



Accinni, Cartolano e Associati



studio legale

«Proprietà, affidamento fiduciario e *trust*: analisi e prospettive»

*Il programma di affidamento fiduciario –
Il contratto per l'amministrazione fiduciaria
di fondi speciali*

avv. Alessandro Accinni

Torino, 20 ottobre 2017

Via Conservatorio, 17 - 20122 Milano

Tel. +39 02 76096301 Fax +39 02 76015551

www.acsl.it

Legge 22 giugno 2016, n. 112 sul c.d. «Dopo di noi»

art. 1, co. 3, della Legge

«La presente legge è volta, altresì, ad agevolare le erogazioni da parte di soggetti privati, la stipula di polizze di assicurazione e la costituzione di trust, di vincoli di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile e di **fondi speciali, composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario** anche a favore di organizzazioni non lucrative di utilità sociale di cui all'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460, riconosciute come persone giuridiche, che operano prevalentemente nel settore della beneficenza di cui al comma 1, lettera a), numero 3), dell'articolo 10 del decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460, anche ai sensi del comma 2-bis dello stesso articolo, in favore di persone con disabilità grave, secondo le modalità e alle condizioni previste dagli articoli 5 e 6 della presente legge»

La legge sul «Dopo di noi»:

- Include espressamente fra gli strumenti utilizzabili ai fini di cura e assistenza delle persone gravemente disabili **il contratto di affidamento fiduciario** → contratto nominato (sebbene non tipico in quanto non disciplinato dalla legge sul «Dopo di noi»)
- Rispetto al modello di contratto di affidamento fiduciario elaborato in dottrina, contiene «qualcosa di più»: la costituzione di «**fondi speciali composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione**» che sono, quindi, disciplinati con contratto di affidamento fiduciario



- «oggettivazione» del fondo speciale?
- «istituzionalizzazione» di un gestore/intestatario del fondo?
 - autonomia patrimoniale del fondo?

Nel **modello di contratto di affidamento fiduciario elaborato dalla dottrina** l'accento è posto sull'accordo di programma che costituisce la causa del contratto stesso («È il contratto per mezzo del quale un soggetto, affidante, conviene con un altro, affidatario, l'individuazione di taluni beni da impiegare a vantaggio di uno o più soggetti in forza di un programma, la cui attuazione è rimessa all'affidatario»: Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2012, 587)

Nella **legge di San Marino** sull'istituto dell'affidamento fiduciario (l. 1 marzo 2010, n. 43), l'affidamento fiduciario è definito come «*il contratto col quale l'affidante e l'affidatario convengono il programma che destina taluni beni e i loro frutti a favore di uno o più beneficiari, parti o meno del contratto, entro un termine non eccedente novanta anni*» (art. 1, comma 1)

Nella **legge sul «Dopo di noi»** pare di potersi dire che l'accordo costituisca lo strumento individuato al fine della gestione del fondo speciale e, quindi, della attuazione dello scopo di destinazione

Più in dettaglio:

Il modello di contratto di affidamento fiduciario elaborato in dottrina individua nel programma la causa concreta del contratto stesso.

«Mi sembra, in altre parole, che sia sostenibile la proposta di una serie di dati invarianti che contraddistinguono una tecnica di tutela contrattuale di interessi, a prescindere dalla natura di questi ultimi purché essi siano idonei a ricevere quella tutela: tali dati invarianti identificano il tipo astratto. Il quale, enunciando il programma di attività, si espone apertamente al giudizio sulla liceità dello stesso e sulla meritevolezza degli interessi come qualsiasi contratto "non appartenente ai tipi aventi una disciplina particolare»

«L'enunciazione del programma contrattuale offre tuttavia la giustificazione causale dei negozi attributivi dei beni che vanno a comporre il fondo affidato, colorando questi ultimi, non il contratto di affidamento fiduciario, di onerosità o di gratuità, eventualmente con causa familiare, o di adempimento o di garanzia o di protezione di un soggetto bisognoso di assistenza o di compimento di operazioni commerciali o fiduciarie o di temporaneo accantonamento e indipendente gestione, e via dicendo».

*«Sto così proponendo di spostare il discorso della **causa** non sul complessivo contratto risultante dal collegamento negoziale, ma sull'operazione contrattuale, che attesta un unitario regolamento di interessi» (M. Lupoi, *Il Contratto di affidamento fiduciario*, pagg. 385 ss.).*

Sotto questo profilo, la legge sul «Dopo di noi» consentirebbe di effettuare una positiva valutazione di **meritevolezza** laddove la singola fattispecie rivesta i requisiti previsti dalla legge.

Ritornando al programma, l'art. 6, co. 3, della legge 112/2016 prevede che il contratto debba:

- **identificare** in modo chiaro e univoco: i soggetti coinvolti e i rispettivi ruoli, le funzionalità e i bisogni specifici delle persone con disabilità grave, **le attività assistenziali necessarie;**
- individuare **gli obblighi del fiduciario con riguardo al progetto di vita e agli obiettivi di benessere che lo stesso deve promuovere in favore delle persone con disabilità grave;**
- prevedere come **destinazione esclusiva** dei beni conferiti in fondo speciale, **la realizzazione delle finalità assistenziali** del fondo medesimo;
- **stabilire il termine finale di durata del fondo speciale, coincidente con la morte del beneficiario** e prevedere la destinazione del patrimonio residuo alla morte del beneficiario.

La costituzione del fondo speciale implica la necessità di:

- **Intestazione del fondo speciale in capo all'affidatario fiduciario**
- **segregazione patrimoniale/opponibilità del vincolo ai terzi**

“La legge sul Dopo di Noi: impressioni, proposte”, approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 15 marzo 2017, est. D. Muritano - Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 3-2017/C

«la specificità dell'ufficio gestorio ricoperto da chi amministra beni destinati nell'interesse altrui è costituita dal fatto che detti beni, diversamente da altre ipotesi codicistiche di amministrazione nell'interesse altrui, gli devono essere "intestati". Il termine "intestazione", in questo contesto, serve a segnare il distacco e la differenziazione tra chi è titolare di una proprietà "piena" (nel senso fatto proprio dall'art. 832 c.c.) e chi è invece titolare di una proprietà naturalmente "destinata" ad altri (cioè caratterizzata da una specifica funzione e destinazione) e quindi "conformata" nel suo esercizio. L'intestazione dei beni è quindi in funzione della destinazione e dell'amministrazione nell'interesse altrui»

La giurisprudenza che si è formata in relazione ai fondi comuni di investimento può richiamarsi per analogia e costituisce un'utile indicazione di sistema, avendo coniato la nozione di «**proprietà degradata**» per indicare la proprietà dei beni inclusi nel fondo in capo alle SGR

→ Tribunale Milano, 10 giugno 2016

«Anche la Corte di Cassazione, pur nell'ambito di una ricostruzione che vede il fondo di investimento come patrimonio separato della SGR e gli nega soggettività giuridica, ne riconosce le peculiarità laddove distingue proprietà in senso sostanziale, posta in capo ai partecipanti al fondo, e proprietà in senso formale. Quest'ultima precisazione è in realtà essenziale, per rendere la ricostruzione effettivamente aderente alla natura dei fondi di investimento, ed in qualche misura necessitata, in ragione dei due elementi che più profondamente caratterizzano i fondi comuni di investimento: la **"doppia separazione"** sia dal patrimonio dei partecipanti che dal patrimonio della SGR; la destinazione dei beni inclusi nel fondo (conferiti dai partecipanti) all'investimento avente le connotazioni descritte nel regolamento. In questo contesto la SGR, pur libera nella scelta dei singoli atti gestori, è però **vincolata** anzitutto **nel fine**, trattandosi di una gestione "nell'interesse dei partecipanti" [artt. 36 comma 4, 40 comma 1 lett. a) e comma 2 TUF], ma anche **nei "metodi"**, trattandosi di gestione connotata dall'assunzione degli obblighi e delle responsabilità del mandatario (art. 36 comma 5 TUF), e **nei "contenuti"**, segnati dal regolamento. E' cioè conseguente ritenere che una gestione dei beni inclusi nel fondo, da parte del "proprietario" del fondo (la SGR), vincolata nel fine, nel metodo e nelle responsabilità in favore di coloro che hanno fornito i mezzi per l'acquisto dei beni (i partecipanti), non può che far **degradare quella posizione giuridica di "proprietà" a posizione formale**, vuotata di gran parte di quella sostanza - la signoria del volere nell'interesse proprio; la facoltà di godere - che caratterizza la proprietà come abitualmente conosciuta, enucleata da quel che la connota, e ricostruita in chiave essenzialmente obbligatoria e non più reale a scopi essenzialmente funzionali (...)

→ Trib. Milano, 30 maggio 2012

«Si è dato luogo, dunque, ad un fenomeno di **sostituzione della società di gestione del Fondo**, in cui né la SGR cessata né la SGR subentrante hanno espresso rispettivamente alcuna volontà di cessione e di acquisto di alcunché, né vi è stato alcun incontro di loro volontà avente una causale di trasferimento di beni inclusi nel Fondo. Al contrario: le azioni sono sempre rimaste nel patrimonio del Fondo, **non subendo movimentazione di sorta da una sfera patrimoniale ad altra**. Men che meno una volontà di trasferimento delle azioni è stata manifestata dagli investitori partecipanti al Fondo.

A questo proposito è importante considerare, in applicazione dei canoni ermeneutici sopra indicati, che **la sostituzione della SGR è atto di autonomia del Fondo**. In questo senso, esso deve essere apprezzato, nella sua causa e nei suoi effetti, per quello che è, ovvero la sostituzione del gestore, senza che si possa dire che i partecipanti al fondo abbiano inteso trasferire alcunché ad alcuno o che si possa attribuire magicamente all'atto un effetto certamente non voluto da alcuno e che, permanendo le partecipazioni in Chromavis nel patrimonio del Fondo, in alcun modo si è manifestato. La stessa SGR subentrante, accettando la nomina, accetta solo di divenire titolare dell'ampio potere gestorio che la legge ed il regolamento del Fondo le attribuiscono, potere gestorio da esercitare su un patrimonio che è e rimane altrui. Che a ciò consegua la nuova iscrizione a libro soci e la reintestazione delle azioni – con il mantenimento della stessa rubrica che evidenzia l'inclusione nei beni del Fondo –, fa parte del funzionamento formale del fondo stesso, e resta estraneo al fenomeno del trasferimento “della proprietà o di altro diritto reale” sulle azioni stesse. **Il fenomeno in questione è perciò assimilabile piuttosto al mutamento, per vari motivi (decadenza, dimissioni, revoca), delle persone fisiche o giuridiche che, in un determinato momento, assumono la carica di amministratori di società di capitali**. Ed anzi occorre aggiungere che gli amministratori godono di un'autonomia gestionale addirittura più ampia delle SGR, vincolate al regolamento e dalle linee di politica gestionale espresse dall'assemblea degli investitori»

Art. 36 D.lgs. 58/1998

1. Il fondo comune di investimento è gestito dalla società di gestione del risparmio che lo ha istituito o dalla società di gestione subentrata nella gestione, in conformità alla legge e al regolamento.
2. Il rapporto di partecipazione al fondo comune di investimento è disciplinato dal regolamento del fondo (*omissis*).
3. La Sgr che ha istituito il fondo o la società di gestione che è subentrata nella gestione agiscono in modo indipendente e nell'interesse dei partecipanti al fondo, assumendo verso questi ultimi gli obblighi e le responsabilità del mandatario.
4. Ciascun fondo comune di investimento, o ciascun comparto di uno stesso fondo, costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società; delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la Sgr risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori della società di gestione del risparmio o nell'interesse della stessa, né quelle dei creditori del depositario o del sub depositario o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori dei singoli investitori sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi. La società di gestione del risparmio non può in alcun caso utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, i beni di pertinenza dei fondi gestiti.
5. (*omissis*).

→ **Cass. 15 luglio 2010, n. 16605, in Riv. notariato 2011, 6, 2, 1421** *«La caratteristica principale dei fondi comuni di investimento, mobiliare o immobiliare, come si evince dalla normativa, è l'autonomia del patrimonio con essi costituito e la loro esclusiva destinazione allo scopo di investimento finanziario. Da ciò discende l'impossibilità che quel determinato patrimonio funga al tempo stesso anche da garanzia a beneficio dei creditori della società di gestione di altri soggetti estranei alla predetta destinazione»*

Opponibilità del vincolo

“La legge sul Dopo di Noi: impressioni, proposte”, approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 15 marzo 2017, est. D. Muritano - Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 3-2017/C

«La legge 112/16 offre quindi la formidabile occasione per ritenere ormai fruibile da parte degli operatori giuridici italiani la destinazione patrimoniale “interna”, attraverso lo sfruttamento dell’art. 2645-ter (e dell’art. 2915), ai fini della pubblicità e dell’opponibilità ai terzi della destinazione medesima»

art. 2645-ter c.c. *«Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo»*

art. 2915, comma 1, c.c. *«Non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione gli atti che importano vincoli di indisponibilità, se non sono stati trascritti prima del pignoramento, quando hanno per oggetto beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, e, negli altri casi, se non hanno data certa anteriore al pignoramento»*

Il modello proposto da Assofiduciaria

A seguito dell'entrata in vigore della Legge sul «dopo di noi», Assofiduciaria ha redatto un modello di contratto fiduciario denominato «Contratto per l'Amministrazione Fiduciaria di Fondi» oppure, in alternativa, «Contratto Fiduciario di Destinazione».

Elementi essenziali:

- 1) **Trasferimento della titolarità delle posizioni giuridiche soggettive** dal fiduciante alla società fiduciaria
 - Il trasferimento è **fiduciario**, vale a dire **temporaneo** e **limitato**, funzionale alla realizzazione di uno specifico scopo (cfr., ad es., Premessa e): *«la proprietà trasferita per effetto del presente contratto alla Fiduciaria non è mai piena, ma è una proprietà fiduciaria, temporanea in quanto nell'interesse di terzi e destinata a realizzare interessi di terzi beneficiari o ad attuare uno scopo lecito»*
 - L'affidamento della posizione soggettiva non mira all'arricchimento dell'affidatario, ma a una destinazione (per terzi beneficiari o per lo stesso affidante). Nonostante l'effetto traslativo, il bene non va ad incrementare il patrimonio dell'affidatario.

- 2) **Effetto separativo** nel patrimonio della società fiduciaria (cfr., ad es., art. 15.3: *«Il Fondo Speciale Destinato e i suoi frutti costituiscono patrimonio separato rispetto al restante patrimonio della Fiduciaria e rispetto ai fondi speciali riferibili ad altri Fiducianti»*)
 - **Art. 2645-ter c.c., art. 1707 c.c., art. 1, comma 3 della legge sul «Dopo di noi»** (cfr. art. 15.4: *«In virtù dell'art. 2645-ter codice civile e, con riguardo ai beni mobili, (i) dell'art. 1, comma 3, Legge "Dopo di Noi" e (ii) dell'applicazione analogica di cui all'art. 1707 c.c., il Fondo Speciale Destinato e i suoi frutti sono sottoposti a vincolo di destinazione e non sono aggredibili dai creditori personali della Fiduciaria né dai creditori personali di altri fiducianti»*)

3) **Opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione e del programma fiduciario**

- Necessità di rendere noto ai terzi il vincolo ed il programma di destinazione: art. 2645-ter c.c. (v., ad es., art. 15.2: «*Per effetto del presente contratto, il trasferimento della proprietà di eventuali beni immobili e beni mobili iscritti in pubblici registri è trascritto contro il Fiduciante e a favore della Fiduciaria mentre, ai sensi dell'art. 2645-ter codice civile, il vincolo di destinazione è trascritto contro la Fiduciaria*»)
- Attraverso l'opponibilità del vincolo di destinazione si ottiene anche l'opponibilità del programma fiduciario (v. De Donato)

4) **Unitaria *causa destinationis***

- Non si tratta del collegamento fra un contratto ad effetti reali (compravendita) e un contratto ad effetti obbligatori (*pactum fiduciae*) ma di un negozio complesso con unica causa.



Accinni, Cartolano e Associati
studio legale

Via Conservatorio, 17 - 20122 Milano
Tel. +39 02 76096301 Fax +39 02 76015551
www.acsl.it