

Giovambattista PALUMBO

Capo Team Legale, Avvocato, presso un Ufficio dell' Agenzia delle Entrate. Nel 2008 e 2012, per conto della Commissione Europea, ha partecipato a missioni in Kosovo e Serbia. Ufficiale delle Forze di Completamento Esercito, richiamato nel 2004, 2005, 2013, ha ricevuto un Elogio, due Encomi semplici, un Encomio solenne. Svolge attività pubblicistica attraverso la pubblicazione di articoli e libri.

GLI SCHERMI PER NASCONDERSI DAL FISCO

INDICE

- 1) I fondi patrimoniali familiari**
- 2) Fiduciarie: riservatezza ed accertamenti**

1) I fondi patrimoniali familiari

L'articolo 167 del codice civile stabilisce che *“Ciascuno o ambedue i coniugi, per atto pubblico, o un terzo, anche per testamento, possono costituire un fondo patrimoniale, destinando determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri, o titoli di credito, a far fronte ai bisogni della famiglia...”*. Il 170, a sua volta, poi dispone che *“La esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia”*.

Infine, l'articolo 2901, in tema di revocatoria ordinaria, stabilisce che *“Il creditore, anche se il credito è soggetto a condizione o a termine, può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni, quando concorrono le seguenti condizioni:*

1) che il debitore conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore o, trattandosi di atto anteriore al sorgere del credito, l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento;

2) che, inoltre, trattandosi di atto a titolo oneroso, il terzo fosse consapevole del pregiudizio e, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, fosse partecipe della dolosa preordinazione....”.

Su tale argomento, peraltro, la sentenza della Corte suprema n. 15862 del 7 luglio 2010, ha affermato importanti principi. Infatti, ha stabilito che *“Compete al giudice del merito accertare se il debito per il quale l'agente della riscossione intende agire esecutivamente sui beni del contribuente soggetti alla costituzione di fondo patrimoniale ex art. 170 c.c. sia riconducibile alle necessità della famiglia. Il divieto di esecuzione forzata sui beni ricompresi nella convenzione estende la propria efficacia ai crediti sorti anteriormente alla formazione del fondo, salva l'esperibilità dell'azione revocatoria giusta la disciplina stabilita dall'art. 2901 c.c..”.*

La questione all'esame della Corte riguardava, in particolare, il fatto se i debiti tributari potessero o meno ritenersi contratti per sopperire ai bisogni della famiglia, laddove i contribuenti si opponevano alla sentenza di secondo grado, che aveva deciso per l'inopponibilità al creditore/Amministrazione finanziaria del divieto di “aggressione” dei beni costituiti in fondo patrimoniale, ritenendo tale divieto limitato alle sole obbligazioni derivanti da contratto e non anche invece a quelle legali, come appunto quelle da debiti tributari.

Come risulta dal richiamato articolo 167, l'istituto del fondo patrimoniale consiste, in sostanza, in un vincolo posto nell'interesse della famiglia su di un complesso di beni determinati (immobili, mobili registrati o titoli di credito) e realizza la costituzione di un patrimonio separato o destinato, con anche limitazione dei poteri dispositivi in capo ai costituenti.

Il vincolo dei beni è infatti finalizzato a destinare gli stessi all'esclusivo soddisfacimento dei diritti di mantenimento, assistenza e contribuzione esistenti nell'ambito della famiglia e giustifica quindi il già citato divieto di esecuzione sui beni destinati al fondo (e sui relativi frutti).

Questi, in virtù della loro specifica destinazione, rispondono soltanto per obbligazioni assunte nell'interesse della famiglia.

La Corte, dunque, affermava il principio per cui il criterio identificativo dei crediti il cui soddisfacimento può essere realizzato in via esecutiva sui beni conferiti nel fondo va in realtà ricercato non già nella natura delle obbligazioni, ma nella relazione esistente tra il fatto generatore

di esse e i bisogni della famiglia (cfr Cassazione, sentenze nn. 8991/2003 e 12998/06), non potendosi pertanto ritenere non applicabile il divieto di esecuzione sui beni del fondo di cui all'articolo 170 sulla base della natura legale e non contrattuale dell'obbligazione tributaria azionata in via esecutiva, ma dovendosi piuttosto accertare, in punto di fatto, se il debito possa dirsi contratto o meno per soddisfare i bisogni della famiglia.

In proposito i giudici di legittimità, *“se è vero, secondo la giurisprudenza di questa Corte (ancora Cass. n. 12998/06), che tale finalità non può dirsi sussistente per il solo fatto che il debito sia sorto nell'esercizio dell'impresa, è evidente tuttavia che la richiamata circostanza non è, a contrario, nemmeno idonea ad escludere in via di principio che il debito possa dirsi contratto per soddisfare detti bisogni”*.

L'accertamento relativo alla riconducibilità dei debiti alle esigenze della famiglia va dunque rimesso al giudice di merito, che può eventualmente legittimare la possibilità per l'ufficio di poter prescindere dal divieto di esecuzione di cui al citato articolo 170 del codice civile.

Quanto poi ai criteri cui tale accertamento deve conformarsi, i giudici di legittimità ricordano che *“sono ricompresi nei detti bisogni”* familiari, *“anche le esigenze volte al pieno mantenimento ed all'armonico sviluppo della famiglia, nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, con esclusione solo delle esigenze di natura voluttuaria o caratterizzate da interessi meramente speculativi (Cass. n. 5684/06)”*, laddove peraltro *“anche operazioni meramente speculative possono essere ricondotte ai bisogni della famiglia, allorchè appaia certo, in punto di fatto, che esse siano state poste in essere al solo fine di impedire un danno sicuro al nucleo familiare”*.

Del resto, conclude ancora la Corte, *“è invece irrilevante qualsiasi indagine riguardo alla anteriorità del credito rispetto alla costituzione del fondo, in quanto l'art. 170 c.c. non limita il divieto di esecuzione forzata ai soli crediti (estranei ai bisogni della famiglia) sorti successivamente alla costituzione del fondo, ma estende la sua efficacia anche ai crediti sorti anteriormente, salva la possibilità per il creditore, ricorrendone i presupposti, di agire in revocatoria ordinaria (Cass. nn. 3251/96, 4933/05)”*.

I beni inseriti nel fondo patrimoniale (la cui costituzione va peraltro inquadrata come atto a titolo gratuito) potranno dunque essere “aggredditi”, sia laddove il debito tributario possa essere comunque ricondotto a interessi familiari (a cui appunto il fondo stesso è destinato), dato che in questo caso il divieto non sarà opponibile all'Amministrazione, sia comunque con revocatoria ordinaria (ex articolo 2901 c.c.).

Per capire allora in quali casi è possibile ricorrere a tale ultimo strumento, è necessario ritornare sui precedenti della Corte suprema, laddove, con la sentenza n. 966/2007, dopo aver ribadito che il negozio costitutivo del fondo patrimoniale, anche quando proviene da entrambi i coniugi, è atto a

titolo gratuito, che può essere dichiarato inefficace nei confronti dei creditori a mezzo di azione revocatoria ordinaria, ha poi affermato che *“a determinare l’“eventus damni” è sufficiente anche la mera variazione qualitativa del patrimonio del debitore integrata con la costituzione in fondo patrimoniale di bene immobile (nel caso l’unico) di proprietà dei coniugi”*, in tal caso determinandosi il pericolo di danno costituito dalla eventuale infruttuosità di una futura azione esecutiva.

Secondo la Corte, inoltre, sotto il profilo dell’elemento soggettivo, nei casi di costituzione in fondo patrimoniale successiva all’assunzione del debito, *“è sufficiente la mera consapevolezza di arrecare pregiudizio agli interessi del creditore (“scientia damni”), la cui prova può essere fornita anche tramite presunzioni, senza che assumano viceversa rilevanza l’intenzione del debitore medesimo di ledere la garanzia patrimoniale generica del creditore (“consilium fraudis”) né la relativa conoscenza o partecipazione da parte del terzo”*.

La costituzione del fondo patrimoniale può essere dunque dichiarata inefficace a mezzo di azione revocatoria ordinaria, laddove sussistano le condizioni (esistenza di un valido rapporto di credito, effettività del danno, inteso come lesione della garanzia patrimoniale a seguito del compimento da parte del debitore di un atto traslativo, ricorrenza, in capo al debitore, ed eventualmente in capo al terzo, della consapevolezza che, con l’atto di disposizione, venga a diminuire la consistenza delle garanzie spettanti ai creditori). Attraverso la stessa revocatoria potrà essere ricostituita la garanzia assicurata al creditore dal patrimonio del suo debitore, al fine di permettergli appunto il soddisfacimento coattivo del suo credito, avendo peraltro la revocatoria efficacia retroattiva, in quanto l’atto dispositivo risulta viziato sin dall’origine (Cassazione, sentenza n. 19131/2004).

Del resto, in presenza di atto a titolo gratuito, come la costituzione di fondo patrimoniale, ai fini della possibilità di esperire la revocatoria ordinaria è necessario e sufficiente che il debitore conoscesse il pregiudizio che l’atto arrecava alle ragioni del creditore, o, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, che l’atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento.

Quanto al profilo oggettivo dell’*eventus damni* non è del resto necessario che l’atto di disposizione del debitore abbia reso impossibile la soddisfazione del credito, ma è sufficiente che abbia determinato o aggravato il pericolo dell’insufficienza del patrimonio a garantire il credito del revocante. Quanto al requisito soggettivo, invece, quando l’atto di disposizione è successivo al sorgere del credito, è necessaria e sufficiente la consapevolezza di arrecare pregiudizio agli interessi del creditore.

In termini di prova, inoltre, si sottolinea come la Corte di cassazione ha ritenuto che i presupposti per la revocatoria sussistano senz’altro laddove il debitore abbia posto in essere una serie

contestuale e plurima di atti dispositivi del proprio patrimonio, potendosi in questi casi fondatamente presumere che egli fosse consapevole che, così facendo, arrecava un concreto pregiudizio alle ragioni dei propri creditori.

E', peraltro, di sicuro interesse anche la sentenza n. 38925 del 7 ottobre 2010 della Suprema Corte che era stata chiamata a pronunciarsi in seguito ad un provvedimento di sequestro preventivo emesso dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Pistoia sui beni fatti confluire da una famiglia in un fondo patrimoniale allo scopo di sottrarli al pagamento delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto per un importo ampiamente superiore alla soglia dei 51.645 euro configurando così il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, previsto all'art. 11 del D. Lgs. 74/2000. La Cassazione ha così stabilito che *“ai fini dell'integrazione del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte (D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 11) non è necessario che sussista una procedura di riscossione in atto (cfr. sez. 5, 10.1.2007 n. 7916, Cutillo, RV 236053; conf. sez. 3, 4.4.2006 n. 17071, De Nicolo, RV 234322) essendo sufficiente l'idoneità dell'atto simulato o ritenuto fraudolento a rendere in tutto o in parte inefficace una procedura di riscossione coattiva da parte dello Stato. Appare, pertanto, evidente la natura di reato di pericolo della fattispecie prevista dal D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 11, essendo stato anticipato il momento sanzionatorio alla commissione di qualsiasi atto che possa porre in concreto pericolo l'adempimento di un'obbligazione tributaria, indipendentemente dalla attualità della stessa. Il reato può essere commesso sia con alienazioni simulate che con altri atti fraudolenti.*

Ciò premesso si rileva che gli atti posti in essere dagli indagati erano indubbiamente idonei a diminuire le garanzie patrimoniali del Fisco. La loro stipulazione è chiaramente sospetta sia perchè effettuata in coincidenza con i primi accertamenti o comunque con le prime verifiche da parte della polizia tributaria, sia perchè l'alienazione è stata effettuata in favore di persone vicine alla famiglia dei ricorrenti e prive di garanzie adeguate a garantire il pagamento del residuo prezzo stabilito nel contratto.

In particolare, la costituzione di un fondo patrimoniale, avente ad oggetto tutti i beni mobili ed immobili della società, era indubbiamente atto idoneo a limitare le ragioni del fisco, come già statuito da questa corte con la sentenza n. 5824 del 2008, tanto più che non sono state indicate le ragioni della costituzione del fondo patrimoniale”.

La costituzione di fondi patrimoniali non può essere quindi utilizzata come strumento di aggiramento dell'obbligo di adempimento dei propri debiti (in particolare di quelli tributari).

2) Fiduciarie: riservatezza ed accertamenti

Premessa

La disciplina delle società fiduciarie risale al 1939 (L. n. 1966 del 23 novembre), ma il mondo delle fiduciarie è un universo ancora oggi sotto molti aspetti sconosciuto.

Le fiduciarie sono quelle società che "*si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni*" (art. 1, comma 1).

Con la definizione "*assumere l'amministrazione*" si intende dunque che viene trasferita al fiduciario non la piena titolarità di un diritto, ma la sola legittimazione ad esercitare in nome proprio, nell'interesse altrui, un diritto di cui comunque rimane titolare il fiduciante.

Le generalità dei fiducianti, il loro domicilio e i beni conferiti devono risultare da apposito "Libro dei fiducianti". Inoltre, in quanto intermediari abilitati ad effettuare operazioni di trasferimento di denaro contante o di titoli al portatore, le società fiduciarie sono tenute alla registrazione delle operazioni sul cosiddetto "Registro antiriciclaggio", nonché alla loro trasmissione periodica all'Ufficio italiano dei cambi.

Da un punto di vista strettamente contabile, infine, le società fiduciarie di amministrazione redigono il bilancio annuale secondo lo schema previsto dal D.Lgs. 9 aprile 1991, n. 127 e predispongono un prospetto di dettaglio delle poste di bilancio, con distinzione tra i conti d'ordine veri e propri dai cosiddetti conti fiduciari, che rappresentano tutta la massa fiduciaria amministrata.

Vincolo di riservatezza

Come anche chiarito dalla Corte Costituzionale nella sentenza 18 febbraio 1992, n. 51, non esiste comunque, in capo ai singoli clienti delle fiduciarie, una posizione giuridica soggettiva costituzionalmente protetta.

La tutela patrimoniale assicurata dall'intestazione fiduciaria è dunque solo indiretta, in quanto la protezione deriva più dal vincolo di riservatezza circa l'identità dell'effettivo proprietario del bene che non da un vero e proprio vincolo di natura patrimoniale.

Anche la tutela della riservatezza dell'attività fiduciaria deve però contemperarsi con i principi costituzionali ed in particolare con quello che concerne l'obbligo di concorrere alle spese pubbliche in base alla propria capacità contributiva (art. 53 della Costituzione).

Anche per questo motivo il legislatore è intervenuto con la Finanziaria 2005, modificando l'art. 32 del D.P.R. n. 600/1973 (e il corrispondente art. 51 del D.P.R. n. 633/1972).

A seguito della novella normativa, infatti, gli uffici finanziari oggi:

- possono richiedere (previa autorizzazione del Direttore centrale dell'Accertamento dell'Agenzia delle Entrate o del Direttore Regionale della stessa, ovvero, per il Corpo della Guardia di Finanza, del Comandante Regionale) ai soggetti sottoposti ad accertamento, ispezione o verifica, il rilascio di una dichiarazione contenente l'indicazione della natura, del numero e degli estremi identificativi dei rapporti intrattenuti con le società fiduciarie, nazionali o straniere, in corso, ovvero estinti da non più di cinque anni dalla data della richiesta [art. 32, comma 1, n. 6-bis)];

- possono richiedere alle società fiduciarie (previa autorizzazione del Direttore centrale dell'Accertamento dell'Agenzia delle Entrate o del Direttore Regionale della stessa, ovvero, per il Corpo della Guardia di Finanza, del Comandante Regionale), dati, notizie e documenti relativi a qualsiasi rapporto intrattenuto od operazione effettuata, ivi compresi i servizi prestati, con i loro clienti, nonché alle garanzie prestate da terzi [art. 32, comma 1, n. 7), primo periodo];

- possono chiedere alle società fiduciarie (previa autorizzazione del Direttore centrale dell'Accertamento dell'Agenzia delle Entrate o del Direttore Regionale della stessa, ovvero, per il Corpo della Guardia di Finanza, del Comandante Regionale), sia di amministrazione che di gestione, specificando i periodi temporali di interesse, di comunicare le generalità dei soggetti per conto dei quali esse hanno detenuto, o amministrato, o gestito beni, strumenti finanziari e partecipazioni in imprese, inequivocamente individuati [art. 32, comma 1, n. 7), secondo periodo].

In base al tenore letterale delle norme, se con il primo periodo del citato n. 7) si permette agli uffici di risalire, partendo dall'indicazione della persona sottoposta ad accertamento (elemento noto), alle operazioni da questa posta in essere (elemento ignoto), con le disposizioni "speciali" del secondo periodo si permette invece all'Amministrazione Finanziaria di risalire, muovendo dalle operazioni poste in essere dalla società fiduciaria in un dato periodo (elemento noto), alla persona su cui si vuole operare l'accertamento (elemento ignoto).

Le indagini nei confronti delle fiduciarie non possono essere comunque meramente esplorative, non essendo pertanto consentito effettuare attività istruttorie generiche attraverso cui ricercare fenomeni evasivi da cui poi iniziare una puntuale attività di accertamento.

Come infatti specificato dalla Circolare 32 del 19.01.2006 (Par. 1.2): “ *i poteri di indagine consentiti all'Amministrazione Finanziaria nei confronti dell'intestazione fiduciaria di beni, strumenti finanziari e partecipazioni possono essere esercitati a condizione, da un lato, che l'oggetto dell'indagine sia precisamente (inequivocabilmente) individuato con specifica indicazione sia del bene fiduciarmente intestato che del periodo temporale di interesse per l'indagine e, dall'altro, che sia precisato il collegamento fra l'intestazione fiduciaria e l'attività di indagine svolta nei confronti dei soggetti sottoposti o sottoponibili ad accertamento. Non solo la particolare condizione dell'inequivoca indicazione ma, soprattutto, la natura speciale e complementare della*

disposizione in tema di intestazione fiduciaria rispetto alla prima parte della norma, impongono tale relazione fra l'oggetto della specifica indagine (il bene fiduciariamente intestato) e l'oggetto dell'attività di accertamento (il soggetto o i soggetti cui essa è rivolta).".

Oggetto di accertamento sono dunque in questi casi le operazioni poste in essere attraverso società fiduciarie e non già la mera intestazione fiduciaria di beni.

I controlli a carico delle fiduciarie potranno del resto riguardare anche l'attività autonoma della stessa fiduciaria (in quanto, cioè, soggetto giuridico soggetto agli ordinari controlli, come tutte le altre società, per le proprie specifiche responsabilità) e in questi casi non ci saranno vincoli di riservatezza, oppure l'attività della fiduciaria per conto del fiduciante e in questi casi varrà invece l'applicazione delle sopra citate regole in materia di riservatezza.

Attività accertativa nei confronti della fiduciaria per le sue specifiche attività e responsabilità

Verso la società fiduciaria, in quanto società, sarà dunque possibile richiedere documentazione utile ai fini di eventuali accertamenti nei suoi diretti confronti.

Con il trasferimento fiduciario di beni immobili, per esempio, come detto, si attribuiscono alla società fiduciaria solo poteri di amministrazione e gestione, concludendo quindi un'operazione riconducibile al mandato senza rappresentanza, con obbligo di rendiconto ed oneroso, con la previsione di un corrispettivo annuo. Su tali corrispettivi (e sui relativi mandati) si possono approntare dunque specifiche istruttorie a carico della stessa fiduciaria.

Il contratto fiduciario, quale atto avente ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale, deve essere inoltre sottoposto a registrazione, con aliquota del 3 per cento applicata sulla commissione percepita dalla società fiduciaria.

Saranno dunque possibili, sempre direttamente a carico della fiduciaria (e non dei suoi clienti), autonomi accertamenti e istruttorie sia sul pagamento dell'imposta di registro, sia sulla commissione percepita.

Le società fiduciarie effettuano inoltre, nell'ambito della loro attività di amministrazione, operazioni di cessione di titoli, valori mobiliari ed altri strumenti finanziari, che, ai fini Iva, oltre a dover essere imputate alla società fiduciaria e non al fiduciante (non operando in tale contesto il principio di trasparenza che vige invece in materia di imposte dirette), sono esenti ai sensi dell'art. 10, n. 4), del D.P.R. n. 633/1972. L'Amministrazione Finanziaria (Cfr. Risoluzione 11 novembre 2002, n. 352/E) ha a tal proposito concluso che :

- le operazioni di cessione titoli (come detto, esenti ai sensi dell'art. 10) non concorrono alla formazione del rapporto di detraibilità dell'imposta (pro rata) previsto dall'art. 19-*bis* del D.P.R. n. 633/1972;

- per le operazioni di cessione in esame opera, invece, l'indetraibilità specifica prevista dall'art. 19, comma 2, dello stesso decreto, a norma del quale "*Non è detraibile l'imposta relativa all'acquisto o all'importazione di beni e servizi afferenti operazioni esenti o comunque non soggette all'imposta...*".

Si potrà dunque effettuare un controllo ad hoc sulla fiduciaria per il riscontro dei (suoi specifici) adempimenti IVA.

Altri importanti compiti e responsabilità specifici della fiduciaria (e quindi passibili di autonomo e diretto accertamento) riguardano infine la movimentazione di capitali da e verso l'estero. Le fiduciarie sono infatti in particolare tenute al rispetto:

- a. dell'obbligo di evidenza;
- b. e dell'obbligo di comunicazione.

Il mancato adempimento da parte degli intermediari degli obblighi di rilevazione e comunicazione è sanzionato con l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria proporzionale all'importo dell'operazione. Vista la rilevanza dei capitali movimentati, l'accertamento di eventuali violazioni a carico della fiduciaria potrà dunque comportare sanzioni pecuniarie di notevole importo. Anche in questo caso sarà dunque opportuno procedere al relativo controllo.

Infine si evidenzia come, nella Circolare n. 3/E del 22 Gennaio 2008, l'Agenzia delle Entrate ha ricordato che l'intestazione fiduciaria deve pagare l'imposta di donazione. Con la Circolare n. 28/E del 27 marzo 2008 l'Agenzia delle Entrate ha però chiarito che l'imposta di donazione non si applica alle intestazioni fiduciarie di partecipazioni alle società fiduciarie. L'applicazione dell'imposta di donazione ai negozi fiduciarie si ha quindi solo in caso di intestazione di immobili dal fiduciante al fiduciario.

Anche il corretto pagamento di tali imposte potrà dunque essere oggetto di specifica ed autonoma istruttoria a carico della fiduciaria.

Attività accertativa nei confronti della fiduciaria per le attività dei fiducianti

Come detto, l'attività istruttoria nei confronti delle fiduciarie sulle attività gestite per conto dei fiducianti non potrà essere meramente esplorativa, ma dovrà essere comunque preceduta dall'individuazione di operazioni "sospette", alla conferma dei quali sospetti la (successiva) richiesta documentale dovrà dunque essere finalizzata.

Tale attività istruttoria potrebbe essere suddivisa in due fasi: una prima propriamente istruttoria sulle operazioni e una seconda sostanzialmente "probatoria" sui soggetti.

Mentre dunque la prima mirerà a rilevare l'evasione, la seconda mirerà ad acquisirne le prove e ad individuarne la responsabilità.

Al fine di poter procedere, con esattezza, nei confronti delle fiduciarie, a richieste confermate dei sospetti di evasione da parte dei fiducianti, potranno quindi essere opportuni anche dei controlli preventivi alle richieste documentali "dirette" (rectius: alle richieste probatorie). Sia gli uni che gli altri controlli dovranno comunque essere motivati ed essere quindi generati da un sospetto di possibile evasione.

Controlli istruttori

Dato che, come detto, i fiducianti vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni da loro affidati alla fiduciaria, la detenzione di partecipazioni in imprese estere, anche se per il tramite di società fiduciarie, comporta comunque l'applicazione delle normative antielusive in tema di transfer pricing, controlled foreign companies e società estere collegate ex artt. 110, 167 e 168 Tuir. In caso dunque di sospetti su tali operazioni si potrà richiedere alla fiduciaria di fornire ogni documentazione attinente alle stesse operazioni, al fine di controllarne la regolarità.

Con la Risoluzione n. 37/E del 13 marzo 2006 l'Agenzia ha inoltre fornito importanti chiarimenti in ordine agli adempimenti spettanti alle società fiduciarie qualora siano intestatarie, per conto di soggetti esteri, di partecipazioni in società "figlie" italiane che distribuiscono dividendi in regime di esenzione ai sensi dell'articolo 27-*bis* del Dpr n. 600 del 1973. In tale contesto assume importanza fondamentale la disposizione anti-abuso, prevista dal quinto comma dell'articolo 27-*bis* del Dpr 600/73, che è volta infatti a contrastare tutti quei comportamenti riconducibili all'intestazione "fittizia", posta in essere da soggetti extracomunitari o comunque privi dei requisiti previsti dalla direttiva n. 90/435/Cee, a società madri comunitarie di partecipazioni in società figlie, allo scopo esclusivo o principale di accedere ai benefici previsti dalla direttiva medesima. L'intestazione alla fiduciaria, per conto della società "madre", delle partecipazioni della società "figlia" residente in Italia, comporta dunque che dovrà essere la stessa fiduciaria a dimostrare di non essere stata costituita allo scopo esclusivo o principale di beneficiare dell'esenzione.

Poiché poi, come detto, la proprietà del bene immobile rimane in capo all'effettivo proprietario (fiduciante), l'imputazione del relativo reddito fondiario (o degli altri redditi imputabili agli, o ricavati, dagli, immobili intestati fiduciarmente) deve essere imputata al fiduciante, sul quale quindi incombe anche il relativo obbligo di dichiarazione. Saranno dunque possibili controlli in caso di mancata dichiarazione (da rilevarsi mediante l'incrocio tra gli immobili detenuti dalla fiduciaria e i redditi fondiari, o di locazione, dichiarati dal fiduciante).

Alla stessa maniera le eventuali plusvalenze conseguite sulla cessione di immobili intestati alla fiduciaria spetteranno al fiduciante, reale percettore della fonte di reddito da esporre in dichiarazione.

Anche in tal caso saranno possibili controlli (previo incrocio con gli immobili detenuti e ceduti dalla fiduciaria e le plusvalenze dichiarate dal fiduciante).

Infine, sempre secondo la stessa ratio, il dividendo distribuito dalla società partecipata alla società fiduciaria in relazione alla partecipazione intestata fiduciariamente si assume distribuito direttamente alla fiduciante (Cfr. Risoluzione 8 ottobre 1999, n. 153/E, Risoluzione 13 marzo 2006, n. 37/E e Risoluzione 7 dicembre 2006, n. 136/E). Saranno dunque possibili controlli, previo incrocio con le partecipazioni detenute dalla fiduciaria e i redditi dichiarati dal fiduciante.

Stesso discorso infine in caso di trasferimenti di azioni o quote di partecipazione societaria fiduciariamente intestate. Anche in questo caso (Cfr. Risoluzione 24 giugno 1998, n. 165/E) saranno possibili controlli in caso di mancata dichiarazione di eventuali plusvalenze (previo incrocio con le partecipazioni detenute e cedute dalla fiduciaria e i redditi dichiarati dal fiduciante).

In tema poi di movimenti di capitali e riciclaggio giova ricordare che il D.L. 28 giugno 1990, n. 167 (convertito, con modificazioni, dalla L. 4 agosto 1990, n. 227) e il D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461 prevedono, a carico delle società fiduciarie, una serie di obblighi di rilevazione e di trasmissione di dati. Il principio secondo cui un'efficace lotta all'evasione fiscale non può prescindere dalla conoscenza dei capitali nella disponibilità dei singoli contribuenti ha portato infatti alla creazione di un articolato sistema di controllo dei movimenti di capitali. Le regole generali sono però accompagnate da ipotesi di esclusione ed esenzione degli obblighi di comunicazione, connesse alla natura soggettiva di chi effettua la movimentazione di capitali e alle caratteristiche del trasferimento.

I soggetti monitorati nel caso di trasferimenti di capitali da e verso l'estero sono infatti esclusivamente¹:

- a. le persone fisiche;
 - b. le società semplici;
 - c. gli enti non commerciali;
 - d. le associazioni equiparate ai sensi dell'art. 5 del D.P.R. n. 917 del 22 dicembre 1986 (Tuir);
- che presentino il requisito della residenza nel territorio italiano.

L'esclusione dall'ambito soggettivo di tale monitoraggio delle società di capitali, in nome collettivo, in accomandita semplice e degli enti commerciali è giustificata dal fatto che queste sono soggette ad obblighi contabili ritenuti dal legislatore già sufficienti al fine del monitoraggio dei movimenti di

¹ In tal senso si veda l'attività di controllo svolta da Agenzia delle Entrate e da Guardia di Finanza nell'anno 2010 così come evidenziata nel comunicato stampa n. 253 del 10 dicembre 2010 nel quale si annunciava che erano in corso controlli nei confronti di 12 società fiduciarie in merito al corretto adempimento degli obblighi di comunicazione all'Archivio dei rapporti finanziari dei dati relativi alla clientela e delle operazioni svolte al di fuori di rapporti continuativi

capitali. Tali soggetti possono però essere allora oggetto di autonoma e preventiva istruttoria a carico della fiduciaria.

Un caso particolare potrebbe essere poi quello del trust. Ai fini del suddetto monitoraggio di movimentazione dei capitali, occorre infatti individuare quale è, in concreto, l'attività esercitata dal trust, poiché, se oggetto esclusivo o principale è lo svolgimento di un'attività commerciale, il reddito è determinato secondo le regole proprie del reddito d'impresa, con la conseguenza che eventuali movimenti di capitali con l'estero sono esclusi dal monitoraggio. Anche in questo caso, dunque, al fine di non consentire comunque eventuali “zone franche”, o comunque non sufficientemente “coperte”, si potrebbe procedere ad un'autonoma istruttoria.

Altro fronte di indagine potrà essere infine quello delle gestioni patrimoniali di denaro, titoli o certificati. Seguendo le direttive di Assogestioni², infatti, le fiduciarie potrebbero ritenersi esonerate dall'obbligo di rilevazione dei trasferimenti dall'estero, eseguiti al fine di conferire nella gestione patrimoniale denaro, titoli o certificati in serie o di massa. Nell'ipotesi di trasferimento dall'estero, però, si potrebbe così consentire un facile rientro di capitali accumulati e/o detenuti illecitamente senza alcuna segnalazione all'Amministrazione Finanziaria (magari mediante una composizione degli investimenti tale da farli rientrare nella categoria di quelli in grado di produrre redditi diversi, inserendoli così in un rapporto amministrato presso un intermediario residente ed evitando pertanto qualsiasi forma di segnalazione).

È, dunque, evidente l'importanza per l'Amministrazione Finanziaria di monitorare anche tali flussi, anche considerato che, come segnalato dall'UIF (Unità d'informazione finanziaria), le segnalazioni di operazioni sospette da parte delle fiduciarie è del tutto irrisorio rispetto al totale (la parte preponderante delle segnalazioni proviene invece dagli enti creditizi).

Proprio in base alle problematiche sopra evidenziate l'art 36 D.L. n. 78 del 31 maggio 2010 (convertito con modificazioni in legge n. 122 del 30 luglio 2010) ha apportato sostanziali modifiche al D. Lgs. n. 231 del 21 novembre 2007, aggiungendo all'art. 28 del predetto D. Lgs. i commi 7bis, 7ter e 7 quater predisponendo ulteriori misure antifrode in materia di movimenti di capitale tramite determinati soggetti “a rischio”. In particolare, come evidenziato dalla circolare n. 4/E del 15 febbraio 2011 *“i soggetti sottoposti agli obblighi di cui al d.lgs. n. 231 del 2007 in materia di antiriciclaggio (e, precisamente, gli enti e le persone di cui agli articoli 10, comma 2, ad esclusione della lettera g), 11, 12, 13 e 14, comma 1, lettere a), b), c) ed f) del medesimo d.lgs.) dovranno astenersi dall'instaurare un rapporto continuativo, eseguire operazioni o prestazioni professionali ovvero vi dovranno porre fine se già in essere, di cui siano parte direttamente o indirettamente*

² vedi Circolare 26 novembre 2006, n. 1498/03/C

società fiduciarie, trust, società anonime o controllate attraverso azioni al portatore che hanno sede nei Paesi individuati con il predetto decreto.”

Inoltre, la Circolare prosegue, chiarendo che *“la lettera b) dell’art. 36 aggiunge un ulteriore periodo all’articolo 41, primo comma, del d.lgs. n. 231 del 2007, in tema di segnalazione di operazioni sospette.*

Più precisamente, nell’intento di individuare le operazioni a rischio riciclaggio, il legislatore introduce un nuovo “elemento di sospetto” costituito dal ricorso “frequente o ingiustificato” ad operazioni in contante, anche se di importo inferiore al limite previsto dall’articolo 49 del già citato d.lgs. n. 231 del 2007 (ovvero, la soglia di 5.000 euro, così come modificata dall’articolo 20, comma 1, del decreto), ed, in particolare, il prelievo o il versamento in contante con intermediari finanziari di importo pari o superiore a 15.000 euro.

In presenza di operazioni compiute con le predette modalità, i soggetti sopra indicati hanno l’obbligo di inviare una segnalazione alla UIF (Unità di Informazione Finanziaria).

Il Ministero dell’Economia e delle Finanze con la circolare dell’11 ottobre 2010, prot. n. 297944, ha fornito chiarimenti sulla corretta applicazione della disposizione per quanto riguarda gli obblighi di segnalazione alla UIF (Unità di Informazione Finanziaria) da parte dei soggetti indicati negli articoli 10, comma 2, 11, 12, 13 e 14, del d.lgs. n. 231 del 2007, in presenza di operazioni compiute con le predette modalità.

In particolare, il documento di prassi precisa che “la mera ricorrenza dell’indicatore di cui all’articolo 36 del decreto legge 78/2010 non è motivo di per sé sufficiente per la segnalazione di operazioni sospette, per la quale rimane quindi indispensabile una valutazione complessiva fondata su una serie di elementi sia di natura oggettiva che soggettiva”.

Documentazione probatoria

Tanto premesso in ordine a quali possono essere i controlli istruttori sulle operazioni gestite per conto dei fiducianti, vediamo dunque quali possono essere le richieste documentali confermate delle responsabilità dei soggetti (in pratica i nomi nascosti dietro alle fiduciarie e alle operazioni sospette rilevate), superando dunque il vincolo di riservatezza tipico di tali società.

Come detto, non potranno essere formulate alle fiduciarie richieste generiche sui fiducianti, ma si dovranno indicare puntualmente le operazioni oggetto di accertamento.

L’Amministrazione Finanziaria, una volta individuate (anche grazie all’attività istruttoria sopra evidenziata) operazioni potenzialmente elusive o evasive, poste in essere attraverso società fiduciarie, previa autorizzazione del Direttore Regionale (o del Comandante Regionale in caso di attività della Guardia di Finanza), potrà dunque richiedere, comunque specificando i periodi

temporali di interesse, le generalità dei soggetti per conto dei quali esse hanno detenuto o amministrato o gestito beni, strumenti finanziari e partecipazioni in imprese, inequivocamente individuati e dati, notizie e documenti relativi a qualsiasi rapporto intrattenuto od operazione effettuata, ivi compresi i servizi prestati, con i loro clienti, nonché alle garanzie prestate da terzi.

I documenti oggetto di particolare attenzione in questi casi saranno dunque i seguenti:

- il contratto di amministrazione fiduciaria, che regola i rapporti con i propri clienti fiducianti;
- il "Libro dei fiducianti", da cui risultano le generalità dei fiducianti, il loro domicilio, le somme di denaro, i beni e valori conferiti e/o restituiti, con annotazione di quantità e valore nominale.

Infine si sottolinea come le società fiduciarie non residenti sono tenute a indicare nella sezione ad hoc del quadro SK del modello 770 ordinario i nominativi e i redditi della partecipata tramite il rapporto fiduciario. A tale scopo, deve essere nominato un rappresentante per i rapporti tributari in Italia (vedi Risoluzione n. 201/E del 19 maggio 2008). Al rappresentante per i rapporti tributari in Italia della fiduciaria estera potranno quindi essere rivolte specifiche richieste (magari incrociando i dati dei fiducianti, i quali devono indicare il reddito prodotto in forma associata in Unico PF, quadro RH, indicando le coordinate identificative della società partecipata e non di quella fiduciaria).

Conclusioni

Come si può vedere da questa ampia (ma comunque non esaustiva) analisi dei controlli effettuabili a carico delle fiduciarie (per le proprie responsabilità, o per quelle dei propri fiducianti), un'efficace attività accertativa in questo settore richiede un impegno istruttorio particolarmente intenso e qualificato. Ma i risultati in termini di contrasto all'evasione fiscale, anche considerati gli importi che, di solito, tali fiduciarie gestiscono, potrebbero essere davvero rilevanti.

Bisognerà comunque considerare che sarà sempre necessario tenere conto delle disposizioni del Codice in materia di protezione dei dati personali, che si applica anche ai trattamenti di dati personali effettuati per perseguire finalità pubbliche, tra cui il contrasto a fenomeni elusivi o evasivi.

Il mancato rispetto delle disposizioni in materia di *privacy*, secondo il Garante, in base a quanto disposto dall'art. 11, comma 2, del Codice citato (che stabilisce che "*I dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati*"), comporterebbe, infatti, l'inutilizzabilità dei dati raccolti.

Per prevenire tale vizio, il Direttore dell'Agenzia delle Entrate, una volta emanato il provvedimento attuativo previsto dall'art. 32, comma 3, D.P.R. n. 600 del 1973 (Provvedimento 22 dicembre 2005, n. 188870), lo ha inoltrato al Garante per la *Privacy*.

Nel Provvedimento citato vengono dunque forniti importanti chiarimenti circa l'individuazione delle operazioni oggetto dello scambio telematico di informazioni tra Amministrazione Finanziaria e intermediari.

Il provvedimento delinea anche il contenuto delle richieste che gli Uffici possono formulare. Esse devono contenere, in particolare, l'indicazione degli estremi dell'autorizzazione rilasciata dalle autorità competenti (Direttore Centrale, Direttore regionale etc.), la data della richiesta e la data di fine dell'indagine, così da definire la decorrenza del periodo di tempo per il quale viene effettuata la richiesta di informazioni. La richiesta può riguardare un determinato soggetto, oppure può essere relativa ad una particolare operazione o serie di operazioni precisamente individuate, per le quali si richiedono i dati dei soggetti coinvolti.

Nel provvedimento viene comunque ribadito che tutti i dati devono essere raccolti e trasmessi nell'osservanza della normativa in materia di riservatezza, nel rispetto del diritto alla protezione dei dati personali e che i dati così ottenuti devono comunque essere strettamente *"utilizzati per il controllo e la valutazione della capacità contributiva dei singoli contribuenti, assicurando il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali ..."*.

Infine, solo per fare un esempio, tra le operazioni "sospette" che possono dunque legittimare tale attività istruttoria, ci sono:

- le operazioni in cui sono coinvolti soggetti costituiti, operanti o insediati in Paesi con regime fiscale privilegiato, ovvero non collaborativi;
- le operazioni effettuate a condizioni o valori di mercato palesemente non in linea con quelli di mercato;
- operazioni frazionate.

L'UIC (Ufficio italiano cambi) ha peraltro individuato una serie di "indicatori di anomalia" che possono comportare il sospetto su una determinata operazione (e dunque la richiesta istruttoria dell'Ufficio) quali:

- il fatto che un cliente abbia cambiato ripetutamente i professionisti per la movimentazione di capitali in un breve arco temporale;
- operazioni palesemente non abituali e/o giustificate rispetto all'esercizio normale della professione o attività del cliente;
- impiego di disponibilità non giustificate o giustificabili;
- frequenti acquisizioni e cessioni di partecipazioni in imprese, non giustificate dal profilo economico o professionale del cliente;
- operazioni con controparti con sede in paesi a fiscalità privilegiata,

- operazioni di conferimento per la costituzione o l'aumento di capitale di società site in paradisi fiscali;
- operazioni di costituzione di trust con sede in paradisi fiscali;
- costituzione di strutture di gruppo particolarmente complesse o articolate;
- costituzione di tre o più società nello stesso giorno o comunque nel periodo di un mese;
- apertura e /o chiusura di conti in paesi esteri non giustificate.

Del resto, dato che tutte tali operazioni (e molte altre) dovrebbero già essere segnalate da parte dei professionisti e fiduciarie all'Ufficio Italiano Cambi, basterebbe instaurare un qualche collegamento operativo tra Amministrazione Finanziaria e lo stesso Ufficio, al fine di poter accedere a tali segnalazioni (almeno quando avvenute).

GIOVAMBATTISTA PALUMBO