

Prime osservazioni sul disegno di legge sul negozio di affidamento fiduciario

Parte II

09 Dicembre 2019

Duccio Zanchi

Indice:

1. **Articolo 7 - Consensi**
2. **Articolo 8 - Obbligazioni dell'affidatario fiduciario**
3. **Articolo 9 - Inadempimento**
4. **Articolo 10 - Clausole di esonero di responsabilità**
5. **Articolo 11 - Rapporti dell'affidatario fiduciario con i terzi**
6. **Articolo 12 - Annullabilità**
7. **Articolo 13 - Sostituzione dell'affidatario fiduciario**
8. **Articolo 14 - Negozio di autorizzazione**

1. Articolo 7 - Consensi

Dalla natura del rapporto che lega affidante e affidatario deriva coerentemente la possibilità che possano essere previste situazioni in cui è richiesto l'assenso di un terzo, l'affidante, il garante del contratto ovvero altro soggetto estraneo, per il valido compimento di un determinato atto. La disposizione non è nuova rispetto alla dottrina dei trust che prevede la possibilità che il compimento di determinati atti o categorie di atti sia condizionato al preventivo assenso del guardiano (talora anche del comitato dei beneficiari).

Quindi, il fatto che, stipulato un accordo con l'attribuzione di ampi poteri a uno dei contraenti, **si richieda che l'altro contraente sia tenuto a ripetere il proprio assenso al compimento di un determinato atto, si spiega col fatto che la fiducia non è stata attribuita in modo illimitato.** Nel trust, si verifica lo stesso fenomeno, ma, coerentemente con la separazione che interviene, al momento del trasferimento dei beni in trust, fra il disponente e i suoi beni, chi presta l'assenso al compimento di un determinato atto che il trustee non ha, da solo, il potere di porre in essere, non potrà mai essere il disponente perché se così fosse si intaccherebbe il principio del *donner et retenir ne vaut*, ma potrebbe esserlo se assumesse anche il ruolo di guardiano.

Quando il consenso dev'essere prestato da un terzo, estraneo quindi al contratto di affidamento, che potrebbe essere il giudice tutelare in caso di minori, oppure un qualsiasi altro soggetto, estraneo al contratto, l'aspetto più rilevante da cogliere non risiede tanto nel prevedere che cosa accade se il terzo non dà il suo assenso o questo manchi – problema che può essere risolto a livello di tecnica redazionale - quanto nel rischio per cui il vizio che affligga una delle manifestazioni di volontà necessarie per dar vita all'atto, non possa che riverberarsi sull'intero atto come accade quando più dichiarazioni si fondono per dar vita a un unico atto.

2. Articolo 8 - Obbligazioni dell'affidatario fiduciario

In questo paragrafo si precisa che l'affidatario deve comportarsi con “**correttezza e buona fede**” e con la diligenza che a una persona normale pone nella cura dei propri affari (*diligenza quam suis*) e il cui livello si innalza nel caso in cui l'affidatario svolga professionalmente questo incarico.

Interessante il richiamo al fatto che l'affidatario debba soddisfare unicamente interessi altrui e non possa porre in essere atti da cui possa derivargli un vantaggio neppure in modo indiretto. Ulteriore obbligo è quello di predisporre il rendiconto, secondo la periodicità stabilita, e graduato, come si legge, “secondo l'interesse di ciascuno [beneficiario *ndr*] all'attuazione del programma”, il che sembrerebbe voler dire che l'affidatario è in realtà tenuto a predisporre rendiconti separati, o quantomeno diversificati quanto alle informazioni negli stessi contenuti, cosa di per sé non “scandalosa” perché ciascun beneficiario può essere titolare di una posizione giuridica diversa da quella degli altri beneficiari delle cui sorti non deve interessarsi dovendo solo badare a che il trustee rispetti la sua posizione.

Semmai si può dire che la natura dei beni apportati nel fondo potrebbe rendere difficile il rispetto di tale disposizione.

La norma distingue, infine, la diligenza richiesta al fiduciario persona fisica e quella invece di chi svolga professionalmente questo compito cui viene richiesto un maggior grado. Si pone poi l'obbligo del rendiconto e si ipotizza la possibilità che, in presenza di più affidatari fiduciari, alcuni di questi possano essere investiti di poteri specifici.

Quella del rendiconto è una delle obbligazioni tipiche del trustee, mentre per quanto attiene al conferimento di specifici, o più intensi poteri, si riscontra qualcosa di analogo a quanto prevedono alcune legislazioni straniere in merito al *managing trustee* anche se, nel caso in esame, la formulazione è forse, volutamente, troppo generica per ritenere che si possa pensare che sia voluto dar vita a una posizione così qualificata come quella prevista dalla **legge di Bahamas sul trust**.

È previsto poi che l'affidatario possa delegare a terzi l'esercizio di uno o più atti di natura gestionale o professionale. Il senso di questa disposizione è in linea col carattere fiduciario dell'incarico che pertanto può consentire eccezionalmente la delega di attività meramente materiali o professionali considerando che in tema di fiducia non vige il principio della proprietà transitiva.

3. Articolo 9 - Inadempimento

Questa disposizione introduce un concetto che corrisponde alla *breach of trust* da parte del trustee, ma in questo, atto unilaterale, - il suo ricorrere consente a chi ne abbia il potere, guardiano in genere, di caducare il rapporto col trustee *ad nutum* - mentre nel contratto di affidamento, l'inadempimento dell'affidatario fiduciario non legittima l'altro contraente (affidante) a richiedere la risoluzione del contratto, anche se l'affidatario inadempiente è tenuto a risarcire chi è stato danneggiato (affidante e beneficiari) ripristinando la consistenza che il patrimonio avrebbe avuto se l'inadempimento non ci fosse stato nonché, con disposizione tipica della responsabilità del trustee inadempiente, **anche ogni vantaggio indebitamente ottenuto dalla sua posizione di affidatario**, anche se i beneficiari non abbiano risentito alcun danno.

L'inadempimento dell'affidatario non è dunque causa di risoluzione del contratto di affidamento, ma si produrranno gli effetti tipici dell'inadempimento e segnatamente l'obbligo di risarcire il danno sia quanto al danno emergente che al lucro cessante. Ci si chiede perché il contratto non si risolva in caso di inadempimento dell'affidatario.

Forse perché questo esito potrebbe determinare il venir meno di una costruzione pensata a vantaggio di altri soggetti che dal venir meno della costruzione stessa potrebbero essere fortemente danneggiati?

Potrebbe darsi, ma se questa fosse la ragione, perché allora non pensare a un meccanismo di sostituzione **dell'affidatario inadempiente piuttosto che mantenere nell'incarico chi abbia dimostrato di non essere affidabile**. Del resto, questo meccanismo è contemplato all'**articolo 12,5°** dove si prevede che *Nel pronunciare l'annullamento il giudice trasferisce il patrimonio affidato ad al-tro affidatario fiduciario, nominato, ove ne-cessario, dallo stesso giudice*. Il successivo **articolo 13,1** *Il negozio determina in quali circo-stanze l'affidatario fiduciario può sostituire aggiungere altri a sé nei rapporti derivanti dal medesimo* prevede, invece, la sostituzione, ma solo con la regia, potremmo dire, dell'affidatario fiduciario.

Quanto al fatto poi che l'affidatario debba trasferire ai beneficiari solo i vantaggi *indebitamente* ottenuti, credo che la disposizione debba essere interpretata nel senso per cui, tutti i vantaggi devono essere considerati come indebitamente ottenuti.

Se così non fosse, infatti, non si comprenderebbe la *ratio* della limitazione atteso che il principio prevede che l'affidatario (o il trustee) non si debba arricchire per l'attività che svolge di talché nessun vantaggio può considerarsi debitamente ottenuto.

Parlando dei trust, sempre con riferimento alla legge di Jersey, la norma di riferimento (s.30) declina una serie di ipotesi.

Intanto, **il *quantum* da risarcire è dato dalla perdita o dalla diminuzione del valore dei beni risultante dall'inadempimento**, cui deve aggiungersi la compensazione per il lucro cessante cioè per quel profitto che ci sarebbe stato se non si fosse verificato l'inadempimento.

Se però siamo di fronte a due o più inadempimenti, vale il principio per cui il trustee non può compensare (sempre all'interno del Fondo in trust) il guadagno derivante da un inadempimento con la perdita derivante da un altro. Infatti rientra fra i suoi compiti quello di mantenere o incrementare il valore del fondo e pertanto non può prevalersi a suo vantaggio (perché non risponderebbe così della perdita) **di una gestione di cui godranno i beneficiari.**

4. Articolo 10 - Clausole di esonero di responsabilità

La clausola appare in linea con la normativa interna che non consente esclusione o limitazione di responsabilità in riferimento a certe condotte come stabilito dall'**articolo 1229 codice civile**, segnatamente per dolo o colpa grave. Coerentemente con quanto previsto dalla normativa codicistica dunque, si esclude qualsiasi patto che escluda la responsabilità dell'affidatario per dolo, colpa grave o mala fede o per atti posti in essere in conflitto di interessi.

Per quanto riguarda invece la posizione dei soggetti (procuratori, consulenti, gestori ecc.) nominati dall'affidatario, la norma sembra a prima vista affermare la responsabilità dell'affidatario per l'attività delle persone da lui delegate, incaricate, ecc, ma nei fatti è sufficiente, per esonerarlo da responsabilità, che esso dimostri di aver operato tali scelte “ con la diligenza che un soggetto avveduto avrebbe usato nelle mede-sime circostanze rispetto a beni propri”, c.d. diligenza *quam suis*, che è poi lo stesso criterio richiesto dalla legge di Jersey (s.25,3: *in good faith and without neglect*)

Con riferimento alla posizione, del trustee la legge di Jersey (s.30) prevede che un beneficiario possa esonerare un trustee da responsabilità per inadempimento nei propri confronti o promettere a un trustee che lo terrà indenne da responsabilità conseguente a un suo inadempimento, ma al tempo stesso si esprime allo stesso modo della citata disposizione codicistica quando prevede che nessuna disposizione dell'atto istitutivo possa esonerare un trustee dalla responsabilità derivante da *fraud, wilful misconduct o gross negligence* che introducono concetti analoghi anche se non sovrapponibili con quelli propri dell'ordinamento italiano.

5. Articolo 11 - Rapporti dell'affidatario fiduciario con i terzi

La disposizione non offre spunti di particolare interesse e appare modellata sulla s.32 della Jersey Trust Law 1984 *as amended*. A parte la prescrizione che impone all'affidatario di dar copia a chi contratti con lui delle "rilevanti disposizioni del contratto di affidamento" e non dell'intero contratto, cosa che potrebbe esporre a qualche sorpresa, ove non applicata con buona fede, si prevede che i limiti dei poteri dell'affidatario siano opponibili ai terzi che ne abbiano avuto conoscenza, o che avrebbero dovuto conoscerli, e si prevede infine che l'affidatario risponda con il solo patrimonio affidato ameno che non abbia fatto menzione della propria qualità, nel qual caso risponde anche col patrimonio proprio, ma con diritto di rivalsa sul patrimonio affidato.

La disposizione ricalca quanto vigente nella legge di Jersey anche se altre leggi di paesi trust affermano la responsabilità del trustee anche con il proprio patrimonio.

6. Articolo 12 - Annullabilità

L'annullabilità riguarda i negozi posti in essere dall'affidatario, al verificarsi di certe condizioni: che l'atto sia a titolo gratuito, che non sia a favore di un beneficiario e che non costituisca adempimento di un'obbligazione; che ecceda i poteri dell'affidatario; che preveda un corrispettivo notevolmente diverso del valore corrente del bene o del servizio, con pregiudizio del patrimonio affidato; che sia stato posto in essere in conflitto di interessi conosciuto dal terzo o da questi ignorato per propria colpa.

La convalida richiede il consenso di tutti i beneficiari e del garante se previsto, ma non prevede il consenso dell'affidante. Dato che si tratta di un contratto, ci saremmo aspettati che dovesse essere richiesto anche il consenso di quest'ultimo, considerando che per l'articolo 1444 codice civile:

“Il contratto annullabile può essere convalidato *dal contraente al quale spetta l'azione di annullamento*, mediante un atto che contenga la menzione del contratto e del motivo di annullabilità, e la dichiarazione che s'intende convalidarlo

Il contratto è pure convalidato, se il contraente al quale spettava l'azione di annullamento vi ha dato volontariamente esecuzione conoscendo il motivo di annullabilità”.

Ora siccome il contratto di affidamento sorge fra due contraenti, affidante e affidatario, perché privare colui che ha concesso l'affidamento del relativo potere? E non è neppure da dire che l'affidatario sia riguardato, in questo disegno di legge, come il disponente del trust che una volta data vita allo strumento esce di scena, perché non sono poche, come abbiamo visto le disposizioni del disegno che contemplan una presenza attiva dell'affidante.

Questa norma si conclude **trattando della sanzione del trasferimento del patrimonio affidato ad altro affidatario nominato “ove necessario”, dal giudice.** Ritengo che la necessità sia data dalla mancanza dell'affidante perché di norma sembrerebbe più coerente che fosse l'affidante stesso o, in ipotesi il garante, a effettuare la nomina. Curiosamente non è espressamente prevista la rimozione dell'affidatario e neppure nulla si prevede circa le sanzioni da comminare al garante che abbia concorso all'operazione poi annullata.

7. Articolo 13 - Sostituzione dell'affidatario fiduciario

La disposizione attribuisce all'affidatario il potere, in determinate circostanze che dovranno essere specificate, di sostituire o aggiungere altri a sé nei rapporti derivanti dal negozio.

Si tratta di una previsione che fa pensare dal momento che attribuisce all'affidatario un potere potenzialmente assai esteso e che **presuppone una fiducia pressoché incondizionata e priva di controllo** – salvo quanto le “circostanze” potranno stabilire – nell'esercizio di una facoltà che nel trust è riservata al disponente che decide quando e a chi accordare la propria fiducia.

Il secondo comma stabilisce che l'affidatario non possa chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità né che possa richiedere modifiche che incidano sul corrispettivo della prestazione da lui offerta. Ci si interroga sulla ragione del divieto. Infatti, se l'affidatario non ritiene che il compenso sia congruo, può dimettersi ovvero usare questa minaccia per ottenere condizioni più vantaggiose con la possibilità quindi di aggirare comunque il divieto.

8. Articolo 14 - Negozio di autorizzazione

Questa norma, che si spiega con la natura contrattuale del rapporto fra affidante e affidatario, subordina all'autorizzazione di quest'ultimo la possibilità, per l'affidante, (o il garante) di sostituire l'affidatario con altri e di compiere atti con effetti reali sul patrimonio affidato.

Se non abbiamo compreso male, di fatto, **l'affidatario, una volta nominato, è praticamente insostituibile**, salvo il caso in cui abbia posto in essere un atto annullabile ai sensi dell'articolo 12. Infatti, neppure in caso di inadempimento (articolo 9) il contratto si risolve- e ora, con questa disposizione, **l'affidatario è assolutamente libero di rilasciare o meno l'autorizzazione, prevista dalla norma in esame**, essendo obbligato a farlo solo in casi specifici e rigidamente definiti: la morte o la sopravvenuta incapacità di altro affidatario (e qui già devono esser presenti almeno due affidatari); le dimissioni dell'affidatario; lo spostamento del suo domicilio fuori dal territorio della Repubblica.

Questa norma, se l'abbiamo correttamente interpretata, **semberebbe configurare una situazione di subordinazione dell'affidante rispetto all'affidatario che non sembra consentire al primo margini di intervento anche quando il rapporto di fiducia si sia incrinato o compromesso, mentre l'affidatario è libero di decidere se concedere o meno l'autorizzazione, libero di dimettersi e di spostare il proprio domicilio a suo piacimento.**

È possibile visualizzare anche la [Parte I](#) del contributo.

TAG: *trust, trustee, beneficiario*

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.