

Fondo immobiliare

Conseguenze della soggettività del fondo immobiliare (passaggio di immobile da fondo a fondo, sostituzione della s.g.r., fusione di fondi)

di Angelo Busani

La legislazione sopravvenuta a Cass. n. 16605/2010 pare offrire un probante indice a favore della tesi della soggettività dei fondi comuni d'investimento, così come rilevato anche da Trib. Milano 10 giugno 2016, n. 7232: se ne hanno rilevanti conseguenze applicative quando si tratta di trasferire un immobile da un fondo all'altro, di sostituire la società di gestione del fondo e di procedere alla fusione di due o più fondi.

Non sono certo poche pagine il contesto idoneo (1) per interagire con la complicata e controversa materia della natura dei fondi comuni d'investimento (2), la loro autonomia patrimoniale e, financo, la loro soggettività: molteplici sono infatti le ricostruzioni che gli studiosi e gli addetti ai lavori hanno formulato (in particolare, la concezione dei fondi comuni come soggetti di diritto non personificati, titolari del patrimonio gestito in monte (3)); la tesi della comproprietà

(4), la tesi della proprietà-funzione o proprietà-ufficio della società di gestione del risparmio (5), la tesi del fondo comune quale patrimonio separato della società di gestione del risparmio (6), la teoria del complesso di beni funzionalmente collegati oggetto, e non già "soggetto", dell'attività (7)) e che, dunque, non è qui possibile illustrare né confutare. Tuttavia, non si può non prendere atto che la decisione della Cassazione (8), la quale ha negato

(1) Cfr. Cavanna, *Fondi comuni di investimento e Sicav*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 16, I, Milano, 2008, 36; Costi, *La struttura dei fondi di investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Riv. Società*, 1968, 297; Della Vecchia, *La governance dei fondi comuni di investimento chiusi*, in questa *Rivista*, 2010, 1335; Ferri, *Patrimonio e gestione. Spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 33; Jaeger, *Sui fondi comuni di investimento*, in *Riv. Società*, 1969, 1142; Soda, sub art. 36, in Rabitti Bedogni (a cura di), *Il testo unico della intermediazione finanziaria. Commentario*, Milano, 1998, 296; Tonelli, *Le società di gestione del risparmio*, in Patroni Griffi - Sandulli - Santoro, *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, Torino, 1999, 65.

(2) Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. j), è "fondo comune di investimento" l'Oicr costituito in forma di patrimonio autonomo, suddiviso in quote, istituito e gestito da un gestore; la successiva lettera k) definisce lo "Organismo di investimento collettivo del risparmio" (Oicr) come "l'organismo istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, il cui patrimonio è raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote o azioni, gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi nonché

investito in strumenti finanziari, crediti, inclusi quelli erogati, a favore di soggetti diversi da consumatori, a valere sul patrimonio dell'Oicr, partecipazioni o altri beni mobili o immobili, in base a una politica di investimento predeterminata".

(3) Cfr. Costi, *La struttura dei fondi comuni di investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Riv. Società*, 1968, 266.

(4) Cfr. Ascarelli, *Investment trust*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1951, I, 178; Libonati, *Holding e Investment trust*, Milano, 1959, 541; Foschini, *Il diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008, 86.

(5) Cfr. Colombo, *L'introduzione dell'investment trust in Italia*, in AA.VV., *L'investment trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Padova, 1967, 286; Jaeger, *Sui fondi comuni di investimento*, in *Riv. Società*, 1969, 1118; Castellano, *Per una qualificazione giuridica dei fondi d'investimento mobiliare*, in *Riv. Società*, 1969, 1150.

(6) Gentile, *Il contratto di investimento in fondi comuni e la tutela del partecipante*, Padova, 1991, 116.

(7) Ferri, *Patrimonio e gestione. Spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 67.

(8) Cfr. Cass. 15 luglio 2010, n. 16605, in *Foro it.*, 2011, I, 1853, con nota di Pellegatta, *Fondi comuni di investimento e acquisti di*

soggettività al fondo (secondo la quale “i fondi comuni di investimento” - nella specie: un fondo immobiliare chiuso - “costituiscono patrimoni separati della società di gestione del risparmio che li ha istituiti, con la conseguenza che, in caso di acquisto immobiliare operato nell’interesse del fondo, l’immobile acquistato deve essere intestato legalmente alla suindicata società di gestione”) e ha ritenuto il patrimonio del fondo appartenente alla società di gestione del risparmio dalla quale il fondo è amministrato, ha ottenuto un netto dissenso sia in dottrina (9) che nella giurisprudenza successiva (10), nonché dal legislatore stesso (che ha successivamente esteso (11), da un lato, la disciplina della crisi ai fondi comuni di investimento, con ciò evidentemente dandosi credito alla tendenza circa la soggettivizzazione del fondo comune; e, d’altro lato, ha trattato esplicitamente i fondi

come “soggetti” nella normativa (12) in tema di dismissione di immobili pubblici), e ciò anche per i numerosi risvolti e implicazioni, specialmente di natura pratica (13), derivanti dalla tesi della carenza di soggettività in capo ai fondi comuni (14).

Né si può disconoscere l’univocità del predetto dato normativo, nel senso dell’indicazione che da esso proviene in ordine alla soggettività del fondo.

Se anche, nella direzione della soggettività, non faccia “piena prova” il disposto dell’art. 36, comma 1, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (15) (per il quale “[i]l fondo comune di investimento è gestito dalla società di gestione del risparmio che lo ha istituito o dalla società di gestione subentrata nella gestione”: ma ... che bisogno ci sarebbe di indicare questo potere di “gestione” se la s.g.r. fosse la “proprietaria” del fondo? e, quindi, titolare del precipuo e tipico potere del

immobili: la Cassazione propende per l’intestazione alla società di gestione del risparmio; in questa Rivista, 2011, 46, con nota di Brutti, Fondo comune di investimento: oggetto o soggetto di diritto? (e a pag. 1057 con nota di Sansone, La natura giuridica del fondo comune di investimento: una questione superata?); in Giur. it., 2011, 331, con nota di Boggio, Fondi comuni di investimento, separazione patrimoniale, interessi protetti e intestazione di beni immobili (e a c. 1550 con nota di Rizzuti, La Cassazione si pronuncia sulla soggettività dei fondi comuni d’investimento); in Contratti, 2011, 27; in Resp. civ., 2011, 124, con nota di Fantetti, Separazione e titolarità del patrimonio nei fondi comuni di investimento; in Banca, borsa, tit. cred., 2011, II, 417; in questa Rivista, 2011, 1057; in Giur. comm., 2011, II, 1128; in Foro pad., 2012, I, 171; in Riv. not., 2011, 1421.

(9) Cfr. Silvia Barbanti, *Alcune riflessioni in merito alla natura dei fondi comuni d’investimento*, in *Riv. dir. banc.*, 9, 2013; Caliceti, *Vecchie e nuove questioni in tema di fondi comuni di investimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 219; Colaiori, *La destinazione intrasoggettiva di beni immobili nel sistema dei fondi comuni di investimento*, in *Riv. not.*, 2014, I, 11; Ferro Luzzi, *Un problema di metodo: la “natura giuridica” dei fondi comuni di investimento (a proposito di Cass. 15 luglio 2010, n. 16605)*, in *Riv. Società*, 2012, 751; Gentiloni Silveri, *Limiti di responsabilità patrimoniale nei fondi comuni di investimento. Novità recenti: tra giurisprudenza e legislazione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, 432; Ghigi, *Separazione patrimoniale e fondi comuni di investimento*, in *Giur. comm.*, 2011, 5, 1146; Lamorgese, *I fondi comuni di investimento non hanno soggettività giuridica*, in *Contratti*, 2011, 27; Lemma, *Autonomia dei fondi comuni di investimento e regolazione della gestione collettiva del risparmio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, 423; Restuccia, *I fondi d’investimento chiusi*, Bari, 2012, 86; Scano, *Fondi comuni immobiliare e imputazione degli effetti dell’attività di investimento*, in *Giur. comm.*, 2011, 5, 1133. In senso critico cfr. pure Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 90-2012/I del 18 ottobre 2012, *Fondi comuni immobiliari, SGR e trascrizione*, in *CNN Notizie* del 17 dicembre 2012; e, anteriormente, Consiglio Nazionale del Notariato Studio n. 101-2012/T del 21 settembre 2012, *Il riassetto della disciplina tributaria dei fondi comuni di investimento immobiliari successivamente alle modifiche apportate dal d.l. 70/2011*, in *CNN Notizie* del 7 dicembre 2012.

(10) A parte le decisioni ove si è ribadito che il fondo comune rappresenta un patrimonio separato della società di gestione del risparmio (Cfr. Trib. Rovigo-Adria 21 ottobre 2010, in questa *Rivista*, 2011, 9, 1057, con nota di Sansone, *La natura giuridica*

del fondo comune di investimento: una questione superata?; e App. Venezia 1° marzo 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 10, 1, 812, con nota di Marchetti, *La natura giuridica dei fondi comuni di investimento e la liquidazione coatta amministrativa della società di gestione del risparmio*), cfr. Trib. Milano 10 giugno 2016, n. 7232 (sulla quale cfr. Busani - Fedi, *Fondi comuni d’investimento con personalità e patrimonio*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 settembre 2016), in questa *Rivista*, 2016, 8-9, 1043; e in *Foro it.*, 2017, I, 730, secondo la quale occorre “riconoscere autonomia patrimoniale - dunque capacità di essere titolare di diritti sostanziali e processuali - ai fondi comuni di investimento” e pertanto, “posto che il fondo comune d’investimento ha autonomia propria, in caso di sostituzione di una società di gestione del risparmio assoggettata a commissariamento con altra società di gestione non si determina un trasferimento delle azioni incluse nel patrimonio del fondo stesso”.

(11) Con l’introduzione dell’art. 57, comma 6 *bis*, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, ad opera dell’art. 1, D.Lgs. 16 aprile 2012, n. 47, poi modificato dall’art. 2, D.Lgs. 16 novembre 2015, n. 181.

(12) Cfr. art. 6, comma 1, L. 12 novembre 2011 n. 183 (“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge di stabilità 2012”), secondo cui “Il Ministro dell’economia e delle finanze è autorizzato a conferire o trasferire beni immobili dello Stato, ad uno o più fondi comuni di investimento immobiliare, [...]”; e il successivo comma 7, il quale, nell’introdurre il comma 8 *bis* all’art. 33, D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111, afferma che “I fondi istituiti dalla società di gestione del risparmio del Ministero dell’economia e delle finanze possono acquistare immobili [...]”.

(13) Si pensi solo al fatto che, ad esempio, se il patrimonio del fondo fosse inteso come di proprietà della s.g.r., la sostituzione della s.g.r. con altra s.g.r. comporterebbe una variazione del rapporto di controllo nelle società partecipate dal fondo, con conseguente attivazione delle clausole statutarie in materia di circolazione delle azioni (tra cui anche l’ipotesi di una prelazione in favore dei soci esistenti) ovvero di altre clausole di varia natura presenti nei contratti di finanziamento (decadenza dal beneficio del termine e obbligo di restituzione immediata dell’intero ammontare del debito).

(14) Cfr. Basile, *La soggettività dei fondi comuni di investimento: appunti a margine della pronuncia del Tribunale di Milano*, in *Riv. dir. banc.*, 1/2017.

(15) Intitolato “Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52”.

proprietario, vale a dire quello di “gestire” il bene oggetto del diritto di proprietà), fa invece senz’altro “piena prova” il disposto del successivo comma 4 di detto art. 36, ove è delineata una autonomia patrimoniale perfetta del fondo (rispetto ai quotisti e ai loro creditori, alla s.g.r. e ai suoi creditori, agli altri fondi che la s.g.r. amministra e ai loro creditori) e una nettissima delimitazione dei poteri della s.g.r. in quanto a gestione, disposizione e godimento del patrimonio del fondo (che sono le tipiche esplicazioni del diritto del proprietario, senza le quali appare semplicistico ridurre la figura della s.g.r. a quella del “proprietario formale” (16) - in contrapposizione alla proprietà “sostanziale” spettante ai quotisti - quasi come se il fondo fosse una società fiduciaria), essendo stato invero disposto che:

- a) “[c]iascun fondo comune di investimento, o ciascun comparto di uno stesso fondo, costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti” “dal patrimonio della società di gestione del risparmio” “e” “da quello di ciascun partecipante” “nonché” “da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società”;
- b) “delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la Sgr risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo”;
- c) “[s]u tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori della società di gestione del risparmio o nell’interesse della stessa, né quelle dei creditori del depositario o del sub depositario o nell’interesse degli stessi”;
- d) “[l]e azioni dei creditori dei singoli investitori sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi”.
- e) “[l]a società di gestione del risparmio non può in alcun caso utilizzare, nell’interesse proprio o di terzi, i beni di pertinenza dei fondi gestiti”.

Né si può disconoscere, infine, che l’ambito tributario già conosce (art. 73, comma 1, lett. c), d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) un “soggetto” che, come il trust, non è tale per il diritto civile ma che è “capace” di essere titolare di un proprio patrimonio, autonomo rispetto a quello del disponente, del trustee e dei beneficiari, e che pure è “capace” di esserne

intestataro (nei Registri Immobiliari - ove i singoli Uffici lo consentano - e nel Registro delle Imprese, ove l’intestazione di quote di partecipazione di società in capo al trust è generalmente ammessa, come insegna la quotidiana prassi professionale).

Insomma, vi è una pluralità di probanti segnali in base ai quali pare essere entrata in crisi la tradizionale impostazione (17) secondo cui, posto un diritto soggettivo (il diritto di proprietà) deve ben trovarsi un soggetto (la s.g.r., nella ricostruzione della Cassazione) che ne sia il titolare, per lasciare probabilmente spazio a un’interpretazione del fenomeno in esame correlata alla sua specifica disciplina normativa, e cioè - nel caso dei fondi - al fatto di essere un investimento di denaro (con assunzione del relativo rischio) posto in essere da soggetti non coinvolti nell’attività svolta mediante l’utilizzo del patrimonio investito, la quale è invece affidata (realizzandosi con ciò una massima dissociazione tra proprietà e controllo) a un soggetto specializzato, a sua volta libero (entro i termini di legge e del regolamento del fondo stesso) di individuare le modalità più efficaci secondo le quali operare, fino al punto di poter delegare (in tutto o in parte, e secondo schemi variabili, definiti nel regolamento del fondo) un altro soggetto allo svolgimento di detta attività.

Se, in sostanza, è vero che un soggetto, per essere tale, non deve essere “personificato” (e, come tale, avere una struttura organizzativa), ma deve essere caratterizzato da regole che consentano di intravedervi un autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive (18), nel caso dei fondi l’esame obiettivo della loro disciplina allora pare in effetti evidenziare un netto indice di soggettività (senza che questa considerazione possa essere intaccata dal rilievo che la legge conferisca l’amministrazione e la rappresentanza del fondo a un’organizzazione - quella della s.g.r. che ne ha la gestione - estranea al fondo stesso e la cui “distanza” rispetto al diritto di proprietà del patrimonio del fondo è ben evidenziata dalla legge quando essa impone che la s.g.r. agisca “in modo indipendente e nell’interesse dei partecipanti al fondo, assumendo verso questi ultimi gli obblighi e le responsabilità del mandatario”: art. 36, comma 3,

(16) Come si afferma in Cass. 15 luglio 2010, n. 16605, sopra citata.

(17) Cfr. Angelici, *Discorsi di diritto societario, in Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milano, 2008, 141; Montalenti, *Riflessioni in tema di persona giuridica, in Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999, 1; Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto e “Persona” e “persone giuridiche” nell’età moderna*, in *Azione. Diritti Soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, 1978, 113.

(18) Cfr. Cass. 23 giugno 1994, n. 6032, in *Foro it.*, 1995, I, 1268, con nota di Lenoci, *Comitati e acquisti immobiliari*, secondo la quale “le forme associative non personificate ed i comitati privi di riconoscimento sono accomunati dalla qualificazione negativa di non essere persone giuridiche, ma ugualmente costituiscono figure soggettive cui può essere attribuita la titolarità di diritti, sia obbligatori che di natura reale”. Cfr. pure Carota, *Il comitato ha, dunque, capacità immobiliare*, in *Contr. e impr.*, 1994, II, 1090.

D.Lgs. n. 58/1998): in altre parole, il tema non è quello di accertare se il fondo sia, in sé, un soggetto di diritto o una persona giuridica (il che si riduce, in pratica, a una questione meramente nominalistica), ma è quello di stabilire se una data entità sia un possibile centro di imputazione della normativa per essa rilevante.

Avrebbe cioè rilevanza la teoria dello scopo in funzione del quale un patrimonio viene destinato (19): in altre parole, il ragionamento sarebbe quello secondo il quale si tratterebbe non di un patrimonio “di qualcuno”, ma di un patrimonio “per qualcosa”, cosicché l’attenzione si sposterebbe dalla tradizionale interconnessione del patrimonio con un soggetto, al fatto che il concetto di patrimonio separato esprimerebbe quel fenomeno per il quale la sua destinazione deriverebbe dalla diversificazione della disciplina dei rapporti con i terzi (operando, quindi, sul piano della responsabilità patrimoniale e non già della diversità del centro di imputazione) (20). “Autonomia patrimoniale”, insomma, non sarebbe “il potere di un soggetto di autodeterminare - almeno parzialmente, ma in modo significativo - le proprie scelte e le linee guida del suo agire” (21) (ciò da cui deriva la necessità della sussistenza di una struttura organizzata), ma sarebbe invece l’isolamento di un patrimonio rispetto ad altri patrimoni.

Allora, passando a un profilo applicativo della costruzione in precedenza illustrata, non dovrebbe esservi dubbio, anzitutto, che la predetta autonomia patrimoniale perfetta conferita dalla legge al fondo dovrebbe trovare esplicitazione nel fatto che i beni del fondo non possano che essere intestati (anche nei registri pubblicitari) (22) al fondo stesso (e non alla s.g.r., e ciò al fine di distinguerli dal patrimonio della s.g.r. e dal patrimonio degli altri fondi che la medesima s.g.r. amministra). Inoltre, a fronte delle considerazioni sopra svolte in ordine al tema della soggettività del fondo e traendo le conseguenti conclusioni di tale ragionamento, pare ormai non esservi più spazio per dubitare che:

a) il “passaggio” (il quale, evidentemente, avviene a titolo oneroso) di un bene immobile da un fondo all’altro (siano essi, o meno, amministrati dalla stessa

s.g.r.) configuri un atto a pieno titolo rientrante nel novero degli atti che:

- se imponibili a IVA (o se esenti da IVA, ma aventi a oggetto un fabbricato strumentale), provocano l’applicazione dell’imposta di registro in misura fissa (di cui all’art. 11, Tariffa Parte Prima, allegata al d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131), in nome del principio di alternatività di cui all’art. 40, comma 1, d.P.R. 131/1986 (e, a seconda dei casi, delle imposte ipotecaria e catastale nella misura fissa (23) oppure - se si tratta della cessione di un fabbricato strumentale - nella metà della misura proporzionale) (24);

- se esenti da IVA e aventi a oggetto un fabbricato abitativo (o se “fuori campo” IVA), provocano l’applicazione dell’imposta di registro nella misura proporzionale di cui all’art. 1, Tariffa Parte Prima, allegata al d.P.R. 131/1986, nonché delle imposte ipotecaria e catastale nella misura fissa di euro 50 cadauna (25);

b) la sostituzione della s.g.r. di gestione del fondo non comporti alcuna traslazione del patrimonio facente parte del fondo stesso e, quindi, debba essere trattata come atto rientrante nel novero di quelli “non aventi ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale” i quali, non trovando collocazione in alcun altra voce della Tariffa Parte Prima o della Tariffa Parte Seconda, allegata al d.P.R. n. 131/1986, hanno il seguente regolamento:

- se si tratta di scrittura privata non autenticata, si procede a registrazione solo “in caso d’uso” e con l’imposta in misura fissa (art. 4, Tariffa Parte Seconda, allegata al d.P.R. n. 131/1986);

- se si tratta di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, vi è obbligo di registrazione in “termine fisso” e con imposta in misura fissa (articolo 11, Tariffa Parte Prima, allegata al d.P.R. n. 131/1986);

c) la “fusione” tra due fondi debba essere trattata alla stregua della fusione che concerna “enti diversi delle società, [...] con o senza personalità giuridica, aventi per oggetto esclusivo o principale l’esercizio di attività commerciali”, vale a dire con l’applicazione, anche in questo caso, dell’imposta di registro in misura fissa (art. 4, comma 1, lett. b), Tariffa Parte Prima, allegata al d.P.R. n. 131/1986).

(19) Cfr. Basile, *La soggettività dei fondi comuni di investimento: appunti a margine della pronuncia del Tribunale di Milano*, in *Riv. dir. banc.*, 1/2017.

(20) Cfr. Ferri, *Patrimonio e gestione. Spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni d’investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 67; Iamiceli, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2004, 201; Manes, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Padova, 2005, 163; Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 550.

(21) Cass. 15 luglio 2010, n. 16605, sopra citata.

(22) Nel senso che gli acquisti immobiliari del fondo debbano essere intestati al fondo stesso nei Registri Immobiliari, cfr. Cons. di Stato 11 maggio 1999, n. 608 (parere), in *Foro. amm.*, 2000, 2225; nonché Circ. n. 218/T dell’11 novembre 1999.

(23) Rispettivamente, ai sensi della Nota all’art. 1, Tariffa allegata al D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 347; e dell’art. 10, comma 2, D.Lgs. n. 347/1990.

(24) Ai sensi dell’art. 35, comma 10 *ter*, D.L. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in L. 4 agosto 2006, n. 248.

(25) Ai sensi dell’art. 10, comma 3, D.Lgs. 14 marzo 2011, n. 23.