

## **IL CONTRATTO FIDUCIARIO ( a cura di Lucia Frascarelli / Assofiduciaria)**

### **1. Fonti normative e regolamentari.**

L'attività fiduciaria è notoriamente regolata dalla legge 23.11.1939, n. 1966 dal R.D. 22.04.1940, n. 531 e dal D.M. 16 gennaio 1995. A queste norme che regolano il settore, deve oggi aggiungersi il D. Lgs. 17.01.2003 n. 6 sulla riforma del diritto societario che disciplinando diversamente parte dei beni che formano l'oggetto del contratto influisce necessariamente sul contratto stesso.

L'esame, la revisione e l'aggiornamento del modello uniforme di incarico fiduciario deve, quindi, necessariamente tenere presenti queste norme fondamentali.

#### **a) La legge 1939/1966 ed il R.D. 1940/531 disciplinano le società fiduciarie.**

La legge 23.11.1939 all'articolo 1, comma 1, qualifica le società fiduciarie affermando tassativamente che le società italiane, comunque denominate, che si propongono, sottoforma di impresa, di assumere l'amministrazione dei beni per conto dei terzi ( oggi dalla Associazione definiti ai sensi dell'art. 810 c.c. "sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti), la revisione e l'organizzazione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e obbligazioni per iniziare ad operare debbono ottenere la prescritta autorizzazione. Le prescrizioni imposte dalla legge istitutiva si applicano anche a società estere che abbiano succursali o stabili rappresentanze in Italia e svolgano attività previste dall'articolo in esame.

Nel 1987 con legge 13 aprile 1987, n. 148 il legislatore è di nuovo intervenuto in tema di società fiduciarie per sanzionare le società o gli enti che senza la prescritta autorizzazione svolgano attività propria di società fiduciaria sottoponendo tali soggetti a liquidazione coatta amministrativa.

Nulla di più però fu detto allora circa la qualifica dell'attività propria delle società fiduciarie.

Infatti l'attività in esame – qualificata come l'amministrazione dei beni per conto di terzi e la rappresentanza dei portatori di azioni e obbligazioni- non ha finora avuto una regolamentazione organica che affrontasse il tema della sua identità giuridica introdotta con la legge del '39, limitandosi ad affrontare e regolare aspetti fenomenologici ma non anche quelli sistematici.

Comunque si voglia definire la causa del contratto di amministrazione di beni per conto di terzi , come contratto sui generis ovvero che lo si voglia iscrivere nella categoria dei contratti di mandato ed in particolare di mandato senza rappresentanza, l'effetto del contratto è la legittimazione ad agire in nome proprio per conto del proprio mandante o fiduciante sui beni affidati in amministrazione senza la spendita del nome di quest'ultimo, senza che il terzo possa obbligare la fiduciaria a spenderne il nome.

Ed è proprio sulla definizione del contratto che nel 1997 con sentenza n. 10031 è intervenuta la Suprema Corte di Cassazione per denominare la società fiduciaria quale impresa autorizzata ad assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi con intestazione talché la società fiduciaria non può essere obbligata a disgelare il nome del fiduciante , dandone finalmente una specificazione giurisprudenziale.

Considerato che i valori assunti in amministrazione dalla società fiduciaria sono di effettiva proprietà dei fiducianti; considerato che gli ordinari principi in tema di individuazione dei beni non operano in relazione alle società fiduciarie che svolgono attività di amministrazione di valori mobiliari; il “proprium del rapporto intercorrente tra la società fiduciaria e i fiducianti consiste nell’instestazione dei beni appartenenti effettivamente ad altri proprietari e che pertanto la proprietà della società fiduciaria pur non potendosi dire fittizia ha carattere formale ed il fiduciante malgrado l’instestazione del bene alla società fiduciaria ne conserva la proprietà effettiva ed è quindi in grado di disporre senza necessità di alcun formale ritrasferimento di detto bene da parte della fiduciaria.

Il termine del 30 settembre prossimo è stato per l’Associazione una occasione per tornare sulla attività delle società fiduciarie, prendendo spunto dalla riforma del diritto societario, nel tentativo di ridefinirne il contenuto.

Infatti l’Associazione ha ritenuto in particolare di:

- cogliere l’occasione per far constare inequivocabilmente nella denominazione sociale, che la società svolge attività di società fiduciaria;
- evidenziare negli statuti sociali non solo l’enunciazione specifica delle attività autorizzate dalla legge del ’39 e di quelle consentite, ma anche l’enunciazione che la società fiduciaria oltre al inibirsi di avere un interesse proprio nell’espletamento degli incarichi assunti per conto dei fiducianti, dovrà tassativamente dichiarare , ove abbia a compiere atti o negozi giuridici in proprio, tale interesse;
- conseguentemente, inserire l’obbligo statutario di dichiarare che i contratti ed i negozi posti in essere dalla società fiduciarie nell’esercizio della sua attività istituzionale devono considerarsi sempre compiuti ad ogni effetto di legge nell’esclusivo interesse dei propri fiducianti salvo che esse non dichiarino di operare in proprio.

Chiarendo così, l’ambito dell’attività propria delle società fiduciarie.

Infatti dei due schemi di oggetto sociale proposti dalla Associazione, il secondo più innovativo, ha posto l’attenzione sull’attività che la società fiduciaria può svolgere in aderenza alla nuova normativa che richiede che l’atto costitutivo indichi l’attività che costituisce l’oggetto sociale, ma con lo scopo di enfatizzare il concetto di attività “propria di società fiduciaria” che è l’attività contemplata nella legge del 1939.

**b) Il D.M. 16.01.1995 si occupa delle società fiduciarie sia per quanto attiene la fase della autorizzazione all’esercizio dell’attività, sia per quanto attiene alla vigilanza sull’attività stessa.**

Il Ministero, nella sua veste di organo di controllo, ha dettato norme attinenti allo svolgimento degli incarichi , al contenuto del contratto ed all’esecuzione degli incarichi interdicensi alla società fiduciaria di avere partecipazioni proprie se non strettamente attinenti alla propria attività e obbligandola ad iscrivere i beni amministrati per conto di terzi tra i conti d’ordine, dopo averli iscritti in uno specifico registro ed averli rubricati ed identificati ai fini dell’archivio unico informatico. Tutto ciò, in quanto l’operare della società fiduciaria è principalmente un operare per conto di terzi quale intermediario autorizzato con decreto ministeriale a svolgere tale attività, talché qualsiasi interlocutore deve sapere che la società fiduciaria opera istituzionalmente per conto di terzi.

Il punto 10 dell'articolo 5 del decreto detta norme sulla modulistica per l'assunzione di incarichi di amministrazione fiduciaria ed include tra le clausole:

- l'obbligo di indicare ciascun bene assunto in amministrazione
- l'individuazione dei poteri conferiti alla società fiduciaria
- la facoltà per il fiduciante di modificare in ogni momento i poteri (istruttori) conferiti purché vengano nuovamente impartiti con comunicazione scritta e per quanto in tempo di revocarli, di impartire istruzioni per il relativo esercizio, con la correlativa facoltà per la società fiduciaria di non accettare le istruzioni o di sospenderne l'esecuzione, previa comunicazione al fiduciante, qualora esse secondo il suo apprezzamento, appaiano contrarie a norme di legge, pregiudizievoli per la sua onorabilità, professionalità e operatività ai suoi diritti soggettivi senza l'obbligo di giustificazione e allorquando non siano state formulate per iscritto;
- la facoltà per il fiduciante di risolvere in ogni momento il contratto con l'obbligo per la fiduciaria di restituire al fiduciante i beni amministrati, compatibilmente con i tempi e le esigenze tecniche delle operazioni in corso, nonché delle obbligazioni assunte per conto del fiduciante;
- l'obbligo per il fiduciante di non disporre personalmente, ma a nome della società fiduciaria, dei beni e dei relativi diritti in amministrazione con la conseguente facoltà (art. 1727 c.c. "rinuncia al mandato") per la società fiduciaria di recedere dal contratto, in particolare qualora il fiduciante abbia regolato personalmente operazioni finanziarie a nome della società fiduciaria, effettuando pagamenti di somme o ricevendone in luogo della società fiduciaria;
- l'obbligo per il fiduciante di anticipare alla fiduciaria la provvista finanziaria necessaria per l'esecuzione degli incarichi e l'obbligo per la società fiduciaria di non dare esecuzione ad istruzioni che comportino una obbligazione di natura finanziaria ove la provvista non sia stata tempestivamente messa a disposizione della fiduciaria stessa;
- il divieto della società fiduciaria di cedere il contratto;
- il corrispettivo per la fiduciaria ovvero i criteri per la sua determinazione nonché gli oneri e le spese addebitabili al fiduciante;
- l'obbligo di esercitare il diritto di voto ed ogni altro diritto inerente ai beni in amministrazione in conformità alle direttive impartite per iscritto dal fiduciante;
- l'indicazione degli intermediari abilitati ad esercitare l'attività di custodia e amministrazione presso i quali sono depositati i beni assunti in amministrazione;
- la cadenza dell'(eventuale) rendiconto dell'amministrazione svolta se necessario alla buona esecuzione del contratto e ove chiesto dal fiduciante;
- la responsabilità per l'inadempimento della società fiduciaria regolamentato dagli artt. 1176 e 1710 c.c.( diligenza nell'adempimento delle obbligazioni e diligenza del mandatario. Il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia);
- l'obbligo per la società fiduciaria di rispondere dell'operato dei propri ausiliari di cui il fiduciante l'autorizza ad avvalersi per l'esecuzione dell'incarico ai sensi degli artt. 1228 (responsabilità degli ausiliari) e 2049 c.c.(responsabilità dei padroni e dei committenti) 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.( sostituto del mandatario e preventiva autorizzazione alla sostituzione);

- la inderogabilità dalle condizioni generali del contratto fiduciario in quanto esse costituiscono i principi della corretta attività propria che salvo motivate eccezioni non possono essere derogate da clausole aggiuntive ovvero da appendici al contratto.

Il Ministero delle A.P. affronta poi nuovamente questioni attinenti al rapporto contrattuale con la clientela nel titolo VI agli articoli 12, 13 e 14 (svolgimento dell'incarico fiduciario).

In sintesi, l'articolo 12 prescrive che la società fiduciaria nello svolgimento della sua attività istituzionale:

- compia gli atti previsti ed indicati dalla natura o dall'oggetto del bene amministrato con diligenza e professionalità nel rispetto delle disposizioni impartite da ciascun fiduciante;
- agisca nell'interesse esclusivo del fiduciante e risponda secondo le regole del mandato oneroso;
- i beni e le somme vengano indicati nel contratto, nonché in un estratto conto periodico;
- non possa emettere titoli, documenti o certificati rappresentativi dei diritti dei fiducianti;
- depositi i beni dei fiducianti presso banche o sim autorizzate a svolgere il servizio di custodia e amministrazione di strumenti finanziari, con facoltà di sub-deposito presso società autorizzate ai sensi dell'art. 80 D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 ad esercitare gestione accentrata di strumenti finanziari (Monte Titoli S.p.A.).

In deroga a quanto sopra esposto, il Ministero consente che il fiduciante possa chiedere che i propri titoli vengano depositati presso la società emittente, ovvero presso la società fiduciaria stessa ma ciò, esclusivamente:

- quando ciò sia necessario all'esecuzione di specifici incarichi conferiti nell'ambito del contratto fiduciario;
- ovvero quando la società fiduciaria svolga la funzione di cassa incaricata per il pagamento dei frutti, per il deposito ai fini dell'intervento in assemblea, ed infine per il loro ritiro da parte del fiduciante quando si debba provvedere alla loro reintestazione.

Inoltre all'atto della sottoscrizione del contratto il fiduciante persona fisica dichiara se:

- i beni da amministrare sono di sua esclusiva proprietà;
- ovvero se sui beni da amministrare egli possiede diritti reali di godimento;
- se i beni da amministrare sono affidati dal fiduciante nella sua qualità di imprenditore o nell'esercizio d'impresa.

In caso di conferimento di un mandato avente ad oggetto l'amministrazione di partecipazioni sociali ( l'articolo 12 del decreto parla di mandato per la costituzione di società di capitali, per l'intestazione ovvero per l'acquisto di certificati azionari di società non quotate o di quote di s.r.l.) la società fiduciaria dovrà integrare il proprio incarico con copia della documentazione riguardante la società partecipata fiduciariamente: atto costitutivo, statuto, verbali di assemblee straordinarie e ordinarie, comunicazioni effettuate dal fiduciante, disposizioni ricevute, ed ogni altra documentazione dalla quale possa risultare l'attività svolta dalla fiduciaria o dai propri delegati nell'esecuzione del mandato.

Infine, il mandante è obbligato ad anticipare alla società fiduciaria i mezzi necessari per lo svolgimento degli incarichi ai quali, in carenza di provvista, il Ministero vieta alle società fiduciarie di dare esecuzione.

La provvista può essere costituita, nel rispetto della legge 5 luglio 1991, n. 197 mediante:

- assegno circolare;
- assegno bancario;
- bonifico bancario;
- strumenti finanziari ivi compresi i titoli di stato;
- denaro contante in euro o in valuta estera (con l'obbligo per la società fiduciaria di conservare agli atti la distinta analitica dei biglietti e dei titoli ricevuti, questi ultimi con l'indicazione dei rispettivi numeri di serie sottoscritta dal fiduciante e verificata dalla fiduciaria, oppure mediante l'utilizzo di metodi equipollenti quali la microfilmatura, la fotocopiatura o altri metodi equipollenti).

Quelle fin qui delineate sono le linee guida preordinate dal Ministero nel proprio decreto al quale il contratto fiduciario deve conformarsi e pertanto le condizioni generali e la formulazione del mandato devono obbligatoriamente contenere le seguenti prescrizioni:

- nel contratto ovvero nel documento integrativo devono essere indicati i singoli beni ed i diritti intestati alla fiduciaria nel presupposto che dal documento stesso emerga chiaramente l'oggetto dell'amministrazione fiduciaria e che sia adottata la precauzione di consegnare esclusivamente e direttamente i beni ed i valori mobiliari alla fiduciaria fatta salva l'ipotesi dell'invio di somme di denaro e/o di valori mobiliari tramite intermediari autorizzati;
- devono risultare in modo analitico i poteri attribuiti alla fiduciaria ovviamente entro i limiti dell'attività istituzionale ( tali non intendendosi comportamenti gestionali di beni e valori assunti in amministrazione). Per contro la specificazione dei poteri consentirà alla società fiduciaria di movimentare i beni compiendo atti e negozi giuridici in stretta aderenza alle istruzioni permanenti contenute nel mandato, oppure di istruzioni contenute in specifiche ulteriori disposizioni impartite successivamente per iscritto nel corso del rapporto fiduciario. Tali disposizioni, che potranno anche modificare o revocare i poteri precedentemente attribuiti, potranno essere valutati dalla fiduciaria che avrà la facoltà di sospenderne l'esecuzione dandone in tale ipotesi pronta comunicazione al fiduciante, ovvero di non accettare le istruzioni al verificarsi di due presupposti:
  - a) le istruzioni non vengono formulate per iscritto;
  - b) le istruzioni impartite per iscritto appaiano contrarie a norme di legge o pregiudizievoli alla onorabilità, alla professionalità ed alla operatività della fiduciaria medesima, ovvero quando le disposizioni impartite possono arrecare pregiudizio ai suoi diritti soggettivi.

Quanto alla prescrizione che attribuisce al fiduciante la facoltà di revocare in ogni momento l'incarico di amministrazione fiduciaria, ovvero di alcuni beni rientranti nell'oggetto del mandato, la fiduciaria è obbligata ad adempiere sollecitamente, salvo che sussistano obbligazioni contrattuali assunte dalla fiduciaria per conto e su ordine del fiduciante che comportino di fatto l'irrevocabilità dell'incarico almeno per il periodo di tempo correlato a tali obbligazioni e semprechè non sia possibile il trasferimento ad altri soggetti (ivi compreso il fiduciante) degli obblighi assunti con pieno esonero della fiduciaria da ogni responsabilità.

Ovviamente anche la fiduciaria potrà rinunciare al mandato che dovrebbe in via di principio configurarsi quale rapporto a tempo indeterminato, salvo fissare contrattualmente un congruo preavviso per la risoluzione. Al riguardo si ricorda che alla fiduciaria è espressamente concessa, dall'art. 13 del decreto, la facoltà di recedere dal contratto qualora il fiduciante senza il consenso della fiduciaria abbia regolato direttamente operazioni finanziarie a nome della società fiduciaria effettuando pagamenti di somme o ricevendo somme in vece della società fiduciaria .

Questa facoltà di recesso sanziona le eventuali inadempienze del fiduciante per l'obbligo posto a suo carico di non operare direttamente a nome della fiduciaria in relazione ai beni o diritti in amministrazione per il fatto che esso non può sostituirsi alla fiduciaria nell'esercizio dei diritti di socio sia di natura patrimoniale che personale senza la previa autorizzazione della fiduciaria stessa, agendo pertanto quale mandatario o delegato della stessa e di mettere a disposizione della fiduciaria i mezzi necessari per lo svolgimento degli incarichi sussistendo altrimenti per la fiduciaria l'obbligo e non la facoltà di non darvi esecuzione.

### **b1. Operazioni franco valuta.**

Una parte delle prescrizioni contenute nel decreto in commento, ed in particolare l'intero articolo 13 è dedicata alle cosiddette operazioni franco valuta.

Salva l'eccezionalità del caso da valutarsi di volta in volta, la società fiduciaria non deve consentire che le operazioni vengano eseguite a proprio nome direttamente del fiduciante e la violazione del divieto di effettuare operazioni franco valuta è motivo di risoluzione contrattuale per causa del fiduciante. Pertanto solo in via eccezionale saranno ammesse operazioni franco valuta effettuate tramite canalizzazione bancaria, della quale sia fornita apposita documentazione.

Per il rapporto fiduciaria – fiduciante, quindi, l'intero disposto dell'art. 13 assume rilevanza fondamentale, poiché in esso sono contenuti principi basilari a tutela delle società fiduciarie e della loro operatività con particolare riferimento a possibili situazioni di conflittualità con il fiduciante in presenza di norme di ordine pubblico (antiriciclaggio ecc.)

Il decreto infatti statuisce che:

- in via di principio operazioni finanziarie e transazioni direttamente condotte e concluse autonomamente dal fiduciante, vale a dire senza il preventivo assenso della fiduciaria, integrano gli estremi della rescissione del mandato fiduciario, facoltà della quale la società fiduciaria potrà avvalersi a prescindere dalla sussistenza o meno dell'obbligo di segnalazione alle autorità competenti, ai sensi della vigente normativa intesa a prevenire l'attività della criminalità organizzata. Ad avviso della Associazione non sembra sufficiente che tale principio sia affermato nel D.M. perché ad esso possa far richiamo la società fiduciaria, la quale dovrà inserire tale clausola nel contratto di mandato, onde renderla pienamente valida nei confronti del fiduciante;
- il Ministero ferma altresì l'attenzione sui comportamenti dei fiducianti "volti ad effettuare transazioni per conto della società fiduciaria" nell'intento di evitare i tempi ed i relativi costi di un doppio trasferimento di mezzi di pagamento:

- ossia cliente-fiduciaria, fiduciaria - terzo e viceversa e ciò in quanto la società fiduciaria che si renda intestataria del bene del cliente e lo sostituisca in tutte le fasi dell'incarico, assicura lo svolgimento di un itinerario giuridico formale in tutte le fasi del mandato, garantendo nel contempo quella trasparenza necessaria per la corretta applicazione delle norme sulla prevenzione della criminalità organizzata:

peraltro il Ministero consente una ridotta operatività della fiduciaria in operazioni franco valuta purché ciò avvenga attraverso la canalizzazione bancaria e sia fornita alla fiduciaria idonea documentazione .

In effetti, in questo caso non sussiste l'ipotesi di trasferimento franco valuta essendo il bonifico bancario o comunque il trasferimento di somme tramite il sistema bancario considerato "mezzo di pagamento" per cui ove la fiduciaria sia indicata quale beneficiaria ovvero quale ordinante si tratta in realtà di un trasferimento a titolo oneroso.

Il Ministero nell'affrontare le operazioni franco valuta ha adottato una accezione restrittiva del termine ma in effetti la casistica delle operazioni franco valuta è più ampia e non sempre oggetto di rilievo da parte del Ministero stesso.

Infatti, il Ministero esclude l'ipotesi che la fiduciaria sia chiamata a ratificare l'operato del fiduciante limitandosi a girare ed in genere a trasferire beni a terzi "a posteriori". Ma non è oggetto di rilievo la facoltà che la fiduciaria avvertita dal fiduciante della conclusione di un contratto dia il suo assenso scritto prima della conclusione; non insorgono in tal caso gli estremi di violazione da parte del fiduciante del rapporto fiduciario.

Sarà ugualmente rispettato il contratto fiduciario quando il fiduciante espressamente indichi alla controparte la fiduciaria quale soggetto terzo che in virtù dell'incarico ricevuto, consegni i beni ed incassi le somme, senza assumere le responsabilità contrattuali proprie del venditore e senza rilasciare garanzie.

Nessuna obiezione dovrebbe sussistere a che il fiduciante, nel contratto direttamente stipulato con la controparte, indichi la fiduciaria quale soggetto destinato a pagare il corrispettivo pattuito ed a intestarsi i beni acquistati per conto dell'acquirente, dando così corso al contratto preliminare quale soggetto terzo incaricato dal fiduciante di assumere l'amministrazione dei beni dedotti in contratto.

Non sono stati oggetto di rilievo da parte del Ministero neppure altri casi di operazioni franco valuta quali:

- a) la consegna diretta di beni incluso il denaro ed i valori mobiliari dal fiduciante alla fiduciaria e viceversa;
- b) la consegna dal fiduciante alla fiduciaria di denaro e valori in deposito a proprio nome presso una banca o una sim e viceversa;
- c) la consegna dal fiduciante alla fiduciaria di titoli di legittimazione (polizze ecc.) nominativi o all'ordine relativi a beni in deposito presso terzi all'ordine del fiduciante o viceversa;
- d) la consegna di beni e valori dalla fiduciaria ad altra fiduciaria, per conto del medesimo soggetto, che risulta pertanto fiduciante di entrambe le società.

- e) la consegna a terzi senza corrispettivo da parte della fiduciaria, per ordine del fiduciante, di somme o valori al portatore ed in genere soggetti alla normativa antiriciclaggio, operazione che di per sé comporta l'obbligo per la fiduciaria della rilevazione dei dati ai fini della normativa anzidetta senza che ciò comporti altri oneri, salva diversa valutazione da parte della fiduciaria;
- f) la consegna senza corrispettivo da parte della fiduciaria, d'ordine del fiduciante, a terzi di beni non soggetti a rilevazione ai fini antiriciclaggio dal momento che tale movimentazione di beni non viola norme d'ordine pubblico ed è disposta dal fiduciante al quale la fiduciaria darà rendiconto acquisendo e conservando ogni idoneo documento di scarico da parte di chi abbia ritirato il bene consegnato dalla fiduciaria.

## **2 Oggetto del contratto fiduciario**

Un approfondimento delle caratteristiche e della struttura del contratto base di amministrazione fiduciaria non può prescindere da un esame seppure sommario dell'oggetto dell'incarico fiduciario, al fine di esaminare quelle clausole e specificazioni che influiscono sulla attività della società fiduciaria.

L'oggetto del contratto fiduciario consiste in un servizio che la fiduciaria offre al cliente e si concretizza nell'amministrazione di beni per conto terzi con intestazione fiduciaria.

I tratti che caratterizzano il rapporto che si instaura tra fiduciante, fiduciaria e terzo, così come costruito nella prassi comune a tutte le fiduciarie operanti nel settore specifico dell'amministrazione dei beni per conto di terzi, sono così sintetizzabili:

- separazione, in ordine al bene amministrato, della situazione di "proprietà sostanziale", o titolarità, dalla intestazione (se richiesta dalla natura del bene) o dalla legittimazione;
- disciplina del rapporto tra il fiduciante e la fiduciaria, avente ad oggetto l'incarico ad "amministrare" beni;
- conferimento, con documentazione contrattuale separata, di specifici incarichi ad acquistare, vendere, etc.

Pertanto, ogniqualvolta il fiduciante è rappresentato da una società fiduciaria, istituzionalmente esercente l'amministrazione di beni per conto terzi e come tale soggetto alla disciplina di cui alla L. 23 novembre 1939, n. 1966, per effetto del trasferimento fiduciario non si trasferisce la proprietà dei beni, che permane in capo al fiduciante ma solo la legittimazione all'esercizio dei diritti in esso incorporati, con due avvertenze:

- 1) per "legittimazione" si intende l'esercizio dei diritti riconducibili alla qualità di socio (conseguenti alla intestazione di azioni o quote) fra i quali: la partecipazione alle assemblee, la riscossione degli utili, la sottoscrizione di aumenti di capitale sociale, etc;
- 2) l'intestazione non è il fine ma il mezzo necessario al compimento degli atti che costituiscono l'oggetto del mandato poiché solamente a seguito dell'intestazione la società fiduciaria può compiere le attività dedotte nel contratto senza spendere il nome del fiduciante;



Al di là di queste prescrizioni regolamentari, l'individuazione dei singoli poteri della società fiduciaria, nella amministrazione dei beni ad essa intestati, è rimessa alla volontà delle parti le quali sono tenute ad individuarle specificamente, di volta in volta.

E pertanto il contratto fiduciario dovrà prevedere che i valori affidati, se nominativi, siano intestati fiduciariamente alla società fiduciaria la quale, potrà compiere tutti gli atti di amministrazione sui beni stessi.

Spetterà pertanto alla società fiduciaria l'incarico di:

- a) incassare dividendi, utili, interessi, premi, rimborsi di capitali ed ogni altro provento connesso ai valori ricevuti in amministrazione fiduciaria, salvo diverse istruzioni scritte del fiduciante;
- b) assumere in amministrazione i valori provenienti da operazioni a titolo gratuito esenti da ogni onere;
- c) assumere in amministrazione i valori derivanti da operazioni a pagamento ovvero a titolo gratuito non esenti da oneri a condizione che il fiduciante abbia dato conformi istruzioni alla fiduciaria in ordine all'esercizio dei diritti non oltre il 10° giorno anteriore alla chiusura delle operazioni ed a condizione che abbia provveduto a fornire alla fiduciaria stessa - contestualmente alle istruzioni - i fondi necessari all'esercizio dei diritti medesimi.

Inoltre, nello svolgimento dell'incarico:

- a) la società fiduciaria potrà compiere esclusivamente gli atti espressamente previsti o necessariamente indicati dalla natura o dall'oggetto dell'incarico, e secondo i poteri ad essa conferiti dal fiduciante;
- b) dovrà agire nell'interesse esclusivo del fiduciante e rispondere secondo le regole del mandato oneroso;
- c) i beni e le somme dei fiducianti debbono essere analiticamente elencati nella lettera di mandato nonché in un estratto conto periodico recante le variazioni intervenute nel periodo di riferimento, la data delle stesse nonché la descrizione delle causali. La società può prescindere da tali indicazioni, ma non dall'invio dell'estratto conto, qualora abbia scrupolosamente trasmesso al fiduciante, volta per volta, lettera di conferma dell'avvenuta esecuzione degli incarichi ricevuti.

La società non può emettere titoli, documenti, o certificati comunque rappresentativi dei diritti dei fiducianti.

In occasione della sottoscrizione del mandato, la fiduciaria è tenuta a richiedere al fiduciante, ove questi sia una persona fisica, una dichiarazione attestante:

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

Motivo dell'incarico fiduciario è nella prassi operativa quello di:

- assicurare la riservatezza della effettiva proprietà dei beni e delle partecipazioni sociali;
- assicurare la riservatezza nelle iniziative commerciali;
- realizzare il coordinamento del controllo di più partecipazioni in società diverse;
- prevenire situazioni di conflitto tra gruppi paritetici in disaccordo;
- rafforzare gli impegni a compravendere;
- costituire in pegno i titoli o i valori intestati fiduciariamente a garanzia dei finanziamenti ottenuti dalla società partecipata;
- creare un terzo custode dei titoli in pegno o in usufrutto qualora il costituente o beneficiario non vogliano rinunciare, uno a favore dell'altro, al diritto di voto;
- conferire facoltà di disposizione a terzi;
- definire all'origine il passaggio generazionale di patrimoni mobiliari;
- assicurare l'attuazione di patti di sindacato azionario e/o parasociali in genere;
- assumere la rappresentanza comune di obbligazionisti ed azionisti di risparmio;
- rendere possibile il riassetto di patrimoni mobiliari tramite la costituzione di società capogruppo;
- permettere il passaggio generazionale di beni di famiglia assicurandone la continuità gestionale.

I contratti fiduciari che più frequentemente investono l'attività della società fiduciaria hanno ad oggetto beni mobili e si concentrano, in particolare, sulle seguenti fattispecie:

- a) partecipazioni in società di capitali (intestazione di titoli azionari di società per azioni, intestazione di quote di società a responsabilità limitata, ovvero in accomandita per azioni);
- b) intestazione di titoli di società cooperative a responsabilità limitata;
- c) intestazione di titoli obbligazionari, pubblici e privati, convertibili e non convertibili;
- d) intestazione di libretti di risparmio al portatore e nominativi, certificati di deposito, quote di fondi ed altri organismi di investimento collettivo;
- e) intestazione di accettazioni bancarie;
- f) intestazione di contratti di gestione patrimoni mobiliari;
- g) intestazione di beni immobili e di altri beni.

Ciò posto, l'oggetto del rapporto deve essere descritto in dettaglio. Così se si tratta di partecipazione in S.p.A., saranno indicati il numero e la eventuale categoria di azioni, la denominazione della partecipata ed il valore nominale complessivo della partecipazione; se trattasi di s.r.l., sarà indicato il valore nominale della quota e la denominazione della partecipata; se sono obbligazioni o altri titoli, il loro numero, l'ente o società emittente, l'eventuale indicazione della serie e delle caratteristiche, quali tasso, scadenza, ecc., nonché il valore nominale complessivo.

## **5. Struttura del contratto standard di amministrazione fiduciaria e clausole generali proposte da ASSOFIDUCIARIA .**

### **a. Schema del contratto**

Lo schema contrattuale proposto dalla Associazione si compone di due parti.

La prima parte si riferisce agli elementi essenziali dell'incarico mentre la seconda si riferisce alle condizioni generali che sono predisposte unilateralmente dalla società fiduciaria e pertanto assoggettate alla disciplina degli artt. 1341 e 1342 c.c. (condizioni generali del contratto).

Infine lo schema di incarico fiduciario enumera nella parte finale, dopo la sottoscrizione da parte del fiduciante quelle clausole che devono essere sottoscritte specificamente per iscritto ai sensi dell'art. 1341, II comma, c.c. dal fiduciante tra le quali sono inserite le manleve, le facoltà di revoca e le facoltà di estromissione ( apposita sottoscrizione per particolari condizioni contrattuali).

Un breve commento meritano i riflessi derivanti dal fatto che il fiduciante svolga attività commerciale.

L'evidenziazione nel mandato è rilevante certamente per le implicazioni di carattere fiscale (Iva e supporti contabili per consentirgli di regolarizzare le proprie registrazioni), ma anche per i risvolti civilistici connessi all'intestazione stessa. Infatti dovrà essere riconosciuta alla fiduciaria la facoltà, a scarico di responsabilità, ad esempio eventualmente di non dare corso ad istruzioni di cessione di titoli impartite dal fiduciante imprenditore ove si intravedano rischi di procedure fallimentari e/o concorsuali.

### **b. Clausole generali**

clausola 1: è la clausola che regola l'affidamento dei beni alla società fiduciaria in via generale, ovvero su specifiche disposizioni dei clienti secondo quanto disposto dal decreto ministeriale.

clausola 2: è la clausola con cui si disciplinano le modalità di svolgimento dell'incarico secondo le istruzioni impartite dal fiduciante che regola fattispecie diverse che possono comportare anche la richiesta di esborsi finanziari. In ciascuna di queste ipotesi è necessaria la collaborazione con il fiduciante per l'individuazione della migliore attuazione dell'interesse del fiduciante. Inoltre, laddove la scelta comporti un esborso finanziario, è necessaria la preconstituzione della provvista a favore della società fiduciaria.

Per questa ragione la disciplina proposta prevede l'obbligo per la fiduciaria di attenersi alle istruzioni impartite e la facoltà per la fiduciaria di non ritenere tali istruzioni vincolanti ove non sia stata costituita la relativa provvista, con l'avvertenza che l'esonero da responsabilità della fiduciaria che si astenga dal prendere qualsiasi iniziativa non è senza eccezioni.

La clausola in esame disciplina anche le istruzioni di voto. Al punto d) infatti, si è tentato di formulare una disciplina capace di evitare inconvenienti per l'ipotesi in cui la fiduciaria abbia, per conto di diversi fiducianti, più partecipazioni in una stessa società. Nasce da questa circostanza la possibilità che siano impartite istruzioni divergenti circa il voto da esprimere in assemblea. La questione trova conforto in dottrina ma non è supportata da idonea elaborazione giurisprudenziale e pertanto - in relazioni a possibili pronunce di annullamento di deliberazioni assembleari assunte con voto divergente, ovvero nel caso di una mancata ammissione al voto da parte del presidente della assemblea - si è ritenuto di introdurre una norma comportante l'esonero da qualsiasi responsabilità per la fiduciaria.

- clausola 3: la clausola regola la circolazione della titolarità dei diritti o di una parte di essi sui beni affidati in amministrazione fiduciaria offrendo alla fiduciaria la necessaria protezione per comportamenti anomali da parte del fiduciante sui beni affidati in amministrazione a salvaguardia delle società fiduciarie.  
Ha un particolare rilievo la disposizione che statuisce, in mancanza di contraria manifestazione di volontà scritta da parte del fiduciante, la conservazione del rapporto di amministrazione nei termini di cui all'originaria lettera di incarico per la parte dei titoli o quote rimasti in intestazione presso la società fiduciaria ( al riguardo vale specificare che i crediti vantati dal fiduciante devono considerarsi valori assunti in amministrazione).
- clausola 4: è una norma di salvaguardia per la fiduciaria che consiste nella previsione della gestione delle liti attinenti ai beni affidati in amministrazione per evitare il coinvolgimento della fiduciaria in iniziative giudiziarie da essa non condivise.
- clausola 5: la clausola recepisce integralmente le prescrizioni ministeriali di cui al punto 10 degli articoli 5, 6 e 12 del decreto. Valgono pertanto le considerazioni già svolte.
- clausola 6: è la clausola che raccoglie le prescrizioni ministeriali in tema di operazioni "franco valuta" per sanzionare i comportamenti dei fiducianti che abbiano compiuto (ovviamente senza autorizzazione) in nome della fiduciaria atti di ordinaria o straordinaria amministrazione ovvero abbiano provveduto a regolare direttamente a nome della società fiduciaria le operazioni effettuando o ricevendo pagamenti. In questo caso la fiduciaria ha facoltà, a termini di contratto, di recedere per giusta causa, senza obbligo di preavviso, fermo restando il diritto della fiduciaria affinché le vengano riconosciuti gli stessi corrispettivi che avrebbe ottenuto se le operazioni effettuate direttamente dal fiduciante fossero state effettuate dalla stessa.
- clausola 7: Per l'ipotesi che l'incarico venga conferito da una pluralità di mandanti alla medesima società fiduciaria, si propone una disciplina tipo basata sul principio della firma disgiunta da applicarsi tutte le volte che non consti una espressa volontà contraria.  
I pilastri portanti del sistema previsto, in carenza di istruzioni difformi, sono:  
- il carattere vincolante delle istruzioni anche quando provenienti da uno solo dei fiducianti, con conseguente esonero di responsabilità della fiduciaria che esegue le istruzioni,

- solidarietà passiva tra i fiducianti in tutti i crediti nascenti dal rapporto con la conseguenza che la fiduciaria si libera adempiendo nei confronti di una qualsiasi di esso;
- si è comunque prevista la facoltà di ciascun fiduciante di bloccare l'esecuzione di istruzioni impartite e non ancora eseguite e l'eventuale conflitto determina la riduzione dei compiti della fiduciaria alla sola amministrazione ordinaria del bene

clausola 8: la clausola prevede in ossequio alle prescrizioni ministeriali la separazione delle somme di pertinenza dei fiducianti da quelle della fiduciaria. Sono stati pertanto previsti regimi diversi in funzione della giacenza temporale delle somme presso la società fiduciaria. Ove l'impiego od il ritiro delle somme avvenga nell'arco temporale di 5 giorni le somme potranno essere versate in un conto unico; qualora il detto termine sia superato, la società fiduciaria provvederà ad accreditare le somme in un apposito conto aperto in relazione al singolo incarico: In tal caso gli interessi bancari saranno accreditati dalla banca direttamente sul conto fiduciario e su di essi non potrà operarsi la compensazione ai sensi dell'art. 1853 c.c.

clausola 9: è la clausola che regola le modalità di recesso al di fuori dei casi regolati con la clausola 6). Il fiduciante e la fiduciaria potranno rispettivamente revocare e rinunciare all'incarico purché revoca e rinuncia siano comunicate per iscritto con congruo termine di preavviso. Effetto della risoluzione del rapporto è la restituzione dei beni al fiduciante, fatte salve le obbligazioni in essere. Particolare rilievo assume l'ultimo capoverso della clausola in esame che prevede a tutela dei diritti di credito sorti in relazione al mandato ormai cessato, il diritto di ritenere i beni a garanzia dei crediti della società fiduciaria eventualmente insorti fino ad integrale soddisfacimento.

clausola 10: è una clausola di intenti a carico del fiduciante che spesso nella realtà operativa trova difficile riscontro tanto che l'Associazione ha più volte suggerito, almeno per le quote di srl, di prevedere contestualmente alla intestazione la predisposizione di un mandato a reintestare.

clausola 11: è la clausola che regola la responsabilità della fiduciaria a norma degli artt. 1218, 1710, 1717 c.c. In particolare, la fiduciaria nell'espletamento del suo incarico ha facoltà ai sensi del II comma dell'art. 1717 c.c. di sostituire a sé altri per il compimento di atti ai quali non sia direttamente abilitata. In ogni altro atto per il quale la sostituzione non sia stata autorizzata dal fiduciante, la società risponde dell'operato del suo sostituto. Viceversa, non risponderà dei fatti ascrivibili ad altri soggetti, banche intermediari, ecc. di cui è autorizzata ad avvalersi in relazione all'incarico ricevuto.

clausola 12: è una clausola di manleva per ogni danno diretto o indiretto derivante dall'esecuzione dell'incarico assunto. Con ciò pertanto la fiduciaria è sollevata da ogni conseguenza patrimoniale dannosa che dovesse verificarsi.

clausola 13: la clausola in esame prevede l'obbligo del rendiconto al fiduciante dell'attività svolta mediante invio dell'apposita documentazione.

clausola 14: la clausola è volta a prevedere una riserva in via cautelativa a favore della fiduciaria, nel caso di impossibilità di espletare l'incarico riguardo al quale emergano clausole statutarie o contrattuali o vincoli di legge che rendano impossibile l'adempimento dell'incarico stesso (es. diritto di prelazione, patti parasociali ecc.)

clausola 15: con la clausola in esame si è prevista la domiciliazione contrattuale del cliente, al fine di far gravare su quest'ultimo l'onere di comunicare alla fiduciaria eventuale variazioni di indirizzo. In caso di più fiducianti per uno stesso contratto, la comunicazione eseguita da uno di loro sarà operante anche nei confronti degli altri.

clausola 16: La clausola regola, ai fini della decorrenza dei termini di preavviso, il computo dei giorni lavorativi riferiti al settore del credito, con il quale le società fiduciarie hanno maggiori rapporti di lavoro.

#### **4. L'incidenza della riforma della disciplina delle società di capitali sul contratto fiduciario.**

La nuova struttura finanziaria delle società di capitali rappresenta una novità nell'ambito della riforma.

Il codice civile ha da tempo recepito l'esistenza del contratto fiduciario con l'espressione "per il tramite di società fiduciaria" inequivocabilmente riferibile alla fattispecie di cui alla legge 1966/1939 distinguendo tale fattispecie con la medesima situazione che si verifica per il tramite di interposta persona: artt. 2357, 2358, 2359, 2359-bis, 2360, 2427, 2428, 2504-ter.

La riforma pertanto conferma ed enfatizza la funzione svolta nel "possesso indiretto" tramite l'intestazione alla società fiduciaria. La regola generale del possesso "*per il tramite di società fiduciaria o per interposta persona*" non solo è stata ribadita, ma ha avuto un definitivo inserimento nell'ordinamento con il quale il sistema dovrà confrontarsi. In particolare la nozione più diffusa (adottata anche dal testo unico bancario e dal testo unico finanziario) di "*controllo*" si avvale specificamente della fattispecie del possesso "*per il tramite di società fiduciaria*" che è distinta da quella di possesso "*per interposta persona*".

Obiettivo di questo intervento non è l'esame ed il commento di tutte le modifiche al codice civile introdotte dalla riforma, ma un primo commento di quelle modifiche che, incidendo significativamente sulla responsabilità dei soci di società di capitali, hanno ripercussioni sul contratto fiduciario e più in generale sulla operatività delle società fiduciarie.

Quanto alle problematiche scaturenti dall'esame dell'intero corpo normativo, l'Associazione si è inizialmente concentrata soltanto su quegli aspetti che, per novità e specificità, possono determinare modifiche alle procedure operative generalmente in uso presso le società fiduciarie, nell'ambito dell'intestazione di partecipazioni societarie assunte in amministrazione.

Le tematiche individuate possono sintetizzarsi nei seguenti punti:

**a) Art. 2361 partecipazioni in società di persone:**

La assunzione di partecipazioni in altre imprese, tra le quali anche le *società di persone*, amplia l'operatività della società fiduciaria ma, nel contempo, pone il tema del rischio connesso a tali partecipazioni e del modo in cui la società fiduciaria potrebbe limitarlo, fermi restando i problemi relativi al trattamento fiscale.

**b) Artt. 2325, 2362 e 2462 socio unico:**

Socio unico può essere anche una persona giuridica e comunque un'altra società senza che ciò comporti una responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, salvi i casi di cui agli artt. 2325, comma 2 e 2462 C.C. e purché ciò sia previsto dall'oggetto sociale.

Poiché può immaginarsi un diffuso ricorso a società di capitali unipersonali anche all'interno di un gruppo, potrebbero verificarsi situazioni assai varie, tra le quali sono state evidenziate le seguenti:

- 1) le partecipazioni sociali risultano appartenere a una sola persona in sede di costituzione;
- 2) muta la persona "socio unico";
- 3) sopraggiunge l'appartenenza delle partecipazioni sociali a un unico socio;
- 4) si ricostituisce la pluralità dei soci.

In attesa di definire meglio il campo di attività delle società fiduciarie che intendano proporsi come socio unico, si consiglia alle Associate di limitare l'intestazione fiduciaria, nella qualità di socio unico al solo caso di partecipazione in società unipersonale per conto di unico soggetto, fatta salva l'ipotesi che vi sia concorso di diritti reali limitati alla medesima partecipazione (esempio usufrutto e nuda proprietà) per cui in effetti vi è un unico socio.

In attesa di approfondimenti sul caso, sarebbe opportuno che le Fiduciarie adottassero i seguenti comportamenti:

- a) La Fiduciaria non sottoscriverà il 100% del capitale sociale della società costituenda (dando, pertanto, corso alla fatti specie della società c.d. unipersonale) in tutti quei casi in cui vi siano più soggetti portatori di autonomi interessi alla partecipazione sociale e di conseguenza in presenza di mandati da parte di più fiducianti;  
viceversa
  - a1) nei casi di inesistenza di una pluralità di soci effettivi, potrà essere adottata la fatti specie della società unipersonale, sottoscrivendo la fiduciaria il 100% del capitale sociale.
  - a2) in caso di adozione della fatti specie della società unipersonale la fiduciaria provvederà direttamente ad effettuare la comunicazione di cui agli artt. 2362 e 2470 comma VI, c.c., specificando che essa è intestataria della totalità del capitale per conto di un unico socio.

- b) Nei casi di partecipazione a società unipersonali il fiduciante deve essere opportunamente sensibilizzato sul fatto che eventuali cessioni a terzi, dal medesimo direttamente effettuate e non aventi per oggetto l'intera quota, comporteranno la reintestazione della partecipazione ovvero il suo trasferimento ad altra fiduciaria e comunque il crearsi di una pluralità di soci.

**c) Art. 2417 *Rappresentante comune:***

Il rappresentante comune può essere scelto al di fuori degli obbligazionisti e possono essere nominate anche le persone giuridiche autorizzate all'esercizio dei servizi di investimento, nonché le società fiduciarie.

La società fiduciaria viene quindi confermata come figura idonea per assolvere alla funzione di rappresentante comune degli obbligazionisti di società, nonché degli azionisti e dei portatori di nuovi strumenti di partecipazione introdotti dal legislatore (in base all'art. 2411 c.c.).

**d) Artt. 2445 e 2482 *riduzione del capitale sociale:***

Nei limiti invalicabili di centoventimila euro per le società per azioni, con le limitazioni previste dall'articolo 2413, e di diecimila euro per quelle a responsabilità limitata, la riduzione del capitale sociale è regolata dagli articoli 2445, 2446, 2447 e dall'art. 2482.

Con l'attuale normativa, in particolare, la riduzione del capitale per esuberanza è stata svincolata dallo stretto nesso di dipendenza con l'oggetto sociale. La deliberazione però, come per il passato, può essere eseguita soltanto dopo tre mesi dal giorno dell'iscrizione nel registro delle imprese e purché entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all'iscrizione abbia fatto opposizione.

Sarà onere della società fiduciaria verificare il decorso dei termini di prescrizione [delle obbligazioni spettanti ai creditori] e farsi rilasciare dall'organo amministrativo della società una dichiarazione relativa all'insussistenza di opposizioni prima di eseguire la restituzione al socio delle somme liberate.

**e) Art. 2447 bis e ss. *dei patrimoni destinati ad uno specifico affare:***

Particolarmente innovativa è la previsione civilistica di consentire un finanziamento non alla società nel suo complesso, ma ad un singolo progetto della società stessa. L'art. 2447 bis distingue tra:

- 1) costituzione di patrimoni destinati in via esclusiva a uno specifico affare; in questo caso i patrimoni destinati non possono essere costituiti per un valore complessivo superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società;
- 5) finanziamento di uno specifico affare: in questa ipotesi, si utilizzano delle risorse finanziarie finalizzate al compimento di uno specifico affare, con un contratto regolato dall'art. 2447 - decies.

Si è, quindi, in presenza di uno strumento di debito e non di partecipazione al capitale di rischio della società.



**f) Art. 2465 stima dei conferimenti dei beni in natura e di crediti:**

In materia di conferimenti in società, la riforma del diritto societario innova, in modo estremamente significativo, la disciplina relativa alle società nella forma di responsabilità limitata e, anche in questo caso, con una incidenza maggiore di quanto non avvenga per le società nella forma per azioni.

Il conferimento è l'apporto patrimoniale che il socio si impegna ad eseguire in favore della società all'atto della costituzione della società o in sede di aumento di capitale.

Per tale ragione in nessun caso il valore complessivo dei conferimenti può essere inferiore all'ammontare globale del capitale.

Il conferimento nella società a responsabilità limitata può essere eseguito in denaro, ovvero può essere costituito da una polizza di assicurazione o da una fideiussione bancaria.

Possono però essere conferiti anche beni, crediti e qualsiasi elemento dell'attivo suscettibile di valutazione economica secondo le prescrizioni degli articoli 2464, 2465, 2466.

Essendo più articolata la gamma dei conferimenti, ne consegue che è intestabile tutto ciò che è conferibile con l'ovvia esclusione delle prestazioni d'opera; pertanto, essendo più ampie le possibilità operative per le società fiduciarie, maggiore ne sarà la responsabilità. Esse, quindi, dovranno approfondire l'esame preliminare della natura del bene da intestare per verificare che il conseguente conferimento venga eseguito correttamente.

In ogni caso, quale che sia la natura del bene conferito, la società fiduciaria non dovrà consentire che l'apporto avvenga al di fuori del suo stretto controllo.

**g) Art. 2467 finanziamento soci in società a responsabilità limitata:**

Con il termine finanziamento, il legislatore ha inteso ricomprendere, senza distinzione, ogni operazione grazie alla quale i soci erogano finanziamenti, a titolo oneroso o gratuito, alla società.

Il rimborso del finanziamento è sottoposto alla condizione della postergazione che, qualora non rispettata, legittima la azione revocatoria.

Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è, infatti, postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e se avvenuto nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento della società deve essere restituito.

Al riguardo va sottolineato che il secondo comma dell'art. 2467 precisa che si intende per finanziamento soci ogni prestito concesso in un momento in cui l'indebitamento della società risulta eccessivamente squilibrato rispetto al patrimonio netto, ovvero quando la società versa in una situazione finanziaria tale da ritenere che sarebbe più ragionevole un conferimento in conto capitale. Ne consegue che, in ogni altro caso, il finanziamento dei soci dovrà essere parificato a quello concesso da altri soggetti e quindi rimborsato alle condizioni contrattualmente convenute.

La società fiduciaria che, essendo intestataria di quote sociali e trovandosi nelle condizioni di cui all'art. 2467 2° comma C.C. abbia assunto ed eseguito l'incarico di erogare un finanziamento per conto del socio, e sia stata rimborsata della somma del finanziamento erogato (in quanto venuto a scadenza, perché altrimenti si rientrerebbe nella revocatoria ordinaria fallimentare biennale) si troverà esposta, per l'anno successivo al rimborso, al rischio di vedersi proporre l'azione revocatoria.

In linea di principio, vi sono significativi argomenti per sostenere che la norma non si applichi alle fiduciarie, tenuto conto che la norma ha natura senz'altro eccezionale e che non può parificarsi la posizione del socio a quella della fiduciaria.

Tuttavia, anche in considerazione dell'esperienza comparatistica, non si può escludere che i giudici ritengano di applicare la norma anche al soggetto interposto.

A questo riguardo, sembra ragionevole, allo stato, suggerire alla società fiduciaria che ha ricevuto in restituzione un finanziamento dalla società:

- a) di trattenere la somma ricevuta cautelativamente fino al compimento dei due anni;
- b) oppure di chiedere al socio garanzie al momento della restituzione;
- c) o, quale ultima ed estrema possibilità, di cedere al fiduciante il credito nei confronti della società sovvenzionata.

Ai finanziamenti effettuati alla società azionaria non si applica, in via generale, la norma sulla postergazione

Tuttavia particolare attenzione andrà posta nel caso in cui la fiduciaria, per conto di un proprio fiduciante avente forma societaria (e quindi anche S.p.a.), sia resa destinataria di rimborsi da parte della controllante del fiduciante o da parte di un'altra società facente parte del suo stesso gruppo. A tal proposito si ricorda infatti che ai sensi dell' art. 2497 -quinquies *"ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti si applica l'articolo 2467"*.

#### **h) Art. 2476 Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci:**

Il comma 7 introduce la responsabilità solidale con gli amministratori, dei soci della società a responsabilità limitata che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato atti dannosi per la società, per i soci o per i terzi.

Si premette che, sotto il profilo giuridico, deve essere accertata inequivocabilmente la portata dell'avverbio "intenzionalmente", dal momento che il socio non può essere colpito dalle disposizioni a lui sfavorevoli portate dall' articolo in commento se non previo accertamento della sua volontà, all'atto della decisione, di arrecare danno alla società, ai soci, ai terzi.

In particolare si deve tenere presente che con il nuovo ordinamento i soci sono chiamati a decidere e non a deliberare sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo e quindi non è chiara la posizione del socio che abbia intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi.

Ad un primo esame parrebbe che ciò possa avvenire solo in presenza della surroga nei poteri attribuiti agli amministratori dallo statuto, ferma restando l' "intenzionalità" di decidere l'atto dannoso.

Così facendo, infatti, il socio si porrebbe sullo stesso piano di responsabilità dell'amministratore e pertanto risponderebbe in proprio (come l'amministratore).

In dottrina si tende a escludere la responsabilità puramente formale del socio a favore di quella sostanziale, ossia della volontà del socio di sostituirsi all'amministratore nella gestione della società compiendo intenzionalmente atti dannosi per la società stessa, per i soci e per i terzi.

Sarebbe comunque quanto meno opportuno adottare, quale misura cautelativa, che in sede di costituzione di nuova società, la fiduciaria pretendesse che l'atto costitutivo o lo statuto recepissero la specificità della qualifica di socio-società fiduciaria ossia di soggetto intestatario ai sensi della legge 1966/1939.

Ciò vale anche per le partecipazioni societarie già acquisite che entro il settembre 2004 dovranno adeguare l'oggetto sociale in sede di modifica statutaria.

In caso di nuove intestazioni fiduciarie di partecipazioni in società già costituite sarà opportuno che la società fiduciaria abbia a verificare come è regolata l'attribuzione dei poteri e farsi rilasciare garanzie patrimoniali e contrattuali adeguate ai rischi connessi con le decisioni che la società fiduciaria dovrà prendere per conto del fiduciante. Sarà quindi opportuno che nelle società a responsabilità limitata, ove possibile, sia deferito all'organo amministrativo il più ampio potere decisionale, riducendo al minimo le ipotesi di decisioni assunte direttamente dai soci al di fuori dall'assemblea.

È, peraltro, opportuno ricordare che ai sensi dell'art. 2479, 4° comma, c.c. è previsto che su richiesta anche di un solo amministratore, ovvero di tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale, si rimetta la decisione all'assemblea (coinvolgendo quindi la diretta responsabilità dei soci).

Al fine di ampliare le cautele, in via di principio dovrebbe essere adottata come misura precauzionale una procedura intesa a far conoscere agli Amministratori ed eventualmente all'organo di controllo, che la fiduciaria assume la partecipazione in quanto tale e quindi ai sensi e per gli effetti della Legge 1966/1939 giusta autorizzazione Ministeriale (citandone gli estremi) e comunque, sia che la dichiarazione di cui sopra sia inserita in un atto destinato al pubblico (ad esempio atto costitutivo, atto compravendita di quote) sia che venga formulata in apposita comunicazione indirizzata agli Amministratori o ai Sindaci. Inoltre, la società fiduciaria dovrà preoccuparsi di esigere, finché essa rimarrà iscritta nel libro soci, che gli Amministratori abbiano ad informarla di qualsiasi convocazione di assemblea o comunque di qualsiasi atto di manifestazione di volontà richiesto ai soci e ciò affinché la fiduciaria possa riferire tempestivamente al proprio fiduciante ottenendo le istruzioni del caso.

***i) Art. 2497 e ss. Direzione e coordinamento di società:***

Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci o dei creditori delle società controllate. Risponde in solido chiunque abbia comunque preso parte al fatto lesivo e chiunque ne abbia consapevolmente tratto beneficio, nei limiti del vantaggio conseguito.

A questo fine (responsabilità nei confronti dei soci e dei creditori delle società controllate) si presume, " *salvo prova contraria*", che l'attività di coordinamento e di controllo sia esercitata dalle società o enti tenuti al consolidamento dei loro bilanci o che comunque ne esercitino il "controllo" ai sensi dell'articolo 2359.

Pur essendo del tutto evidente che la società fiduciaria non può mai rientrare nella catena partecipativa della società intestata fiduciariamente quando espliciti la sua attività istituzionale, per evitare che essa si trovi coinvolta nelle responsabilità imposte dagli artt. 2497 e ss. essa dovrà avere cura di dichiarare sempre che agisce nella sua qualità di società fiduciaria autorizzata ai sensi della legge 1966/1939.

Infatti, le prescrizioni di cui al citato articolo dovranno applicarsi non nei confronti delle società fiduciarie che abbiano operato su mandato, ma nei confronti del mandante, che sia tenuto all'obbligo di comunicazione all'amministratore della società controllata.

E pertanto in via cautelare le società fiduciarie che siano intestatarie di beni per conto di fiducianti - rientranti o meno nelle previsioni di cui all'articolo in commento -al fine di evitare che gli amministratori effettuino indebitamente la segnalazione di cui all'art. 2497-bis C.C., potranno rilasciare una dichiarazione nella quale manifestino agli amministratori della società emittente di essere intestatari della partecipazione nei termini previsti dall'autorizzazione rilasciata a norma della legge 23 novembre 1939, n. 1966.

Di tale dichiarazione scritta, la società fiduciaria potrà inviare copia contemporaneamente anche al proprio fiduciante, affinché questi provveda agli adempimenti richiesti sotto la propria diretta responsabilità.

A questo fine è opportuno ricordare che per partecipazione rilevante ai sensi dell'art. 2359, primo comma, punto 1, C.C. si intende una partecipazione percentualmente superiore al 50% del capitale sociale, ovvero si fa riferimento alla maggioranza dei voti esercitabili in assemblea, ovvero si fa riferimento alla soggezione contrattuale della società controllata.

## **l) "corporate governance" e "corporate finance": connessioni e conflitto di interessi**

Nelle società per azioni non a ristretta base azionaria va posta attenzione a come è stato attribuito il "diritto di voto" in costanza di un esteso ricorso alla nuova facoltà di articolare in vario modo la "struttura finanziaria".

Per il diritto di voto:

- azioni ordinarie,
- azioni correlate,
- azioni privilegiate

Per i diritti amministrativi:

- strumenti finanziari (similari alle azioni) di cui all'art. 2346 ultimo comma;
- strumenti finanziari (diversi dalle azioni) di cui all'art. 2349 ultimo comma: strumenti finanziari a favore dei dipendenti,
- strumenti finanziari di cui all'art. 2351 ultimo comma: a voto limitato.

## **m) aumento del capitale sociale e delega agli amministratori:**

In caso di *aumento delegato* (art. 2443 c.c.), lo statuto può prevedere il potere di escludere ovvero di limitare il diritto di opzione dei soci. L' *aumento delegato* (2481 e 2481-bis) può prevedere l'aumento mediante offerta di quote di nuova emissione a terzi.

## **5) la riforma del diritto societario e il contratto fiduciario**

Per affrontare le nuove e più urgenti problematiche l'Associazione ha allo studio una revisione del contratto di amministrazione.

In particolare:

- si è ritenuto opportuno ridenominare l'oggetto della amministrazione fiduciaria, definendoli come "beni" ai sensi dell'art. 810 c.c.: "sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti".
- si è adeguato il termine per il deposito dei titoli in assemblea;
- si è prevista una clausola specifica con conseguente manleva per la verifica della convocazione delle assemblee;
- si è prevista una esclusione specifica dell'obbligo per la fiduciaria di chiedere copia dei verbali delle assemblee alle quali non abbia partecipato ferma restando la manleva da qualunque omissione di attività derivante dalla mancata disponibilità dei verbali stessi.

- si è previsto che contrattualmente la fiduciaria nei rapporti negoziali con i terzi dichiara che svolge l'attività disciplinata dalla legge 1939 n. 1966 e che non svolge attività in proprio. Pertanto è stato regolato l'istituto della estromissione prevedendo contrattualmente che il fiduciante l'autorizzi in caso di insorgenza di liti di dichiarare le generalità del fiduciante e che qualora il terzo contraente non consenta la clausola esonerativa si è previsto che la fiduciaria abbia facoltà di recesso dal contratto o di eseguire l'incarico senza danni per inadempimento contrattuale.
- si è prevista una specificazione degli obblighi a carico del fiduciante sui beni intestati con particolare riferimento al:
  - a) divieto di utilizzo della intestazione fiduciaria per eludere norme imperative o responsabilità proprie del fiduciante;
  - b) divieto di agire in conflitto di interesse con la società partecipata fiduciariamente (sia per i delegati della fiduciaria sia per quelli designati direttamente dal fiduciante);
  - c) divieto in generale di tenere comportamenti che possano determinare a carico della società fiduciaria responsabilità nei confronti della società partecipata o di terzi
  - d) ed infine, ai sensi e per gli effetti dell' art. 2476 , penultimo comma, il fiduciante si impegna nei confronti della società fiduciaria a non dare intenzionalmente istruzioni in danno della società partecipata ad altri soci o a terzi ed in ogni caso il fiduciante sollevata da ogni onere o danno che derivasse alla società fiduciaria da pretese nei confronti di quest'ultima da parte di terzi soci o della società partecipata stessa qualora il fiduciante abbia dato istruzioni tali da determinare intenzionalmente atti dannosi.
- si è inoltre intervenuti nella regolamentazione del ritrasferimento dei beni al fiduciante delle partecipazioni sociali prevedendo un conferimento di mandato irrevocabile a ritrasferire le partecipazioni al fiduciante anche in sua assenza secondo le modalità di circolazione che sono proprie del bene intestato.
- si è infine prevista una più generica autorizzazione alla fiduciaria di rendere note le generalità del fiduciante in occasione di eventuali controversie con parti terze ove la fiduciaria, a suo insindacabile giudizio, lo reputi utile per la propria tutela o a fini di manleva ed acclaramento dei fatti o per l'effettiva imputazione giuridica ed economica degli effetti degli atti compiuti o delle dichiarazioni rese.

Al fine di delimitare la propria responsabilità nell'ambito della specifica attività quali soggetti operanti in virtù di autorizzazione ministeriale ai sensi di legge e di regolamento, si consiglia le Associate a palesare in ogni circostanza tale qualifica con particolare riferimento ad ogni "manifestazione di volontà" avente rilevanza giuridica, sia nell'ambito dei rapporti societari, sia nei rapporti con i terzi. Ciò, dovrebbe consentire alle società fiduciarie, in assenza di una espressa normativa "primaria" in materia, la possibilità di eccepire la propria posizione di "socio fiduciario", in qualsiasi sede contenziosa e quindi sia in sede civilistica, che in sede penale, fiscale ed amministrativa in genere.

## 5 Intestazione di contratti di gestione patrimoniale

Come ormai noto, per averne diffusamente trattato in sede associativa, la CONSOB con propria comunicazione del 4 novembre 1998 n. DI/98086703 ha ritenuto ammissibile l'intestazione a società fiduciarie di amministrazione di contratti di G.P.M.

Così come è altrettanto noto che la CONSOB parte da alcune considerazioni generali circa le modifiche introdotte dal D. Lgs. 58/1998 nelle operazioni di gestione di patrimoni mobiliari per giungere alla conclusione che per essere definito "personalizzato" il rapporto tra intermediario e investitore sono necessari alcuni requisiti:

- a) la conoscenza delle caratteristiche del cliente (obiettivi d'investimento, situazione finanziaria, esperienza in materia di strumenti finanziari, propensione al rischio);
- b) la possibilità di scambiare ulteriori informazioni con il cliente medesimo, prima dell'inizio della prestazione dei servizi e durante la prestazione dei servizi stessi  
( gli intermediari non possono effettuare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate - e cioè elaborate in considerazione della sua situazione individuale - sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte d'investimento o disinvestimento);
- c) gli elementi minimali delle caratteristiche della gestione che devono essere obbligatoriamente inseriti nei contratti con i clienti (categorie di valori mobiliari, tipologia di operazioni, leva finanziaria, parametro oggettivo di riferimento).

La CONSOB ha precisato però che la nuova normativa permette di riconoscere il requisito della personalizzazione non tanto sul piano della mera "conoscenza anagrafica" bensì più opportunamente su quello delle "caratteristiche rilevanti e della sua volontà".

E' su questi presupposti e sull'impegno assunto dalla Associazione di raccomandare alle proprie Associate l'inserimento nei contratti stipulati con più intermediari gestori di una specifica clausola che preveda la fornitura delle generalità di fiducianti e di ulteriori dati alla CONSOB stessa – su richiesta – che è stata ritenuta ammissibile l'intestazione fiduciaria di contratti di gestione.

Ciò a patto che siano tenuti i seguenti comportamenti:

- 1) nell'ambito della prima fase, innanzitutto, il fiduciante deve essere reso identificabile in modo univoco attraverso l'attribuzione di un codice convenzionale. L'intermediario deve poi ricevere dalla fiduciaria tutte le informazioni sul cliente (con l'eccezione dei soli nome e cognome). Inoltre, l'intermediario deve ottenere l'attestazione, firmata dalla fiduciaria, dell'avvenuta consegna del documento sui rischi generali al fiduciante;
- 2) deve essere consentito all'intermediario di fornire al cliente, per il tramite della fiduciaria, informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni delle operazioni o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte d'investimento o disinvestimento. Nel caso del servizio di gestione, tali informazioni dovranno consentire al cliente, identificato a mezzo del codice personale, di poter consapevolmente prescegliere le caratteristiche della gestione;

- 3) il contratto, nell'ambito delle condizioni da convenirsi eventualmente con la fiduciaria, deve disciplinare le modalità attraverso cui il servizio potrà essere prestato, tenendo conto della peculiarità del caso e prevedendo:
- i modi attraverso cui il cliente potrà comunque rendersi "palese" nei confronti dell'intermediario e sostituirsi alla fiduciaria (al fine di consentire al cliente la possibilità di controllare direttamente, in qualsiasi momento, che la fiduciaria segue fedelmente le proprie disposizioni);
  - il richiamo degli obblighi di legge e regolamentari previsti dalla normativa di settore, al cui rispetto l'intermediario e la fiduciaria, in quanto obbligata a svolgere correttamente il proprio mandato, sono tenuti.

In base alle premesse, la procedura da seguire per l'intestazione di contratti G.P.M. è la seguente:

- 1) la fiduciaria riceve l'incarico da parte del fiduciante e l'autorizzazione a richiedere la modulistica all'intermediario indicato dal fiduciante stesso;
- 2) la fiduciaria invia al gestore la convenzione integrativa del contratto di gestione e contestualmente richiede al gestore la seguente modulistica:
  - scheda finanziaria;
  - documento sui rischi generali degli investimenti;
- 3) il fiduciante fornisce le informazioni richieste e rilascia alla Fiduciaria la documentazione sopra indicata;
- 4) la fiduciaria consegna al gestore la scheda finanziaria debitamente compilata e l'attestazione, firmata dalla stessa fiduciaria, dell'avvenuta consegna al fiduciante del documento sui rischi generali;
- 5) il gestore determina il profilo di rischio del cliente nonché le caratteristiche della gestione che intende consigliare, sulla base delle informazioni ricevute tramite la fiduciaria e rilascia alla fiduciaria sia la proposta relativa ai tipi di gestione suggeriti sia la conseguente documentazione idonea a fornire al cliente (sempre per il tramite della fiduciaria) le informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni delle operazioni o del servizio proposto, la cui conoscenza sia necessaria al cliente per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento (eventualmente si potrebbe prevedere con una dichiarazione del cliente di avere ricevuto tali informazioni, con manleva per la fiduciaria).  
Nel proporre il tipo di gestione, il gestore deve indicare le caratteristiche della gestione così come indicato nell'art. 38 del regolamento CONSOB n. 11522/98 e successive integrazioni e modificazioni, che dovranno essere specificate anche nel contratto stipulato con la fiduciaria (punto c, pag. 1 della comunicazione CONSOB del 4 novembre 1998);
- 6) il fiduciante sceglie il tipo di gestione tra quelle indicate dal gestore come "adeguate" rispetto al suo profilo di rischio;
- 7) la fiduciaria stipula il contratto di mandato senza rappresentanza con il fiduciante, avente ad oggetto il contratto di gestione prescelto dal fiduciante stesso,
- 8) la fiduciaria stipula, in nome proprio, il contratto di gestione con il gestore;  
Tale contratto deve contenere necessariamente tutti gli elementi prescritti dal regolamento CONSOB n. 11522/98 e successive integrazioni e modificazioni.



In particolare deve prevedere:

- a) le caratteristiche della gestione e, quindi, la categoria di strumenti finanziari, la tipologia di operazioni, la leva finanziaria ed il parametro oggettivo di riferimento (pag. 1, punto c della Comunicazione CONSOB del 4 novembre 1998), nonché le eventuali ulteriori limitazioni contrattuali richieste al gestore circa il novero e le caratteristiche degli strumenti finanziari suscettibili di immissione o esclusione dal portafoglio gestito fra cui, in via specifica, l'indicazione delle eventuali partecipazioni al capitale sociale di S.p.A. quotate da escludere dalla gestione;
- b) l'impegno, da parte della fiduciaria, di fornire le generalità dei fiducianti e ulteriori dati alla CONSOB su richiesta di quest'ultima formulata al gestore;
- c) i modi attraverso cui il cliente potrà comunque rendersi "palese" nei confronti del gestore per rilevare le informazioni e la documentazione relativa alla gestione;
- d) il richiamo agli obblighi di legge e regolamenti previsti dalla normativa di settore.

Inoltre, qualora il fiduciante decida di variare la linea di gestione, la fiduciaria dovrà preliminarmente richiedere al gestore una dichiarazione scritta relativa alla congruità di tale operazione rispetto al profilo di rischio del cliente precedentemente determinato:

- a) qualora l'operazione rientri in tale profilo, la fiduciaria potrà eseguire l'istruzione del fiduciante;
- b) qualora l'operazione non vi rientri la fiduciaria, prima di poter eseguire la nuova disposizione del fiduciante, dovrà richiedere al gestore di fornire al fiduciante stesso, per suo tramite, le prescritte informazioni sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni relative alla nuova operazione richiesta, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento (eventualmente sostituibile con una dichiarazione del cliente che dichiara di avere ricevuto tali informazioni, con manleva per la fiduciaria).

Una volta così individuato lo schema operativo verrà sottoscritto il mandato. L'oggetto del contratto consiste nell'incarico che il fiduciante attribuisce alla società fiduciaria di stipulare con il gestore a nome della fiduciaria stessa ma per suo conto, il contratto di gestione con diretta assunzione da parte del fiduciante delle conseguenze di legge e di contratto inerenti alle caratteristiche della gestione, gli ambiti di investimento e le scelte del gestore, nonché degli oneri connessi alle facoltà di intervento consentite al mandante nel corso del contratto:

- rilasciare al gestore, al momento della stipula del contratto, per conto del fiduciante e sotto la sua responsabilità, la dichiarazione del regime fiscale da adottarsi;
- effettuare apporti e prelievi in corso di rapporto in conformità alle istruzioni del fiduciante;
- richiedere al gestore, per conto del fiduciante, ogni informazione relativa alla gestione, ricevere i rendiconti periodicamente forniti dal gestore e trasmettere i medesimi al fiduciante, previa registrazione nelle scritture contabili come di spettanza di terzi, del valore complessivo netto del patrimonio del fiduciante;
- eseguire le eventuali nuove istruzioni del fiduciante relative al contratto di gestione;
- consegnare all'Amministrazione finanziaria, su specifica richiesta della stessa (formulata anche tramite il gestore) l'originale della dichiarazione di opzione sopra indicata relativa al regime fiscale;
- fornire direttamente alla CONSOB, su specifica richiesta della stessa (formulata anche tramite il gestore) i dati e le notizie relativi alla identità del ed ogni altra informazione in possesso della fiduciaria e relativa al contratto.

Le clausole e le condizioni dell'incarico si applicano ai beni conferiti inizialmente ed a quelli successivamente apportati, nonché a quelli derivanti dalle operazioni di investimento o disinvestimento poste in essere dal Gestore nell'ambito del contratto di gestione e sulla base di specifici incarichi successivi, nonché ai diritti, ai proventi ed ai frutti comunque maturati o riferibili ai beni oggetto dell'incarico.

Le indicazioni di cui sopra valgono sia che si opti per l'adozione di un mandato ad hoc "per persona da nominare"; sia che si opti per un mandato integrativo del modello standard.

Infine, per ottemperare alle prescrizioni della CONSOB sarà poi necessaria una comunicazione alla Banca per il "palesamento" da rilasciare al fiduciante e la comunicazione integrativa con la Banca.

Va infine ricordato che la CONSOB con il palesamento ha inteso regolamentare la facoltà di controllo diretto del fiduciante sull'operato della società fiduciaria. Quindi la facoltà concessa al fiduciante attiene unicamente alla possibilità di verificare se la società fiduciaria abbia eseguito fedelmente le istruzioni ricevute. Qualora il fiduciante impartisca istruzione direttamente al gestore e quest'ultimo le esegua, secondo il contratto e secondo il D.M. 16 gennaio 1995, ciò comporterà motivo di recesso da parte della società fiduciaria.

Nella contabilità delle società fiduciarie i beni verranno inseriti come detto, nei conti d'ordine al controvalore del patrimonio gestito e non per singolo cespite.

## **6) Intestazione di beni immobili e di altri beni**

Le società fiduciarie, allo stato, non intestano beni immobili.

Infatti, pur essendo tale operazione fattibile sul piano teorico, in pratica il regime fiscale del trasferimento (IVA – INVIM – Registro) non rende attuabile il trasferimento della titolarità dell'immobile.

Nella istanza inoltrata al Ministero delle Finanze si è riaffermato che l'intestazione fiduciaria non comporta il trasferimento sostanziale della proprietà e sono state richiamate le leggi di trasparenza e neutralità fiscale delle intestazioni. Ciò, potrebbe aprire possibilità operative anche sugli immobili laddove il Ministero delle Finanze accettasse che l'intestazione fiduciaria, non avendo effetto traslativo dei diritti, non comporta l'applicazione dell'imposta sui trasferimenti. La questione è ora allo studio del Legislatore.

## **6) Altre tipologie contrattuali.**

L'attività fiduciaria non si esaurisce però nei casi fin qui descritti, ma potrà estrinsecarsi anche in altre fattispecie legate alla necessità ed al momento.

Le stesse considerazioni svolte per gli immobili e dei beni mobili registrati, valgono anche per l'intestazione di brevetti che, pur ammissibili sul piano civilistico, non trovano riscontro nel principio di trasparenza fiscale.

L'utilizzazione della intestazione fiduciaria, oggi trova comunque una sua applicazione anche:

- nell'acquisto o nella vendita di pacchetti di controllo di società commerciali;
- nell'acquisto o nella vendita, sempre a nome proprio, ma per conto altrui, di aziende, opere d'arte anche concorrendo ad aste (in tutti i casi con eventuale riserva di dichiarare l'effettivo proprietario ad affare concluso);
- nell'amministrare beni immobili, universalità di beni (comunioni, eredità giacenti etc.), anche in relazione ad incarichi di organizzazione aziendale aventi per oggetto le stesse aziende amministrate, intendendosi l'amministrazione limitata alla contabilizzazione ed al compimento degli atti amministrativi inerenti e conseguenti;
- negli incarichi di tenere il libro dei soci e/o degli obbligazionisti di società a larga base azionaria od obbligazionaria e di compiere tutti gli adempimenti connessi a tale funzione;

- i mandati a ricevere in deposito, a custodia ed in garanzia, beni mobili di qualsiasi genere, inclusi pacchi e plichi, preziosi e gioielli ed a disporne in conformità alle istruzioni ricevute.

Per tutte queste fattispecie operative, pur restando fermi i principi base della attività fiduciaria, il rapporto contrattuale fra fiduciaria e fiduciante si svolgerà sulla base di quelle specifiche regole che di volta in volta, nel pieno rispetto della libertà di determinazione contrattuale, le parti decideranno di darsi in quanto confacenti alle esigenze del caso.