Tanto più che il comma ottavo di detto articolo prevede che “*Per quanto concerne la provvista eseguita in denaro contante o in titoli al portatore in lire o valuta estera, la fiduciaria avrà cura di conservare ai propri atti una distinta analitica dei biglietti e dei valori ricevuti con l'indicazione per i titoli dei rispettivi numeri di serie sottoscritta dal fiduciante e verificata dalla fiduciaria stessa. La fiduciaria ove lo ritenga può procedere ad equipollenti metodi di identificazione delle banconote e dei singoli titoli, ad esempio a mezzo fotocopiatura, micorfilmatura. Quanto sopra per i versamenti di importi rilevanti ai fini della normativa sull'antiriciclaggio”.*

Nonostante in questi pochi punti come sopra esposti, sia condensata l'essenza stessa della società fiduciaria, società che *in re ipsa* ha il certificato di *buona condotta*, siffatte argomentazioni non bastano a questo nonno che rimane dubbioso sulla società fiduciaria.

La riservatezza e il contratto fiduciario

“*Si fa presto a dire società fiduciaria e fidarsi quando non riesco a inquadrare questa società nel novero delle società normali*”, così dopo un caffè prosegue nel colloquio questo nonno.

"Già l'inquadramento delle società fiduciarie", proseguo: Vede, è per effetto della riservatezza e del contratto fiduciario che non riesce a capire dette società.

Se l'Italia è il regno delle finzioni e delle simulazioni e se le nostre leggi sono permeate della sfiducia verso i cittadini, le società fiduciarie sono delle isole felici dove la riservatezza viene assunta a valore supremo.

Sul punto, oramai costantemente, la giurisprudenza ritiene che la regola della riservatezza debba ritenersi insita nell'attività delle società fiduciarie, tanto che solo in determinati casi e con determinate forme possono essere chiesti i nomi dei fiducianti (da ultima, Corte d'Appello di Trieste 11 dicembre 2003 – per completezza in ordine al Fisco vi è invece l'assoluta trasparenza).

Centro del problema è quindi verificare se, ad un obbligo di riservatezza contrattualmente pattuito tra fiduciante e società fiduciaria (peraltro in caso di sua violazione è sanzionabile ex articolo 622 del codice penale) corrisponda un obbligo di trasparenza e/o un obbligo di comunicazione, laddove vi sia un effettivo interesse a conoscere, ancorato ad una norma di pari grado rispetto a quella istitutiva delle società fiduciarie.

In altre parole, l'attività fiduciaria deve considerarsi come riservata e protetta dal legislatore nazionale, che ha emanato apposita legge ad hoc avente ad oggetto la riservatezza e dove le società fiduciarie sono gli unici operatori che ne hanno la patente (salvo in ogni caso optare per le cosiddette *teste di legno*, accettandone i relativi rischi).

Possiamo dire quindi che ad oggi le società fiduciarie hanno l'esclusiva della patente della riservatezza, patente che anno per anno devono rinnovare, visti i numerosi controlli cui la legge le sottopone, a tutela dei beni amministrati, dei fiducianti e del mercato finanziario nel suo complesso.

In ordine poi al contratto fiduciario, la dottrina e la giurisprudenza tendono ora ad identificarlo in un mandato senza rappresentanza, contratto con il quale ha non pochi elementi in comune, laddove alla società fiduciaria verranno intestati i beni o i valori, mentre la proprietà rimarrà al fiduciante.

Si realizza *in primis* una scissione tra la proprietà formale e la proprietà sostanziale dei beni, cosicché avanti i terzi il fiduciante rimane anonimo mentre appare la società fiduciaria. Si realizza quindi lo scopo del fiduciante, che per mezzo del mandato fiduciario non palesa a terzi la sua posizione giuridica per motivi di riservatezza e di anonimato.

L'attività fiduciaria può altresì avere ad oggetto l'intesta-

zione diretta di beni immobili, oltre a quella che normalmente viene praticata, inerente i beni mobili e/o i valori, così come il fiduciante fin dall'origine del rapporto fiduciario ovvero nel corso dello stesso potrà designare un terzo beneficiario, conferendo alla società fiduciaria le istruzioni per l'intestazione dei beni fiduciati al verificarsi di un determinato evento.

In considerazione di ciò, lo strumento fiduciario appare essere molto duttile seppur moderno ed evoluto, che permette la realizzazione di operazioni che altrimenti non si potrebbero perfezionare.

Le operazioni tipiche della società fiduciaria

L'attività di amministrazione fiduciaria è disciplinata dalla Legge 23 novembre 1939 n. 1966, che testualmente all'articolo 1 riconosce come società fiduciarie quelle società 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.

Dette società sono soggette alla vigilanza del Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato, e non potranno iniziare le operazioni senza essere autorizzate con decreto di detto Ministero.

L'autorizzazione sarà revocabile per gravi motivi, previa contestazione alla società dei fatti ad essa addebitati.

L'attività fiduciaria, in base a quanto disposto dal Ministero dell'Industria, è caratterizzata dai seguenti principi guida:

- possibilità per il cliente di recedere dal contratto in ogni momento e di riottenere la titolarità dei beni di sua proprietà;
- separazione ed autonomia dei beni di ciascun cliente dai beni della società fiduciaria e dai beni degli altri clienti;
- divieto per la società fiduciaria di contrarre obbligazioni che impegnino il cliente oltre i beni affidati, e di dar seguito alle istruzioni ricevute, nel caso in cui il fiduciante non abbia fornito i mezzi necessari per la loro esecuzione.

Ho detto preliminarmente tutto questo, per inquadrare in modo chiaro e preciso la società fiduciaria, mio caro nonno, cosicché le posso finalmente dire che le attività svolte da una società fiduciaria (nella normalità dei casi trattasi di fiducia statica, operando sempre e solo su precise istruzioni del fiduciante, diversamente a quanto succede nei casi di fiducia dinamica - per un

approfondimento sulla differenza tra fiducia statica e dinamica vedasi Appello Milano 28 marzo 1997 in CG 1997, 1190), sono in generale riconducibili a due aree distinte:

1) CORPORATE

2) FAMILY.

In ordine all'attività di CORPORATE, ben poco vi è da dire: infatti i servizi che una società fiduciaria può offrire variano dalla più semplice e tipica operazione di costituzione di società di capitali (in particolare, alla luce della riforma del diritto societario, gettonatissima è la costituzione di srl con socio unico) che necessariamente dovrà prevedere anche le operazioni accessorie di partecipazione alle assemblee, di voto, di finanziamento soci o altro, fino a giungere ad operazioni più raffinate ed evolute, quali quelle relative alla partecipazione a patti di sindacato ovvero alla loro organizzazione e gestione (risolvendo all'origine situazioni di conflittualità tra i soci) nonché la costituzione di cordate di salvataggio.

Ne deriva che, in campo societario, i servizi offerti da una società fiduciaria esaudiscono in modo completo le molteplici esigenze del fiduciante e ciò all'insegna della riservatezza e della conduzione in forma anonima.

Venendo quindi ad analizzare la società fiduciaria quale strumento per la realizzazione di attività family, conoscendo bene la preoccupazione degli imprenditori italiani in relazione all'evento morte e alla trasmissione del loro patrimonio costituito in una vita di lavoro, fin da subito mi viene in mente di usare la società fiduciaria quale garante del cosiddetto patto di famiglia.

Questo strumento, assai diffuso oltreoceano e in altri Paesi europei, costituisce la risposta per la risoluzione dei problemi di assetto della proprietà nel tempo, stabilizzando il passaggio generazionale e consiste in un documento dal contenuto di impegno morale e contrattuale: in altre parole, il sarto cuce l'abito su misura alla famiglia, codificando le volontà dell'imprenditore ancora in vita.

Dalla ratifica della Convenzione dell'Aia firmata il 1° luglio 1985 relativa alla legge sui Trust, la società fiduciaria viene sempre più spesso chiamata a svolgere funzioni di gestore (Trustee) o controllore (Protector) di un Trust costituito dal disponente (Settlor) per legittimi motivi.

Sul punto, il Trust è un rapporto giuridico diverso dall'intestazione fiduciaria, in quanto il Trustee - a differenza della società fiduciaria - diviene a tutti gli effet-

ti proprietario dei beni che gli sono affidati. L'esercizio del diritto di proprietà è comunque limitato da tutte le disposizioni dell'atto di Trust, nonché dalla norma generale per cui il Trustee deve agire esclusivamente a vantaggio dei Beneficiari.

I motivi che spingono l'istituzione di un Trust sono i più vari e strani e, a questo proposito, riporto integralmente l'elenco dei modelli di alcuni atti istitutivi di trust, come individuati dall'Associazione Il Trust in Italia:

Moderna forma di dote, Patrimonio per i nipoti, Gestione società, Trust azienda, Incremento di trust esistente, Corridore automobilistico, Garanzia in favore di banca, Collezione napoleonica, Crediti di un fallimento, Patto di sindacato, Immobile ai nipoti, Trust familiare, Garanzia banche creditrici, Trust benefico, Fratello debole, Soggetto interdetto, Interessi familiari, Fratello disabile, Quota ereditaria, Cattedra universitaria, Dichiarazione unilaterale, Charitable trust, Erede fiduciario, Fratelli comproprietari, Famiglia numerosa, Rendita e eventuale destinazione a altro trust, Usufrutto beneficiario, Fratelli imprenditori, Più generazioni, Obbligazione naturale, Medico incompatibile, Immobile gravato, Esecutore testamentario, Incasso di somme.

Da ultimo, in ordine alla attività di tipo family, la società fiduciaria permette altresì, di effettuare trattative in forma anonima e riservata, evitando principalmente distorsioni di prezzo (come ad esempio nel caso in cui la controparte vanta diritti di prelazione).

Conclusioni

Mio caro nonno, nel limitarmi ad un'ultima osservazione che è la SUMMA delle precedenti, mi dichiaro comunque disponibile ad un altro incontro, nel caso in cui non abbia compreso appieno la liturgia che si celebra con le società fiduciarie.

Per una cultura adusa alla simulazione ed al regolare assoldamento di prestanomi, le società fiduciarie non sono facilmente digeribili.

In un paese dove le leggi sono dei coltelli, in quanto impongono delle restrizioni alle libertà dei cittadini, la legge sulle società fiduciarie, *mio caro nonno*, è una legge non solo buona, ma direi ottima.

A questo punto, il nonno che io ho già soprannominato il nonno possibilista, ma con prudenza, così mi saluta: penserò a quanto mi ha detto. Per altro l'intestazione diretta dell'immobile alla fiduciaria è una possibilità interessante.