

IPSOA

i Contratti

Bimestrale di dottrina, giurisprudenza
e pratiche contrattuali

ISSN 1123-5047 - ANNO XXVI - Direzione e redazione - Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (MI)

3/2018

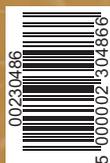
 edicolaprofessionale.com/icontratti

**Assicurazione *claims made*
in attesa delle Sezioni Unite**

**I contratti di convivenza
nella Legge Cirinnà**

**Clausole di garanzia
nella cessione di partecipazioni sociali**

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DOB MILANO



DIREZIONE SCIENTIFICA

Umberto Breccia
Ugo Carnevali
Giovanni D'Amico
Carlo Granelli
Francesco Macario

COMITATO DI REDAZIONE

Christian Romeo



EDITORIALE

Contratti bancari	I NUOVI LUOGHI DI UNA PARTE GENERALE DEL CONTRATTO E LA <i>CATTEDRALE</i> DEI CONTRATTI BANCARI di <i>Stefano Pagliantini</i>	253
--------------------------	--	------------

GIURISPRUDENZA

Assicurazione responsabilità civile	"NO CONTRACT IS AN ISLAND": NUOVI SPUNTI IN TEMA DI <i>CLAIMS MADE</i> (ATTENDENDO LE SEZIONI UNITE) <i>Cassazione Civile, Sez. III, 2 marzo 2018, n. 4912, ord.</i> il commento di <i>Vittorio Bachelet</i>	261 264
Donazione indiretta	LA DONAZIONE AD ESECUZIONE INDIRETTA: LE SEZIONI UNITE E LA DISTINZIONE TRA DONAZIONE E LIBERALITÀ NON DONATIVA <i>Cassazione Civile, SS.UU., 27 luglio 2017, n. 18725</i> il commento di <i>Vera Bilardo</i>	275 279
Risoluzione del contratto	CAPARRA CONFIRMATORIA E RISOLUZIONE DEL CONTRATTO <i>Tribunale di Milano, Sez. IV, 17 luglio 2017</i> il commento di <i>Marco Fazio</i>	289 292
Clausole di garanzia	CLAUSOLE DI GARANZIA NELLA CESSIONE DI PARTECIPAZIONI: STRUTTURA, LEGITTIMAZIONE AD AGIRE E PRESCRIZIONE <i>Tribunale di Milano, Sez. Spec. Impr., 30 giugno 2017, n. 7429</i> il commento di <i>Tommaso dalla Massara e Martina D'Onofrio</i>	299 301
Centrale rischi	L'ABF IN MATERIA DI OBBLIGO DI PREAVVISO DI SEGNALAZIONE IN CENTRALE RISCHI: NOTA A DECISIONE <i>A.B.F., Coll. Coord., 20 ottobre 2016, n. 9311</i> il commento di <i>Matteo Ghisalberti</i>	307 309
	OSSERVATORIO DELL'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO a cura di <i>Francesco Macario</i> con la collaborazione di <i>Dario Farace e Francesco Mezzanotte</i>	315

ARGOMENTI

Contratti di convivenza	I CONTRATTI DI CONVIVENZA NELLA L. 20 MAGGIO 2016, N. 76 (C.D. LEGGE CIRINNÀ) di <i>Roberto Amagliani</i>	317
Usura	PROFILI CIVILISTICI DELL'USURA BANCARIA NELL'ELABORAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA di <i>Antonio di Biase</i>	331
Leasing finanziario	LEASING FINANZIARIO E TUTELA DELL'UTILIZZATORE: PROFILI EVOLUTIVI NELLA TRANSIZIONE DALLA <i>PRASSI</i> AL <i>TIPO</i> di <i>Saverio Foti</i>	345
Affidamento fiduciario	L'AFFIDAMENTO FIDUCIARIO QUALE CONTRATTO NOMINATO: UN'ANALISI REALISTICA di <i>Andrea Vicari</i>	357

CONTRATTI E UNIONE EUROPEA

	OSSERVATORIO EUROPEO a cura di <i>Irene Picciano - Studio Legale De Berti Jacchia Franchini Forlani - Bruxelles</i>	367
--	--	------------

INDICI

AUTORI
CRONOLOGICO
ANALITICO

369

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Giuseppe Amadio, Angelo Barba, Giuseppe Conte, Donato Carusi, Silvia Cipollina, Vincenzo Cuffaro, Giovanni Di Rosa, Angelo Federico, Aurelio Gentili, Michele Lobuono, Marisaria Maugeri, Salvatore Monticelli, Andrea Mora, Emanuela Navarretta, Fabio Padovini, Salvatore Patti, Stefano Pagliantini, Ugo Salanitro, Pietro Sirena, Chiara Tenella Sillani

i Contratti

Bimestrale di dottrina, giurisprudenza
e pratiche contrattuali

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/icontratti

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Ines Attorresi, Arianna Barsacchi, Francesco Cantisani

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOPOSIZIONE

Integra Software Services Pvt. Ltd.

STAMPA

GECA S.r.l.
Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)
Tel. 02/99952

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

PUBBLICITÀ:



Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it

Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 33
del 30 gennaio 1993

Per informazioni in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati, scrivere o
telefonare a:

telefono 02-82476.411
e-mail: redazione.icontratti.ipsoa@wolterskluwer.com

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o
telefonare a:

WOLTERS KLUWER ITALIA Servizio Clienti
telefono 02-824761 - telefax 02-82476.799
e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in
abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27
febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono
rinnovati in assenza di disdetta da comunicarsi a mezzo
raccomandata A.R. da inviare a:
Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via dei Missaglia, n. 97 -
Edificio B3 - 20142 Milano, entro 60 gg prima della data
di scadenza per abbonamenti carta, entro 90 gg. prima
della data di scadenza per abbonamenti digitali.
L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di
abbonamento l'estensione on line della rivista,
consultabile all'indirizzo
www.edicolaprofessionale.com/icontratti
L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo
www.edicolaprofessionale.com/icontratti

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio -
dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di
sottoscrizione € 255,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di
sottoscrizione: € 250,00 + Iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio -
dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di
sottoscrizione € 510,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di
sottoscrizione: € 250,00

MAGISTRATI e UIDITORI GIUDIZIARI - sconto del
20% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla
rivista, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Wolters
Kluwer (<http://shop.wki.it/agenzie>) o inviando l'ordine
via posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Via dei
Missaglia, n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano o via fax al
n. 02-82476799 o rivolgendosi al Servizio Informazioni
Commerciali al n. 02-824761.

Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare
fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante
l'appartenenza alla magistratura.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a
WKI S.r.l. Gestione incassi - Via dei Missaglia,
n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano

oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile
intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Indicare nella causale del versamento il titolo della
rivista e l'anno di abbonamento.

Prezzo copia: € 45,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso
all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento
Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico
è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi
e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74
del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989
e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio Abbonato,
**ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27
aprile 2016**, "relativo alla protezione delle persone fisiche con
riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera
circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (rego-
lamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i
Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elet-
tronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo
Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono
un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.
r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La
riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti
postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere
anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi
a quelli della presente vendita.
Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso
ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancel-
lazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al
loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita
diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di
revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la
liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della
revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il
trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regola-
mento UE 679/2016.
L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate
al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer
Italia S.r.l. - Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 - 20142
Milano (MI).

Affidamento fiduciario

L'affidamento fiduciario quale contratto nominato: un'analisi realistica

di Andrea Vicari

Il contratto di affidamento fiduciario è un contratto nuovo, divenuto contratto tipico nella Repubblica di San Marino. In Italia, esso è ancora un contratto atipico, sia socialmente che giurisprudenzialmente. Tuttavia il *nomen* contratto di affidamento fiduciario è stato impiegato dal legislatore nella L. 22 giugno 2017, n. 112 (legge sul cd. "Dopo di Noi"). Il presente contributo indaga, con un metodo realistico, quale sia il riferimento compiuto dal legislatore mediante l'utilizzo di tale *nomen* e, in fondo, tende a comprendere se mediante tale riferimento il contratto di affidamento fiduciario sia effettivamente divenuto almeno un contratto nominato o meno. Gli esiti dell'indagine permetteranno anche di trarre conclusioni di natura pratica, relative alle modalità di impiego di tale contratto nella tutela dei soggetti deboli.

Il contratto di affidamento fiduciario

Il contratto di affidamento fiduciario è un contratto nuovo che la dottrina italiana sta cercando, faticosamente e non senza contrasti (1), di delineare quale contratto autonomo, diverso dal contratto fiduciario conosciuto dal nostro ordinamento (2) e dai mandati fiduciari che caratterizzano l'attività delle società fiduciarie (3).

Il contratto di affidamento fiduciario, sebbene spesso impropriamente confuso con questo anche solo nominalmente, non ha nulla a che spartire, per quanto riguarda la funzione e struttura, nemmeno con il contratto di amministrazione dei fondi speciali,

il cui modello contrattuale è stato emanato da Assofiduciaria e che rientra nell'alveo dei contratti fiduciari stipulati dalle società fiduciarie (4).

Essi condividono il solo presupposto della presenza di titolarità del bene in capo al fiduciario, nel caso di contratto di amministrazione di fondi speciali, e in capo all'affidatario, nel caso di contratto di affidamento fiduciario.

I veri profili morfologici e funzionali del contratto di affidamento fiduciario sono e debbono essere assai diversi da quelli di questi contratti (5).

La disciplina sammarinese, che ha tipizzato legislativamente il contratto, lo dimostra (6).

(1) V. A. Vicari, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in A. Barba (a cura di), *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Torino, 2012; A. Vicari, *Il tipo nella (ri)lettura dei trust espressamente istituiti e nella costruzione del contratto di affidamento fiduciario*, in V.M. Biccari (a cura di), *Fiducia, Trust, Affidamenti*, Urbino, 2015, che contiene le relazioni all'importante convegno internazionale sugli affidamenti fiduciari tenutosi ad Urbino, nell'ottobre 2014 con il patrocinio di Assofiduciaria e della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino; F. Alcaro, *Gestione e affidamenti fiduciari: appunti (poteri, attività, destinazioni)*, in *Vita not.*, 2014, 2014; V. Roppo, *Il contratto di affidamento fiduciario e "valore di garanzia" dei beni*, in *Riv. not.*, 2013, 1243; M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014.

(2) Confermando un consolidato orientamento, la Corte di cassazione (Cass. 8 settembre 2015, n. 17785) ha chiarito che, in diritto italiano, il negozio fiduciario tradizionale si costituisce mediante il collegamento di due negozi, parimenti voluti, l'uno di carattere esterno, efficace verso i terzi, e l'altro, "inter partes" ed

obbligatorio, diretto a modificare il risultato finale del primo, l'interposizione fiduciaria di quote di partecipazione societaria integra gli estremi dell'interposizione reale di persona, per effetto della quale l'interposto acquista (diversamente dal caso d'interposizione fittizia o simulata) la titolarità delle quote, pur essendo, in virtù di un rapporto interno con l'interponente, tenuto ad osservare un certo comportamento, convenuto in precedenza con il fiduciante, ed a ritrasferirglielo ad una scadenza concordata, ovvero al verificarsi di una situazione che determini il venir meno del rapporto fiduciario.

(3) Da ultimo, v. F. Di Maio, *Del mandato fiduciario germanistico e del mandato palindromo*, in *Trust & Attività Fiduciarie*, 2016, 594.

(4) Da ultimo, v. F. Di Maio, *Dal mandato fiduciario germanistico*, cit.

(5) Acute riflessioni in chiave di metodologia redazionale, in F. Pene Vidari, *Patrimonio e affidamento fiduciario*, in *Federnotizie, Nuovi Contratti e tecniche redazionali*, 2017, 30.

(6) Più compiutamente, v. A. Vicari, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit.

Il contratto di affidamento fiduciario ha una causa tipica, ove è tipizzato, che può essere detta programmaticamente attributiva, non ha nulla a che vedere con la *causa fiduciae* e con la causa gestoria, che caratterizzano il negozio fiduciario ed il mandato (7). Il contratto di affidamento fiduciario, come dimostra lo schema delineato dal legislatore sammarinese, non è nemmeno *intuitu personae*, in quanto non legato alla capacità e morte dell'affidante e dell'affidatario, che sono figure fungibili, mentre invece non lo sono mandante e mandatario, fiduciante e fiduciario, in contratti quali mandato e negozio fiduciario le cui vicende sono invece strettamente legate alla persona dei contraenti (8).

Ma vi è di più.

La lettura, anche solo superficiale, della disciplina sammarinese dimostra chiaramente che la fattispecie, la natura e struttura del contratto e la sua causa siano e debbano essere assai diversi da quelli del mandato e del contratto fiduciario (e dunque anche del contratto di amministrazione di fondi speciali che nell'alveo di questi si è sviluppato) e che l'applicazione, anche solo analogica, della disciplina di questi impedisca all'autonomia privata di raggiungere quelli che sarebbero gli scopi concreti che si vorrebbero perseguire con un contratto di affidamento fiduciario (9).

Dimostra, dunque, che occorra una disciplina legislativa tipica del contratto di affidamento se si vuole rendere l'autonomia privata capace di replicare le funzioni economiche caratteristiche del trust, con un contratto di diritto civile, sia perché a questo necessita una disciplina tipica e specifica di questo contratto che attribuisca all'autonomia privata la possibilità di ricorrere a meccanismi non disponibili in base alla parte generale del contratto di diritto civile, sia perché solo una disciplina tipica permette di escludere l'applicazione, anche solo in via analogica, delle regole di altri tipi contrattuali (il mandato più che altri), che frustrerebbero le attese di quei privati che volessero impiegare un contratto di diritto italiano per perseguire le funzioni tipiche del trust (10).

Invece, il legislatore italiano, al contrario di quello sammarinese, non ha introdotto ancora alcuna disciplina di tale contratto e non ne ha tracciato la fattispecie.

La L. 22 giugno 2016, n. 112 ("Legge del Dopo di Noi") ha esteso ai "contratti di affidamento fiduciario" un regime impositivo di favore previsto per tutta una serie di negozi che abbiano la funzione di trasferire o gestire un patrimonio in favore di soggetti deboli.

Tutto qui.

Infatti, al contrario di quanto è avvenuto in San Marino (11), con la Legge del Dopo di Noi non è stata introdotta in Italia una disciplina sostanziale del contratto di affidamento fiduciario sul piano del diritto privato; si è solo disposto un particolare regime impositivo di favore per una categoria di contratti che il legislatore ha identificato con il *nomen* "affidamenti fiduciari", senza nemmeno precisare la fattispecie, disciplina e le caratteristiche di questa nuova categoria di contratti.

In diritto italiano, l'affidamento fiduciario non può dunque essere considerato un nuovo contratto tipico, ma ancora atipico, in attesa di tipizzazione (legislativa, sociale o giurisprudenziale) ed in attesa di definizione di una propria ed autonoma fattispecie e disciplina.

Occorre prendere atto che l'affidamento fiduciario non sia ancora parte del diritto vivente, come Francesco Pene Vidari ha ben sottolineato (12).

Se non può dirsi che la Legge del Dopo di Noi abbia tipizzato e conseguentemente riconosciuto ed individuato il contratto di affidamento fiduciario, non si può negare che in tale documento legislativo è usato, per la prima volta in Italia, il *nomen* di contratto di affidamento fiduciario per identificare una categoria di negozi a cui il legislatore ha ritenuto riservare un regime di favore sul piano tributario.

L'uso del *nomen*, anche ove si ritenesse un riferimento alla fattispecie del contratto di affidamento di diritto italiano, renderebbe tale contratto un contratto semplicemente nominato, certamente non tipico.

Ciò, come vedremo, non significherebbe molto.

Occorre, però, meglio comprendere che effetto si sia prodotto o si possa produrre, sul piano del diritto privato, da tale menzione.

L'affidamento fiduciario di diritto italiano: un contratto nominato nella Legge del Dopo di Noi?

In alcune aree dell'esperienza umana, la parola ha un potere creatore (13); in altre un potere identificatore (14).

(7) Più compiutamente, v. A. Vicari, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit.

(8) Più compiutamente, v. A. Vicari, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit.

(9) V. A. Vicari, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit.

(10) V. A. Vicari, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit.

(11) L. 1° marzo 2010, n. 42.

(12) F. Pene Vidari, *Patrimonio e affidamento fiduciario*, cit.

(13) Secondo la fede cattolica così avviene, come insegna Giovanni: "In principio era il Verbo [...] Egli era in principio presso Dio: tutto è stato fatto per mezzo di lui, e senza di lui niente è stato fatto di tutto ciò che esiste" (Giov. 1, 1-3).

(14) Secondo la psicologia, "l'uomo cresce - la sua crescita avviene - in un bagno di linguaggio [...] Questo bagno di linguaggio

In queste aree, il nominare - l'attribuire un nome - significa attribuire oggettività o soggettività all'elemento nominato, significa trasformarlo in un elemento del mondo di cui non faceva prima parte, significa portarlo ad esistenza.

In ambito legislativo, così non avviene.

Quando il legislatore impiega il *nomen* di un contratto senza introdurre una completa disciplina di diritto privato, non lo riconosce come contratto dotato di una propria disciplina, non prevede che esso determini effetti precisi, non lo porta dunque ad esistenza nel mondo del diritto come contratto nuovo ed autonomo. È indiscusso che un contratto solo nominato non acquisisce un'identità ed un riconoscimento di individualità di disciplina da parte dell'ordinamento per il solo fatto di essere stato nominato (15).

Infatti, il fatto che un contratto divenga nominato non produce alcun effetto sull'autonomia dello stesso, non semplifica il vaglio di validità e le operazioni di qualificazione alle quali le concrete manifestazioni di questo debbano essere sottoposte (16).

Molti sono gli esempi di nuovi contratti che sono divenuti contratti nominati, senza che ciò abbia significato molto in tema di semplificazione del loro vaglio e riconoscimento in sede giudiziaria.

Ad esempio, nonostante il contratto di factoring sia stato nominato ed in parte disciplinato con la L. 14 luglio 1993, n. 260 e la L. 21 febbraio 1991, n. 52, la dottrina, senza esitazione, ritiene che il legislatore con tali disposizioni normative non abbia introdotto, in diritto italiano, il contratto di factoring sotto forma di contratto tipico, che non ne abbia definito la fattispecie, che non gli abbia conferito insomma alcuna identità (17).

La giurisprudenza di merito, dunque, ha ritenuto che, nonostante gli interventi legislativi, il contratto di franchising continui ad essere un contratto atipico, limitando il più possibile la portata operativa dei frammenti di disciplina introdotti dal legislatore e compiendo ogni operazione di qualificazione, di vaglio di validità e di individuazione della disciplina

sulla base della disciplina codicistica della parte generale del contratto e degli altri contratti tipici (18).

La Corte di cassazione non si è discostata dalla giurisprudenza di merito.

Nel confermare la perdurante atipicità del contratto, la S.C. ha ritenuto in nulla agevolato e semplificato, dall'intervento legislativo che ha nominato il contratto di franchising, il vaglio di validità e le operazioni di qualificazione da compiersi sul singolo negozio concreto (19).

Già questa consapevolezza sarebbe sufficiente a raffreddare gli entusiasmi di chi ha affermato che la Legge del Dopo di Noi avrebbe "sdoganato" il contratto di affidamento fiduciario nel momento in cui, per la prima volta in Italia, impiegava il *nomen* del contratto di affidamento fiduciario (20).

Nell'ipotesi interpretativa più favorevole, dunque l'affidamento fiduciario di diritto italiano potrebbe essere stato trasformato dalla Legge del Dopo di Noi in un contratto al massimo nominato, ma questo non semplificherebbe il suo utilizzo, non conferendo alcuna certezza sul suo riconoscimento da parte della giurisprudenza come contratto autonomo e sulla sua disciplina.

Tuttavia, per dirlo occorre meglio comprendere se, impiegando tale *nomen*, la legge abbia effettivamente inteso trasformare l'embrione dello schema contrattuale astratto battezzato con questo *nomen* dalla dottrina in un contratto nominato (ben consapevoli che questa trasformazione - anche ove fosse avvenuta - non significherebbe molto sul piano della semplificazione del vaglio da compiersi sulle fattispecie concrete) oppure abbia compiuto un'altra operazione, e dunque non abbia nemmeno reso il contratto di affidamento fiduciario, contratto nuovo di diritto italiano, un contratto nominato.

Questa questione non è stata ancora posta, ma avrebbe dovuto esserlo come prima.

determina l'uomo già prima della nascita", J. Lacan, *Petit discours à l'O.R.T.F.*, 1966, in *Autres Écrits*, Paris 2001; pubblicato dapprima in "Recherches", n. 3-4, Paris 1976; trad. it. M. Daubresse, *Piccolo discorso all'ORTF*, 1966, in "La Psicoanalisi", n. 19, Roma, 1996.

(15) A. Barenghi, *Qualificazione, tipo e classificazione dei contratti*, in N. Lipari & P. Rescigno (dir.), *Diritto Civile*, III, II, 301.

(16) A. Barenghi, *op. cit.*, 302.

(17) Per tutti, v. M. Bussani - M. Infantino, *Il contratto di factoring*, in D. Valentino, *Dei singoli contratti*, V, in E. Gabrielli, *Commentario del Codice Civile*, Torino, 211, 388.

(18) M. Bussani & M. Infantino, *op. cit.*, 388.

(19) Cass. 13 maggio 2015, n. 19716, che conferma i precedenti di Cass. 27 agosto 2004, n. 17116; Cass. 24 giugno 2003, n. 10004.

(20) A. Busani, *Affidamento fiduciario ai raggi X*, in *Sole 24 ore, Norme e Tributi* del 29 giugno 2016 ("Via libera ai contratti di affidamento fiduciario, per merito della legge sul dopo-di-noi, la 112/2016 ("Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare"), approvata dalla Camera il 14 giugno, pubblicata in Gazzetta il 24 ed entrata in vigore il 25. Questi contratti, "sdoganati" dalla nuova normativa, hanno però una valenza assai più ampia di quella utilizzabile a tutela dei più deboli").

L'assenza dei presupposti giuridici per interpretare il *nomen* "contratti di affidamento fiduciario" nella legge del Dopo di Noi quale rinvio necessario alla fattispecie (dottrinale) dell'affidamento fiduciario di diritto italiano

Per comprendere se, con la Legge del Dopo di Noi, si sia effettivamente compiuta questa trasformazione in contratto nominato occorre verificare se, con l'impiego del *nomen* "contratti di affidamento fiduciario", il legislatore tributario italiano abbia effettivamente inteso riferirsi alla fattispecie di questo nuovo contratto atipico di diritto italiano oppure ad altro.

Si può già anticipare che, indipendentemente dai possibili criteri interpretativi adottabili ed adottati, non appare ragionevole concludere che l'impiego del *nomen* di contratto di affidamento fiduciario nella Legge del Dopo di Noi da parte del legislatore abbia reso un contratto nominato quell'embrione di contratto atipico di diritto italiano di cui discute quella a dottrina che spera di fare partorire alla pratica un tipo sociale ed alla giurisprudenza un tipo giurisprudenziale del nuovo contratto.

Infatti, nessuna ragionevole interpretazione, costruita sulla base dei consolidati criteri interpretativi del diritto tributario, può indurre a concludere che il *nomen* affidamento fiduciario impiegato nella Legge del Dopo di Noi sia da intendersi come un rinvio esclusivo alla fattispecie di diritto italiano di tale embrione.

Questo per una serie di motivi.

Prima di tutto, perché non può invocarsi l'applicazione di una presunzione interpretativa che conduca a concludere che il *nomen* "contratti di affidamento fiduciario" impiegato dal legislatore tributario costituisca un rinvio al diritto civile e dunque alla fattispecie del contratto di affidamento fiduciario, quale nuovo contratto atipico di diritto italiano, retto dal diritto italiano.

Se è vero che in alcuni casi il legislatore tributario impiega i concetti del diritto civile italiano, e questo implica che debbono assumere nel diritto tributario lo stesso significato che hanno del diritto civile, è altrettanto vero che, anche in presenza di una omonimia, vi sono molti casi in cui il medesimo

significante assume due significati diversi, uno in sede civilistica ed uno in sede tributaria (21).

Assai comuni sono i casi di divaricazione dei significati del medesimo termine, nei due rami del diritto (22). Ad esempio, il "possesso" dei redditi che è il presupposto dell'imposta sui redditi (art. 1, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) non ha nulla a che vedere con il "possesso" del diritto civile (art. 1140 c.c.). Altri esempi, sono il concetto di "area fabbricabile" (art. 67, d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917) (23) o il concetto di "impresa" (art. 55, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) (24) che nel diritto tributario assumono un significato diverso, autonomo e proprio, rispetto a quello assunto nel diritto civile.

Dunque, nell'ambito del diritto tributario non esiste un principio interpretativo che vuole che ogni concetto usato dal legislatore tributario che presenti un'assonanza con un concetto di diritto civile assuma il significato di quest'ultimo, rappresentando un rinvio intenzionale compiuto dal legislatore fiscale al diritto civile.

Anzi, come ben sintetizzato da Fantozzi, "assumere l'esistenza di una regola unica e generale per il caso in cui, nell'ambito di una disposizione tributaria, sia richiamato un istituto di altra branca è in evidente contrasto con la realtà" (25).

Dunque, in sostanza, "il legislatore fiscale non è obbligato ad uniformarsi sempre al diritto civile" (26).

Tanto che, secondo Tassani, la ricognizione realistica del sistema tributario appare confermare che esista un principio opposto a quello che vuole l'uniformazione del concetto tributario a quello civile, infatti il rinvio del legislatore tributario ai concetti del diritto civile sarebbe, in realtà, l'eccezione e non la regola (27).

Già questo potrebbe essere sufficiente a mettere in dubbio le certezze di coloro che ritengono, senza esitazione, che con l'impiego del concetto di affidamento fiduciario nella Legge del Dopo di Noi il legislatore abbia reso nominato l'embrione di modello contrattuale che la dottrina sta sviluppando in Italia e che è identificato con tale nome.

Ma non è tutto.

(21) A. Fantozzi, *Diritto Tributario*, Torino, 2012, 262 ("Invero, assumere l'esistenza di una regola unica e generale per il caso in cui, nell'ambito di una disposizione tributaria, sia richiamato un istituto di altra branca è in evidente contrasto con la realtà"); S. Cipollina, *La legge fiscale e la legge civile*, Padova, 1996.

(22) T. Tassani, *op. cit.*, 9-10.

(23) P. Puri, *La nuova nozione di area edificabile: tra interventi giurisprudenziali e normativi*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, II, 80.

(24) Cass. 28 settembre 2005, n. 27605.

(25) A. Fantozzi, *Diritto Tributario*, Torino, 2012, 262; S. Cipollina, *La legge fiscale e la legge civile*, Padova, 1996.

(26) E. De Mita, *Diritto tributario e diritto civile: profili costituzionali*, in E. De Mita, *Interesse fiscale e tutela del contribuente: le garanzie costituzionali*, Milano, 2006, 256.

(27) T. Tassani, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, Milano, 2006, 9-10.

Più si approfondisce l'argomento dei criteri interpretativi applicabili ai concetti impiegati dal legislatore tributario che richiamano istituti civilistici, più aumentano le perplessità sul fatto che la menzione del *nomen* contratti di affidamento fiduciario nella Legge del Dopo di noi possa costituire un rinvio alla fattispecie, di diritto italiano, del contratto di affidamento, quale contratto nuovo di elaborazione dottrinale.

Infatti, nel caso di specie non è possibile riscontrare il presupposto funzionale in presenza del quale l'interprete dovrebbe concludere che il legislatore tributario, nell'impiegare un concetto civilistico, abbia inteso rinviare alla corrispondente fattispecie, così come delineata nel diritto civile.

Come ben sanno gli studiosi del diritto tributario, in realtà, i concetti impiegati dal legislatore tributario sono da intendersi quali rinvii a quelli civilistici solo dove sia possibile riconoscere, nel rinvio, un interesse da parte del legislatore tributario alla certezza e precisa delimitazione della fattispecie, in quanto già precisamente delineata dal diritto civile (28).

Non sembra possibile ipotizzare alcuna aspirazione alla certezza da parte del legislatore tributario per giustificare l'interpretazione del concetto "contratti di affidamento fiduciario" quale rinvio alla fattispecie di affidamento fiduciario di diritto italiano.

Quella dell'affidamento fiduciario, in diritto italiano, non è ancora nemmeno una figura di diritto positivo, né legislativo né giurisprudenziale, ma una semplice proposta dottrinale di profilo puramente teorico.

Infatti, il diritto positivo italiano oggi non conosce un tipo di negozio con il *nomen* "affidamento fiduciario". Non vi è un tipo legale, nel codice civile, a cui corrisponda il *nomen* affidamento fiduciario. Non vi è un tipo sociale, non vi è un tipo giurisprudenziale, cui corrisponda il *nomen* affidamento fiduciario. Vi è solo un dibattito dottrinale che, ancora, non trova convergenze effettive. Al di fuori della produzione

dottrinale pura, vi è un formulario di questo contratto, peraltro espressione di una sperimentazione esclusivamente teorica in quanto risalente al 2010 (29); vi sono alcune pronunce, in sede tutelare, in cui si è autorizzata la stipula di contratti riportanti il *nomen* di affidamento fiduciario ma in realtà aventi un contenuto ed una funzione tipici del contratto fiduciario tradizionale in cui i beni sono trasferiti ad un fiduciario al fine di amministrarli per conto ed a favore del fiduciante incapace (30); vi sono alcune risoluzioni in cui all'Agenzia delle Entrate è stato richiesto di pronunciarsi su contratti aventi il *nomen* di affidamento fiduciario, ma che, in concreto, alcune volte erano regolati dal diritto sammarinese, altre volte presentavano una struttura ed una funzione concreta in qualche misura simile, in alcuni casi, al contratto fiduciario tradizionale e che l'agenzia ha ricondotto, ai fini tributari, allo schema del negozio fiduciario tradizionale (31) o, in altri casi ancora, una struttura ed una funzione concreta simile a quella di un trust e l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto il negozio assimilabile ad un trust, ritenendo applicabile ai fini tributari il trattamento per questo previsto (32).

Tutto qui.

Il diritto legislativo e quello giurisprudenziale sono, dunque, privi di alcuna indicazione sui profili morfologici e funzionali di questo contratto.

Non vi è una fattispecie di diritto civile positivo, nel sistema italiano, dell'affidamento fiduciario.

Tale fattispecie è solo nella penna della dottrina.

Ora, come si può immaginare un'aspirazione alla certezza da parte del legislatore fiduciario nel rinvio ad una fattispecie che oggi, nel diritto civile, non è definita da una consolidata prassi sociale, né tipizzata da una costante conformazione giurisprudenziale, né configurata legislativamente?

La domanda appare retorica.

Non vi può essere, infatti, una risposta affermativa.

(28) E. De Mita, *op. cit.*, 53.

(29) M. Lupoi, *Atti Istitutivi di Trust e Contratti di Affidamento Fiduciario*, 2010.

(30) Trib. Genova 31 dicembre 2012, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2013, 422, che ha vagliato un contratto, avente il *nomen* di affidamento fiduciario, con cui i beni erano trasferiti ad un fiduciario affinché li amministrasse per conto del fiduciante non pienamente capace ed ha stabilito che qualora l'amministratore di sostegno voglia istituire un contratto di affidamento fiduciario a favore del soggetto beneficiario dall'amministrazione e da cui possono derivare vantaggi anche per lui, il giudice tutelare possa nominare un curatore speciale affinché compia ogni attività necessaria alla completa definizione del contratto da sottoporre all'approvazione preventiva del giudice tutelare; Tribunale di Civitavecchia, Giud. Tutelare 5 dicembre 2013, *decr.*, in *Truste & Attività Fiduciarie*, 2014, 299, che ha vagliato un contratto, avente

il *nomen* di affidamento fiduciario, con cui i beni erano trasferiti ad un fiduciario affinché li amministrasse per il fiduciante non pienamente capace e stabilito che il soggetto invalido rappresentato dall'amministratore di sostegno, espressamente autorizzato dal giudice tutelare, possa sottoscrivere un contratto di affidamento fiduciario a suo favore.

(31) Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale della Liguria, Ufficio Consulenza, Interpello 903-134/2012 del 23 maggio 2012, in *Trust & Attività Fiduciarie*, 212, 569, dove si afferma esplicitamente che "il quesito proposto deve essere inserito nel concetto di negozio fiduciario".

(32) Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale della Liguria, Ufficio Consulenza, Interpello 903-31/2011 del 21 febbraio 2011; Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale della Liguria, Ufficio Consulenza, Parere del 3 luglio 2012 su Interpello 903-151/2012 del 29 maggio 2012, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2013, 95.

Peraltro, affiancare certezza e precisione morfologica alla fattispecie del contratto di affidamento fiduciario costituisce, ancora, un ossimoro anche se si osserva la sola figura dottrinale.

Infatti, anche la figura puramente dottrinale non ha contorni morfologici ben precisi e delineati (33) e necessita ancora di un preciso affinamento (34).

Diversi elementi lo confermano.

In primo luogo, perché la ricostruzione del contratto proposta da Maurizio Lupoi, come ben sottolineato da Lipari, appare decontestualizzata dalle categorie del diritto civile, una ricostruzione che le impiega in modo retorico e provocatoriamente eretico (35). Essa, dunque, non può dirsi una fattispecie ben incardinata e fermamente incardinata nelle categorie del diritto civile (36).

In secondo luogo, perché la fattispecie, così come delineata dalla penna di Maurizio Lupoi, non è precisa, ma polimorfa strutturalmente e polifunzionale. Riconosce Maurizio Lupoi che la sua impostazione presupponga polifunzionalità e polimorfismo, quando afferma che sono “molteplici le ragioni che possono condurre a concludere un contratto di affidamento fiduciario e molteplici gli interessi che esso può soddisfare; molteplici le configurazioni delle possibili posizioni soggettive delle parti interessate e molteplici le possibili disposizioni contrattuali e quindi le concrete caratterizzazioni che il contratto può assumere e le cause concrete che possono emergere dal programma negoziale” (37).

Se poliforme e polifunzionale può essere l'affidamento fiduciario, secondo il suo costruttore, ne deve derivare che la sua fattispecie non può che essere una fattispecie dai confini incerti e malleabile.

Tant'è che Maurizio Lupoi riconosce di non essere riuscito, ancora, a delineare esattamente la fattispecie astratta del negozio in diritto italiano ed i suoi precisi tratti morfologici: il “problema redazionale del testo contrattuale, del quale non so ancora additare la soluzione, riguarda, in primo luogo, i dati strutturali che caratterizzano il tipo e, in secondo luogo, le numerose regole che rendono la struttura concretamente fruibile” (38).

Come si può pensare che una figura dai confini così labili, incerti, instabili possa aver ispirato certezza nel legislatore, tanto da indurlo a rinviare a questa per

definire esattamente la fattispecie tributaria a cui concedere le agevolazioni previste dal Dopo di Noi? In assenza di quella certezza della fattispecie civilistica che rappresenta il presupposto ultimo ed unico di ogni prassi interpretativa che voglia intendere l'impiego di un termine, già noto al diritto civile, da parte del legislatore tributario come un rinvio a quello, non appare possibile concludere - se non attraverso un procedimento arbitrario - che il legislatore tributario nella Legge del Dopo di Noi abbia nominato il contratto di affidamento fiduciario, quale contratto atipico di diritto italiano.

Un'ultima osservazione merita di essere compiuta su questo tema.

Vi è chi ritiene che il legislatore abbia menzionato i contratti di affidamento fiduciario nella Legge del Dopo di Noi non per dare certezza alla fattispecie tributaria, ma per promuovere lo sviluppo e l'uso di tali contratti nella prassi italiana.

Tale affermazione appare contraria all'oggettivo funzionamento del diritto tributario ed alle finalità del legislatore tributario.

Promuovere lo sviluppo di nuovi contratti nell'ordinamento, non ancora conformati ancora in una prassi sociale o giurisprudenziale, non è compito del legislatore tributario, ma del legislatore civile.

In assenza di intervento del legislatore civile, il legislatore tributario può semplicemente agevolare l'impiego di negozi che una diffusa prassi ha già conformato e che la giurisprudenza ha riconosciuto, insomma può agevolare tipi contrattuali che siano già stati tipizzati socialmente o dalla giurisprudenza.

Infatti, occorre ricordare che “solo di rado la legge fiscale anticipa la legge civile nella regolamentazione di un certo fenomeno” (39) e, che nelle rarissime occasioni in cui ciò è avvenuto (ad esempio per i contratti di collaborazione coordinata e continuativa), lo ha comunque fatto di fronte ad una già compiuta tipizzazione sociale e giurisprudenziale del contratto regolato, compiuta grazie all'ampia diffusione del fenomeno sviluppatosi in assenza di una regolamentazione legislativa civilistica (40).

Tale diffusione che non è possibile riscontrare nel caso dell'affidamento fiduciario di diritto italiano, che è ancora un embrione oggetto di elaborazione dottrinale, non di consolidato impiego.

(33) Lo ammette anche Maurizio Lupoi quando afferma che un problema “redazionale del testo contrattuale, del quale non so ancora additare la soluzione, riguarda, in primo luogo, i dati strutturali che caratterizzano il tipo e, in secondo luogo, le numerose regole che rendono la struttura concretamente fruibile”, v. M. Lupoi, *Il contratto*, cit., 435.

(34) Per uno sviluppo di questo tema, v. A. Vicari, *Il tipo*, cit.

(35) V. N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 180.

(36) A. Vicari, *Il contratto*, cit.

(37) M. Lupoi, *op. cit.*, 317.

(38) M. Lupoi, *op. cit.*, 435.

(39) L. Ferlazzo Natoli, *Diritto Tributario*, Milano, 2010, 68.

(40) Così è stato, ad esempio, nella disciplina della collaborazione coordinata e continuativa, regolata dal legislatore tributario

Non a caso, correttamente la stessa Agenzia delle Entrate ha riconosciuto che ogni valutazione che sia compiuta, in ambito tributario, sul contratto di affidamento fiduciario non può avere alcun effetto o influenza sulle valutazioni che il diritto civile deve compiere su tale contratto (41).

Se effettivamente avesse voluto promuovere lo sviluppo del contratto di affidamento fiduciario, il legislatore lo avrebbe prima di tutto regolato sul piano civilistico - così come ha fatto il legislatore sammarinese - e non semplicemente menzionato in una norma tributaria, sede che non è certamente la più opportuna per incentivare lo sviluppo di contratti che non sono tipizzati, dal legislatore o dalla giurisprudenza o da una consolidata prassi negoziale.

Dunque, non appare possibile concludere che il legislatore della Legge del Dopo di noi abbia impiegato il concetto di affidamento fiduciario per promuovere quell'embrione negoziale che la teoria civilistica italiana sta faticosamente cercando di concepire, per costituirlo e trasformarlo "magicamente" in contratto nominato.

Il concetto di "contratto di affidamento fiduciario" contenuto nella Legge del Dopo di Noi non può dunque essere interpretato come un rinvio alla fattispecie di contratto di affidamento fiduciario, quale nuovo contratto atipico di diritto italiano.

Impiegare l'argomento della "promozione", per cercare di sostenere un'interpretazione della Legge del Dopo di Noi favorevole alla trasformazione del contratto di affidamento fiduciario in contratto nominato, prima ancora che sia avvenuta una tipizzazione sociale o giurisprudenziale, è una tecnica puramente retorica, priva di riscontri nella prassi interpretativa tributario.

I possibili riferimenti del *nomen* "contratto di affidamento fiduciario" nella Legge del Dopo di Noi: un approccio realistico

Le conclusioni sopra raggiunte impongono all'interprete il compito di indicare una più realistica interpretazione.

Solo due sono le possibili interpretazioni, seriamente proponibili.

La prima è che il legislatore abbia sì impiegato il concetto di contratto di affidamento fiduciario

nella sua accezione civilistica, dunque per riferirsi ad un preciso istituto di diritto civile, ma che questo non sia l'embrione del modello di contratto che la dottrina cerca faticosamente di concepire in Italia bensì il contratto di affidamento fiduciario la cui disciplina è stata emanata nella Repubblica di San Marino (42).

Tale contratto può avere riconoscimento in Italia sulla base della Convenzione dell'Aia, pur non essendo un trust ma un contratto, in quanto la nozione di trust impiegata dalla convenzione dell'Aia è una nozione amorfa, capace quindi di assicurare il riconoscimento in Italia di istituti diversi dai trust veri e propri (43).

Per il suo tramite è dunque ben possibile costituire un "affidamento fiduciario interno", così come è possibile costituire un trust interno, dove tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi sono situati in Italia ma la legge regolatrice è quella di San Marino.

Anzi, i primi affidamenti fiduciari stipulati in Italia su beni italiani da soggetti italiani sono stati retti dal diritto sammarinese.

La stessa Agenzia delle Entrate ha, infatti, espressamente confermato che gli affidamenti fiduciari di diritto sammarinese "sono previsti e definiti dall'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985", in punto dove per trust "s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente - con atto tra vivi o *mortis causa* - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario per un fine determinato" (44) e, in particolare, con riferimento a quelli regolati dalla legge di San Marino, ha affermato che "si può concludere che l'affidamento riproduce effetti segregativi sostanzialmente eguali a quelli classici dei trust, inquadrandosi armoniosamente nei requisiti enunciati all'art. 2 della Convenzione dell'Aja" (45).

Avendo il legislatore della Legge del Dopo di Noi assicurato l'agevolazione ai trust, è ragionevole pensare che abbia ritenuto opportuno riconoscerla ad un contratto, sempre di diritto straniero ma di una esperienza giuridica limitrofa a quella italiana, che produce effetti giuridici ed economici simili e che può ottenere il riconoscimento in Italia sulla base della stessa Convenzione sulla base della quale avviene il riconoscimento del trust, anche in ragione del suo

prima della legge Biagi, in ragione della sua comunque ampia diffusione sociale, avvenuta pur in assenza di una precisa regolamentazione.

(41) Interpello 903-124/2014, cit.

(42) L. 1° marzo 2010, n. 43.

(43) M. Lupoi, 'The shapeless trust' - *Il trust amorfo*, in *Vita not.*, 1995, 1, 51.

(44) Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale della Liguria, Ufficio Consulenza, Parere del 3 luglio 2012 su Interpello 903-151/2012 del 29 maggio 2012, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2013, 95, a 96.

(45) Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale della Liguria, Ufficio Consulenza, Interpello 903-31/2011 del 21 febbraio 2011, in *Trust & Attività Fiduciarie*, 2011, 308, a 309.

possibile diffuso uso nel territorio italiano in ragione dell'affinità tra i due ordinamenti.

D'altra parte, il contratto di affidamento fiduciario della Repubblica di San Marino, per espresso riconoscimento dell'Agenzia delle Entrate, ha accentrato la riflessione della stessa sul funzionamento dell'affidamento fiduciario in Italia, finendo per costituire il riferimento di ogni valutazione compiuta dalla stessa anche sui contratti di affidamento fiduciario retti dal diritto Italiano che sono sottoposti al suo vaglio.

Infatti, è accertato che:

a) i contratti di affidamento fiduciario sottoposti per primi al vaglio dell'Agenzia delle Entrate e sulla base dei quali sono state pronunciate le prime risoluzioni erano regolati dalla legge di San Marino (46);

b) l'Agenzia dell'Entrate ha guardato al modello di contratto di affidamento fiduciario di diritto sammarinese come al paradigma di riferimento per le valutazioni tributarie da compiersi anche sui contratti retti dal diritto italiano, ritenendo, sulla scia di una visione diffusa (47), che la "definizione del contratto si può mutuare dalla legge 1° marzo 2010 n. 43 della Repubblica di San Marino, che disciplina l'Istituto dell'Affidamento Fiduciario" (48).

Dunque, per tutti questi motivi non è irragionevole pensare che il legislatore abbia preso in considerazione, accanto al trust, il contratto di affidamento fiduciario disciplinato dalla legge della Repubblica di San Marino per estendere a questo le agevolazioni previste dalla Legge del Dopo di Noi per il trust.

Menzionando, in questo modo, il contratto di affidamento fiduciario di diritto sammarinese affianco al trust nell'ambito della Legge sul Dopo di Noi, il legislatore avrebbe compiuto un'operazione simile a quella che ha compiuto quando ha affiancato, nell'ambito dell'art. 73, comma 3, d.P.R., 22 dicembre 1986 n. 917, "i trust e gli istituti aventi analogo contenuto".

La seconda possibile interpretazione è che il legislatore, nell'impiegare, il concetto di affidamento fiduciario nella Legge del Dopo di Noi abbia, invece, voluto introdurre un concetto autonomo, solo tributario, introducendo un concetto nuovo che richiama,

ma solo nel *nomen*, quello attribuito dalla dottrina civilistica italiana al nuovo contratto, ma senza a questo volere rinviare in quanto alla fattispecie.

Ove il legislatore voglia sottoporre ad un medesimo regime impositivo o agevolativo più tipi di negozi, con funzioni e caratteristiche simili ma non uguali, è assai comune che egli costruisca la fattispecie della norma impositiva o agevolativa sulla base di un concetto che identifica una categoria tanto generale da ricomprenderli tutti.

In questi casi, il legislatore tributario non può che impiegare categorie più generali di quelle civilistiche, capaci di ricomprendere, anche sulla base di una descrizione economica, tutta la serie di fenomeni civilistici a cui vuole estendere il trattamento impositivo o agevolativo che ha previsto (49).

In questi casi, egli può impiegare un concetto che riecheggia, nel *nomen*, un concetto civilistico, ma la cui estensione e significato non coincide con questo. Tale fenomeno è particolarmente evidente in quest'area.

Esempio limpido di questo atteggiamento è l'impiego del concetto di "vincolo di destinazione" nell'art. 2, comma 47, D.L. 3 ottobre 2006, n. 262 (50), che definisce il presupposto dell'imposta sulle liberalità, sulle successioni e sui vincoli.

È indiscusso che, con questa espressione, il legislatore non volesse riferirsi, e dunque rendere imponente, solamente il vero e proprio vincolo di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c., ma che intendesse ricomprendere nel presupposto di imposta tutti i negozi che possono produrre effetti simili a questo, dunque: la costituzione di un trust; la stipula di un negozio fiduciario; la costituzione di un fondo patrimoniale (art. 167 c.c.); la costituzione, da parte di una società, di un patrimonio destinato ad uno specifico affare (art. 2447 *bis* c.c.).

L'Agenzia delle Entrate lo ha espressamente riconosciuto (51).

Dunque, nonostante in questa norma impositiva il legislatore tributario abbia impiegato il medesimo *nomen* di una fattispecie civilistica, egli non ha compiuto un rinvio a questa volendo il suo riferimento

(46) Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale della Liguria, Ufficio Consulenza, Interpello 903-31/2011 del 21 febbraio 2011, cit., 309.

(47) ("La legge di San Marino costituisce un tassello significativo per la costruzione della figura, forse addirittura la consacrazione del contratto di affidamento fiduciario"), v. M. Tonellato, *Il contratto di affidamento fiduciario: aspetti innovativi della recente pronuncia del Giudice Tutelare di Genova*, in *Trust & Attività Fiduciarie*, 2014, 32, 43.

(48) Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale della Liguria, Ufficio Consulenza, Interpello 903-124/2014.

(49) T. Tassani, *op. cit.*

(50) ("È istituita l'imposta sulle successioni e donazioni sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione, secondo le disposizioni del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, di cui al decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 346, nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001, fatto salvo quanto previsto dai commi da 48 a 54").

(51) V. Agenzia delle Entrate, Circ. 3/E, 22 gennaio 2008.

essere indirizzato non solo a questa, ma a una serie di fattispecie civilistiche ed il concetto che le raggruppa appare ben più esteso di quello civilistico, nonostante il *nomen* sia il medesimo.

Allo stesso modo, il concetto di affidamento fiduciario contenuto della Legge sul Dopo di Noi sarebbe, allora, un'espressione simile a tante altre presenti nel diritto tributario, che hanno una portata tanto generale da ricomprendere una serie di figure civilistiche più varie, anche se è una espressione che ricorda, nel *nomen*, quello di una di queste figure, costituendo in fondo una *sineddoche* (52).

In altre parole, tale concetto servirebbe a ricomprendere tutte le figure che, in qualche modo, sul piano economico, presuppongono l'affidamento di un diritto ad un soggetto, *lato sensu* fiduciario, al fine di rimettere a lui il compito di erogazione dei beni in favore di un soggetto debole.

Contratti di fiducia in favore del terzo di diritto italiano, contratti di mandato, il contratto di amministrazione di fondi speciali predisposto da Assofiduciaria (che è regolato dalle norme sul mandato), il contratto di affidamento fiduciario retto dalla legge della Repubblica di San Marino, ma anche le fiducie regolate da altri paesi di diritto civile (53), potrebbero essere tutti strumenti impiegabili per gestire le erogazioni in favore di soggetti deboli.

Tutte figure queste che il legislatore, molto ragionevolmente, potrebbe aver inteso assimilare al fine di concedere a tutte il medesimo trattamento tributario di favore concesso al trust, nell'ambito della Legge del Dopo di Noi.

Il concetto di affidamento fiduciario impiegato nella Legge del Dopo di Noi sarebbe allora un concetto proprio del diritto tributario, autonomo e privo di rinvio ad un corrispondente concetto civilistico.

Il concetto dunque non si riferirebbe ad alcuna figura specifica del diritto civile italiano.

Sarebbe un concetto che identifica una categoria che ricomprende tutti gli strumenti negoziali, nazionali ed esteri, che possono regolare un affidamento di beni in favore di un soggetto debole.

Mediante tale rinvio, il legislatore avrebbe dunque esteso l'agevolazione a tutti questi strumenti

negoziali, ove si riscontrasse che questi costituiscono o possono regolare fondi speciali ai sensi dell'art. 3, comma 1, della Legge del Dopo di Noi.

In ogni caso, anche questa seconda interpretazione porta, indirettamente, ad escludere che la Legge del Dopo di Noi abbia nominato l'embrione del contratto di affidamento oggetto di elaborazione dottrinale in Italia, trasformandolo in un contratto nominato.

Il contratto atipico di affidamento fiduciario di diritto italiano quale contratto ancora innominato ed il suo impiego nelle operazioni economiche

Sia che si ritenga di interpretare il concetto di contratto di affidamento fiduciario menzionato nella Legge del Dopo di Noi come un riferimento al contratto di affidamento fiduciario di diritto sammarinese, finalizzato ad estendere a questo una regola tributaria (nel caso specifico, agevolativa) prevista per il trust retto dal diritto straniero, sia che lo si voglia ritenere un concetto autonomo del diritto tributario che denomina una ampia categoria di negozi a cui il legislatore ha voluto estendere tale trattamento, il civilista non può farsi prendere da facili entusiasmi.

Il contratto di affidamento fiduciario di diritto italiano oggetto di dibattito teorico non può dirsi che sia divenuto un contratto nominato con la legge del Dopo di Noi.

Esso rimane un contratto atipico e innominato.

Il percorso per il suo riconoscimento è ancora lungo e faticoso.

Chi volesse impiegare questo contratto nella pratica dovrebbe non sentirsi rassicurato dall'impiego del *nomen* affidamento fiduciario nella Legge del Dopo di Noi.

Sarebbe una sperimentazione *in corpore vivo*, compiuta senza responsabilità (54) soprattutto ove la si volesse tentare sulla pelle di soggetti deboli, già provati dal triste destino che la vita ha riservato loro. Il principio di responsabilità che dovrebbe sempre condizionare il nostro agire di uomini (55), prima che

(52) P.G. Monateri, *La Sineddoche*, 1984.

(53) V. M. Biccari (ed.), *Fiducia, Trust, Affidamenti*, Urbino, 2015, che contiene le relazioni all'importante convegno internazionale tenutosi ad Urbino, nell'ottobre 2014 con il patrocinio di Assofiduciaria e della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino. In chiave comparatistica, v. anche M. Cantin Cumyn, *Réflexions autour de la diversité des modes de réception ou d'adaptation du trust dans les pays de droit civil*, 58 McGill L.J. 811(2013); L. Smith (ed.), *Re-Imagining the Trust*, Oxford, 2012. A. Bassam El-Dayé, *La fiducie en droit privé libanais*, Strasbourg,

2006; A. Prum & al. (ed.), *Trust et fiducie: La Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise*, Luxembourg, 2005.

(54) La responsabilità, secondo la classica definizione di Abbagnano, è "la possibilità di prevedere le conseguenze del proprio comportamento e correggere lo stesso sulla base di tale previsione", v. N. Abbagnano, *Dizionario di Filosofia*, Torino, 1969.

(55) Il riferimento è a H. Jonas, *Il principio della responsabilità*, Torino, 2009.

di giuristi in questo campo, deve nutrirsi di quel sapere che Jonas definisce predittivo, necessario per fare in modo che la scelta dall'agire si determini, non solo in riferimento alle immediate conseguenze, ma sia tale da includere, nel suo ambito valoriale, il futuro.

Ora, una scelta che lasci il futuro di soggetti privati, deboli o meno, alla mercé di quella che oggi è una sperimentazione giuridica appare in contrasto con il principio di responsabilità, dunque rappresenta un atto narcisistico.

Molto più responsabile è, invece, impiegare, il contratto di amministrazione di fondi speciali proposto da Assofiduciaria, che è, in fondo, un contratto fiduciario tradizionale, regolato dalla disciplina del mandato, il vincolo di destinazione di cui all'art. 2645 *ter.* c.c. oppure il contratto di affidamento fiduciario retto dal diritto sammarinese che può essere impiegato, in Italia, per regolare fattispecie negoziali interne sulla base della Convenzione dell'Aia, nello stesso modo in cui permette la costituzione di trust interni in Italia, regolati dal diritto straniero (56).

(56) V. A. Vicari, *Il contratto*, cit.