



L'affidamento fiduciario e il trust:

- il ruolo della società fiduciaria**
- profili civilistici**

Il contratto di affidamento fiduciario
è un trust?

Di cosa parliamo quando parliamo di
affidamento fiduciario?

- Trust
- Affidamento Fiduciario
- Mandato fiduciario

Cass. n. 10031/1997

*«L'azione di rivendica fallimentare secondo l'art. 103 l. fall. spetta anche quando l'oggetto siano **beni fungibili non individuati**, ma confusi, purché **l'affidamento** risulti da scrittura privata avente data certa ai sensi dell'art. 1707 c.c. ed i diritti sulle quantità di chi agisce risultino dai **conti d'ordine del debitore rubricati come di "amministrazione fiduciaria"**».*

Già allora la Cassazione qualificava la proprietà delle società fiduciarie, conseguita con l'affidamento da parte del fiduciante, come proprietà formale.

Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031, cit.: *«il proprium del rapporto intercorrente tra la società fiduciaria ed i fiducianti consiste nella intestazione di beni **appartenenti effettivamente ad altri proprietari** per cui la proprietà della società fiduciaria ha carattere formale anche se, essendo voluta, non può dirsi fittizia»*.

Distinzione tra una fiducia c.d. *romanistica*, che comporta il trasferimento della piena proprietà dei beni affidati, rispetto alla fiducia c.d. *germanistica*, che determinerebbe il permanere della proprietà in capo all'affidante, verificandosi una scissione tra la titolarità del diritto (che permane al fiduciante) e la legittimazione all'esercizio di esso (che trapassa alla società fiduciaria) (per tutte App. Torino, 20/07/1998).

Tradizionale interpretazione per la quale il rapporto fiduciario si sostanzierebbe in un collegamento di due negozi, parimenti voluti, l'uno di carattere esterno ed efficace verso i terzi, l'altro *inter partes* ed obbligatorio, diretto a modificare il risultato finale del primo, nell'ambito dell'istituto della interposizione reale di persona, per effetto della quale l'interposto acquista (diversamente dal caso di interposizione fittizia o simulata) la titolarità del bene, pur essendo, in virtù di un rapporto interno con l'interponente di natura obbligatoria, tenuto ad assumere un certo comportamento, convenuto in precedenza con il fiduciante, ed a ritrasferirgli il bene ad una scadenza concordata, ovvero al verificarsi di una situazione che determini il venir meno del rapporto fiduciario (Cass. 21.03.2016, n. 5507; 08.09.2015, n. 17785; 06.05.2005, n. 9402; 27.11.1999, n. 13261).

Cass. n. 3656 del 04.02.2018, riguardante una fattispecie che verteva sulla legittimazione a proporre azione di responsabilità ex art. 2395 c.c. in presenza di un'intestazione fiduciaria di azioni di una SPA (invero tra privati e non con intervento di una società fiduciaria) la Corte ha osservato che *"l'intestazione fiduciaria delle partecipazioni sociali attiene ad un bene che rappresenta una posizione complessa, quale nucleo di situazioni soggettive attive e passive: la quale tantomeno si presta ad essere inquadrata nel comune mandato uno actu o in quello volto all'esecuzione di più negozi giuridici (art. 1703 cod. civ.), richiedendosi invece, da un lato, sotto il profilo dominicale, l'intestazione della res, e, dall'altro lato, un'attività continuativa da parte del fiduciario, spesso non prevedibile ex ante, nell'ambito della vita societaria che si svolge nel tempo. Dal momento pertanto che, nel contratto in questione, la causa non risiede né nel trasferimento del bene, né nella sostituzione al mandante ai fini del compimento di specifici atti, ma nella combinazione dei due momenti allo scopo della c.d. spersonalizzazione della proprietà, opportuna ne risulta la qualificazione – piuttosto che come collegamento negoziale di più atti che restano distinti – come **contratto unitario**, avente una **causa propria**, pur nell'ambito del genus dell'agire per conto altrui: attesa la stretta ed indissolubile connessione tra le varie pattuizioni nelle quali il contratto formalmente si scompone, onde unitaria ne è la causa (e ciò consentirà, altresì, la ricostruzione di un nesso funzionale specifico alla luce del complessivo regolamento di interessi perseguito, mediante l'individuazione della causa concreta)".*

Tribunale di Roma (sentenza 24185/2017 del 28.12.2017)

La fattispecie era quella di una società fiduciaria che aveva ricevuto incarico dal fiduciante di acquisire l'intestazione di alcune partecipazioni in società a responsabilità limitata e di provvedere alla amministrazione delle stesse. Il fiduciante non pagava le commissioni contrattualmente stabilite e la società fiduciaria otteneva e notificava decreto ingiuntivo. Il fiduciante si opponeva al decreto dichiarando che la società fiduciaria in verità non aveva dimostrato di avere in concreto svolto attività di amministrazione.

Il Tribunale ha accolto solo parzialmente l'opposizione, ha ridotto equitativamente, il corrispettivo pattuito contrattualmente.

"non si può non rilevare come sia pacifico tra le parti (...) che la società opposta sia stata intestataria nel periodo indicato nella nota di commissioni in atti delle partecipazioni in esecuzione dei contratti fiduciari oggetto del presente giudizio. Per tale servizio di intestazione fiduciaria non si può non ritenere che la società opposta abbia eseguito correttamente la prestazione".

L'opponente non ha domandato la risoluzione del contratto (avendo verosimilmente interesse a conservare *ex tunc* l'intestazione alla società fiduciaria delle partecipazioni, che, altrimenti, sarebbe venuta meno con la risoluzione contrattuale, vanificando così l'interesse stesso dell'opponente), ma ha domandato la dichiarazione di inesistenza o inesigibilità del credito.

Cass. n. 9637/2018 ha affermato che la valutazione (astratta) della meritevolezza di tutela del trust *"è stata compiuta, una volta per tutte dal legislatore. La legge 16 ottobre 1989, n. 364 (ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e nel loro riconoscimento, adottata a l'Aja il 01.07.1985), infatti, riconoscendo piena validità alla citata convenzione dell'Aja, ha dato cittadinanza nel nostro ordinamento, se così si può dire, all'istituto in oggetto, per cui non è necessario che il giudice provveda di volta in volta a valutare se il singolo contratto risponda al giudizio previsto dal citato art. 1322 C.C."*

Anche per la fattispecie dell'affidamento fiduciario di fondi speciali si può escludere che la causa del contratto risieda nel trasferimento della proprietà del fondo speciale e dei beni vincolati che lo compongono, così come si può escludere che la causa si risolva nella sostituzione all'affidante al fine del compimento di specifici atti.

Si richiede invece proprio quel che la S.C. così sintetizza: *intestazione della res, e attività continuativa da parte del fiduciario, spesso non prevedibile ex ante, proprio perché volta al perseguimento di uno scopo e alla realizzazione di un programma.*

Occorre, quindi, che l'affidatario sia formalmente legittimato a disporre del fondo speciale e di quanto esso è composto, potendosi, allora, ben richiamare quel concetto di **proprietà formale**, che, pur con le dovute differenze di disciplina e di regolamento, si presta ad un richiamo analogico: i fondi di investimento.

*«La società compie le operazioni di gestione in nome proprio ed è quindi intestataria dei beni nei quali vengono investite le risorse dei partecipanti (...) legittimata ad esercitare i diritti incorporati nei titoli è soltanto la società di gestione, mentre la titolarità del diritto "appartiene" al fondo». R. Costi, *Il mercato mobiliare*, Giappichelli, 2014, 193.*

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, **ricostruita in chiave essenzialmente obbligatoria e non più reale a scopi essenzialmente funzionali** (...).».*

Come si vede, il Tribunale di Milano evidenzia che l'attività della SGR/affidataria è vincolata:

- nel fine (gestione dell'interesse dei partecipanti);
- nei metodi (assumendo gli obblighi e le responsabilità del mandatario, ma non essendo il rapporto un mandato);
- nei contenuti, segnati dal Regolamento;

ricostruendo la posizione proprietaria in chiave *obbligatoria e non più reale*.

Tutti requisiti presunti nell'affidamento fiduciario di fondi speciali.

Parlando di *trust*, il prof. Lupoi ha recentemente evidenziato che essi *"appartengono al campo giuridico dei diritti di obbligazione"* e che il *"trustee non è il custode di beni rispetto ai quali deve accertare che viga la destinazione loro attribuita dal disponente, bensì il proprietario di beni che a lui compete volgere al vantaggio dei beneficiari o di uno specifico scopo"*.

Per i fondi comuni di investimento la S.C. ha espressamente caratterizzato l'autonomia del patrimonio con essi costituito e la esclusiva destinazione allo scopo di investimento finanziario (Cass. 15/07/2010, n. 16605).

Cass. 15 luglio 2010, n. 16605, in Riv. not. 2011, 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».*

Per comprendere fin dove l'analogia con i fondi di investimento possa spingersi, può essere utile una sentenza del Tribunale di Milano: *«L'articolazione delle posizioni giuridiche della SGR, del fondo e dei partecipanti non è assimilabile a quella che si rinviene nel rapporto fiduciario: non nella fiducia romanistica – perché i partecipanti non trasferiscono alla SGR i beni da gestire con obbligo di restituzione a richiesta, i beni formano invece un **patrimonio separato** e non divengono di proprietà sostanziale della SGR -, non nella fiducia germanistica (tipologia cui si riferiscono i rapporti tra società fiduciarie ed i loro clienti), perché i beni che formano il fondo non sono né rimangono in proprietà dei partecipanti al fondo (mentre lo rimangono in capo al fiduciante) né costituiscono specifico oggetto di un mandato gestorio, come nel negozio fiduciario».*

La configurazione del fondo affidato e del rapporto giuridico tra lo stesso e l'affidatario diviene ad esempio centrale nel caso di morte dell'affidatario.

Con riferimento al trust, l'art. 11 comma 3, lett. c della Convenzione dell'Aja stabilisce che in un *trust* riconosciuto ai sensi della Convenzione, il fondo in *trust* è escluso dalla successione del *trustee*.

Nulla è, invece, legislativamente previsto per la morte dell'affidatario fiduciario.

La qualificazione del fondo speciale come patrimonio separato da quello dell'affidatario rileverà ai fini della possibilità di rivendicare il fondo medesimo (e questo ci riporta alla sentenza del 1997 inizialmente citata in merito alla possibilità consentita alla società fiduciaria di detenere i beni fungibili in conti d'ordine rubricati come di amministrazione fiduciaria, oltre alla necessità di attribuire data certa alla disposizione con cui si costituisca l'affidamento).

Legittimazione attiva a richiedere ed ottenere la rivendicazione del bene:

Appare connaturata all'idea di affidamento fiduciario la sua definitività e irrevocabilità, nel senso che mediante la sua costituzione l'affidante vuole garantirsi il perseguimento del programma e dello scopo dell'affidamento, e, quindi, prevedere meccanismi contrattuali che assicurino la continuità dell'affidamento e non il "ritorno indietro" con restituzione del Fondo speciale all'affidante.

Dovranno, quindi, essere disciplinate nella costituzione del Fondo speciale e nelle modalità della sua amministrazione specifiche previsioni per il subentro di altro soggetto nel ruolo di affidatario.

Tribunale di 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. (...)**».*

La difficoltà del confronto tra trust e affidamento fiduciario: il primo trova il proprio riconoscimento attraverso la Convenzione dell'Aja ed ha, quindi, una propria disciplina che si fonda sulla Convenzione, anche sulla legge regolatrice del trust.

L'affidamento fiduciario nasce, invece, da una proposta della dottrina ed ha ottenuto un riconoscimento nella legge sul Dopo di Noi che, tuttavia, non ha fornito una compiuta disciplina dell'istituto che è, così, affidata agli interpreti.

Il trust è comunemente ritenuto istituito mediante un atto unilaterale, del solo disponente. Il trustee non partecipa a tale atto, né vi partecipa il guardiano né i beneficiari.

L'affidamento fiduciario è, invece, proposto
come contratto.

Morte dell'affidante

Nel trust, si può in via di estrema semplificazione, dire che la morte è di per sé irrilevante in quanto l'atto istitutivo e l'atto di dotazione si sono ormai compiuti durante la vita del disponente.

Quali, invece, le sorti della morte dell'affidante sul contratto di affidamento fiduciario?

Richiamo alla morte del fiduciante in un caso di "mandato fiduciario" secondo uno schema genericamente e usualmente richiamante la c.d. fiducia germanistica.

La morte del fiduciante comporta l'estinzione del mandato fiduciario.

Ne consegue che gli eredi del fiduciante non subentrano nel rapporto di mandato che si è estinto. Tuttavia la società fiduciaria conserva la titolarità di beni e diritti del de cuius e, quindi, dell'eredità.

Non è irrilevante la “natura” di quei beni
e, soprattutto, di quei diritti.

Ove sia invocabile lo schema della fiducia germanistica, la proprietà effettiva di quei beni cadrebbe nella successione del de cuius.

Laddove non fosse invocabile quel rapporto fiduciario, bensì una differente qualificazione, vuoi derivante dalla natura della posizione giuridica soggettiva oggetto di intestazione fiduciaria, vuoi dal concreto atteggiarsi dell'originario incarico di affidamento, gli eredi subentrerebbero in un diritto a conseguire dalla fiduciaria l'adempimento di un debito restitutorio la cui modalità di esecuzione dipenderà proprio dalla specifica posizione soggettiva affidata.

Esempi:

- certificati azionari
- fiducia germanistica
- consegna agli eredi potrà avvenire mediante girata dei titoli

- credito da finanziamento soci
- la “consegna” avverrà nella forma di una cessione di credito.

- diritti contrattuali
- la “ consegna ” avverrà mediante cessione del contratto (ciò che, di regola, comporta il consenso del contraente ceduto).

Ove si consideri che il Fondo speciale costituisca un patrimonio separato, non si pone il tema di trasferire il Fondo speciale agli eredi, ma di proseguire nel perseguimento dello scopo per cui il Fondo speciale è stato costituito in forza di un contratto che non preveda una sopravvivenza di diritti dell'affidante (che altrimenti potrebbero ritenersi cadere nella sua successione).

La legge di San Marino sull'affidamento fiduciario (unica legge esistente che regoli tale contratto): *"A meno che il contratto disponga diversamente, i diritti e i poteri dell'affidante non possono essere esercitati dai suoi eredi, né essi subentrano nelle sue obbligazioni"* (art. 2.2).

La responsabilità dell'affidatario:

La soggezione del trust alla legge straniera consente di riferirsi a tale legge per le vicende che riguardano la vita del trust e gli obblighi e responsabilità del trustee.

L'affidamento fiduciario richiede, invece, un lavoro di costruzione e di interpretazione che non può fondarsi su una legge che disciplina la fattispecie.

L'inadempimento dell'affidatario: deve risolversi senza pregiudizio del perseguimento dello scopo per cui è stato costituito l'affidamento. La risoluzione del contratto è, quindi, soluzione non percorribile, perché sciogliendo i rapporti con efficacia *ex tunc*, frustrerebbe le ragioni stesse dell'affidamento e dell'intera operazione.

Andranno previste contrattualmente soluzioni che escludano i rimedi risolutivi, ordinari, e siano, invece, volte alla sostituzione nell'ufficio dell'affidatario senza pregiudizio della stabilità dell'affidamento, fermi comunque i rimedi risarcitori e le responsabilità in capo all'affidatario.

La dottrina ha proposto soluzioni fondate sul negozio autorizzativo e sulla cessione del contratto.

L'affidante, finché in vita, mantiene come parte del contratto, legittimazione ad agire e, quindi, non perde interamente la titolarità ad esercitare una legittima forma di controllo sull'attività dell'affidatario.

La sottoposizione del contratto alla legge italiana consente che i beneficiari, terzi nel cui favore l'affidamento è costituito, possano dichiarare di volerne profittare ai sensi degli artt. 1411 ss. c.c..

Possibilità non consentita nel trust, alla cui istituzione il beneficiario non partecipa.

Questa soluzione può risultare di particolare interesse:

- scopo di garanzia
- genitore può costituire un fondo speciale da amministrarsi da una società fiduciaria a beneficio del figlio maggiorenne per esigenze eventuali e per scopi che le singole fattispecie suggeriscono

Tanto il ruolo di trustee quanto l'ufficio di affidatario fiduciario comportano lo svolgimento di un'attività gestoria a contenuto discrezionale, in questo differente dall'attività di amministrazione tipicamente svolta in forza dell'usuale mandato fiduciario che, per previsione contrattuale e disposto regolamentare, comporta la necessità di agire in esecuzione degli incarichi ricevuti dal fiduciante.

La figura del guardiano, comune sia al trust che all'affidamento (e per quanto concerne il Dopo di Noi addirittura obbligatoria).

Nell'affidamento fiduciario il guardiano è parte del contratto, e nello schema proposto dalla dottrina dotato di poteri autorizzativi rilevanti, in particolare per la revoca e sostituzione dell'affidatario.

Nel trust il guardiano non è parte dell'atto istitutivo.