

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 l'albo ex art. 106 TUB 6. L'intestazione fiduciaria e le imposte sui redditi: la c.d. trasparenza fiscale delle società fiduciarie 6.1. L'intestazione fiduciaria di titoli azionari 6.2. L'intestazione fiduciaria di immobili 6.3. Transazioni finanziarie e Tobin Tax 7. L'intestazione fiduciaria e l'imposizione indiretta

I. PREMESSA

Come 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 e diritti. Si tratta, tuttavia, di uno strumento di tutela patrimoniale solo "indiretta", in quanto la protezione che deriva dal suo 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 sullo stesso.

L'intestazione fiduciaria di beni è finalizzata, infatti, ad evitare l'evidenza della disponibilità personale di beni e ad affidare l'amministrazione di tali beni a soggetti professionalmente competenti. Si parla, come accennato, 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 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 avvenga in favore di una società fiduciaria, costituita ed operante in conformità alla Legge n. 1966/1939,

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: 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.

ovvero a favore di una persona diversa.

La differenza sostanziale fra queste due diverse ipotesi di intestazione fiduciaria risiede nell'effetto traslativo del diritto di proprietà dei beni fiduciati, assente nel caso di intestazione fiduciaria a società fiduciaria (c.d. fiducia germanistica), presente, invece, nel caso di intestazione fiduciaria a favore di persona diversa e in cui non opera la disciplina della Legge n. 1966/1939 (c.d. fiducia romanistica).

Più precisamente, nel primo caso, l'intestazione fiduciaria, riconducibile allo schema della c.d. fiducia germanistica, determina la separazione dei beni 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, sulla scorta della fiducia romanistica, determina l'effetto traslativo della proprietà dei beni fiduciati, i quali vengono, per l'appunto, trasferiti dal fiduciante a favore del 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.

Appare evidente quindi che la causa negoziale non sia da identificarsi nello scambio ovvero nell'arricchimento della sfera giuridico-patrimoniale del 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 definita, grazie al contributo di 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 giurisprudenza di legittimità⁷ 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 viene assoggettato, per sola similitudine, all'applicazione dei principi

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 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, *Negozio fiduciario e imposte indirette*, 6 maggio 2004.

⁷ Cass. 27 agosto 2012, n. 14654.

generali in tema di mandato senza rappresentanza⁸.

In dottrina e giurisprudenza si rinvencono sostanzialmente due diverse correnti di pensiero in merito alla qualificazione giuridica del negozio fiduciario. La prima⁹, più tradizionale, secondo cui il negozio traslativo della proprietà deriverebbe la propria causa da un altro negozio ad effetti obbligatori, il c.d. *pactum fiduciae*. A questa ricostruzione si obietta che in tal modo si configurerebbe l’ipotesi di un negozio reale astratto, inammissibile, poiché in contrasto con il *numerus clausus* dei diritti reali¹⁰, con la conseguenza che, solo da una combinazione di negozi distinti e con causa propria, si può - in realtà - realizzare l’intento fiduciario¹¹.

Per la seconda, 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.¹².

A tal proposito, si evidenzia che la Corte di Cassazione, in accoglimento dell’orientamento da ultimo citato, 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*”

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; F. M. Spina, “Aspetti fiscali in tema di società fiduciarie di amministrazione”, in *Fiscaltà internazionale*, n. 4/2007, pag. 314.

⁹ C. Grassetti, “Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico”, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936; G. Segrè, *Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti nel caso di fallimento in relazione alla riserva del dominio*, in *Ann. di dir. comp. e di studi legisl.*, vol. II-III, a cura di S. Galgano, Milano, 1929, pag. 834; L. Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari. trasferimento, cessione e girata a scopo di garanzia. Processo fiduciario*, Padova, 1978, pag. 104.

¹⁰ 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.

¹¹ L. De Angelis, voce *Fiduciaria (Società)*, in *Digesto delle discipline privatistiche (Sez. comm.)*, pag. 96. In questi termini, cfr. Cass., sent. 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., sent. 29 novembre 1983, n. 7152, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, pagg. 90 ss.; Cass., sent. 19 febbraio 1971, n. 435, in *Mass. Giur. it.*, 1971, pagg. 178 ss.; Cass. civ. Sez. I, 8 settembre 2015, n. 17785.

¹² 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, pagg. 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’instestazione fiduciaria dei titoli azionari*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1962, pag. 39.

Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale

*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*¹³.

In altri termini, mentre per l'orientamento tradizionale¹³ il negozio fiduciario non avrebbe una propria ed autonoma *causa fiduciae*, l'orientamento¹⁴ accolto dalla giurisprudenza di legittimità ritiene, al contrario, che il negozio fiduciario abbia una propria causa da ravvisarsi nella fiducia stessa.

Entrambi gli orientamenti sono accomunati dal riferimento ad un negozio giuridico ad effetti reali, in tal modo intendendo rifarsi alla fiducia c.d. romanistica¹⁵, accolta dal nostro ordinamento e risalente al diritto romano. Ed invero, i primi segni dell'istituto della fiducia si trovano già nel diritto romano dove la *fides* è stata il centro gravitazionale¹⁶ 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*, basata sul trasferimento della proprietà di un bene a titolo di garanzia.

L'istituto della fiducia "romanistica" si caratterizza per il trasferimento della proprietà di un bene al fiduciario, 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. In altri termini, "*fiduciario è un soggetto tenuto, per conto del fiduciante, ad acquisire, mantenere e ritrasferire la titolarità di un bene. Si tratta di un'obbligazione di durata, in cui la conservazione dell'instestazione fiduciaria costituisce parte essenziale dell'adempimento. L'interesse del fiduciante è soddisfatto, infatti, grazie alla protratta titolarità in capo al fiduciario, prima del ri-trasferimento al fiduciante*"¹⁷.

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*)¹⁸.

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'instestazione fiduciaria di un bene ricorrendo allo schema negoziale della fiducia romanistica, non dispone di alcuno strumento per riacquistare la disponibilità del bene acqui-

¹³ Sul punto, si veda la nota 9.

¹⁴ Si rimanda alla nota 12.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 5-2020/C.

¹⁸ Sul punto, interessante l'ordinanza 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.

stato dal terzo¹⁹.

Tuttavia, costui 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, è tenuto a risarcire il danno al fiduciante, *ex art.* 2043 c.c., avendo cooperato all'inadempimento del *pactum fiduciae*²⁰.

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 diretta *ex art.* 2932 c.c. ad ottenere il trasferimento coattivo del bene dal fiduciario, in tal modo prevalendo sui terzi che abbiano trascritto il proprio acquisto dal fiduciario medesimo in un momento successivo. Tale *modus operandi* consente al fiduciante di prevalere, altresì, sui creditori del fiduciario che abbiano trascritto successivamente il pignoramento sul bene oggetto del trasferimento fiduciario.

Un cenno merita, infine, la tematica esaminata dalla più attenta dottrina²¹ relativa agli effetti della morte del fiduciario in caso di fiducia c.d. romanistica.

Una prima corrente, muovendo dall'assunto per cui i beni intestati fiduciariamente fanno parte del patrimonio del fiduciario, sostiene che alla morte di quest'ultimo i beni fiduciati rientrano all'interno della sua successione. Pertanto, nei rapporti fiduciari, "*l'apertura della successione del fiduciario comporta, nel subentro in locum et ius defuncti, il passaggio tanto della proprietà dei beni attribuiti, quanto nelle obbligazioni che a lui facevano capo*"²². Seguendo questa impostazione, gli eredi, subentrando nei rapporti attivi e passivi facenti capo al loro dante causa, debbano sottostare alla promessa fiduciaria e proseguire nel mantenimento della proprietà del bene finché il fiduciante non richieda il trasferimento dei beni in suo favore ovvero a favore di un terzo.

Secondo altra dottrina²³, che riconduce il rapporto fiduciario ai rapporti *intuitu personae*, a seguito della morte del fiduciario il negozio si estinguerebbe e sorgerebbe l'obbligazione in capo agli eredi del fiduciario di ritrasferire il bene al fiduciante.

L'effetto traslativo del diritto di proprietà, invece, è 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 giuri-

¹⁹ G. Corasaniti, *Diritto tributario delle attività finanziarie*, Milano, 2012, pag. 720.

²⁰ F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., pag. 957.

²¹ In tema, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 5-2020/C.

²² Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 5-2020/C. Tale posizione è accolta anche dall'Agenzia delle Entrate la quale, in ipotesi di intestazione fiduciaria romanistica "*assume particolare rilievo il prodursi di un effetto reale, consistente nell'effettivo trasferimento del bene immobile*". Tale duplice trasferimento del bene, dal fiduciante al fiduciario e poi da questi nuovamente al fiduciante oppure a un terzo, importa che la successiva attribuzione del bene sarà soggetta "*ad autonoma imposizione, a seconda degli effetti giuridici prodotti, indipendentemente da ogni precedente imposizione*", cfr. circolare Agenzia delle Entrate 27 marzo 2008, n. 28/E/2008.

²³ L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Commentario Scialoja-Brnaca*, Bologna-Roma, 1980, pag. 28.

dico tedesco, l'esistenza di una disposizione normativa²⁴ 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 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 fiduciante, bensì sull'attribuzione al fiduciario della sola legittimazione all'esercizio di tale diritto.

Nel nostro ordinamento, il fenomeno della dissociazione tra intestazione e proprietà, che è il presupposto²⁵ della Legge n. 1966/1939, trova una concreta applicazione nel caso delle società fiduciarie: l'intestazione fiduciaria di beni si realizza con la società che li amministra in posizione di intestataria in proprio nome, mentre il fiduciante rimane effettivo titolare degli stessi²⁶. In questo caso, attesa la mancanza dell'effetto traslativo del diritto di proprietà, vengono meno le problematiche evidenziate in tema di fiducia romanistica nel caso di violazione della fiducia, come ad esempio nei casi di alienazione a terzi del bene.

La morte del fiduciante, ai sensi dell'art. 1722 c.c., comporta l'estinzione del mandato fiduciario con effetto dalla data del decesso dell'intestatario fiduciante. Prosegue l'art. 48, D.Lgs. n. 346/1990 disponendo che gli intermediari né "possono pagare le somme dovute o consegnare i beni detenuti agli eredi, ai legatari e ai loro aventi causa, se non è stata fornita la prova della presentazione [...] della dichiarazione della successione [...] con l'indicazione dei crediti e dei beni [o] non è stato dichiarato per iscritto dall'interessato che non vi era obbligo di presentare la dichiarazione" né "possono provvedere ad alcuna annotazione nelle loro scritture né ad alcuna operazione concernente i titoli trasferiti per causa di morte" se non è stata fornita la prova della presentazione della dichiarazione di successione all'Agenzia delle Entrate o non è stato dichiarato per iscritto dall'interessato che non vi era obbligo di presentare detta dichiarazione.

A fronte della morte del fiduciante, e come approfondito da Assofiduciaria nella circolare riepilogativa delle principali conseguenze civilistiche e fiscali del decesso del

²⁴ Il par. 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).

²⁵ F. Gallo, "Profili fiscali dell'amministrazione e della gestione fiduciaria di valori mobiliari", in *Dir. prat. trib.*, 1983, I, pagg. 46 ss.; A. Lovisolo, *Il sistema impositivo dei dividendi*, Padova, 1980, pagg. 298 ss.; F. Marchetti - F. Rasi, "Fiducia romanistica e fiducia germanistica nella recente prassi dell'Agenzia delle Entrate", in *Fiscalitax*, n. 6/2008, pagg. 795 ss.; G. Corasaniti, "I poteri istruttori dell'Amministrazione finanziaria nei confronti delle società fiduciarie", in *Dir. prat. trib.*, 2004, I, pagg. 321 ss.

²⁶ 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.

fiduciante del 27 giugno 2022, si aprono una serie di “*periodi transitori*” che possono avere rilevanti riflessi di natura fiscale: invero, seppur a fronte delle su citate norme alcuna operazione sui mandati fiduciari possa essere svolta, potrà comunque accadere che la società fiduciaria debba gestire operazioni di incasso di somme (come, ad es., dividendi), con la conseguente necessità di individuare la disciplina fiscale applicabile alle predette operazioni.

Orbene, e seguendo la suddivisione effettuata da Assofiduciaria all'interno della circolare, “*nel periodo di tempo che intercorre tra il momento del decesso del titolare del rapporto fiduciario e la data in cui la fiduciaria ne viene effettivamente a conoscenza, i redditi realizzati saranno assoggettati, in via provvisoria, al medesimo regime fiscale applicabile prima del decesso*”.

Successivamente, con riferimento al periodo intercorrente fra la data della conoscenza dell'evento morte alla consegna dei beni agli eredi, ed in conformità a quanto disposto da ABI nel parere 10 settembre 2010, n. 1233, secondo cui “*una volta ammessa l'operatività del regime del risparmio amministrato in capo all'erede per il periodo intercorrente tra la data di apertura della successione e quella in cui l'intermediario viene a conoscenza del decesso del cliente, nulla osta a ritenere che il regime del risparmio amministrato possa continuare ad operare anche per il periodo successivo fino allo sblocco del patrimonio ereditato, evitando così il sovrapporsi di diversi regimi per lo stesso periodo di imposta*”, Assofiduciaria ha ritenuto compatibile con la gestione conservativa imposta dalla normativa in capo alla società fiduciaria l'applicazione del regime di risparmio amministrato (sempreché, ovviamente, il fiduciante defunto non avesse manifestato l'opzione per il regime dichiarativo: in questo caso, spetterà agli eredi, una volta soddisfatti i necessari adempimenti, dichiarare ove necessario le somme). Fermi rimangono gli obblighi di sostituzione di imposta a cui le società fiduciarie sono tenute.

Infine, l'ultimo periodo analizzato è quello successivo alla presentazione della dichiarazione di successione da parte degli eredi, imperniato sul trasferimento degli strumenti finanziari oggetto di intestazione fiduciaria. Dal punto di vista fiscale, ed in conformità all'art. 6, commi 6-7, D.Lgs. n. 461/1997, il cambio di intestazione del rapporto dal *de cuius* all'erede non rileva ai fini dell'imposizione diretta, ma rileva solo ai fini del tributo successorio, ferma la necessità di aggiornamento dei valori di carico dei titoli. A mente dell'art. 68 TUIR, le plusvalenze saranno determinate “*dalla differenza tra il corrispettivo percepito ovvero la somma od il valore normale dei beni rimborsati ed il costo od il valore di acquisto assoggettato a tassazione, aumentato di ogni onere inerente alla loro produzione, compresa l'imposta di successione [...]* Nel caso di acquisto per successione, si assume come costo il valore definito o, in mancanza, quello dichiarato agli effetti dell'imposta di successione, nonché, per i titoli esenti da tale imposta, il valore normale alla data di apertura della successione”.

In estrema sintesi, è possibile affermare che i meccanismi alla base della fiducia²⁷ si atteggiavano in maniera diversa a seconda che si tratti di fiducia di tipo “romanistico” (in tal caso, il fiduciario è investito di un potere giuridico dal punto di vista reale illimitato, ancorché circoscritto dall'obbligo sottoscritto con il *pactum fiduciae*; in caso

²⁷ F. M. Spina, “Società fiduciarie di amministrazione: fra tutela del segreto e trasparenza fiscale”, in *il fisco*, n. 16/2007, pagg. 1-2349.

Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale

di violazione dell'obbligo, il fiduciante potrà agire solo con una normale azione di risarcimento del danno) o fiducia di tipo "germanistico" (ove, 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).

Come detto, dottrina²⁸ e giurisprudenza²⁹ identificano la caratteristica principale dell'istituto richiamato nel fatto che le parti pongano in essere due negozi distinti e fra loro collegati; 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 indicatogli (modello della c.d. fiducia "dinamica").

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 fiduciario³⁰. In entrambi i casi, comunque, 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 giurisprudenza³¹ ritengono di dover distinguere il negozio fiduciario dall'interposizione fittizia di persona, quale ipotesi di simulazione relativa

²⁸ In tema, F. Ferrara, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, pag. 57-58, secondo cui "il negozio fiduciario è una forma complessa che risulta dall'unione di due negozi d'indole ed effetti differenti reciprocamente posti in antitesi. Esso consta: 1) d'un contratto reale positivo, il trasferimento della proprietà o del credito che avviene in modo perfetto e irrevocabile; 2) d'un contratto obbligatorio negativo, l'obbligazione del fiduciario di fare solo un certo uso del diritto acquistato per restituirlo poi al trasferente o ad un terzo (...). I due negozi reale ed obbligatorio corrono fra loro paralleli e restano in un certo modo indipendenti, sebbene il secondo eserciti una costrizione a non abusare dell'efficacia del primo".

²⁹ 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.

³⁰ 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.

³¹ Cfr. F. Ferrara, *Simulazione dei negozi giuridici*, 5 ed., 1922, pagg. 230 ss., dove si distingue tra persone interposte "reali" e "simulate" e si riporta che si ha interposizione reale quando un soggetto (l'interposto o intermediario) agisce come contraente effettivo di un altro soggetto (il terzo) e assume, nei confronti di quest'ultimo, in nome proprio, diritti e obblighi contrattuali che si è impegnato a trasferire, con un atto distinto, a un soggetto ulteriore (l'interponente). Situazione che si configura: *i*) quando l'interposto (qualificato per l'occasione come mandatario senza rappresentanza) compie "un atto che non suppone alcuna qualità

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 voluto³² (c.d. negozio dissimulato).

Secondo l'orientamento tradizionale³³, 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 dottrina³⁴ 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 prestanome.

Riprendendo concetti già esaminati, nel caso di fiducia romanistica si realizza 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.

La fiducia germanistica, diversamente, 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)³⁵.

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'incom-

speciale nell'agente"; ii) quando l'interposto (qualificato in questo caso come fiduciario) "*compie un atto che richiede nel contraente una posizione prestabilita, una vocazione determinata, un diritto anteriore*".

In giurisprudenza, sul negozio fiduciario quale interposizione reale, v. Cass. 19 maggio 1960, n. 1261; Trib. Ravenna, 16 marzo 1967; Cass. 15 gennaio 1975, n. 156; Cass. 7 agosto 1982, n. 4438; Cass. 29 novembre 1983, n. 7152; Cass. 30 gennaio 1985, n. 560; Cass. 14 maggio 1990, n. 4118.

³² Cass., sent. 28 maggio 1994, n. 7899; Cass., sent. 29 maggio 1993, n. 6024; Cass. civ., Sez. II, 6 maggio 2005, n. 9402.

³³ 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.

³⁴ M. P. Gentili, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1979, pag. 78.

³⁵ 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.

patibilità 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 germanistico³⁶. Normalmente per stabilire in concreto la natura del *pactum fiduciae*, 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.

Con precipuo riferimento alla forma³⁷ che il negozio fiduciario deve rivestire, la Suprema Corte, con sentenza 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”.

Il tema è stato altresì oggetto di una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁸ secondo cui: *“Per il patto fiduciario con oggetto immobiliare, che si innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta «ad substantiam», trattandosi di atto meramente interno tra fiduciante e fiduciario che dà luogo ad un assetto id interessi che si esplica esclusivamente sul piano obbligatorio; ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario”*.

(segue)

³⁶ 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.

³⁷ Per una analisi circa la problematica relativa alla forma del patto fiduciario avente ad oggetto diritti reali su immobili, si veda R. Grimaldi, “Patto fiduciario - la difficile marcia del patto fiduciario verso l'oralità”, in *Giurisprudenza italiana*, n. 1/2021, pag. 32; M. Palazzo, “Negozio fiduciario - la forma del negozio fiduciario avente ad oggetto beni immobili”, in *Giurisprudenza italiana*, n. 12/2020, pag. 2622; C. Natoli, “Forma e struttura dei negozi fiduciari immobiliari: la soluzione delle Sezioni Unite e le suggestioni dell'esperienza notarile”, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 4/2020, pag. 851; A. Reali, “Le Sezioni Unite sulla forma della fiducia immobiliare, tra trasparenza e riservatezza”, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 4/2020, pag. 957.

³⁸ Cass., SS.UU., 6 marzo 2020, n. 6459.