

Roma, 22 luglio 2021

A TUTTE LE ASSOCIATE
- Loro Sedi -

Comunicazione

NEWS – Temi di interesse

AMMINISTRAZIONE FONDI SPECIALI_2021_140_C

OGGETTO: “Amministrazione di fondi speciali affidati - “Atto costitutivo di fondo speciale affidato” alternativamente “Contratto per l’amministrazione fiduciaria di fondi speciali affidati” – Approfondimento”

Si fa seguito alle precedenti comunicazioni in tema amministrazione fiduciaria di fondi speciali affidati, per trasmettere – qui accluso – l’*“Atto costitutivo di fondo speciale affidato”* alternativamente *“Contratto per l’amministrazione fiduciaria di fondi speciali affidati”*.

Con il documento allegato e con l’approfondimento in calce alla presente comunicazione, si presenta ora alle Associate uno studio volto all’analisi dell’amministrazione di fondi speciali affidati, frutto di un lungo ed elaborato lavoro svolto con la collaborazione dell’Avvocato Alessandro Accinni e del Notaio Daniele Muritano per gli aspetti civilistici, e con la collaborazione dell’Avvocato Federico Rasi dello Studio Visentini Marchetti e Associati per la trattazione dei profili fiscali.

Il lavoro trae origine dall’esperienza nata e sviluppata a seguito della legge n. 112/2016, così detta “Dopo di noi”, con la quale il legislatore ha posto sullo stesso piano e con una identità di effetti, il *trust*, i vincoli di destinazione, e i fondi speciali composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione, che ha permesso di attrarre sotto un medesimo regime giuridico – sulla base di istituti giuridici già esistenti nell’ordinamento – il contratto di affidamento fiduciario, il *trust*, e i vincoli di destinazione quali istituti strumentali all’amministrazione fiduciaria di “fondi speciali” composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione.

Tale coerenza sistematica ha spinto l’Assofiduciaria a ritenere sufficiente l’esperienza giuridica maturata con la legge n. 112/2016, tale da consentire di predisporre un modello negoziale – nella forma dell’atto pubblico – denominato *“Atto costitutivo di fondo speciale affidato”*, volto ad offrire alle proprie associate uno strumento, interamente regolato dal diritto interno ed idoneo a realizzare un’ampia gamma di interessi meritevoli di tutela, che si presta a molteplici funzioni e scopi.

L'analisi del quadro normativo vigente rimanda ad un principio di carattere generale secondo cui, nel nostro ordinamento, la costituzione di un patrimonio separato è possibile ove lo schema negoziale adottato determini il contemporaneo verificarsi dei seguenti effetti:

- a) un effetto di affidamento del patrimonio di un soggetto ad altro soggetto, ancorché tale effetto sia temporaneo in quanto strumentale alla realizzazione di uno scopo/programma limitato nel tempo;
- b) un effetto segregativo del patrimonio affidato, non solo rispetto al patrimonio del soggetto affidante, ma anche rispetto al patrimonio del soggetto cui è affidata l'amministrazione.

È del tutto evidente il ruolo centrale delle società fiduciarie, in quanto lo svolgimento di un simile ruolo rientra nell'attività istituzionalmente ad esse riservata, chiamate ed autorizzate proprio ad amministrare beni per conto di terzi, senza che tali beni si confondano col patrimonio personale della fiduciaria.

Parimenti, l'amministrazione fiduciaria dei fondi speciali costituiti per atto pubblico svolta dalle società fiduciarie nel contesto di uno schema negoziale è stata attentamente valutata e regolamentata nel rispetto della legge istitutiva del 1939 e coerente con i dettami del decreto ministeriale del 1995 (recante Elementi informativi del procedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività fiduciaria e di revisione e disposizioni di vigilanza – il "DM").

Ed infatti, con lettera del 5 luglio 2021 a firma del Presidente Fabio Marchetti – anch'essa allegata - è stato trasmesso al Ministero dello Sviluppo Economico l' "Atto costitutivo di fondo speciale affidato", notificato ai sensi dell'articolo 10, punto 4 del D.M. 16 gennaio 1995, nell'interesse e per conto delle società fiduciarie associate ad Assofiduciaria.

L'atto costitutivo di fondi speciali affidati che, come detto, sarà redatto per atto pubblico, si compone di cinque parti, ampiamente descritte nello studio citato.

Si segnala alle Associate che il contratto sarà presentato in un incontro seminariale nel mese di settembre p.v., di cui sarà data informativa con apposita comunicazione.

I migliori saluti.

Lucia Frascarelli
Segretario Generale



LF/cdr

APPROFONDIMENTO SULL'AMMINISTRAZIONE DI FONDI SPECIALI AFFIDATI – A CURA DELL'AVV. ALESSANDRO ACCINNI, DEL NOTAIO DANIELE MURITANO E DEL PROF. AVV. FEDERICO RASI

L'ultimo decennio è stato caratterizzato da un intenso dibattito sulla disciplina degli istituti fondati sulla *fiducia*, che ha visto protagoniste la dottrina e la giurisprudenza, civilistica e tributaria, non solo in chiave comparatistica, ma anche (e, ultimamente, soprattutto) per l'affacciarsi di proposte, talvolta innovative, e, in altri casi (come quello che ci occupa), caratterizzate da una ridefinizione di fattispecie immanenti ai principi e al sistema di diritto italiano, anche per essere state espressamente nominate dal legislatore.

Va certamente segnalato, nell'ambito di tale dibattito, il fondamentale contributo della dottrina, che ha proposto un contratto atipico caratterizzato da una serie di dati invariante idonei a delimitare un tipo contrattuale astratto¹.

Nello stesso periodo, la vicina Repubblica di San Marino ha promulgato una legge (1° marzo 2010, n. 43) che introduce e disciplina proprio il contratto di affidamento fiduciario.

Non è questa la sede per dare conto del dibattito che ne è seguito, che tuttora prosegue e che si è tradotto anche in un disegno di legge (XVIII Legislatura, Senato della Repubblica, n. 1452, 5 agosto 2019) per l'introduzione nel codice civile del negozio di affidamento fiduciario; sarà certamente interessante seguire l'evoluzione e gli sviluppi di queste proposte.

Per quanto qui rileva, nel 2016 vi è stato il fondamentale intervento del legislatore italiano con l'emanazione della legge n. 112 del 22 giugno 2016 (nota come legge sul Dopo di noi).

Ivi, il legislatore individua e nomina, su un medesimo piano e con identità sostanziale di effetti, il *trust*, i vincoli di destinazione, e i *fondi speciali composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione* (cfr. rubrica dell'art. 6).

L'interesse si appunta, così, sui nominati *fondi speciali*, che la legge sul Dopo di noi meglio individua come *composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario*, senza alcuna limitazione, anzi, prevedendo espressamente che possano essere composti da *beni di qualsiasi natura* (e, quindi, non solo da beni immobili o mobili soggetti a registrazione, ma da qualsiasi attività finanziaria o patrimoniale) e anche da altri *diritti* (quindi anche immateriali - cfr. art. 6, comma 6).

Il legislatore ha voluto in tal modo individuare una fattispecie complessa che, combinando diversi momenti, «*disegna una sequenza per cui la situazione dei beni affidati*

¹ Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè Editore, Milano, 2014.

deriva dalla imposizione su di essi del vincolo di destinazione ex art. 2645-ter, rispetto ai quali il contratto di affidamento fiduciario detta regole relative alla loro gestione e quindi relative agli obblighi del gestore, il tipo di progetto da perseguire in favore delle persone con disabilità grave, gli obblighi di rendicontazione, etc...».²

Assume così rilievo centrale il sistema di pubblicità. Sotto questo profilo, il Notariato ha osservato che «*la legge 112/16 offre (...) 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*»³.

La legge n. 112 del 2016 (anche nel suo nucleo fondamentale riguardante l'inapplicabilità delle imposte d'atto), in definitiva, sembra dettare una disciplina del fondo speciale che trae la sua base giuridica da "regole" già esistenti nell'ordinamento.

Tali regole si rinvencono (e possono essere applicate in via analogica, se non persino "diretta"), in diverse disposizioni del nostro ordinamento, tra cui nel citato art. 2645-ter, nell'art. 2915 c.c., nonché nella legge 364 del 1989 di ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985, che ha dato efficacia sostanziale e di disposizione normativa all'articolato della Convenzione⁴.

Il nominato *fondo speciale* (composto di beni sottoposti a vincolo di destinazione) si configura come patrimonio separato sia dal patrimonio del fiduciante, sia da quello del fiduciario, costituisce altresì un centro autonomo di interessi, in quanto tale richiedente l'individuazione di un soggetto legittimato a disporre e a farne valere i diritti, che ne acquisisce l'intestazione mediante l'affidamento contrattuale⁵.

L'analisi del quadro normativo vigente (e, come meglio di seguito evidenziato, anche la prassi dell'Amministrazione finanziaria in tema di *trust* e degli altri istituti individuati dalla

² Gambaro, *La proprietà*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2017, 429 ss.

³ «*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.

⁴ Gli artt. 2645-ter e 2915 c.c. hanno rilevanza centrale. Il primo, in quanto costituisce, come si vedrà nel testo, la fonte normativa per l'esecuzione della pubblicità immobiliare e la produzione dell'effetto di separazione patrimoniale; il secondo perché consente l'opponibilità ai creditori dei vincoli di indisponibilità (in senso lato) relativi ai beni mobili (in senso ampio) alla sola condizione dell'esistenza di un atto di data certa anteriore.

⁵ Quanto all'intestazione del fondo speciale, la giurisprudenza che si è formata in relazione alla proprietà della società fiduciaria ex l. 1966/39, alla causa fiduciaria ed alla proprietà delle SGR che gestiscono fondi comuni di investimento costituisce un'utile indicazione di sistema in merito alla possibile conformazione della proprietà in differenti tipi di proprietà "formale".

legge sul Dopo di noi) restituisce il principio secondo cui, nel nostro ordinamento, la costituzione di un patrimonio separato è possibile ove lo schema negoziale adottato determini il contemporaneo verificarsi dei seguenti effetti:

- a) un effetto di affidamento del patrimonio di un soggetto ad altro soggetto, ancorché tale effetto sia temporaneo in quanto strumentale alla realizzazione di uno scopo/programma limitato nel tempo;
- b) un effetto segregativo del patrimonio affidato, non solo rispetto al patrimonio del soggetto affidante, ma anche rispetto al patrimonio del soggetto cui è affidata l'amministrazione.

Su queste premesse, è evidente che lo svolgimento di un simile *ruolo*, che comporta l'acquisizione dell'intestazione di un patrimonio affidato al fine del perseguimento di uno scopo-programma e/o a beneficio di determinati soggetti e la separatezza di tale patrimonio dal patrimonio dell'affidatario stesso, rientra nell'attività istituzionalmente riservata alle società fiduciarie, chiamate ed autorizzate proprio ad amministrare beni per conto di terzi, senza che tali beni si confondano col patrimonio personale della fiduciaria.

Anzi, le società fiduciarie si offrono proprio quali garanti di tale separatezza, per la loro disciplina e prassi contabile⁶.

È così possibile per le società fiduciarie individuare uno schema negoziale, rispettoso della legge istitutiva del 1939 e coerente con i dettami del decreto ministeriale del 1995 (recante *Elementi informativi del procedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività fiduciaria e di revisione e disposizioni di vigilanza – il "D.M."*) che, in sintonia con i principi e le regole del nostro ordinamento, disciplini l'amministrazione fiduciaria di quei fondi speciali. Si tratta di uno schema che si presta a molteplici funzioni e scopi (di sostegno e mantenimento – in analogia al Dopo di noi -, di garanzia, di trasmissione di patrimoni e di ogni altro impiego che gli interessi concreti delle parti e la fantasia degli operatori potranno individuare), ferma restando la necessaria meritevolezza degli interessi perseguiti secondo i principi del nostro ordinamento.

Lo schema che viene qui presentato prevede, a titolo esemplificativo, la destinazione del fondo speciale per far fronte ai bisogni fondamentali di abitazione, salute e mantenimento dei figli del fiduciante, potendo, come detto, lo schema adattarsi a differenti funzioni e scopi,

⁶ Si pensi, ad es. alla risalente ma fondamentale pronuncia resa da Cass. n. 10031/1997, per cui l'azione di rivendica ex 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 sulla quantità di chi agisce risultino dai conti d'ordine del debitore rubricati come di amministrazione fiduciaria. Ed anche al disposto di cui all'art. 3-bis del D.L. 16 febbraio 1987, n. 27, convertito con L. 13 aprile 1987, n. 148 per cui *le società fiduciarie sono soggette alla disciplina della liquidazione coatta amministrativa, con esclusione del fallimento.*

nell'invarianza della struttura e dei suoi elementi fondamentali, che di seguito si illustrano per la migliore comprensione.

L'atto costitutivo del fondo speciale affidato prevede la redazione con intervento del Notaio, ai fini di pubblicità, del conferimento di data certa (anche ai fini di cui all'art. 2915 c.c. e dell'opponibilità ai terzi della costituzione del fondo speciale col vincolo dei beni che lo compongono).

All'atto partecipano il fiduciante e la fiduciaria.

Le Premesse chiariscono le intenzioni e lo scopo dell'atto, nonché la dichiarata volontà di definire il programma, da attuarsi da parte della fiduciaria, in conformità ad uno statuto organizzativo di destinazione dinamica dei beni che compongono il fondo speciale.

L'affidamento del fondo speciale, costituito sottoponendo i beni al vincolo di destinazione, si perfeziona mediante intestazione dei beni che compongono il fondo speciale alla fiduciaria, così da consentire a quest'ultima la piena legittimazione all'amministrazione dei beni (con poteri che coincidono con quelli che la legge riconosce al proprietario o titolare), nel rispetto dei vincoli di destinazione e delle volontà del fiduciante espresse e disciplinate nel programma contrattuale.

L'affidamento del fondo speciale comporta per la fiduciaria, per espressa statuizione in atto (e per gli obblighi alla stessa derivanti dalla propria disciplina di legge e di regolamento, nel quadro delle disposizioni della legge italiana sostanziale e processuale, comprese le leggi speciali in materia di separazione patrimoniale, tra cui, l'art. 2645-ter c.c., l'art. 2915 c.c. e la legge sul Dopo di Noi) di mantenere i beni così intestati separati dai propri beni personali e da ogni altro bene, diritto, patrimonio o fondo speciale altrimenti alla stessa intestato o affidato.

I poteri, i diritti e le prerogative spettanti al fiduciante cessano con la sua morte e non entrano nella sua successione.

Il fondo speciale è un patrimonio autonomo, distinto e separato dal patrimonio personale della fiduciaria e da ogni altro patrimonio alla stessa intestato; pertanto, sui beni e diritti che costituiscono il fondo speciale non possono essere eseguite azioni da parte dei creditori personali della fiduciaria. I vincoli di destinazione sono altresì opponibili ai creditori del fiduciante, nel presupposto dell'esecuzione della pubblicità nei termini più volte sopra richiamati e, con riferimento ai beni mobili, della necessaria separazione "fisica" (da intendersi nel senso di "non confusione") rispetto al patrimonio personale della fiduciaria e agli altri patrimoni a essa affidati da altri fiducianti.

Il fondo speciale sarà dotato di un proprio codice fiscale (come ordinariamente è consentito per il *trust*) e le obbligazioni contratte dalla fiduciaria per la realizzazione del programma dovranno essere imputate al fondo speciale. Ciò avviene nel rispetto dei principi del D.M. che prevedono che la società fiduciaria possa prestare garanzie e assumere impegni nei limiti del patrimonio affidato, previo vincolo dello stesso a tal fine, per l'intero periodo del contratto e previa autorizzazione dei fiducianti ad utilizzare tale patrimonio per far fronte alle garanzie (art. 5.7), oltreché in conformità all'obbligo di anticipazione alla società fiduciaria dei mezzi necessari per lo svolgimento degli incarichi, cui corrisponde l'obbligo della società di non darvi esecuzione ove i mezzi non siano stati tempestivamente messi a sua disposizione (art. 5.10, lett. e).

La costituzione del fondo speciale e il vincolo di destinazione dei beni che lo compongono sono irrevocabili. Tale irrevocabilità non va confusa con l'irrevocabilità della posizione della fiduciaria quale affidatario, che potrà essere revocata o comunque cessare il proprio ruolo nei modi e termini previsti dal contratto.

La destinazione dinamica del fondo speciale per la realizzazione del programma si traduce anche nella necessaria previsione di una clausola di surrogazione reale del vincolo sui beni che via via compongono il fondo speciale, senza soluzione di continuità, né novazione.

Le iscrizioni e trascrizioni in registri pubblici o privati avverranno a nome del fondo speciale⁷ (che potrà avere una propria denominazione) o della fiduciaria, ma in questo caso, specificando la qualità di affidataria del fondo speciale individuato; nel caso di immobili o mobili registrati anche ai sensi dell'art. 2645-ter c.c..

In conformità al disposto del D.M., la fiduciaria converrà con gli intermediari depositari l'esclusione del diritto di compensazione di cui all'art. 1853 c.c. tra i saldi dei conti rubricati al fondo speciale e i saldi di ogni altro conto alla stessa altrimenti intestato.

La responsabilità della fiduciaria, in conformità al dettato del D.M., è parametrata a quella del mandatario, per cui la fiduciaria assume verso il fiduciante gli obblighi e le responsabilità del mandatario⁸.

In considerazione dell'autonomia del patrimonio speciale affidato e della *ratio* stessa della fattispecie che, per volontà del fiduciante, è volta al perseguimento dello scopo e del

⁷ La trascrizione "a favore" del fondo speciale andrà però "testata" alla luce del principio fissato da Cass. 27 gennaio 2017, n. 2043, che negando soggettività giuridica al trust, ha ritenuto non consentita la trascrizione a suo favore, ma solo a a favore del trustee.

⁸ Occorre anche considerare che l'affidatario è da qualificarsi come gestore del fondo nell'interesse altrui (ossia dei beneficiari dell'affidamento).

programma ed alla sua attuazione, l'eventuale accertamento della responsabilità della fiduciaria obbliga quest'ultima al ripristino del fondo speciale nella consistenza che lo stesso avrebbe avuto qualora la fiduciaria avesse correttamente adempiuto le proprie obbligazioni.

Nella stessa logica, data la irrevocabilità della costituzione del fondo speciale, nell'interesse primario del perseguimento dello scopo contrattuale, i rimedi risolutivi (che comportino effetti di scioglimento del vincolo) non sono coerenti con la fattispecie, né voluti dal fiduciante, e, pertanto, sono espressamente rinunciati (fermi restando la possibilità di revoca della fiduciaria per giusta causa ed il risarcimento del danno nel senso sopra ricordato).

Alla revoca della fiduciaria e al verificarsi di ogni altro caso di cessazione della stessa dal ruolo, il fondo speciale si trasferisce automaticamente ad altro affidatario (che sia necessariamente una società fiduciaria di amministrazione).

Per tutto quanto sopra esposto, trattandosi di patrimonio separato da quello della fiduciaria, che ne ha conseguito la intestazione ai fini dell'esercizio degli obblighi contrattuali, il trasferimento alla fiduciaria subentrante non si configura come atto che esprima una volontà di cessione o di acquisto, né vi è un incontro di volontà avente una causale di trasferimento di beni inclusi nel fondo speciale. La fiduciaria subentrante, accettando la nomina, accetta di divenire titolare della posizione che l'atto costitutivo di fondo speciale affidato le attribuisce, a valere su un patrimonio che è e rimane separato dal suo⁹.

La disciplina dell'affidamento in chiave contrattuale consente di porre un rimedio anche ad una situazione che, il ricorso ad istituti di diritto straniero, quali il *trust*, cerca di risolvere con il ricorso alla volontaria giurisdizione, con previsioni che la giurisprudenza di merito italiana ha più di una volta censurato ritenendole inammissibili.

Sono i casi in cui l'atto non appaia idoneo o completo in qualche disposizione ai fini di consentire all'amministratore fiduciario una sicura individuazione del comportamento da tenere o della decisione da assumere.

Per simili casi, nell'interesse stesso del miglior perseguimento del programma negoziale e, quindi, anche nell'interesse del fiduciante e dei beneficiari, oltretutto (e soprattutto) nel rispetto della disciplina regolamentare dell'attività fiduciaria, per la quale devono essere individuati analiticamente i poteri conferiti alla fiduciaria, cui è comunque *riservata la facoltà di non accettare le istruzioni o di sospenderne l'esecuzione qualora esse, secondo il suo apprezzamento, appaiono contrarie a norme di legge, o pregiudizievoli alla sua onorabilità o professionalità, o alla sua operatività ed ai suoi diritti soggettivi* [D.M., art. 5.10, lett. c)], è

⁹ Cfr. Tribunale di Milano, 30 maggio 2012, in www.ilcaso.it, Sez. Giurisprudenza, 10675, 26 giugno 2014.

prevista la possibilità di ricorrere ad un arbitratore, ai sensi dell'art. 1349 c.c., che potrà, con equo apprezzamento, sentite le parti interessate, integrare l'atto con nuove disposizioni, modificare o sopprimere disposizioni dell'atto, attribuire alla fiduciaria poteri non previsti nell'atto.

In questo modo, da una parte, si assicura al fiduciante (che potrebbe a tale data non essere più in vita), il perseguimento del programma, dall'altra parte si consente alla fiduciaria di operare nei canoni della propria attività, non assumendo scelte discrezionali, non fondate sulla volontà del fiduciante ovvero su una indicazione vincolante assunta secondo le regole che lo stesso fiduciante abbia voluto e prescelto per la determinazione dell'agire dell'amministratore fiduciario.

Peraltro, l'inquadramento contrattuale dell'affidamento consente anche al fiduciante che abbia irrevocabilmente vincolato il fondo allo scopo di modificare, i poteri della fiduciaria, così rispettando il dettato del D.M. che consente al fiduciante di modificare i poteri conferiti.

Il contratto è soggetto alla legge italiana e, quindi, così come il mandato, può essere stipulato anche come contratto a favore di terzo, ai sensi degli artt. 1411 ss. c.c., il che consente ai terzi beneficiari che profittino della stipulazione a loro favore di "consolidare" la propria posizione soggettiva in termini di diritti e/o aspettative e conseguenti tutele.

La presenza, come amministratore del fondo speciale, di una società fiduciaria, ovvero sia di un soggetto sottoposto a vigilanza istituzionale, consente di ritenere non indispensabile l'individuazione di un garante (nell'accezione di cui alla legge sul Dopo di noi) o, comunque, di una figura assimilabile al *protector* di *trust*, ovvero sia di un soggetto nominato al fine di verificare l'operato dell'amministratore rispetto al programma; tuttavia, tale possibilità non è nemmeno da escludersi. Potrà, quindi, essere nominato un garante con specificazione nell'atto dei suoi compiti, facoltà ed eventuali poteri. Potrà anche, in ipotesi, prevedersi che la nomina abbia effetto solo dopo la morte del fiduciante.

La fattispecie ci pare rappresentare una evoluzione della disciplina dell'amministrazione fiduciaria, che, pur potendosi porre al fianco di quello che la prassi denomina *mandato fiduciario* (vale a dire l'incarico di amministrazione con intestazione del bene) e dell'incarico di amministrazione senza intestazione, a ben vedere rappresenta una evoluzione del primo, che fa tesoro delle esperienze, anche comparatistiche, di questi decenni e delle esigenze emerse nel lungo tempo trascorso dall'emanazione del D.M. che, peraltro, è coerentemente rispettato dalla fattispecie in esame.

Peraltro, nel D.M. la dizione *mandato fiduciario* non si rinviene, mentre si fa riferimento agli incarichi di amministrazione fiduciaria e allo svolgimento dell'incarico fiduciario; inoltre, quando è fatto riferimento espresso al mandato (cfr. ad es. art 5.10.1 e 5.10.2) il termine non è seguito dall'aggettivo *fiduciario*.

L'amministrazione di un fondo speciale affidato risulta, anche, utile a far fronte (e rispondere) a quelle esigenze per la cui realizzazione è frequente il ricorso a istituti esteri, pur recepiti dal nostro ordinamento (ci si riferisce, ovviamente, al *trust*) e che il legislatore, come si è visto, ha giustamente di recente assimilato negli effetti al fondo speciale, allineandoli in una legge così importante e meritoria quale quella sul Dopo di noi.

La fattispecie, che mediante la disciplina qui illustrata regola l'incarico di amministrazione fiduciaria di beni destinati e intestati alla fiduciaria, si candida, quindi, ad ereditare il posto del c.d. mandato fiduciario (o, comunque, a rappresentarne una variante), con l'aggiunta (e il vantaggio), di perseguire anche effetti affini a quelli di altri istituti (*in primis* il *trust*), senza dover ricorrere alla legge straniera.

* * * * *

Premesse tali considerazioni sulla ricostruzione del regime civilistico del fondo speciale amministrato mediante contratto di affidamento fiduciario, si possono ora svolgere alcune considerazioni sul regime tributario dello stesso.

Lo schema contrattuale proposto, come detto, realizza un duplice effetto:

- a) un effetto di affidamento del patrimonio di un soggetto ad altro soggetto, ancorché temporaneo;
- b) un effetto segregativo del patrimonio vincolato ed affidato, rispetto al patrimonio del soggetto affidante e rispetto al patrimonio dell'amministratore.

Il realizzarsi di tali effetti è cruciale (e si vedrà, dirimente) per procedere all'individuazione della fiscalità diretta del modello in esame in quanto sono gli stessi effetti che produce l'istituto del *trust*, istituto, invece, conosciuto e disciplinato dall'ordinamento.

Per come si delinea il fondo speciale affidato in esame, almeno nella sua ipotesi "base" che qui si illustra, esso ripete le caratteristiche del *trust*. Si ritiene, pertanto, anticipando le conclusioni cui si perverrà, che possa ripetere anche il regime fiscale dello stesso. Ovviamente ne ripeterà però anche le criticità: si tratterà in entrambi i casi di un regime la cui operatività sarà fortemente condizionata dalle circostanze del caso concreto, di modo che l'implementazione di una previsione contrattuale piuttosto che di un'altra, potrà modificare il regime applicabile.

Procedendo più ordinatamente nella ricostruzione della disciplina fiscale applicabile ai fini delle imposte dirette, si ritiene che la contiguità tra i due istituti non possa non avere un peso nella ricostruzione della disciplina fiscale del fondo speciale istituito ed affidato. L'art. 73 t.u.i.r. riserva, infatti, il regime ivi previsto (piena soggettività a fini IRES) non solo al

trust, ma anche agli «*istituti aventi analogo contenuto*». Già l’Agenzia delle Entrate nella circolare n. 48/2007 aveva chiarito che, con la scelta di non limitare la portata della novella normativa del 2007 al *trust*, «*si è voluto ... tenere conto della possibilità che ordinamenti stranieri disciplinino istituti analoghi al trust ma assegnino loro un “nomen iuris” diverso. Per individuare quali siano gli istituti aventi contenuto analogo si deve fare riferimento agli elementi essenziali e caratterizzanti dell’istituto del trust*». Si ritiene che questa regola debba valere non solo per istituti disciplinati da ordinamenti stranieri, ma anche per istituti disciplinati dall’ordinamento italiano.

Tanto il *trust*, quanto il fondo che origina dal modello contrattuale qui proposto, si caratterizzano, come detto, per produrre effetti traslativi e segregativi. Sul piano fiscale è la concorrente ricorrenza di detti effetti a giustificare, nel *trust*, la scelta di escludere la riferibilità dell’obbligazione tributaria tanto al *settlor* quanto al *trustee* (per effetto degli effetti traslativi il primo non può più essere il soggetto titolare del patrimonio, per effetto di quelli segregativi non può esserlo il secondo) e di imputarla al *trust* stesso. Dal momento che il modello contrattuale in esame consente di istituire un fondo che realizza i medesimi risultati, tale fondo può essere considerato quale «*organizzazione non appartenente ad altri soggetti nei cui confronti il presupposto di imposta si realizza in modo unitario e autonomo*», così da riconoscere la soggettività tributaria dello stesso, al pari di quella del *trust*. Si ritiene, in altri termini, possa essere ripetuto lo schema del *trust* opaco.

Ferma la necessità di verificare tali conclusioni sulla base della regolamentazione concreta che le parti adotteranno nella stesura dell’ affidamento fiduciario, il modello contrattuale qui proposto contiene gli elementi sufficienti per valutare con gli Uffici dell’Amministrazione finanziaria la possibilità di riconoscere la soggettività IRES dei fondi così istituiti e di cui la società fiduciaria sarà l’intestatataria ed amministratrice (al pari di un *trustee*). Tale conclusione vale, nel modello qui considerato, in ragione del fatto che il fine ivi perseguito non è il trasferimento dei redditi anno per anno conseguiti dal fondo a taluni soggetti, ma la corresponsione a taluni soggetti di quanto necessario anno per anno per il soddisfacimento di alcuni loro bisogni predeterminati. Il disallineamento tra quanto conseguito e quanto erogato esclude la possibilità di individuare i soggetti destinatari delle prestazioni del fondo quali beneficiari individuati del suo reddito.

In generale, dunque, nella misura in cui i fondi in esame saranno costituiti per il perseguimento, come nel modello qui proposto, di fini di carattere generale, si ritiene vi saranno elementi sufficienti per equiparare tali fondi a *trust* di tipo opaco e a riconoscere la loro soggettività a fini RES.

Come però evidenziato, quello proposto è un modello contrattuale aperto, utilizzabile per diversi impieghi, non da ultimo anche quello di favorire taluni soggetti individuati. Ciò

pone il problema di verificare se, sulla base dell'analogia con il *trust*, possa applicarsi ai fondi in discussione anche lo schema della trasparenza applicata al *trust*.

La trasparenza, come noto, è quel meccanismo cui è possibile ricorrere allorché si registra che un organismo intermedio non è in grado di trattenere il reddito dallo stesso prodotto. In questi casi diviene doveroso imputare il reddito (e, quindi, l'obbligazione tributaria) a coloro che effettivamente ne sono titolari.

In linea di ricostruzione teorica, l'applicazione dello schema della trasparenza al fondo in esame sarebbe possibile solo a condizione che si verificano più circostanze:

- 1) l'attribuzione al gestore dell'onere di amministrazione del patrimonio in favore del terzo;
- 2) la previsione dell'obbligo per il gestore di retrocedere al terzo i risultati di tale attività.

Solo così si ripeterebbero al livello del fondo in discussione, le condizioni individuate dal legislatore con riferimento al *trust* c.d. trasparente. Si continuerebbe così ad assicurare l'esistenza di un'analogia tra *trust* e il fondo speciale affidato che giustificerebbe l'estensione al secondo del regime fiscale del primo. La condizione essenziale perché operi tale ricostruzione è l'adozione di un assetto negoziale diverso rispetto a quello descritto in precedenza su cui l'Associazione si riserva di tornare con successivi approfondimenti. Rispetto a questo, dovranno essere diversamente dettagliate le clausole che prevedono l'attribuzione di somme ai beneficiari.

Con riferimento, invece, al settore dell'imposizione indiretta, l'orientamento che sta via via divenendo prevalente e consolidato nella giurisprudenza della Cassazione è quello secondo cui, in materia di *trust*, né l'istituzione del *trust*, né il conferimento in esso dei beni che ne costituiscono la dotazione, integrano, da soli, un trasferimento imponibile ai fini dell'imposta sulle successioni, donazioni e costituzione di vincoli di destinazione, costituendo questi atti neutri, che non danno luogo ad un passaggio effettivo e stabile di ricchezza in favore del *trustee* o del beneficiario finale.

In questi casi, l'imposta sulle successioni, donazioni e costituzione di vincoli di destinazione diviene dovuta in seguito, al momento dell'eventuale trasferimento dei beni o dei diritti ai terzi beneficiari, in quanto solo tale atto costituisce un effettivo indice di ricchezza ai sensi dell'art. 53 Cost. tassabile alla luce dell'imposta in esame. Per gli stessi motivi non è sostenibile l'applicazione delle imposte ipotecaria e catastale in misura proporzionale al momento della costituzione del *trust*, ma solo al momento successivo della devoluzione finale, perché anche le imposte proporzionali ipo-catastali presuppongono un effettivo arricchimento dell'avente causa in ossequio al principio di capacità contributiva *ex art. 53 Cost.*

Ciò ricordato, non si manca di evidenziare come questo orientamento non risulti, sino ad ora, accolto dalla Amministrazione finanziaria nei suoi documenti di prassi. Il crescente numero di sentenze della Cassazione in proposito evidenzia l'esistenza di un contenzioso sul punto che origina dalla scelta dell'Agenzia di confermare le proprie posizioni.

Non si può, dunque, innanzitutto, che auspicare un intervento del legislatore affinché sia fatta definitiva chiarezza sul punto o, in subordine, un allineamento della posizione degli Uffici a quello della giurisprudenza. Ciò quanto meno consentirebbe di avere certezza sugli effetti ai fini dell'imposizione indiretta del ricorso a tale istituto.

Ciò premesso, tornando all'analisi della disciplina fiscale ai fini dell'imposizione indiretta delle vicende che concernono la "vita" di un fondo speciale affidato, si ritiene di poter estendere ad esso la logica seguita dalla Cassazione che prevede l'applicazione dell'imposta sulle successioni, donazioni e costituzione di vincoli di destinazione solo al momento del realizzarsi dell'effetto traslativo che determina il realizzarsi definitivo del programma negoziale prefigurato dal *settlor*/disponente e negli altri casi l'applicazione dell'imposta di registro.

Ne deriva la possibilità di distinguere i seguenti scenari a seconda se la devoluzione dei beni dal disponente al fondo speciale di destinazione sia:

- 1) temporanea e preliminare a una successiva devoluzione dei beni a terzi predeterminati. In tal caso, occorre ulteriormente distinguere se l'attribuzione finale sia:
 - a. a titolo oneroso come nell'ambito di un fondo con finalità solutorie o di garanzia di una precedente obbligazione;
 - b. a titolo di liberalità;
- 2) temporanea e preliminare al successivo (ri)trasferimento allo stesso disponente;
- 3) definitiva e finalizzata a dotare il fondo dei mezzi patrimoniali per il perseguimento di un dato scopo.

Adottando la logica della Cassazione ne deriva che:

- 1) nella prima ipotesi, l'atto di dotazione del fondo sarà soggetto all'imposta di registro e alle imposte ipo-catastali ove dovute in misura fissa.
Mentre al momento della successiva devoluzione a terzi,
 - a. se dipendente da un precedente rapporto obbligatorio tra le parti, dovranno essere corrisposte le imposte di registro e ipo-catastali (se dovute) secondo le regole ordinarie e (presumibilmente) in misura proporzionale;
 - b. se a titolo di liberalità, dovranno essere corrisposte l'imposta di successione, donazione e costituzione di vincoli di destinazione e le imposte ipo-catastali (se dovute) in misura proporzionale;

- 2) nella seconda ipotesi, tanto l'atto di dotazione, quanto l'atto di successiva (retro)devoluzione allo stesso disponente, non verificandosi alcun effetto traslativo in alcuno dei passaggi, saranno soggetti entrambi alle imposte di registro e ipo-catastali (se dovute) in misura fissa. In questo caso, sarà tassata la mera apposizione di un vincolo non traslativo su beni;
- 3) nella terza ipotesi, l'atto di dotazione sarà immediatamente soggetto alle imposte di successione, donazione e costituzione di vincoli di destinazione e ipo-catastali (se dovute) in misura proporzionale.

Ovviamente, anche per le imposte indirette (come dimostra anche la proposta schematizzazione in quanto tale necessariamente succinta), così come per le imposte dirette, si dovrà prestare attenzione alla concreta regolamentazione contrattuale adottata, in quanto l'utilizzo di uno schema piuttosto di un altro potrà determinare differenze rispetto al caso concreto.