

## La tutela del patrimonio tramite società fiduciaria

di , Donato Quagliarella

Pubblicato il 11 aprile 2016

il ricorso alla società fiduciaria per proteggere il patrimonio personale è uno strumento sicuramente importante tuttavia la normativa italiana sulle fiduciarie è disorganica: in questo approfondimento facciamo il punto sull'utilità di tale strumento societario e sulle possibili criticità

### Di cosa si tratta



Il ricorso alla società fiduciaria per proteggere il patrimonio personale è uno strumento sicuramente importante anche se l'impiego è più frequente ad altri fini (schermature di partecipazioni in società).

La legislazione è disorganica e frammentaria e l'istituto è ancora poco conosciuto anche se, soprattutto nel corso del 2015 in occasione delle regolarizzazioni delle attività detenute illecitamente all'estero (con la procedura di voluntary disclosure), vi

è stato un maggiore utilizzo del mandato fiduciario.

Nel rapporto con queste società, centrale è l'interesse del fiduciario, elemento che trova realizzazione attraverso questo strumento che va oltre la normativa basandosi sulla lealtà del fiduciario, che funge da mezzo applicato ad uno scopo concreto, che le parti hanno da perseguire. La lealtà produce l'effetto di realizzare l'adempimento degli impegni senza l'impiego di atti coercitivi che producano l'effetto di dare esecuzione agli impegni.

La *causa fiduciae* si concreta nell'accordo fra il fiduciante ed il fiduciario; da questo elemento assume rilievo la lealtà che vuole dire che il fiduciario, pur avendo anche poteri maggiori, stia nei limiti del perseguimento degli obiettivi condivisi e non si spinga ad una esecuzione dell'impegno che travalichi i confini dell'incarico. È il fine perseguito quello che rende l'accordo vincolante e caratterizzante l'istituto.

La fiducia non è solo riposta nelle capacità professionali del fiduciario, che va a differenziarla dal mandato, ma anche nel comportamento "amichevole e leale". Lo scopo comporta un trasferimento di poteri dal fiduciante al fiduciario e costituisce un attribuzione giuridica che ha al suo interno un eccesso di mezzi rispetto ad uno scopo, circoscritto e limitato, quello da perseguire.

Una non recente sentenza rende bene l'idea dell'istituto: la Corte di Cassazione 21 novembre 1975, n. 3911, dice: "la realizzazione dell'impegno non è affidato dalle parti agli strumenti dotati di sanzione giuridica, ma riposa nella fiducia nello spontaneo adeguamento della situazione formale; non vi è quindi un obbligo di adempiere, bensì un obbligo di leale comportamento nei riguardi dell'iter del fiduciante" e ancora prosegue: "la realizzazione dell'impegno non è affidato dalle

parti agli strumenti dotati di sanzione giuridica, ma riposa nella fiducia nello spontaneo adeguamento della situazione formale; non vi è un obbligo di adempiere bensì un obbligo di leale comportamento nei riguardi del percorso dell'attività del fiduciante”.

Il negozio fiduciario attribuisce un diritto reale o un credito ad un terzo, che risulterà all'esterno esserne titolare, con l'obbligo di farne un uso convenuto per la realizzazione dell'interesse del fiduciante e non del soggetto apparente. Diversamente dalla simulazione, che dà l'apparenza della situazione reale, nel negozio fiduciario l'apparenza coincide con l'attribuzione della situazione giuridica a favore del fiduciario, che è vera e non solamente una apparenza.

Abbiamo poi la nota differenza tra la piena proprietà dei beni attribuiti alla fiduciaria (c.d. fiducia romanistica), con i limiti determinati dall'accordo fra le parti, oppure l'attribuzione della sola legittimazione ad esercitare in nome proprio i diritti del fiduciante, con una situazione in capo al fiduciario che è solo apparente e strumentale all'esercizio dei diritti verso i terzi, mentre la proprietà reale resta del fiduciante (c.d. fiducia germanistica), che attribuisce la sola legittimazione dispositiva del fiduciario, così come è regolato dagli art. 2022 e 2023 c.c., relativi ai titoli nominativi, ove è determinata la legittimazione del possessore e il regime dei trasferimenti.

Diversamente è il caso di intestazione di quote di SRL ove la separazione non è possibile fra proprietà e legittimazione in quanto sono rappresentate da certificati di quote emesse dalla società che non sono assimilabili alle azioni, perciò l'intestatario del certificato, anche fiduciariamente, è titolare della partecipazione societaria.

L'intestazione fiduciaria garantisce la riservatezza a chi voglia effettuare un'operazione o detenere un bene senza comparire, anche per semplice misura di sicurezza passiva. Svolge funzioni importanti, e non solamente per garantire la necessità di riservatezza, come nel caso di prevenire o risolvere conflitti tra soci o per garantire il rispetto di impegni assunti verso creditori.

Il ricorso ad una società fiduciaria realizza un'effettiva separazione ed autonomia dei patrimoni per evitare di essere esposti ad iniziative non dovute da parte di futuri creditori o più in generale per creare uno spazio privato in un contesto sempre più collegato, anche al fine di attenuare potenziali conflitti o usi strumentali degli stessi.

Il ricorso alla fiduciaria viene operato anche nei casi in cui è necessario dare incarico ad un soggetto terzo, indipendente e professionale, per garantire l'adempimento ad obblighi che non devono essere lasciati nei poteri di una delle parti contraenti.

L'intestazione fiduciaria si realizza attraverso un contratto di mandato, dove il fiduciante trasferisce un diritto al fiduciario che ha l'obbligo di esercitarlo secondo gli interessi e le istruzioni del trasferente o di un terzo. Con l'intestazione fiduciaria, il fiduciario ha il compito di amministrare in modo professionale con riservatezza il patrimonio del fiduciante. La proprietà rimane del fiduciante mentre il fiduciario agisce in base alle direttive impartite dal fiduciante.

La fiduciaria garantisce l'anonimato e la separazione effettiva tra il patrimonio personale del fiduciante e quello dell'attività professionale del fiduciante oppure tra il patrimonio personale e quello familiare. Il patrimonio mobiliare intestato alla fiduciaria viene gestito da un intermediario abilitato secondo le scelte e le istruzioni del fiduciante, ma il tutto avviene a nome e per mezzo della fiduciaria.

In quanto lo consenta il tipo di investimento scelto il fiduciante potrà avvalersi della tassazione a titolo definitivo senza ulteriori obblighi di dichiarazione, conseguendo l'anonimato anche per attività mantenute all'estero, ma giuridicamente esistenti in Italia.

Per completezza accenniamo anche alla distinzione tra fiduciaria statica e dinamica; la prima, anche detta fiduciaria di amministrazione, ha come ruolo principale la gestione e la conservazione del patrimonio del fiduciante garantendo l'esercizio dei diritti inerenti ai beni, l'esecuzione di obbligazioni e transazioni. In questo caso il fiduciante chiede semplicemente alla fiduciaria di essere un buon esecutore delle istruzioni impartite per il mantenimento del bene nel periodo fissato. La fiduciaria dinamica, detta fiduciaria di gestione, ha come attività principale la valorizzazione del patrimonio del fiduciante mediante operazioni in valori mobiliari di investimento e disinvestimento sotto la vigilanza della Consob e di Banca d'Italia; queste fiduciarie dinamiche devono essere iscritte nella sezione speciale dell'albo delle Sim (società di intermediazione mobiliare).

La scelta di fare ricorso a questo strumento è particolarmente delicata perché, se è volta a realizzare la schermatura del fiduciante, non può questa intervenire quando si abbiano situazioni già notorie.

11 aprile 2016

Donato Quagliarella

