

CONVEGNO ITACA 1/12/2016

“Legge sul “Dopo di Noi” del 22/6/2016. n. 114 pubblicata sulla G.u. 24/6/2016”

Intervento: “*contratto d affidamento fiduciario e vincolo di destinazione*” - avv. Stefano Zacchetti

Gli istituti di cui si tratta sono indicati all’art. 6, III comma, della legge c.d. sul “Dopo di Noi”, che, alle lettere a) e ss., contempla una serie di requisiti al cui ricorrere sarà possibile ottenere importanti benefici fiscali.

I caratteri dei due istituti in commento, e del loro “grande fratello”, il trust, pure esso citato dalla normativa, sono a monte dei requisiti per l’ottenimento dei benefici fiscali, che pongono elementi aggiuntivi e facoltativi senza i quali ad es. un trust potrebbe essere comunque valido e efficace.

L’intervento cerca di rispondere alla domanda di un operatore che volesse sapere a quale strumento ricorrere in favore del disabile grave: sarà meglio il trust, il contratto d’affidamento fiduciario o il vincolo di destinazione, o l’uno e l’altro istituto congiuntamente ?

Aspetti comuni al trust, al vincolo di destinazione e al contratto di affidamento fiduciario

Prima di dire cosa distingue gli istituti, occorre delineare i loro caratteri comuni, che sono molti.

Già la semantica ci dice che “*trust*” in lingua italiana significa “credere, avere fiducia”, nozione che rievoca la *fiducia cum amico e cum creditore* del diritto romano, a base del contratto fiduciario, che tuttavia è ulteriormente diverso dal contratto d’affidamento fiduciario; anche quest’ultimo ripete nel nome, due volte, la nozione di fiducia; del resto, affidamento, in lingua francese, è “*affiance*”, termine usato in passato per denominare proprio il trust di diritto inglese, e, ancora, “affidatario” corrisponde all’inglese “*entruster*”. La semantica dimostra che abbiamo a che fare con concetti assai simili, e, in effetti, le finalità dei tre istituti sono le stesse.

Di nuovo in comune al trust, al contratto di affidamento fiduciario e al vincolo di destinazione sono altri due aspetti:

- si tratta di contratti atipici per i quali è necessario un esame approfondito del caso specifico e della causa contrattuale, attraverso la redazione di un programma coerente ai mezzi a disposizione, che verrà valutato dal giudice ai sensi dell’art. 1322 c.c.: egli potrà considerare il contratto valido o nullo, ad es. nei casi di eccedenza o insufficienza dei mezzi;

- la struttura negoziale è comune: nel caso più frequente, i genitori del disabile grave trasferiranno dei beni, ad esempio due appartamenti, a un soggetto terzo, ad es. un’associazione operativa nella malattia del disabile, il quale li gestirà secondo il programma che i genitori gli hanno indicato e si occuperà quindi di seguire il beneficiario, curandolo e assistendolo “come avrebbero fatto i genitori”, si impegnerà a riconoscere l’abitazione gratuita del primo appartamento e una rendita mensile al beneficiario disabile. Sarà presente, per previsione della legge sul Dopo di Noi, la figura del Controllore, al quale potrebbe essere anche conferito il potere di sostituire, in caso di inadempimento, il soggetto che deve erogare le prestazioni di mantenimento al beneficiario, questo accorgimento è assai opportuno data la problematicità -se non impossibilità- della risoluzione per grave inadempimento dei contratti in questione.

Differenze fra trust, vincolo di destinazione e contratto di affidamento fiduciario

La differenza fra trust, e vincolo di destinazione, emerge dal confronto della rispettiva disciplina e effetti giuridici.

Trust

Lasciamo da parte il trust internazionale, per il quale esiste una disciplina minimale della Convenzione dell'Aja dell'1/7/1985, ratificata dal nostro paese con la legge 16/10/1989, n. 364. Infatti, a parte il suo contenuto minimale, il suo ambito di applicazione non interessa solitamente agli operatori cui si rivolge la legge sul Dopo di Noi. Quasi sempre dovremo infatti confrontarci col c.d. trust interno (o domestico), che è quello fra cittadini italiani residenti, ad oggetto beni sul suolo italiano, con beneficiari italiani: questo trust non è disciplinato dalla legge italiana. Il contratto di trust interno pertanto deve regolare quanto più possibile le obbligazioni delle parti e conterrà una clausola di chiusura che richiama la legge straniera, di uno stato che disciplini la figura del trust, normalmente la legge inglese. Questo è un punto a sfavore del trust; il vantaggio del trust è il c.d. effetto segregativo, che permette la separazione del patrimonio trasferito al trustee dal restante patrimonio del trustee stesso: i suoi creditori personali non potranno pignorare i beni in trust, se il loro credito non avrà causa dal trust medesimo. Il patrimonio in trust è protetto dai normali eventi che lo potrebbero confondere con quello di altri soggetti (ad es. eredi o creditori personali).

Vincolo di destinazione

L'art. 2645 *ter c.c.* racchiude la disciplina del vincolo di destinazione: la norma, secondo la dottrina più accreditata, circoscrive l'oggetto del vincolo di destinazione a beni immobili e mobili registrati, prevedendo la trascrizione del vincolo ai fini della sua opponibilità, quindi se ne desume che la ricchezza mobile non può formare oggetto del vincolo. L'effetto segregativo del patrimonio vincolato, rispetto al patrimonio del soggetto affidatario, è assicurato dalla norma.

Secondo parte della dottrina, ci troveremo di fronte al trust "italiano", tesi che è stata anche avvalorata dal tenore della relazione al progetto di legge sul "contratto di fiducia" n. 284 presentato il 15/7/2010, in attuazione della legge Comunitaria del 2010. Più propriamente, potremmo ritenere che la norma non disciplina e non introduce un istituto preciso, si limita a assicurare l'effetto segregativo come conseguenza della trascrizione del vincolo.

Contratto di affidamento fiduciario

Si tratta di un contratto atipico la cui elaborazione è recente: a parte alcune note dottrinali comunque recenti, si appoggia alla ricostruzione di un autore, il Lupoi, che ha pubblicato un testo nel 2014 "Il contratto di affidamento fiduciario", suddiviso in due parti: il negozio fiduciario e il contratto di affidamento fiduciario, di cui sottolinea la diversa natura e funzione. In sintesi, l'A., si prefigge lo scopo di evitare la costituzione di un trust con diritto applicabile straniero, per questo crea un contratto atipico, che, mescolando gli istituti giuridici del nostro diritto, dovrebbe consentire il medesimo risultato, col grande vantaggio di evitarci le incertezze applicative del diritto straniero. Questo sarebbe di grande aiuto dato che per la ricchezza mobile non possiamo avvalerci del vincolo di destinazione e dovremmo ricorrere al trust.

L'A. parte dell'esame dell'art. 784 c.c. sulla donazione a nascituri concepiti e non concepiti, e, argomentando dal comma che permette la gestione da parte di un terzo dei beni donati, compie un ricco itinerario argomentativo per concludere che i beni trasferiti all'affidatario, che li gestirà in favore del beneficiario, sono un patrimonio separato e beneficiano dello stesso effetto segregativo che abbiamo visto nel trust e nel vincolo di destinazione. La sua tesi è che l'art. 2740 c.c. non sia d'ostacolo e dovrebbe essere maggiormente scandagliata la preposizione "suoi" riferita a "beni presenti e futuri", che non significa che ogni bene di cui appare proprietario un soggetto sia "suo", quando è presente una destinazione del bene dichiarata a favore di terzi soggetti. A sostegno della tesi naturalmente mancano ancora riscontri giurisprudenziali e sarà opportuno per l'operatore aspettarli, in quanto la soluzione non appare scontata.

Del resto, il testo dell'art. 1, III comma, della legge sul Dopo di Noi, sembra fornire una conferma della necessità di realizzare l'effetto segregativo solo tramite il vincolo di destinazione, accostando quest'ultimo istituto, con la "e" di congiunzione, al contratto di affidamento fiduciario.

Infine, la disciplina che commentiamo genera una figura "equivoca" parlando di "fondi speciali" disciplinati dal contratto di affidamento fiduciario. Questo aspetto riceverà un probabile chiarimento in sede regolamentare; i primi commentatori hanno considerato il richiamo come una possibile apertura all'effetto segregativo anche sulla ricchezza mobile. Per raggiungere questo scopo sarebbe auspicabile l'introduzione di una norma di legge apposita, volta a assicurare l'effetto dell'art. 2645 *ter* c.c. anche ai beni mobili non registrati, tramite una modifica di tale norma.