

IL PRESIDENTE

Roma, 5 luglio 2021

Spettabile

Ministero dello Sviluppo Economico

Direzione generale per la vigilanza sugli enti cooperativi, sulle società e sul sistema camerale – Divisione II – Società Fiduciarie e di Revisione

Via Molise n. 2

00187 Roma

Inviata via e-mail all'indirizzo: dgvescgc.div02@pec.mise.gov.it

Oggetto: “Amministrazione di fondi speciali affidati”

L'ultimo decennio è stato caratterizzato da un intenso dibattito sulla disciplina degli istituti di amministrazione di beni 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.

In questo dibattito, deve essere ricordato il ruolo centrale delle società fiduciarie, unico soggetto autorizzato espressamente dalla legge ad assumere in forma di impresa l'amministrazione di beni per conto di terzi ai sensi dell'art. 1 L. 1966/39.

A livello normativo, ci riferiamo espressamente alla legge n. 112 del 22 giugno 2016 (nota come legge sul Dopo di noi), nella quale il nostro 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 disciplinati con contratti di affidamento fiduciario* (cfr. art. 1, comma 3, e la rubrica dell'art. 6)¹.

¹Il legislatore ha voluto in tal modo individuare una fattispecie complessa che, combinando diversi momenti, «disegna una sequenza per cui la situazione dei beni affidati 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

La legge n. 112 del 2016 detta una disciplina del fondo speciale che trae la sua base giuridica da "regole" già esistenti nell'ordinamento, che si rinvengono (e possono essere applicate in via analogica, se non persino "diretta"), in diverse disposizioni del nostro ordinamento, tra cui il citato art. 2645-ter, l'art. 2915 c.c., nonché nella legge 364 del 1989 di ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985, che ha dato efficacia sostanziale e di disposizione normativa all'articolato della Convenzione².

L'analisi del quadro normativo vigente 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.

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 del fiduciario rientra necessariamente nell'attività istituzionalmente riservata alle società fiduciarie, chiamate ed autorizzate proprio ad amministrare beni per conto di terzi che si offrono quali garanti di tale separatezza, per la loro disciplina e prassi contabile.

Su tali premesse nasce lo schema negoziale qui presentato, 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 "DM") che, in sintonia con principi e regole del nostro ordinamento, disciplina l'amministrazione fiduciaria dei fondi speciali.

persone con disabilità grave, gli obblighi di rendicontazione, etc...» Gambaro, La proprietà, in Tratt. dir. priv. a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2017, 429 ss..

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*».

² Gli artt. 2645-ter e 2915 c.c. hanno rilevanza centrale. Il primo, in quanto costituisce 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.

Si tratta di uno schema che si presta a molteplici funzioni e scopi (di sostegno e mantenimento – in analogia alla Legge sul Dopo di noi –, di garanzia, di trasmissione di patrimoni...).

Lo schema allegato prevede, a titolo esemplificativo, la destinazione del fondo speciale per far fronte ai bisogni fondamentali di abitazione, salute e mantenimento dei figli del fiduciante.

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).

Al contratto partecipano il fiduciante e la fiduciaria.

L'atto si compone di quattro sezioni, oltre alle Premesse.

Le Premesse.

Le Premesse (dalla lettera (A) alla lettera (F)) chiariscono le intenzioni delle Parti e lo scopo dell'atto. Nelle Premesse viene, anche, esplicitata la volontà del fiduciante 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.

Sezione "A" – Atto costitutivo del fondo speciale.

La sezione "A" consiste nell'atto costitutivo del fondo speciale e nel suo affidamento alla fiduciaria.

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.

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

In tale sezione vengono anche enunciate le tipologie di beneficiari, e sono disciplinati la durata dell'affidamento e la forma degli atti e delle comunicazioni. Sono, inoltre, elencate le tipologie di beni e diritti che costituiscono il fondo speciale ed è prevista la possibilità di successivi incrementi del medesimo.

È, infine, previsto, a carico della fiduciaria, un generale obbligo di riservatezza.

Sezione "B" – Regolamento dell'affidamento

Tale sezione contiene il regolamento dell'affidamento.

Essa si compone, a propria volta di tre parti, che regolano, rispettivamente, l'attività della fiduciaria (Parte I), il fondo speciale e i beneficiari (Parte II), il termine dell'affidamento (Parte III).

Nella Parte I è regolata l'attività della fiduciaria, prevedendosi che l'affidamento del fondo speciale comporta per la medesima, 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 cc, l'art. 2915 cc 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.

Nel contratto si prevede anche testualmente che 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).

Le obbligazioni contratte dalla fiduciaria per la realizzazione del programma dovranno essere imputate al fondo speciale, e ciò anche nel rispetto dei principi del DM 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 (cfr. art. 5.7 del DM), oltretutto 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) del DM).

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/intestatario, che potrà essere revocata o comunque cessare il proprio ruolo nei modi e termini previsti dal contratto e in conformità al DM.

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.

In conformità al disposto del DM, nel contratto si prevede che la fiduciaria sia obbligata a convenire 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 DM, è parametrata a quella del mandatario, per cui la fiduciaria assume verso il fiduciante gli obblighi e le responsabilità del mandatario.

Nella logica della irrevocabilità della costituzione del fondo speciale, e 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 recesso della fiduciaria).

Con riferimento a tale ultimo profilo, nel contratto si prevede che in caso di cessazione della fiduciaria dal ruolo, il fondo speciale si trasferisca automaticamente ad altra società fiduciaria (come è già prassi nei casi di trasferimento dei beni tra società fiduciarie per conto del medesimo fiduciante). 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 suo.

Nella Parte II è data la definizione convenzionale di reddito del fondo speciale e sono individuati i beneficiari iniziali e i beneficiari finali del fondo.

Nella Parte III è disciplinata la destinazione finale del fondo speciale.

Sezione “C” – Beni e diritti destinati al Fondo Speciale

Tale sezione contiene l’individuazione di beni e diritti che compongono il fondo speciale iniziale.

Sezione “D” – Clausole finali

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, cercano 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, alla quale 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”* (DM, art. 5.10, lett. c)), è 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 decisioni 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 DM che consente al fiduciante di modificare i poteri conferiti.

La presenza, come amministratore del fondo speciale, di una società fiduciaria, che agisce nella propria veste istituzionale, consente di ritenere non indispensabile l'individuazione di un garante o, comunque, di una figura assimilabile al *protector* di trust; 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.

La fattispecie si pone al fianco del c.d. *mandato fiduciario* (vale a dire dell'incarico di amministrazione con intestazione del bene) e dell'incarico di amministrazione senza intestazione, rappresentando una evoluzione del primo, che, nel rispetto del dettato del D.M., fa anche tesoro delle esperienze comparatistiche, utilizzando istituti giuridici del nostro ordinamento.

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.

Il modello di contratto qui accluso, che viene notificato a codesto Ministero ai sensi dell'articolo 10, punto 4 del DM 1995 nell'interesse e per conto delle società fiduciarie associate ad Assofiduciaria, mediante la disciplina qui illustrata regola l'incarico di amministrazione fiduciaria di beni destinati e intestati alla fiduciaria, perseguendo altresì effetti affini a quelli di altri istituti giuridici (*in primis* il trust), senza dover ricorrere alla legge straniera.

Con Ossequi.

Prof. Avv. Fabio Marchetti



Allegato: "Atto costitutivo di fondo speciale affidato"