

DIRITTO E PRATICA TRIBUTARIA

FONDATORI
ANTONIO E VICTOR UCKMAR

DIRETTORE
CESARE GLENDI
UNIVERSITÀ DI PARMA

COMITATO DI DIREZIONE

ANDREA AMATUCCI
UNIVERSITÀ FEDERICO II DI NAPOLI

CLAUDIO CONSOLO
UNIVERSITÀ LA SAPIENZA DI ROMA

GIUSEPPE CORASANITI
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

ENRICO DE MITA
UNIVERSITÀ CATTOLICA S.C. DI MILANO

PIERA FILIPPI
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

FRANCO GALLO
UNIVERSITÀ LUISS DI ROMA

MAURIZIO LOGOZZO
UNIVERSITÀ CATTOLICA S.C. MILANO

ANTONIO LOVISOLO
UNIVERSITÀ DI GENOVA

CORRADO MAGNANI
UNIVERSITÀ DI GENOVA

GIUSEPPE MELIS
UNIVERSITÀ LUISS DI ROMA

**SEBASTIANO MAURIZIO
MESSINA**
UNIVERSITÀ DI VERONA

FRANCO RANDAZZO
UNIVERSITÀ DI CATANIA

LIVIA SALVINI
UNIVERSITÀ LUISS DI ROMA

DARIO STEVANATO
UNIVERSITÀ DI TRIESTE

Novembre-Dicembre
2020

edicolaprofessionale.com/DPT



Wolters Kluwer

I TRUST “FISCALMENTE RICONOSCIUTI”

Sintesi: La posizione dell'Agenzia delle entrate sui c.d. “*trust* interposti”, sebbene formulata in termini impropri, disvela la necessità di affermare l'autonomia tributaria del termine “*trust*” ai fini dell'attribuzione allo stesso della soggettività tributaria ai fini ired, intesa come strumento per l'attuazione del prelievo in conformità alla capacità contributiva, e ciò anche sulla scorta delle esperienze comparatistiche. È tuttavia necessaria un'analisi critica del “catalogo” dei *trust* fiscalmente non riconosciuti, quale risulta dai documenti di prassi, ad evitare che esso si esaurisca in una sorta di “*check-list*”, disancorata dai principi che regolano le diverse fattispecie.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La soggettività tributaria dei *trust*. – 2.1. Premessa sul concetto di soggettività tributaria. – 2.2. Considerazioni preliminari sulla soggettività tributaria dei *trust*. – 2.3. La posizione dell'Amministrazione finanziaria. – 2.4. I *trust* fiscalmente non riconosciuti. – 3. Analisi di alcune tipologie di *trust*. – 3.1. Il *trust* nudo. – 3.2. Il *trust* auto-dichiarato. – 3.3. Il *trust* revocabile. – 3.4. Il *trust* con disponente “sovrano”: (a) il mantenimento del controllo. – 3.5. (*Segue*): (b) il potere di modificare i beneficiari. – 3.6. Il *trust* con beneficiari che hanno il potere di terminare il *trust*. – 3.7. Il *trust* con *trustee* “suddito”: (a) del disponente. – 3.8. (*Segue*): (b) dei beneficiari. – 3.9. (*Segue*): (c) del guardiano (che non fa il “guardiano”). – 3.10. (*Segue*): (d) e la sua revocabilità convenzionale. – 3.11. Il *trust* con soggettività tributaria sopravvenuta.

1. – Introduzione

I *trust* sono strumenti molto efficienti di pianificazione patrimoniale⁽¹⁾ e, secondo la famosa massima di Maitland, sono la più importante invenzione del diritto inglese⁽²⁾. In Italia, negli oltre trent'anni dalla ratifica della convenzione dell'Aja⁽³⁾, i *trust* hanno dato un significativo contribu-

⁽¹⁾ Tra i molti vantaggi recentemente evidenziati (cfr. E. Olson, *The Benefits of a Trust*, in *The New York Times*, NY ed., 25 marzo 2018, F2), si notano la riservatezza rispetto ad un testamento pubblicato, la gestione di beni e il pagamento dei conti, a favore proprio o dei propri congiunti, anche se il disponente o il beneficiario siano nell'impossibilità di farlo, ad esempio perché colpiti, in età avanzata, da demenza senile o Alzheimer, la pianificazione delle proprie sostanze *post mortem*, al punto che si può parlare di “vita oltre la morte”. A ciò si aggiunga la funzione di *asset protection* contro le pretese dei creditori, la riservatezza nei confronti dei terzi, la possibilità di realizzare modelli di proprietà organizzata in presenza di una pluralità di investitori e di mantenere l'unitarietà di patrimoni o pacchetti azionari a fronte di una pluralità di beneficiari, di realizzare operazioni commerciali e di garanzia, nonché di porre in essere strutture di pubblica utilità.

⁽²⁾ Cfr. F.W. Maitland, *Equity. A course of lectures*, revised by J. Brunyate, Cambridge, 1936, 23: “Of all the exploits of Equity the largest and the most important is the invention and development of the Trust”.

⁽³⁾ Legge 16 ottobre 1989, n. 364 di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, relativa alla legge sui *trust* e al loro riconoscimento.

to alla realizzazione di importanti operazioni, mentre i loro profili fiscali non sono ancora giunti al traguardo di un assetto definitivo e condiviso⁽⁴⁾.

Sotto il profilo dell'imposizione indiretta, a fronte della posizione dell'Agenzia delle entrate che riteneva sempre e comunque tassabile con l'imposta sulle successioni e donazioni gli atti di trasferimento in *trust*⁽⁵⁾, nonostante le critiche della dottrina⁽⁶⁾ e della prevalente giurisprudenza di merito⁽⁷⁾, la Suprema Corte, dopo aver ipotizzato ben cinque diverse soluzioni⁽⁸⁾, con buona pace della sua funzione nomofi-

⁽⁴⁾ In argomento si v. da ultimo la bella rassegna di giurisprudenza di A. Ravera, *Il trust*, parte prima, *retro*, 2018, II, 456 ss. e parte seconda, *retro*, 2018, II, 1335 ss.

⁽⁵⁾ Agenzia delle entrate, circ. 6 agosto 2007, n. 48/E, § 5.2, per la quale – a seguito della reintroduzione, nel nostro ordinamento, dell'imposta sulle successioni e donazioni e “sulla costituzione dei vincoli di destinazione”, ad opera dell'art. 2, 47° comma, del d.l. n. 262 del 2006 – ogni trasferimento di beni in *trust* era sempre soggetto “all'imposta sulle successioni e donazioni in misura proporzionale, sia esso disposto mediante testamento o atto *inter vivos*”, dovendosi guardare, quanto alla spettanza o meno delle franchigie e all'applicazione delle aliquote, alla posizione dei beneficiari del *trust* rispetto al disponente.

⁽⁶⁾ Sul rilievo che il presupposto del tributo sulle successioni e donazioni è pur sempre l'arricchimento gratuito dell'erede o donatario, mentre nel trasferimento al *trustee* costui, come è noto, non si arricchisce affatto e i beneficiari del *trust*, ammesso che di un *trust* liberale si tratti, si arricchiranno nella misura in cui riceveranno, un giorno, dal *trustee*, il trasferimento di beni in *trust*, con la conseguenza che nel trasferimento dal disponente al *trustee* non vi è alcuna manifestazione di capacità contributiva: cfr. per tutti S. Cannizzato – T. Tassani, *La tassazione degli atti di destinazione e dei trust nelle imposte indirette*, Studio n. 58-2010/T del Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 2011; G. Giusti, *L'imposizione indiretta sui vincoli di destinazione*, *retro*, 2019, I, 1524 ss.; A. Busani, *Ulteriore “giravolta” in Cassazione sulla tassazione dell'apporto al trust*, in *Corr. trib.*, 2018, 1951 ss.; Id., *La Cassazione ci ripensa: il trust si tassa alla fine*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 gennaio 2019, 23; P. Mastellone, *Tributi indiretti sugli apporti in trust e ultime “scosse di assestamento” della Cassazione*, *retro*, 2019, I, 620 ss.; Id., *Il defatigante “moto perpetuo” del pendolo giurisprudenziale sugli apporti in trust*, in *T&AF*, 2019, 61 ss.; A. Fedele, *“Vincoli di destinazione” e imposte sui trasferimenti della ricchezza; una infelice scelta legislativa: problemi interpretativi e di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2019, I, 1 ss.; G. Corasaniti, *L'imposizione indiretta dei trust liberali: luci ed ombre nella più recente giurisprudenza di legittimità*, in *T&AF*, 2019, 305 ss.; nonché i lavori indicati *infra* in nota.

⁽⁷⁾ Cfr. A. Ravera, *Op. cit.*, 1335 ss.

⁽⁸⁾ In particolare:

(i) la tassazione proporzionale, sempre e comunque, dei trasferimenti in *trust* con l'(asseritamente) neoistituita imposta sui vincoli di destinazione: Cass., sez. VI civ., ord. 24 febbraio 2015, n. 3735 (Pres. Cicala), in *Corr. trib.*, 2015, 397 ss., con nota di D. Stevanato, *La “nuova” imposta su trust e vincoli di destinazione nell'interpretazione creativa della Cassazione*; cui *adde* Cass., sez. VI civ., ord. 24 febbraio 2015, n. 3737; Id., ord. 25 febbraio 2015, n. 3886; Id., ord. 18 marzo 2015, n. 5322; Id., 7 marzo 2016, n. 4482, su cui si v., *ex multis*, A. Busani – R.A. Papotti, *L'imposizione indiretta dei trust: luci e ombre delle recenti pronunce della Corte di cassazione*, in *Corr. trib.*, 2015, 1203 ss.; A. Contrino, *Sulla nuova (ma in realtà inesistente) imposta sui vincoli di destinazione “creata” dalla Suprema Corte: osservazioni critiche*, in *Rass. trib.*, 2016, 30; G. Corasaniti, *Vincoli di destinazione, trust e imposta sulle successioni e donazioni: la (criticabile) tesi interpretativa della Corte di*

lattica⁽⁹⁾, da ultimo ha affermato che non vi è tassazione dei trasferimenti in *trust*, se e nella misura in cui questi siano strumentali ad un successivo trasferimento suscettibile di arricchire il beneficiario⁽¹⁰⁾ (ge-

Cassazione e le conseguenze, retro, 2015, II, 688; D. Stevanato, *Riconfermata la "nuova imposta" sui vincoli di destinazione*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2016, 396 ss.; L. Salvini, *L'imposta sui vincoli di destinazione*, in *Rass. trib.*, 2016, 925; T. Tassani, *La Cassazione torna sull'imposta sui vincoli di destinazione*, in *T&AF*, 2016, 341;

(ii) la tassazione proporzionale dei trasferimenti in *trust* soltanto se vi sia alterità tra il trustee e il disponente, restando esclusi dalla stessa i *trust* auto-dichiarati: Cass., sez. trib., 30 maggio 2018, n. 13626, in *Corr. trib.*, 2018, 851 ss., con nota di D. Stevanato, *Il trustee di un trust liquidatorio come "beneficiario" dell'arricchimento che giustifica l'imposta sugli atti liberali*; in *Riv. dir. trib.*, 2018, II, 206 ss., con nota di E. M. Bartolazzi Menchetti, *Il tentativo di mediazione della Cassazione sul rapporto tra trust e restituita imposta sulle successioni e donazioni*; Cass., sez. trib., 17 gennaio 2018, n. 975 e Id., 13 giugno 2018, n. 15469, in *Riv. dir. trib.*, 2018, II, 233 ss. con nota di L. Sabbi, *La Corte di Cassazione conferma l'orientamento sulla tassazione in misura fissa dei trasferimenti di beni nel trust fund ai fini dell'imposta di registro, ipotecaria a catastale e "forse" sulle successioni e donazioni*;

(iii) la tassazione solo in misura fissa dei trasferimenti in *trust*: Cass., sez. trib., 26 ottobre 2016, n. 21614, in *Corr. trib.*, 2017, 31 ss., con nota di D. Stevanato, *Il new deal della Suprema Corte sull'imposizione indiretta dei trust: giù il sipario sull'imposta sui vincoli di destinazione*; in *Riv. dir. trib.*, 2017, II, 48 con nota di A. Fedele, *Vincoli di destinazione: scelte legislative inadeguate determinano un conflitto interpretativo tra le sezioni della Suprema Corte*; e di C. Scalinci, *Dalla "pigra macchina" legislativa al dietrofront della Cassazione sull'esistenza di un'imposta "sulla costituzione di vincoli di destinazione"*, *ivi*, 63;

(iv) la tassazione, senza distinguere tra *trust* auto-dichiarati o meno, in misura proporzionale quando sia già stato individuato "stabilmente" il beneficiario e, in mancanza, in misura fissa, con rinvio dell'imposizione proporzionale al momento di definitivo trasferimento al beneficiario: Cass., sez. trib., ord. 15 gennaio 2019, n. 734; Id., ord. 5 dicembre 2018, nn. 31445 e 31446, su cui v. T. Tassani, *Trust onerosi e imposte sui trasferimenti: il nuovo approccio teorico della Suprema Corte*, in *Corr. trib.*, 2019, 190 ss.;

(v) la tassazione proporzionale soltanto nel momento e nella misura in cui si verifichi un effettivo incremento patrimoniale del beneficiario, indice di capacità contributiva: Cass., sez. trib., ord. 17 gennaio 2019, n. 1131, con nota di A. Busani, R.-A. Papotti, *Ulteriormente frammentati in Cassazione gli orientamenti sulla tassazione del trust*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2019, 115 ss.

⁽⁹⁾ Stimolando, nell'arida dottrina tributaristica, nientemeno che una vena poetica: cfr. ad es. S. Trettel, *Trust ed imposizione indiretta: "... ché la diritta via era smarrita"*, in *Fisco*, 2018, 2739 ss.; R.-A. Papotti, – L. Ferro, *Trust e imposta sulle successioni e donazioni: le pronunce della S.C. come "suggel ch'ogn'omo sganni"*, in *Corr. trib.*, 2018, 1901 ss.

⁽¹⁰⁾ Cass., sez. trib., 7 giugno 2019, nn. 15453, 15455 e 15456 (Pres. Chindemi); Id., 21 giugno 2019, nn. 16700, 16701 e 16705; Id., 17 luglio 2019, n. 19167; Id., 18 luglio 2019, nn. 19310 e 19319; Id., 12 settembre 2019, n. 22754. In argomento v. altresì Id., 30 aprile 2019, n. 11401 in tema di non imponibilità del trasferimento dal mandante al mandatario senza rappresentanza in un mandato a vendere; Id., 7 giugno 2019, n. 15450 in tema della natura di imposta complementare dell'imposta proporzionale richiesta dall'ufficio sui trasferimenti in *trust*; ma anche Id., 12 settembre 2019, n. 22758.

Su queste ultime sentenze, v. in part. A. Busani, *La Cassazione si stabilizza: imposte in misura fissa per l'atto di donazione di qualsiasi tipologia di trust*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2019, 595 ss.; A. Mondini, *Le motivazioni delle recenti sentenze della Corte di Cassazione in tema di trust*, in *Riv. Guardia Fin.*, 2019, 1597 ss.

nerando, tuttavia, ulteriori problemi, che dovranno formare oggetto di necessari approfondimenti)⁽¹¹⁾.

Ai fini dell'imposizione sui redditi, alla posizione della dottrina maggioritaria – per la quale, come si vedrà, tutti i *trust* che siano riconoscibili secondo la convenzione dell'Aja sarebbero muniti di soggettività tributaria⁽¹²⁾ – si contrappone un “catalogo”, redatto dall'Amministrazione finanziaria, di *trust* aventi certe caratteristiche in virtù delle quali essi vengono disconosciuti a fini fiscali, in quanto ritenuti “interposti”⁽¹³⁾, con l'effetto di imputare all'interponente (normalmente il disponente o, in alcuni casi, il beneficiario), in base all'art. 37, 3° comma, del d.p.r. n. 600 del 1973, il reddito dei beni posti in *trust*⁽¹⁴⁾.

Ulteriori incertezze sono sorte con riguardo alla normativa sul c.d. “monitoraggio fiscale”⁽¹⁵⁾, alla soggettività tributaria del *trust* ai fini di

⁽¹¹⁾ In particolare, si pone il tema della doppia tassazione che si verificherebbe allorché fosse stata applicata l'imposta in sede di trasferimento dei beni in *trust* e il termine triennale per chiederne il rimborso – *ex* art. 77 del d.p.r. n. 131 del 1986 (imposta di registro), art. 42 d.lgs. n. 346 del 1990 (imposta sulle successioni e donazioni) e art. 17 d.lgs. n. 347 del 1990 (imposte ipotecarie e catastali) – fosse già decorso. Infatti, dovendosi assolvere l'imposta in sede di attribuzione ai beneficiari, è tutt'altro che scontato che, nell'ambito dell'imposta sulle donazioni, si possa invocare un divieto di doppia tassazione.

Ci si interroga inoltre, in relazione all'applicazione dell'imposta sulle donazioni sulle “attribuzioni ai beneficiari”, se qualsiasi trasferimento di ricchezza a questi ultimi rilevi a tal fine o se siano tassabili soltanto quelli formalizzati in atti scritti. Ulteriori incertezze derivano poi in relazione al regime fiscale dei *trust* liquidatori, laddove il beneficiario, nel ricevere il pagamento del suo credito, non è certo destinatario di atti gratuiti che lo arricchiscano, ma la questione non pare ancora del tutto chiara (cfr. ad es. Cass., sez. VI, 3 marzo 2020, n. 5766).

⁽¹²⁾ Per riferimenti si veda *infra* in nota.

⁽¹³⁾ Va segnalato che l'espressione “*trust* interposti” è assai infelice: dal punto di vista del diritto civile, il *trust* non è munito di soggettività, mentre l'interposizione, fittizia o reale che sia, presuppone appunto che vi sia un soggetto che si “ponga tra” (“inter-posto”) l'effettivo titolare e i terzi, creando una dicotomia tra la titolarità giuridica (reale o apparente che sia) e la spettanza economica. Dal punto di vista del diritto tributario, invece, il tema che si pone è se un *trust* possa essere disconosciuto a fini fiscali, anche a prescindere dalla sua invalidità civilistica. Ben diverso è il tema dell'interposizione fittizia del *trustee*, che si realizza quando il disponente non voglia effettivamente istituire un *trust* (*sham*) e quindi il trasferimento dei beni in *trust* al *trustee* sia null'altro che lo strumento (apparente) per realizzare un'illusione (sull’“*illusory trust*” v. da ult. G. Young, *Sham and illusory trusts – lessons from Clayton v Clayton*, in *T&T*, 2018, 194 ss.).

⁽¹⁴⁾ Con tutte le conseguenze di diritto tributario, anche sanzionatorio, che ne derivano: v. ad es. S. Gianoncelli, *Interposizione, simulazione soggettiva e reato di dichiarazione fraudolenta*, in *Riv. dir. trib.*, 2017, I, 509 ss., ove ult. riff.

⁽¹⁵⁾ Cfr. per tutti M. Piazza – M. Laguardia, *Quadro RW: le novità su “titolari effettivi” e “valute virtuali”*, in *Fisco*, 2018, 2207 ss.

altri tributi⁽¹⁶⁾ (negata ai fini imu e già ici⁽¹⁷⁾), dibattuta ai fini delle imposte sui trasferimenti⁽¹⁸⁾ e affermata per finalità strumentali⁽¹⁹⁾), alla sussistenza o meno della solidarietà tributaria del guardiano⁽²⁰⁾.

A ciò si aggiunga la recente riforma della normativa antiriciclaggio, la quale ha introdotto, per la prima volta, nel nostro ordinamento, la categoria dei “*trust* produttivi di effetti giuridici rilevanti a fini fiscali, secondo il disposto dell’articolo 73” del d.p.r. n. 917 del 1986, prevedendo l’obbligo – a carico del *trustee*⁽²¹⁾ – di iscrivere il *trust* in apposita sezione del Registro delle Imprese⁽²²⁾, con ciò implicitamente affermando che vi pos-

⁽¹⁶⁾ Per la Suprema Corte, il riconoscimento della qualità di soggetto passivo ai fini ires del *trust* costituisce una “norma eccezionale”, che non consente di attribuirgli una capacità generalizzata di essere anche soggetto passivo di altri tributi: cfr. Cass., sez. trib., 20 giugno 2019, n. 16550: “Si potrebbe invero ipotizzare che dal riconoscimento della qualità di soggetto passivo ai fini ires discenda una capacità generalizzata del *trust* di essere soggetto passivo anche di altri tributi. Questa tesi appare però contrastare con il divieto, posto dall’art. 14 preleggi, di interpretazione analogica delle norme eccezionali, qual’è quella che, a fini specifici e determinati dallo stesso legislatore, riconosce una limitata forma di soggettività, ai soli fini tributari, ad una organizzazione priva di personalità giuridica”.

⁽¹⁷⁾ Sul rilievo che il soggetto passivo del tributo è colui che ha la titolarità della proprietà o di un diritto reale di godimento, individuandolo quindi nel *trustee* e non nel *trust*, cfr. Cass., sez. trib., 20 giugno 2019, n. 16550, ma *contra* Comm. trib. prov. Salerno, 26 giugno 2018, n. 2531, in *T&AF*, 2019, 87.

⁽¹⁸⁾ Nel senso della soggettività ai fini dell’imposta di registro, di successione e donazione, ipotecarie e catastali, cfr. Agenzia delle entrate, circ. 22 gennaio 2008, n. 3, § 5.4.2.; in senso critico a proposito della soggettività tributaria del *trust* ai fini dei tributi indiretti cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Studio tributario* n. 58-2010/T, § 8.

⁽¹⁹⁾ A livello internazionale, ai fini degli obblighi di scambio automatico di informazioni, il *trust* viene soggettivizzato: cfr. OCSE, *Common Reporting Standard*, sez. VIII, § E, n. 3: “The term “Entity” means a legal person or a legal arrangement, such as a corporation, partnership, trust, or foundation»; v. ad es. S. Massarotto, V. Maiese, I “trust” discrezionali e lo scambio automatico di informazioni finanziarie, in *Corr. trib.*, 2016, 2693 ss.

⁽²⁰⁾ Ai fini dell’imposta di registro, ipotecarie e catastali: cfr. Comm. trib. reg. Veneto, 18 gennaio 2018, n. 85, in *Corr. trib.*, 2018, 3680 ss. per la quale il guardiano del *trust* che partecipi ad un atto di trasferimento di immobili in *trust*, prestando il suo consenso secondo le disposizioni dell’atto istitutivo, costituirebbe “parte contraente” ai sensi dell’art. 57, 1° comma, del d.p.r. n. 131 del 1986 e, per ciò stesso, sarebbe soggetto solidamente responsabile per il pagamento delle imposte di registro, ipotecaria e catastale. Al riguardo, in senso critico, si v. A. Busani – R-A. Papotti, *Il guardiano del trust è condebitore solidale per le imposte sull’atto istitutivo?*, in *Corr. trib.*, 2018, 3677 ss.; A. Castrignanò, *Il guardiano coobbligato di imposta*, in *T&AF*, 2018, 498 ss.

⁽²¹⁾ Termine tradotto come “fiduciario”.

⁽²²⁾ Cfr. l’art. 21, 3° comma, del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, come modificato dall’art. 2 del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, secondo cui “i *trust* produttivi di effetti giuridici rilevanti a fini fiscali, secondo quanto disposto dall’articolo 73 del decreto del Presidente della Repubblica del 22 dicembre 1986 n. 917, sono tenuti all’iscrizione in apposita sezione speciale del Registro delle imprese. Le informazioni di cui all’articolo 22, comma 5, relative alla titolarità effettiva dei medesimi *trust* sono comunicate, a cura del fiduciario o dei fiduciari ovvero di altra persona per conto del fiduciario, per via esclusivamente telematica

sono anche essere *trust* che “non sono rilevanti” ai fini della soggettività tributaria, ossia che non sono fiscalmente riconosciuti.

Con questo nostro contributo, intendiamo formulare alcune riflessioni sulla soggettività tributaria dei *trust*, ai fini delle imposte sui redditi.

2. – *La soggettività tributaria dei trust*

2.1. – *Premessa sul concetto di soggettività tributaria*

Come è noto, la questione se la soggettività tributaria dovesse o meno coincidere con la soggettività di diritto civile ha costituito uno dei grandi temi del dibattito tra studiosi del diritto tributario sin dalle sue origini⁽²³⁾.

Senza poter approfondire, in questa sede, le complesse discussioni che lo hanno caratterizzato, ci pare che – volendo mantenere un approccio pragmatico alla questione, senza cadere in suggestioni dogmatiche – si possa aderire a quella tesi che vede la soggettività tributaria null’altro che un concetto strumentale all’attuazione del tributo in conformità al principio di capacità contributiva di cui all’art. 53 Cost. Ne consegue che, evidenziata la manifestazione di capacità contributiva, essa va riferita al soggetto che meglio si attaglia affinché il prelievo risponda appunto al suddetto principio di attitudine alla contribuzione⁽²⁴⁾.

e in esenzione da imposta di bollo, al Registro delle imprese, ai fini della relativa conservazione. L’omessa comunicazione delle informazioni sul titolare effettivo è punita con la medesima sanzione di cui all’articolo 2630 del codice civile”. Il 5° comma dello stesso articolo rinvia ad un futuro decreto del MEF le modalità attuative di tale obbligo.

⁽²³⁾ Al riguardo v. per tutti O. Quarta, *Commento alla legge sull'imposta di ricchezza mobile*, Milano, I, 1907, 102 ss.; A. Berliri, *Della cosiddetta capacità di diritto tributario*, in L.V. Berliri, *L'imposta di ricchezza mobile. Incontri e scontri di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 1949, 426 ss.; E. Giardina, *La capacità giuridica tributaria degli enti collettivi non personificati*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1962, I, 269 ss.; E. Antonini, *La soggettività tributaria*, Napoli, 1965; A. Giovannini, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996 (ove ultt. riff., spec. 4, nt. 3 e 4).

⁽²⁴⁾ Secondo l'impostazione, ad es., di G.A. Micheli, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1977, I, 419 ss. e spec. 432, ma già C. Lavagna, *Teoria dei soggetti e diritto tributario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1961, I, 8 ss.; A. Parlato, *Il sostituto d'imposta*, Padova, 1969, 35. Sottolinea come la soggettività tributaria sia spesso riconosciuta per ragioni tecniche di “riequilibrio del sistema”, R. Schiavolin, *Natura del tributo, Funzioni e caratteri generali*, in AA.VV., *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Giur. sist. dir. trib.*, diretta da Tesauro, Milano, 1996, 20. Si v. altresì A. Fantozzi, R. Lupi, *Le società per azioni nella disciplina tributaria*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 9**, Torino, 1993, 19.

Sul punto cfr. per tutti A. Giovannini, *Op. cit.*, 164 ss., ove ultt. riff. (seppur criticando tale tesi): “La priorità dei fatti, ossia dei presupposti impositivi (reddito, patrimonio, altre manifestazioni anche indirette di capacità contributiva), fa sì che i soggetti passivi rilevino come semplici punti di convergenza o di arrivo del procedimento di costruzione delle

Da tale impostazione, “funzionale” e costituzionalmente orientata, della soggettività tributaria, consegue, da un lato, che il presupposto del tributo ben può essere imputato ad un’entità la quale, pur priva di soggettività di diritto comune, esprima una sua propria capacità contributiva, con la conseguenza che essa assumerà la qualifica di soggetto passivo d’imposta⁽²⁵⁾; e, dall’altro lato, che il presupposto può parimenti essere imputato non già al soggetto al quale, civilisticamente, sarebbe riferibile (secondo il principio della titolarità della fonte del reddito), ma ad un altro soggetto che, in relazione a quel presupposto, esprima la propria capacità contributiva, magari ponendo in capo al primo l’obbligo (civilistico) di corrispondere il tributo⁽²⁶⁾.

Esempio del primo caso è proprio l’attribuzione di soggettività tributaria al *trust* che, come è noto, è privo di soggettività di diritto comune; esempio del secondo caso è, simmetricamente, il *trustee* il quale, pur avendo la titolarità civilistica dei beni-fonte dai quali promana il reddito, non esprime, in relazione ad essi e al flusso di ricchezza da questi prodotto, alcuna capacità contributiva⁽²⁷⁾; ma sarà comunque quest’ultimo, utilizzando il fondo in *trust*, a dover pagare l’imposta dovuta⁽²⁸⁾.

norme. Il legislatore, dunque, se in relazione ai vincoli costituzionali cui deve soggiacere non può che riferire l’onere dell’imposta a coloro cui è imputabile la capacità contributiva manifestata dal fatto previsto dalla norma, ben può connettere obblighi (o doveri) non solo a soggetti che, per altro verso, non risultano titolari dell’obbligazione tributaria strettamente intesa ma anche a figure che *non* sono suscettibili di qualificazione in termini “soggettivi” nell’ambito privatistico o che *non godono di capacità civilistica*”.

⁽²⁵⁾ Cfr. per tutti A. Amatucci, voce “Soggettività tributaria”, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993, 5 ss., ove ult. riff., nonché C. Scalinci, *Il tributo senza oggetto. Ordinamento e fattispecie*, Milano, 2011, *passim*.

Per Cass., sez. trib., 20 giugno 2019, n. 16550, “è infatti un concetto ormai elaborato dalla dottrina che il legislatore possa disporre della soggettività tributaria prescindendo dalle altre forme di soggettività, e che il sostrato minimo sul quale il legislatore può costruire la soggettività tributaria stessa è la separazione o l’autonomia patrimoniale, e non già la soggettività civilistica”.

⁽²⁶⁾ Da questo punto di vista, molti dibattiti sulla soggettività tributaria non hanno tenuto conto, adeguatamente, della polisemia di tale termine, laddove il “soggetto passivo” inteso come “obbligato” al pagamento del tributo e all’effettuazione degli altri adempimenti previsti dalla legge non necessariamente coincide con il “soggetto passivo” inteso come colui al quale viene imputato il presupposto, ossia il “contribuente”: per tali distinzioni cfr. in *apicibus* E. Vanoni, *Note introduttive allo studio della capacità degli enti morali nel diritto tributario*, in *Opere giuridiche*, I, Milano, 1962, 423 ss. e, più di recente, v. ad es. G. Franson, *La soggettività passiva ires dei trusts*, in *Atti del IV Congresso Nazionale “Il trust in Italia”*, Milano, 16-18 ottobre 2008, 43 ss.

⁽²⁷⁾ Si ricordi, infatti, che nel *trust* si verifica la dissociazione tra la proprietà (o la titolarità giuridica) del bene posto in *trust*, che è in capo al *trustee*, e l’appartenenza economica della ricchezza di cui tale bene è espressione, che fa capo ai beneficiari o che è destinata alle finalità (scopo) per cui il *trust* è stato istituito.

⁽²⁸⁾ Con la conseguenza, ad esempio, che “l’emissione e la notifica della cartella di

In questa prospettiva, dev'essere opportunamente valorizzata la disposizione di cui all'art. 73, 2° comma, t.u.i.r., la quale, lungi dall'essere una mera formula di chiusura per identificare (non si sa bene quali) "altri" soggetti passivi, assume invece un ruolo centrale nella definizione di soggettività tributaria, quantomeno nella sua lettura costituzionalmente orientata. In altri termini, le "organizzazioni", che "non appartengono" ad altri soggetti passivi e che sono in grado di realizzare il presupposto "in modo unitario e autonomo", altro non rappresentano che i fattori costitutivi della stessa definizione della soggettività tributaria ires⁽²⁹⁾.

Centrale è il concetto di "non appartenenza", per il quale ciò che rileva non è tanto l'assenza di una titolarità formale dell'organizzazione in capo a terzi, quanto la sua "indipendenza", intesa come "autodeterminazione, vale a dire come potere del soggetto di avere una propria volontà e di manifestarla liberamente"⁽³⁰⁾; il che si attaglia perfettamente al concetto di *trust*⁽³¹⁾.

pagamento al *trust* sono nulle per inesistenza del soggetto passivo intimato e carenza di legittimazione passiva del *trust*" (Comm. trib. prov. Milano, 28 marzo 2018, n. 1365, in *T&AF*, 2018, 546 ss.).

⁽²⁹⁾ Cfr. P. Laroma Jezzi, *La fiscalità dei trust aspettando il "Trust di diritto italiano"*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, I, 585 ss., e spec. 616, nota 52: "(...) l'utilizzo dell'aggettivo 'altre' nel corpo del comma 2 dell'art. 73 del t.u.i.r. attesta chiaramente che tutti i soggetti passivi ires – sia quelli del comma 1 che quelli del comma 2 – sono "organizzazioni nei cui confronti il presupposto si verifica in modo unitario ed autonomo", nonché 618; G. Fransoni, *Il sistema dell'imposta sul reddito*, in P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, parte speciale, Milano, 2008, 43 ss. e spec. 72: dal tenore dell'art. 73, 2° comma risulta "chiaramente, innanzitutto, che l'aggettivo 'altre' riferito alle organizzazioni ivi menzionate le collega direttamente agli enti espressamente richiamati in precedenza ed attesta l'unicità del criterio di identificazione dei soggetti passivi ires. In altri termini, tutti i soggetti passivi dell'imposta, tanto quelli espressamente individuati come riferimento ad un tipo specificamente previsto dalla legge civile, quanto quelli la cui individuazione è rimessa all'interprete secondo la definizione generale in commento, presentano i caratteri della 'organizzazione', e della 'non appartenenza ad altri soggetti' e della idoneità del presupposto a costituire centro di riferimento del presupposto d'imposta "in modo unitario ed autonomo"; sul tema si v. altresì P. Pignatone, *Le aziende municipalizzate come soggetti passivi delle imposte sui redditi, retro*, 1993, I, 3 ss. e spec. 11 ss.

⁽³⁰⁾ Così P.M. Tabellini, *I gruppi quali nuovi soggetti passivi dell'irpeg*, in AA.VV., *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, Padova, 1988, 677 ss. e spec. 683.

⁽³¹⁾ Cfr. P. Pignatone, *Op. cit.*, 17: "Nessuna contraddizione appare sussistere nell'ipotizzare che un'organizzazione appartenente ad un altro soggetto, cui non sia riconducibile la fattispecie imponibile, possa essere soggetto passivo dell'imposta". È questo il caso del *trust*, in cui l'insieme dei beni in *trust* (che costituiscono "l'organizzazione"), pur essendo nella titolarità giuridica del *trustee*, non gli appartengono, giacché a costui non è riconducibile la fattispecie imponibile, poiché non manifesta, in relazione a tali beni, alcuna capacità contributiva.

Se questa – come riteniamo – è la corretta lettura da dare all'art. 73 t.u.i.r., ne consegue che sono soggetti passivi soltanto quelli che realizzano i suddetti requisiti di non appartenenza ad altri soggetti passivi e di unitarietà ed autonomia con cui si manifesta il presupposto d'imposta. Per i soggetti dotati di personalità giuridica, quali le società di capitali e gli enti non societari, i suddetti requisiti sono *in re ipsa*, discendendo dalla loro soggettività di diritto comune⁽³²⁾. Per gli altri, privi di personalità giuridica, e soprattutto per quelli addirittura mancanti di qualsiasi soggettività di diritto civile, i predetti requisiti andranno di volta in volta verificati prima di poterne affermare la soggettività tributaria.

Tutto ciò l'implica sostenere l'autonomia in diritto tributario⁽³³⁾ dei tipi di enti privi di personalità giuridica, nominati nell'art. 73, rispetto alla nozione che di essi fornisce il diritto civile: di tale concetto il *trust* costituisce – come vedremo – un esempio paradigmatico.

2.2. – Considerazioni preliminari sulla soggettività tributaria dei trust

Trattando di soggettività tributaria dei *trust*, va preliminarmente ricordato che, secondo il diritto civile, il *trust* non è “un soggetto giuridico dotato di propria personalità, essendo invece unicamente il *trustee* la persona di riferimento nei rapporti con i terzi, non quale ‘legale rappresentante’ di un inesistente soggetto distinto, ma come soggetto che dispone del diritto”⁽³⁴⁾;

⁽³²⁾ Difatti, appare evidente che, per i soggetti dotati di personalità giuridica, l'autonomia patrimoniale perfetta che la contraddistingue postula sia la “non appartenenza” ad altri del loro patrimonio, sia l'unitarietà e autonomia del manifestarsi del presupposto del tributo.

⁽³³⁾ Come è noto, uno degli effetti dell'autonomia del diritto tributario impone di escludere in modo automatico l'equivalenza di significato di categorie e concetti giuridici di altri settori dell'ordinamento (ad esempio provenienti dal diritto civile), dovendosi piuttosto verificare “se termini uguali (ad esempio, ‘possesso’, ‘impresa’, ecc.) acquisiscano, nei differenti settori, caratterizzazioni concettuali specializzate”: così S. Cipollina, *Origini e prospettive dell'autonomia scientifica del diritto tributario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2018, I, 163 ss. e spec. 165; cui adde già Id., *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992, 96 ss.; M.C. Fregni, *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, 1998, 6 ss.; M. Procopio, *Il sistema tributario italiano*, seconda ed., I, Milano, 2018, 8 ss.; F. Paparella, *L'autonomia del diritto tributario ed i rapporti con gli altri settori dell'ordinamento tra ponderazione dei valori, crisi del diritto e tendenze alla semplificazione dei saperi giuridici*, in *Riv. dir. trib.*, 2019, I, 587 ss.

⁽³⁴⁾ Cass., sez. trib., 18 dicembre 2015, n. 25478, a proposito di un ricorso in Cassazione proposto dall'Agenzia delle entrate “nei riguardi di ‘Trust Fasani Fund, in persona del legale rappresentante e *trustee* sig.ra V.V.’”; in senso conforme, Cass., sez. II civ., 22 dicembre 2011, n. 28363, in tema di sanzioni amministrative per violazione del codice della strada; Cass., sez. I civ., 9 maggio 2014, n. 10105, per la negazione della qualità di liti-

tant'è che nel diritto tributario britannico⁽³⁵⁾, e ai fini dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal diritto dell'Unione europea, si assume quale "soggetto" non già il *trust* (che non lo è), ma l'insieme dei *trustee*, considerato come "un unico e permanente organismo di persone, distinto dalle persone che possono di volta in volta essere i *trustee*"⁽³⁶⁾.

Prima che l'art. 1, 7° comma, lett. a), n. 2), della l. n. 296 del 2006 modificasse l'art. 73 t.u.i.r., includendo il *trust* nell'ambito dei soggetti passivi dell'ires, la dottrina si interrogava sulla possibilità di riconoscerne la soggettività tributaria, in quanto riconducibile nel novero delle "altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario e autonomo", ai sensi del 2° comma del citato art. 73⁽³⁷⁾.

Successivamente a tale norma⁽³⁸⁾, in dottrina, con riguardo all'imposizione diretta dei *trust*, si è affermato che *tutti i trust*, i quali siano validi secondo la legge regolatrice, e siano riconoscibili secondo la convenzione

sconsorte del *trust* nel procedimento per la dichiarazione di fallimento della società che vi avesse conferito l'azienda; Cass., sez. I civ., 20 febbraio 2015, n. 3456; Cass., sez. I civ., 19 maggio 2017, n. 12718; Cass., 2 settembre 2016, n. 17519. Anche ai fini della pubblicità immobiliare, la Suprema Corte ha ribadito che "il *trust* non è un ente dotato di personalità giuridica, né di soggettività, per quanto limitata o ai soli fini della trascrizione, ma un mero insieme di rapporti destinati ad un fine determinato e formalmente intestati al *trustee*, che rimane l'unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi". Dunque, è il *trustee* il soggetto che "dispone del diritto" (Cass., 27 gennaio 2017, n. 2043).

⁽³⁵⁾ Art. 69 TCGA.

⁽³⁶⁾ Corte Giustizia UE, 14 settembre 2017, causa C-646/15.

⁽³⁷⁾ Cfr. ad es. R. Lupi, *La tassazione dei redditi del trust: il trustee*, in *I trust in Italia oggi*, a cura di Benvenuti, Milano, 1996, 327 ss.; G. Puoti, *La tassazione dei redditi dei trust*, *ivi*, 321 ss.; S. Tundo, *Implicazioni di diritto tributario connesse al riconoscimento del "trust"*, *retro*, 1993, I, 1285 ss.; M. Miccinesi, *Il reddito del trust nelle varie tipologie*, in *T&AF*, 2000, 309; A. Fedele, *Visione di insieme della problematica interna*, in *Il trust in Italia oggi*, *cit.*, 269 ss.; A. Giovannini, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996, 416 ss.; V. Ficari, *Il trust nelle imposte dirette (IRPEG e IRAP): un articolato modulo concettuale oppure un autonomo soggetto passivo?*, in *Boll. trib.*, 2000, 1529; F. Gallo, *Trust, interposizione ed elusione fiscale*, in *Rass. trib.*, 1996, 1052 ss.; L. Perrone, *La residenza del trust*, in *Rass. trib.*, 1999, 1601 ss.; G. Zizzo, *Note minime in tema di trust e soggettività tributaria*, in *Fisco*, 2003, 4658 ss.; A. Salvati, *Profili fiscali del trust*, Milano, 2004, *passim*; A. Contrino, *Riforma IRES e trust: la maggiore realtà e la patrimonializzazione come ulteriori argomenti per la soggettività "definitiva" dei trust*, in *Dialoghi*, 2004, 579 ss.; L. Del Federico, *Trust interno e regime fiscale degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi del nuovo art. 2645-ter del codice civile*, in *Fisco*, 2006, 7645; L. Salvini, *Le vicende del fondo in trust*, in *AA.VV.*, *Teoria e pratica della fiscalità dei Trust*, Quaderni Trusts e attività fiduciarie, Milano, 2008, 59 ss.

⁽³⁸⁾ Per la dottrina successiva alla novella del 2006 v., ad es., A. Contrino, *Imposizione sui redditi e negozi di separazione patrimoniale nel contesto della legge sul c.d. "dopo di noi"*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2017, I, 111 ss. e spec. 115 ss., testo e nota 5 ove ampi riff. bibliografici.

dell'Aja, assumerebbero soggettività tributaria, a prescindere da ogni altra verifica⁽³⁹⁾. Tale tesi si fonda sul tenore letterale dell'art. 73, 1° comma, lett. b), c) e d), t.u.i.r., il quale menziona i *trust*, rispettivamente tra gli enti commerciali residenti, gli enti non commerciali residenti e gli enti non residenti, definendo quelli che, tra essi, sono da considerarsi trasparenti⁽⁴⁰⁾.

Si è ritenuto, infatti – a nostro avviso forse un po' frettolosamente – “che il riconoscimento *ope legis* della soggettività tributaria passiva del *trust* sia conseguita all'assimilazione, e non dall'inclusione, del *trust* alle “altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi”, sicché detto riconoscimento deve ritenersi del tutto disancorato dalla preventiva verifica della ricorrenza del momento organizzativo e della non appartenenza a terzi soggetti, ma deve basarsi unicamente sulla rispondenza dello specifico accordo [*sic*] allo schema paradigmatico di *trust* riconosciuto dal nostro ordinamento”⁽⁴¹⁾.

Viceversa, come si è accennato all'inizio di questo lavoro, l'Amministrazione finanziaria ha seguito una diversa impostazione, affermando che non possono essere considerati come “soggetti passivi” quei *trust* che, a prescindere dall'accertamento di vizi secondo la legge regolatrice e dal loro riconoscimento secondo la Convenzione, presentano alcune caratteristiche (il cui “catalogo” è indicato nei documenti di prassi)⁽⁴²⁾, che li rendono

⁽³⁹⁾ P. Laroma Jezzi, *Op. cit.*, 585 ss., e spec. 592; S. Loconte, *La fiscalità diretta del trust*, in *Riv. Guardia Fin.*, 2019, 777 ss. e spec. 780, per il quale “il principio generale che emerge dal novellato art. 73, è quello in forza del quale tutti i *trust* sono soggetti passivi delle imposte sui redditi, ed il metodo di calcolo del reddito dipenderà in funzione della effettiva classificazione del *trust* (...)”; T. Tassani, *I trusts nel sistema fiscale italiano*, Pisa, 2012, *passim*.

⁽⁴⁰⁾ L'art. 73, 2° comma, t.u.i.r., prevede infatti che “nei casi in cui i beneficiari del *trust* siano individuati, i redditi conseguiti dal *trust* sono imputati in ogni caso ai beneficiari in proporzione alla quota di partecipazione individuata nell'atto di costituzione del *trust* o in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali”.

⁽⁴¹⁾ Così O. Nocerino, *La causa concreta del trust autodichiarato e la soggettività passiva IRES*, in *T&AF*, 2018, 159 ss. e spec. 161; Id., *La soggettività tributaria del trust nella disciplina delle imposte dirette*, in *AA.VV., Gli aspetti civilistici e fiscali del trust*, a cura di C. Buccico, Torino, 2015, 215 ss. e spec. 218: “(...) sicché il *trust*, indipendentemente dal ricorrere dei tratti caratteristici della struttura organizzativa e dell'autonomia patrimoniale, veniva annoverato tra i soggetti passivi ires”. In tal senso anche G. Franson, *La disciplina del trust nelle imposte dirette*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, I, 227 ss., il quale tuttavia ha evidenziato come, “in questo modo il legislatore ha, da un lato, perso i vantaggi offerti dalla scelta del metodo ‘casistico’, perché ha sacrificato totalmente (...) alla rigida alternativa prefigurata la varietà delle possibili regolamentazioni del *trust* e, dall'altro lato, non ha potuto nemmeno approfittare delle opportunità derivanti da approcci sistematicamente orientate”.

⁽⁴²⁾ Su cui si veda *infra*, testo e note.

“interposti”, con l’effetto che il reddito sarà imputato, di volta in volta, al disponente o ai beneficiari⁽⁴³⁾.

La dottrina che afferma la soggettività tributaria *tout court* dei *trust*, basandosi sul tenore letterale dell’art. 73 t.u.i.r., nell’affrontare la posizione dell’Agenzia delle entrate, si trova di fronte ad un dilemma: se accetta che il *trust* non venga riconosciuto fiscalmente⁽⁴⁴⁾, è costretta ad affermarne altresì l’invalidità secondo la legge regolatrice o, quantomeno, la sua non riconoscibilità ai sensi della Convenzione dell’Aja⁽⁴⁵⁾, ma non è detto che questo sia sempre vero⁽⁴⁶⁾; se invece contesta il disconoscimento fiscale, non può che farlo sul piano della sua validità civilistica e della sua riconoscibilità secondo la convenzione dell’Aja, senza avvedersi che ciò è condizione necessaria ma non sufficiente per l’attribuzione della soggettività tributaria al *trust*⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴³⁾ Cfr., di recente, Agenzia delle entrate, risposta a interpello 11 settembre 2019, n. 381: “Affinché un *trust* possa essere qualificato soggetto passivo ai fini delle imposte sui redditi costituisce elemento essenziale l’effettivo potere del *trustee* di amministrare e disporre dei beni a lui affidati dal disponente. Si ritiene, invece, fiscalmente ‘inesistente’ il *trust* in tutti quei casi in cui, per effetto delle disposizioni contenute nel proprio atto istitutivo ovvero in base ad elementi di mero fatto, il potere di gestire e disporre dei beni permanga in tutto o in parte in capo al disponente. In tal caso, non verificandosi il reale spossessamento di quest’ultimo in relazione ai beni posti nel patrimonio costitutivo del *trust*, quest’ultimo si configura come ‘struttura meramente interposta rispetto al disponente’ al quale devono continuare ad essere attribuiti i redditi solo formalmente prodotti dal *trust*”. Per un commento su tale risposta a interpello v. E. Marvulli, *Imposizione diretta sull’interponente “schermato” dal trust fiscalmente inesistente*, in *Fisco*, 2019, 3839 ss.

Sul tema v. più diffusamente il successivo paragrafo.

⁽⁴⁴⁾ Ad es., perché il *trustee* subisce interferenze nei suoi poteri gestori da parte del disponente o dei beneficiari.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. ad es. O. Nocerino, *La soggettività, cit.*, il quale, peraltro, dopo aver affermato che la soggettività del *trust* “deve ritenersi del tutto sganciata (...) dalla preventiva verifica della ricorrenza del momento organizzativo e della non appartenenza a terzi soggetti” (*ivi*, 218), è costretto ad ammettere – non senza una certa contraddizione – che quando il *trustee* subisce interferenze dal disponente, “viene meno l’essenziale condizione di autonomia e, correlativamente, di non appartenenza ad altro soggetto la qual cosa, come si è visto, costituisce l’indefettibile presupposto (*sic*) ai fini dell’inquadramento dell’accordo come *trust* e della conseguente autonoma soggettività passiva ai fini ires dell’istituto” (*ivi*, 221).

⁽⁴⁶⁾ Continuando nell’esempio poc’anzi fatto, occorrerà valutare, caso per caso, le disposizioni della legge straniera regolatrice il *trust* e le disposizioni della Convenzione, in cui il confine entro il quale il disponente può riservarsi dei poteri (e, in generale, il limite all’autonomia privata nella scrittura delle clausole dell’atto istitutivo) è tutt’altro che netto.

⁽⁴⁷⁾ Per F. Ferrari, *La soggettività passiva del trust per le imposte dirette*, in *T&AF*, 2020, 160 e ss. e spec. 166 “deve piuttosto essere attribuita all’Agenzia l’elaborazione di un autonomo concetto di *trust* in relazione al quale verificare le fattispecie concrete di tale istituto per la loro qualificazione ai fini delle imposte dirette, configurando un’operazione giuridica completamente differente rispetto a quella di una situazione di interposizione fittizia”.

In entrambi i casi, il limite della tesi della “soggettività *tout court*” sta, a nostro sommo avviso, nel voler porre sullo stesso piano, da un lato, la dimensione civilistica del *trust* (legge regolatrice e Convenzione dell’Aja) e, dall’altro, quella fiscale (in punto di soggettività tributaria). E poiché le due dimensioni non sempre coincidono, giacché ciò che è un *trust* per il civilista non è detto che lo sia, sempre e necessariamente, per il diritto tributario, la risposta non può che stare nell’affermazione dell’autonomia tributaria del concetto di *trust* ⁽⁴⁸⁾.

A favore di tale impostazione militano diversi argomenti.

In primo luogo, occorre guardare all’essenza del concetto di *trust*: se è vero che il *trust* altro non è che un’obbligazione equitativa (verso un beneficiario o per uno scopo determinato) di cui il *trustee*, titolare di una posizione giuridica, è debitore, e che determina l’effetto segregativo nel suo patrimonio di ciò che è posto in *trust* ⁽⁴⁹⁾, ebbene l’unico effetto fiscale che tale obbligazione equitativa produce sempre è quello di escludere che al *trustee*, ancorché titolare del bene fonte, sia attribuito il presupposto dell’imposta sul reddito. In altri termini, si può affermare che

⁽⁴⁸⁾ In senso sostanzialmente conforme cfr. ad es. F. Rasi, *Dalla fiducia al contratto di affidamento fiduciario passando per il trust: spunti per una ricostruzione normativa*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2019, 95 ss. e spec. 115.

In giurisprudenza, sul fatto che un *trust* civilisticamente valido possa tuttavia difettare di soggettività tributaria cfr. da ultima Comm. trib., 2° grado Trento, sez. II, 6 maggio 2019, in *T&AF*, 2020, 90 e ss. e spec. 92: “Non è da discutersi in questa sede, perché del tutto irrilevante, se il *Trust* (...) fosse o meno lecito e legittimo, tale essendo certamente (...). E si può comunque facilmente e conclusivamente superare tutte le problematiche relative alla effettività o meno del *trust* in quanto l’imponibilità dei redditi imputati al contribuente [il disponente] sussiste *indipendentemente dalla legittimità o meno del trust*” (corsivi aggiunti). In senso analogo, Comm. trib. reg. Lombardia, sez. XX, 25 gennaio 2017, n. 160, per la quale “il Collegio ritiene che il motivo (...) che verte sulla effettività del *trust*, non abbia rilievo ai fini della decisione, posto che *l’imponibilità dei redditi imputati alla contribuente sussiste indipendentemente dalla legittimità del trust*”. Ancor più esplicita è Comm. trib., 1° grado Trento, sez. IV, 26 maggio 2017, n. 88, per la quale “il suddetto *Trust* deve ritenersi, *ai soli fini fiscali*, soggetto inesistente ed interposto, quindi *non titolare della soggettività tributaria passiva e non configurante soggetto autonomo d’imposta ai sensi dell’art. 73 Tuir*” (corsivi aggiunti).

⁽⁴⁹⁾ Questa è la definizione di Underhill: cfr. Underhill and Hayton, *Law of Trusts and Trustees*, 19^a ed., Londra, 2016, 3, § 1.1 (1): “*A trust is an equitable fiduciary obligation, binding a person (called a trustee) to deal with property (called trust property) owned and controlled by him, for the benefit of persons (called beneficiaries ...) (...), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation*”. Ma l’accento sull’obbligazione equitativa lo poneva anche Maitland, per il quale “*When a person has rights which he is bound to exercise upon behalf of another or for the accomplishment of some particular purpose, he is said to have those rights in trust for that other or for that purpose and he is called a trustee*” (Op. cit., 44).

egli, di quel bene e del reddito che ne scaturisce, non ha il “possesso”, nel senso fiscale del termine.

A questo punto, se il “possesso” (in senso fiscale) del bene fonte è attribuibile ad un terzo (ad esempio al beneficiario di un *bare trust*), anche il reddito (il presupposto) sarà attribuito a quest’ultimo, e il tema della soggettività tributaria del *trust* neppure si pone. Se invece nessuno ha il “possesso” del bene, siamo di fronte ad un “*trust* soggetto passivo” ai fini *ires*, dovendosi distinguere tra i casi in cui il beneficiario abbia il possesso del solo reddito, come nei *trust* fissi (“*trust* soggetto passivo” trasparente), e i casi in cui non abbia neppure quello, come nei *trust* discrezionali (“*trust* soggetto passivo” opaco).

In secondo luogo, l’autonomia tributaria del concetto di *trust* – o, se vogliamo, la categoria dei *trust* “fiscalmente riconosciuti” – costituisce un principio acquisito nei principali ordinamenti che conoscono il *trust*. Così è infatti in USA, dove si afferma che “un *trust* che sia valido secondo la legge di uno Stato può essere disconosciuto ai fini dell’imposta sul reddito federale laddove difetti di ‘sostanza economica’”⁽⁵⁰⁾; per decidere a tale riguardo, rilevano quattro criteri: (i) se il rapporto che il disponente aveva con i beni sia o meno mutato dopo il loro trasferimento in *trust*; (ii) se il *trustee* sia indipendente; (iii) se vi è un interesse economico trasferito ad un beneficiario e (iv) se il disponente si sente vincolato dalle restrizioni imposte dall’atto istitutivo o dalla legge regolatrice⁽⁵¹⁾. Lo stesso dicasi, ad esempio, nel Regno Unito⁽⁵²⁾, ma anche in Svizzera⁽⁵³⁾.

⁽⁵⁰⁾ US Tax Court, *Full-Circle Staffing, LLC et al. v. Commissioner*, 17 maggio 2018, T.C. Memo 2018-66, § 27. In senso conforme, ad es., *Zmuda v. Commissioner*, 79 T.C., 720; *Markosian v. Commissioner*, 73 T.C., 1241; *Furman v. Commissioner*, 45 T.C. 360, 364 (1966).

⁽⁵¹⁾ US Tax Court, *Full-Circle*, *cit.*, § 29; *Markosian*, *cit.*, 1243-4.

Su questi temi v. da ult. A. Contrino, *Osservazioni (in parte adesive, e in parte critiche) sulla nozione fiscale di trust “interposto” di fonte amministrativa*, in *Riv. dir. trib. (suppl. online)*, 7 novembre 2019.

⁽⁵²⁾ I *trust* sono tassati come tali, con dichiarazione presentata dal *trustee*, ma in alcuni casi ne è disconosciuta la soggettività tributaria e il reddito è imputato ai beneficiari (es. per i *bare trust*) o al disponente (es. per i “*settlor-interested trust*”): cfr. S. Tramontano, M. Valenzano, *Il trust nella legislazione fiscale inglese*, in AA.VV., *Gli aspetti civilistici*, *cit.*, 431 ss. e spec. 442; J. Garton, *Moffat’s Trusts Law*, 6^a ed., Cambridge, 2017, 72 ss. Si vedano, in particolare, il *Finance Act* 1986, sec. 102-102C in materia di imposta sulle successioni (a proposito di trasferimenti con “*reservation*”; *Taxation of Chargeable Gains Act* 1992, sec. 86, ai fini dell’imposta sui *capital gain* e *Income Tax (Trading and Other Income)* Act 2005, sec. 624-625 a proposito della tassazione ai fini dell’imposta sul reddito in capo al disponente nei “*settlor’s retained interest*”.

⁽⁵³⁾ Cfr. da ult. Trib. federale (Svizzera), II corte di dir. pubbl., 13 dicembre 2017,

In terzo luogo, l'autonomia tributaria del concetto di *trust* appare anche dal tenore letterale della prassi dell'Amministrazione finanziaria, laddove appunto, in presenza di determinate caratteristiche dei *trust*, ne afferma la non riconoscibilità "ai fini fiscali", senza metterne in discussione la validità civilistica⁽⁵⁴⁾.

In quarto luogo, questa impostazione si giustifica anche a causa dell'estrema variabilità dei *trust*⁽⁵⁵⁾, che manifestano significative differenze, in particolare: (a) per la loro "genesì"⁽⁵⁶⁾; (b) per le loro finalità ed utilizzi⁽⁵⁷⁾; (c) per l'ampia eterogeneità dei contenuti delle leggi regolatrici⁽⁵⁸⁾ che esprimono "sensibilità" diversissime nei confronti dell'istituto, dal modello "tradizionale"⁽⁵⁹⁾ ai *trust* "geneticamente modificati" di alcune giurisdizioni *off-shore*⁽⁶⁰⁾; e (d) per il loro diverso assetto strutturale dato dalla variabilità che discende dall'autonomia privata più o meno ampia, che la legge regolatrice consente nella redazione degli atti istitutivi.

caso 2C_722/2017, in *T&AF*, 2018, 436 ss., § 6.2; S. Ducceschi, *Il trust nella legislazione fiscale svizzera*, in AA.VV., *Gli aspetti civilistici*, cit., 445 ss. e spec. 453 ss.

⁽⁵⁴⁾ Ad esempio, nella circ. n. 48/E del 2007, l'Agenzia delle entrate, nel trattare del *trust* revocabile, specifica che "pur ammesso in altri ordinamenti, *ai fini delle imposte sui redditi* non dà luogo ad un autonomo soggetto d'imposta"; parimenti, nella circ. n. 61/E del 2010, si precisa che "non possono, quindi, essere considerati validamente operanti, *sotto il profilo fiscale*, i *trust* che sono istituiti e gestiti per realizzare una mera interposizione nel possesso dei beni e dei redditi".

⁽⁵⁵⁾ Sul "poliformismo" dei *trust* si veda già M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 1997, 6 ss.

⁽⁵⁶⁾ Oltre ai *trust* espressamente istituiti (si ricorda che la Convenzione dell'Aja non si applica ai *trust* non istituiti volontariamente, ex art. 3, concetto più ampio di quelli "espressamente istituiti": cfr. M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, terza ed., Milano, 2016, 241), esistono i *trust implied* (ossia impliciti perché il soggetto intendeva che ciò accadesse: cfr. M. Lupoi, *Istituzioni*, cit., 17), i *trust resulting* e *constructive* (cfr. L. Turcker – N. Le Poidevin – J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, 20^a ed., I, Londra, 2020, 352, § 8-002, per il quale i primi sono fondati sulla presunzione (relativa) dell'intenzione di un venditore o acquirente di un bene e i secondi sono imposti dalla legge nei confronti di una persona, titolare di un bene, contro la volontà di questa), nonché gli *statutory trust*, ossia i *trust* nascenti dalla legge scritta (cfr. M. Lupoi, *Op. ult. cit.*, 21).

⁽⁵⁷⁾ Ad esempio, vi sono i *trust* liberali, i *trust* commerciali, e i *trust* di garanzia; i *trust* fissi e i *trust* discrezionali; i *trust* con beneficiari e i *trust* di scopo, *charitable* o meno.

⁽⁵⁸⁾ Stimabili in oltre un centinaio: dal modello inglese, a quello dei vari Stati degli USA, ai *trust* dei paesi di *civil law*, ai *trust* "esotici" di alcuni paesi caraibici.

⁽⁵⁹⁾ Il Rapporto esplicativo accluso alla Convenzione dell'Aja, in *Actes et documents de la Quinzième session*, L'Aja, 1985, II, n. 47 fa appunto riferimento alla "*traditional image of trusts*".

⁽⁶⁰⁾ Recenti modifiche alla legislazione di alcune giurisdizioni *off-shore* cercano di rendere il *trust* un "prodotto" sempre più attraente per la clientela internazionale, consentendo al cliente-disponente di godere dei benefici segretativi e di *asset protection* del *trust*, con un *trustee* che, nella sostanza, è una via di mezzo tra un segretario, un fiduciario e un maggiordomo.

Tutto ciò, come è evidente, dà luogo ad un'amplissima gamma di situazioni, e quindi di assetti economico-giuridici, accumulati dall'essere riconducibili alla "grande famiglia dei *trust*" esclusivamente, come si è detto, per la sussistenza di un'unica caratteristica che è loro propria la quale, come insegnava Maitland, sta nella segregazione che deriva dall'obbligazione equitativa, ossia nel fatto che una persona (il *trustee*) sia titolare di diritti che deve esercitare per conto altrui o per un fine particolare. Voler ragionare in termini di un unico regime fiscale "del *trust*" sarebbe, parafrasando questo insigne giurista, come voler parlare di un unico regime fiscale "del contratto" ai fini delle imposte sui redditi⁽⁶¹⁾.

Il che rende impossibile ipotizzare che l'equazione "*trust* = soggetto passivo ires" sia sempre e comunque valida, a prescindere dalla verifica, caso per caso, dei presupposti, più volte menzionati, per considerarlo un soggetto passivo.

In quinto luogo, la tesi dell'autonomia tributaria, oltre ad apparire conforme ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della soggettività tributaria alla luce del principio di capacità contributiva, non è affatto incompatibile con l'interpretazione letterale della norma di cui all'art. 73 citato, nella misura in cui l'enunciazione dei *trust*, subito dopo quella degli "enti pubblici e privati diversi dalle società", più che indentificare una categoria autonoma rispetto ai suddetti enti, ne costituisce una esemplificazione⁽⁶²⁾.

In sesto luogo, infine, la tesi dell'autonomia consente di risolvere un problema che è rimasto ai margini del dibattito dottrinale, ossia il trattamento tributario di quei *trust* che non formano oggetto della Convenzione, ossia quelli non volontariamente istituiti⁽⁶³⁾, per i quali si deve giungere, anche in tal caso, alla conclusione del riconoscimento di soggettività tributaria, subordinatamente alla sussistenza dei più volte citati requisiti previsti dall'art. 73, 2° comma, t.u.i.r.⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶¹⁾ F. W. Maitland, *Op. cit.*, 44, per il quale, inoltre, il *trust* "*is an 'institute' of great elasticity and generality; as elastic, as general as contract*".

⁽⁶²⁾ D'altro canto, depone a favore di quanto affermato il "valore aggiuntivo" di "nonché", come sinonimo di "e anche" e di "oltre che": cfr. T. De Mauro, voce «*nonché*», in *Grande dizionario italiano dell'uso*, vol. IV, Torino, 2004, 497.

⁽⁶³⁾ Si veda *supra* in nota.

⁽⁶⁴⁾ Anche in questo caso, occorre considerare il principio di fondo secondo il quale il *trustee*, pur avendo la titolarità dei beni in *trust*, non manifesta mai, in relazione ad essi, alcuna capacità contributiva, per il semplice motivo che non né può trarre alcuna utilità, essendo tale titolarità funzionale al soddisfacimento degli interessi dei beneficiari o al raggiungimento degli scopi per i quali il *trust* è stato istituito. Pertanto, se un soggetto titolare di un bene sia qualificato, *ope legis* e per sentenza, *trustee*, si dovrà verificare se quel bene e

Alla luce di quanto sopra, a nostro avviso la ricordata posizione dell'Amministrazione finanziaria, nel suo insieme e sotto il profilo sostanziale, è condivisibile, fermo restando che essa deve essere inquadrata, più che nell'ambito di malintesi fenomeni interpositori (che non esistono)⁽⁶⁵⁾, nel contesto dell'autonomia tributaria del *trust*. È venuto quindi il momento di esaminare in dettaglio la posizione dell'Agenzia delle entrate, per poi vedere se, e in quale misura, gli elementi dalla stessa individuati per disconoscere fiscalmente un *trust* siano o meno condivisibili alla luce dei principi di diritto tributario che abbiamo cercato di individuare.

2.3. – La posizione dell'Amministrazione finanziaria

L'Agenzia delle entrate si è pronunciata varie volte in merito alla “sintomatologia” dei *trust* fiscalmente non riconoscibili.

Già in occasione dello scudo fiscale del 2001, e ai fini della suddetta normativa speciale, aveva ritenuto “interposto” un *trust* revocabile (rispetto al disponente) o un *trust* “nudo”⁽⁶⁶⁾. Successivamente, nel 2003, aveva ritenuto non riconoscibile (e riqualficabile in un mandato conferito dal disponente) un *trust* nel quale il potere di gestire e disporre dei beni rimaneva in capo al disponente, il quale era anche primo guardiano del *trust*, con poteri di nomina e revoca del *trustee* e di autorizzare quasi tutte le operazioni di questo⁽⁶⁷⁾.

Nel commentare le norme della legge finanziaria 2007 che avevano introdotto per la prima volta nell'ordinamento tributario italiano disposizioni in materia di *trust*, l'Agenzia delle entrate affermò che “il trasferi-

il relativo reddito possano ritenersi nella disponibilità del beneficiario; in difetto, dovrà riconoscersi parimenti la soggettività tributaria del *resulting* o del *constructive trust*, come dello *statutory trust*, perché solo tale soluzione realizza un'imposizione conforme al principio costituzionale di capacità contributiva, risultando del tutto irrilevante il fatto che tali *trust* rientrino o meno nell'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja. In dottrina non pare esser stato colto appieno il fatto che la Convenzione e le norme fiscali operano su piani differenti. Sul punto v. ad es. T. Tassani, *I trusts nel sistema fiscale italiano*, Pisa, 2012, 198 ss.

⁽⁶⁵⁾ Per la critica alla tesi dei “*trust* interposti” cfr. per tutti A. Vicari, *La soggettività passiva del trust nelle imposte dirette tra interposizione fittizia, simulazione e riqualficazione* – Parte I, in *T&AF*, 2011, 475 ss.

⁽⁶⁶⁾ Agenzia delle entrate, circ. 4 dicembre 2001, n. 99/E, § 2.3: “(...) a titolo meramente esemplificativo, si deve ritenere soggetto interposto un *trust* revocabile (per cui il titolare va identificato nel disponente o *settlor*) ovvero un *trust* non discrezionale, nei casi in cui il titolare può essere identificato nel beneficiario”.

⁽⁶⁷⁾ Agenzia delle entrate, ris. 17 gennaio 2003, n. 8/E, la quale sottolinea la “persistente connotazione di *dominus* del rapporto giuridico che l'atto in esame attribuisce alla figura del disponente/guardiano”, tale da non potersi ravvisare “un effettivo potere di gestione e amministrazione del *trustee*”.

mento al *trust* dei beni, così come la “perdita di controllo” da parte del disponente sui medesimi beni, sono requisiti qualificanti del *trust*”⁽⁶⁸⁾, pur riconoscendo la possibilità per il disponente di conservare alcuni poteri, “salvaguardando in ogni caso l’effettività dell’attribuzione e l’esercizio dei poteri di amministrazione da parte del *trustee*”⁽⁶⁹⁾. Negava la rilevanza fiscale dei *trust* revocabili⁽⁷⁰⁾.

In occasione dello “scudo fiscale” del 2009, la posizione dell’Amministrazione finanziaria è stata meglio precisata⁽⁷¹⁾, da un lato ribadendo la non riconoscibilità dei *trust* revocabili e dei *trust* in cui il disponente continui ad esercitare poteri pregnanti sui beni in *trust*, dall’altro lato ampliando la sfera di non riconoscibilità fiscale a tutte quelle ipotesi in cui il *trustee* sia stato “di fatto privato dei poteri dispositivi sui beni attribuiti al *trust* che risultano invece esercitati dai beneficiari”. L’Agenzia delle entrate, in quella sede, ha formulato un elenco “esemplificativo” di *trust* da ritenersi “interposti” a fini fiscali, integrato da ulteriori esempi nel 2010⁽⁷²⁾, e confermato nel 2015⁽⁷³⁾

⁽⁶⁸⁾ Agenzia delle entrate, circ. 6 agosto 2007, n. 48/E, § 1.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. circ. n. 48/E del 2007, cit.: “Il disponente può conservare alcuni poteri (come quello di sostituire il *trustee* o nominare altri beneficiari)”.

Si noti, tuttavia, che, con riguardo alla nomina di altri beneficiari l’Agenzia ha cambiato opinione nel 2010 (circ. 27 dicembre 2010, n. 61/E), inserendo nel catalogo dei *trust* non riconoscibili (su cui si v. *infra* nel testo) i “*trust* in cui il disponente può modificare nel corso della vita del *trust* i beneficiari”.

Quanto al potere di sostituzione del *trustee*, nella prospettiva dell’Agenzia delle entrate esso ha ad oggetto la nomina di un nuovo *trustee* in luogo del precedente cessato, ma non pare estendersi alla revoca negoziale del *trustee* esistente: cfr. Agenzia delle entrate, ris. 17 gennaio 2003, n. 8/E, richiamata dalla circ. n. 48/E del 2007, cit., che ha stigmatizzato la revocabilità negoziale del *trustee* operabile da parte del disponente-guardiano.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. circ. n. 48/E del 2007, cit.: “*trust* revocabile (*grantor trust*), quando il disponente si riserva la facoltà di revocare l’attribuzione dei diritti ceduti al *trustee* o vincolati nel *trust* (nel caso in cui il disponente sia anche *trustee*), diritti che, con l’esercizio della revoca, rientrano nella sua sfera patrimoniale. È evidente come in tal caso non si abbia un trasferimento irreversibile dei diritti e, soprattutto, come il disponente non subisca una permanente diminuzione patrimoniale. Questo tipo di *trust*, pure ammesso in alcuni ordinamenti, ai fini delle imposte sui redditi non dà luogo ad un autonomo soggetto passivo d’imposta cosicché i suoi redditi sono tassati in capo al disponente (...)”.

⁽⁷¹⁾ Agenzia delle entrate, circ. 10 ottobre 2009, n. 43/E.

⁽⁷²⁾ Agenzia delle entrate, circ. 27 dicembre 2010, n. 61/E. A commento della circolare v. ad es. L. Belluzzo, *L’Agenzia delle Entrate prende posizione sui trust “fiscalmente inesistenti”*, in *Fiscalità e comm. int.*, 2011, 2 e, in senso critico, M. Bastianelli, *Brevi note sulla disciplina dei trust ai fini delle imposte sui redditi*, in *T&AF*, 2011, 135 ss.; D. Muritano, *Le condizioni dell’Agenzia delle Entrate per la rilevanza fiscale dei trust interni: osservazioni critiche*, in *T&AF*, 2011, 263 ss. L’orientamento dell’Agenzia delle entrate risulta sostanzialmente condiviso dalla Guardia di Finanza: cfr. circ. 1/2018, vol. I, 184 ss.

⁽⁷³⁾ Agenzia delle entrate, circ. 13 marzo 2015, n. 10/E, § 1.1.

In generale, non sono fiscalmente riconosciuti i *trust* “ogni volta che le attività facenti parte del patrimonio del *trust* continuano ad essere a disposizione del disponente oppure rientrano nella disponibilità dei beneficiari” (74).

Possiamo quindi provare a stilare un “catalogo” dei *trust* che, secondo la prassi dell’Agenzia delle entrate, non sono “riconoscibili”:

(a) “*trust* che il disponente (o il beneficiario) può far cessare liberamente in ogni momento, generalmente a proprio vantaggio o anche a vantaggio di terzi” (75): si tratta dei *trust* revocabili, dei *trust* nudi (*bare trust* o *simple trust*) e, probabilmente, dei *trust* in cui sia concretamente applicabile, sin dall’istituzione del *trust*, la regola di *Saunders v Vautier* (76);

(b) “*trust* irrevocabile nel quale il *trustee* è di fatto privato dei poteri dispositivi sui beni attribuiti al *trust* che risultano invece esercitati dai beneficiari” (77);

(c) “*trust* in cui il disponente è titolare del potere di designare in qualsiasi momento sé stesso come beneficiario” (78), e comunque “*trust* in cui il disponente può modificare nel corso della vita del *trust* i beneficiari” (79);

(d) “*trust* in cui il disponente (o il beneficiario) è titolare di significativi poteri in forza dell’atto istitutivo, in conseguenza dei quali il *trustee*, pur dotato di poteri discrezionali nella gestione ed amministrazione del *trust*, non può esercitarli senza il suo consenso” (80);

(e) “*trust* in cui il beneficiario ha diritto di ricevere anticipazioni di capitale dal *trustee*” (81);

(74) Agenzia delle entrate, circ. n. 10/E, *cit.*, § 1.1.

(75) Agenzia delle entrate, circ. n. 43/E, *cit.*, § 1; cfr. altresì Agenzia delle entrate, circ. n. 43/E del 2009, *cit.*, § 1: “*trust* in cui il disponente è titolare del potere di porre termine anticipatamente al *trust*, designando sé stesso e/o altri come beneficiari (cosiddetto ‘*trust* a termine’)”.

(76) Cfr. M. Lupoi, *Istituzioni*, *cit.*, 58 ss.: la regola richiede che vi sia l’“avvenuta individuazione dei soggetti investiti del diritto di pretendere il fondo”, che siano maggiorenni e capaci. Tale circostanza può verificarsi sin dal giorno dell’istituzione del *trust* (e allora probabilmente può essere posta in dubbio la sua soggettività tributaria) oppure, successivamente, durante la vita del *trust*.

(77) Agenzia delle entrate, circ. n. 43/E del 2009, *cit.*, § 1; Id., risposta a interpello, 21 aprile 2020, n. 111: “Affinché un *trust* possa essere qualificato soggetto passivo ai fini delle imposte sui redditi costituisce elemento essenziale l’effettivo potere del *trustee* di amministrare e disporre dei beni a lui affidati dal disponente”.

(78) Agenzia delle entrate, circ. n. 48/E del 2009, *cit.*, § 1.

(79) Agenzia delle entrate, circ. n. 61/E del 2010, *cit.*

(80) Agenzia delle entrate, circ. n. 43/E del 2009, *cit.*, § 1.

(81) Agenzia delle entrate, circ. n. 43/E del 2009, *cit.*, § 1.

(f) “*trust* nei quali l’attività del *trustee* risulti eterodiretta dalle istruzioni vincolanti riconducibili al disponente o ai beneficiari”⁽⁸²⁾, ovvero “*trust* in cui è previsto che il *trustee* debba tener conto delle indicazioni fornite dal disponente in relazione alla gestione del patrimonio e del reddito da questo generato”⁽⁸³⁾;

(g) “*trust* in cui il disponente ha la facoltà di attribuire redditi e beni del *trust* o concedere prestiti a soggetti dallo stesso individuati”⁽⁸⁴⁾;

(h) *trust* nei quali il disponente o il guardiano hanno il potere di revocare il *trustee*⁽⁸⁵⁾;

(i) “ogni altra ipotesi in cui potere gestionale e dispositivo del *trustee*, così come individuato dal regolamento del *trust* o dalla legge, risulti in qualche modo limitato o anche semplicemente condizionato dalla volontà del disponente e/o dei beneficiari”⁽⁸⁶⁾.

2.4. – *I trust fiscalmente non riconosciuti*

Alla luce di quanto sopra evidenziato, possiamo affermare, di primo acchito, che un *trust* non è riconosciuto ai fini fiscali quando si verifichi almeno una delle seguenti situazioni: (a) è invalido civilisticamente secondo la legge regolatrice; (b) pur rientrando nell’ambito di applicazione della convenzione dell’Aja, non è riconoscibile secondo le norme di questa; (c) è riqualeficabile in un diverso negozio giuridico⁽⁸⁷⁾; (d) non sussiste la soggettività tributaria per mancanza di uno dei suoi elementi essenziali.

Relativamente a tale ultimo punto – ossia con riguardo ad un *trust* valido e riconosciuto civilisticamente come tale – il tema di fondo, ai fini del riconoscimento della soggettività tributaria, attiene alla verifica della

⁽⁸²⁾ Agenzia delle entrate, circ. n. 61/E del 2010, *cit.*

⁽⁸³⁾ Agenzia delle entrate, circ. n. 61/E del 2010, *cit.*

⁽⁸⁴⁾ Agenzia delle entrate, circ. n. 61/E del 2010, *cit.*

⁽⁸⁵⁾ Agenzia delle entrate, ris. 17 gennaio 2003, n. 8/E, richiamata dalla circ. n. 48/E del 2007, *cit.*

⁽⁸⁶⁾ Agenzia delle entrate, circ. n. 61/E del 2010, *cit.*

⁽⁸⁷⁾ In tal caso, si è spesso di fronte a casi che fiscalmente possono essere ricondotti alla interposizione reale (ossia in mandati senza rappresentanza) che impediscono di realizzare il modello paradigmatico suscettibile di qualificare una situazione giuridica come “*trust*”. A tal fine può essere utilizzato l’art. 37, comma 3°, del d.p.r. n. 600 del 1973, valorizzandone l’applicazione anche ai casi di interposizione reale in chiave antielusiva: cfr. ad es. Cass., sez. trib., 10 giugno 2011, n. 10788, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2011, 869, con nota di A. Lovisolo, *Il contrasto all’interposizione «gestoria» nelle operazioni effettive e reali ma prive di valide ragioni economiche*: ai fini dell’applicazione dell’art. 37, 3° comma, è “sufficiente un uso improprio, ingiustificato o deviante (perché non sorretto da valutazioni economiche diverse dal profilo fiscale) di un legittimo strumento giuridico, che consenta di eludere l’applicazione del regime fiscale proprio dell’operazione che costituisce il presupposto d’imposta”.

“non appartenenza” a terzi di quanto è stato posto in *trust*, visto che la sussistenza di un’organizzazione è in *re ipsa* nel concetto stesso di segregazione, la quale è l’effetto dell’obbligazione equitativa che – come si è visto – è elemento caratterizzante del *trust* ⁽⁸⁸⁾.

In questo ambito, il fondo in *trust* non appartiene ad altri soggetti passivi quando, in particolare, non si possa affermare che questo continui ad appartenere al disponente o appartenga (già) ai beneficiari ⁽⁸⁹⁾.

Il concetto di “non appartenenza” significa che tanto il disponente, quanto i beneficiari, non debbono averne la “*disponibilità*” ⁽⁹⁰⁾ (intesa in

⁽⁸⁸⁾ Pertanto, qualsiasi *trust*, che sia valido, costituisce una “organizzazione” nel senso dell’art. 73 t.u.i.r.; in senso conforme cfr. ad es. P. Laroma Jezzi, *Op. cit.*, 626 ss.; M. Miccinesi, *Il reddito del trust nelle varie tipologie*, in *T&AF*, 2000, 310 ss.

⁽⁸⁹⁾ Ad esempio, in Argentina la giurisprudenza richiede la prova dell’effettività del trasferimento: cfr. Cámara Nacional en lo contencioso Administrativo Federal di Appello di Buenos Aires, 27 giugno 2017, *Fiorotto c. DGI*, la quale ha richiesto la dimostrazione di un “*verdadero desprendimiento irrevocable del dominio*”, su cui si v. N. Malumian, *Trust recognition by Argentine Tax Authorities (commentary to the “Fiorotto” case)*, in *T&T*, 2017, 955 ss.; Corte Suprema de la Nación (Argentina), 23 novembre 2017, *Eurmekian*, in cui un *trust* è stato disconosciuto fiscalmente (e con effetti penalmente rilevanti) perché non si è constatato un trasferimento “effettivo” delle somme poste in *trust* in quanto, in applicazione del principio della sostanza economica, emergeva che il disponente aveva conservato la disponibilità dei fondi trasferiti in *trust*.

⁽⁹⁰⁾ Anche alla luce dell’“imprescindibile legame che necessariamente deve sussistere tra ‘disponibilità’ e ‘capacità contributiva’”, dato che, appunto, la disponibilità dei beni, ancorché di fatto, “in capo al contribuente si mostra come termine riassuntivo di ‘effettività’ ed ‘attualità’ della capacità contributiva, dunque come condizione indispensabile per potersi giustificare il prelievo fiscale alla luce del principio di cui all’art. 53 Cost., cui l’intero sistema impositivo deve uniformarsi”: cfr. R. Corriere, *Possesso e disponibilità nell’imposizione sul patrimonio immobiliare*, in *Riv. dir. trib.*, 2017, II, 157 ss. e spec. 169 e 172 ss., e note 35, 36 e 37 ove ampi riff. di dottrina.

Nel diritto penale, a proposito della confisca per equivalente, per “disponibilità” si deve intendere la relazione effettuale con il bene, connotata dall’esercizio dei poteri di fatto corrispondenti al diritto di proprietà. In tal senso, *ex multis*, Cass., sez. III pen., 13 febbraio 2017, in *Riv. Guard. Fin.*, 2017, 563 ss.; Cass., sez. II pen., 22 febbraio 2013, n. 22153. Si veda altresì Cass., sez. V pen., 29 settembre 2014, n. 40286, secondo la quale rileva “la disponibilità ‘*uti dominus*’, indipendentemente dalla titolarità apparente del diritto in capo a terzi” e in senso conforme Cass., sez. VI pen., 17 maggio 2003, n. 21940; Cass., sez. V pen., 20 febbraio 2017, n. 8041, in *T&AF*, 2017, 416 ss.; Cass., sez. III pen., 10 febbraio 2015, n. 5929, ove ult. rif., per la quale “non è necessario (...) che i beni siano nella titolarità del soggetto (...), essendo necessario e sufficiente che egli abbia un potere di fatto sui beni medesimi e quindi la disponibilità degli stessi. Ovviamente tale potere di fatto può essere esercitato direttamente o a mezzo di altri soggetti, che a loro volta, possono detenere la cosa nel proprio interesse (detenzione qualificata) o nell’interesse altrui (detenzione non qualificata). Sicché la nozione di disponibilità non può essere limitata alla mera relazione naturalistica o di fatto con il bene, ma va estesa, al pari della nozione civilistica del possesso, a tutte quelle situazioni nelle quali il bene stesso ricada nella sfera degli interessi economici” del soggetto “ancorché il medesimo eserciti il proprio potere su di esso per il tramite di altri”. Tale concetto, quindi, risulta sovrapponibile al possesso civilistico, che comprende tutte

senso sostanziale) – cui fa necessariamente da contraltare l’“autonomia” del *trustee* rispetto agli stessi⁽⁹¹⁾.

Tuttavia, questi due concetti – la “disponibilità” e l’“autonomia” – hanno il limite di richiedere valutazioni ed apprezzamenti connotati da un grado, più o meno esteso, di soggettività.

Risulta allora interessante tentare altre strade, e cioè indagare il rapporto tra la “non appartenenza” e il concetto di “controllo” del *trustee*, espressamente previsto dalla Convenzione dell’Aja⁽⁹²⁾.

Volendo tracciare un parallelismo tra il concetto di “controllo del *trustee*” e quello di “beneficiario effettivo” ai fini delle convenzioni contro le doppie imposizioni, e parafrasando le affermazioni della Suprema Corte a tale ultimo proposito⁽⁹³⁾, può dirsi configurato il controllo da parte del *trustee* quando egli non agisca come “semplice intermediario, agente o fiduciario”⁽⁹⁴⁾, ma si possa verificare la “padronanza ed autonomia” del *trustee* “nell’adozione delle decisioni di governo ed indirizzo” dei beni in *trust*.

Va tuttavia notato, che mentre la “non appartenenza” è un concetto qualitativo⁽⁹⁵⁾, il “controllo” si misura in termini quantitativi, richiedendo un valore soglia di “*cut-off*” per affermarne l’esistenza⁽⁹⁶⁾.

quelle situazioni nelle quali i beni ricadano nella sfera degli interessi economici del soggetto, ancorché il potere dispositivo sugli stessi venga esercitato per il tramite di terzi (cfr. Cass., sez. III pen., 8 marzo 2012, n. 15210).

⁽⁹¹⁾ Come accade ad es. nel diritto dell’Unione europea: in termini analoghi a quelli del diritto tributario, si è posta la questione della soggettività del *trust* ai fini del diritto UE, ossia se esso, piuttosto che il *trustee*, possa invocare in modo autonomo il diritto all’esercizio delle libertà fondamentali; affinché la risposta sia positiva il *trust* “deve disporre di una certa autonomia che gli permetta *in quanto tale* di comparire nell’ambito dei rapporti giuridici. Esso deve anche possedere la capacità di pervenire a una volontà unitaria e distinguersi così dalle persone (disponente, *trustee* e beneficiari) che se ne servono” (Conclusioni dell’Avvocato generale, 21 dicembre 2016, in causa C-646/15, *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements c. Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs*, § 33).

⁽⁹²⁾ Si ricorda che la Convenzione, all’art. 2, comma 2, lett. b), richiede non solo che i beni in *trust* siano intestati al *trustee* (o a un altro soggetto per conto del *trustee*), ossia che il *trustee* abbia la titolarità giuridica dei beni, ma anche che gli stessi beni siano posti «sotto il controllo di un *trustee*». In argomento, da ult., v. M. Lupoi, *Il “controllo” in materia di trust, auto-dichiarato e non*, in *T&AF*, 2020, 121 ss.

⁽⁹³⁾ Il riferimento è a Cass., sez. trib., 28 dicembre 2016, n. 27113.

⁽⁹⁴⁾ Si v. anche l’art. 26-*quater*, 4° comma, lett. c), n. 1), del d.p.r. n. 600 del 1973, che esclude – ai fini della qualifica di beneficiario effettivo – le figure dell’“intermediario, quale agente, delegato o fiduciario di un’altra persona” estendendosi tale esclusione anche ai soggetti che, pur non essendo formalmente tali, esercitano funzioni similari (OECD, *Double Taxation Convention and the Use of Conduit Companies*, Parigi, 1987, § 14-b).

⁽⁹⁵⁾ Essa esprime una circostanza di fatto, che esiste o non esiste: un’“organizzazione” appartiene o non appartiene ad un altro soggetto.

⁽⁹⁶⁾ Immaginando una scala da 0 a 10, a 0 il controllo non vi è, a 10 il controllo è assoluto, mentre per valori da 1 a 9 si constateranno livelli di controllo (in termini di

Se allora, per individuare la “non appartenenza”, occorre verificare l’esistenza di un “controllo qualificato” da parte del *trustee*, un ausilio molto importante a tal fine ci viene dai principi contabili internazionali i quali peraltro, in virtù del “principio di derivazione rafforzata” accolto dall’ordinamento tributario⁽⁹⁷⁾, ne sono divenuti parte integrante.

Il principio contabile internazionale rilevante nell’economia del nostro ragionamento è l’IFRS 15, relativo ai “Ricavi provenienti dai contratti con i clienti”⁽⁹⁸⁾, il quale afferma si può contabilizzare un ricavo di vendita (il c.d. “riconoscimento dei ricavi”) solo e soltanto quando viene trasferito il *controllo* dei beni o servizi promessi⁽⁹⁹⁾.

A norma del § 33 dello IFRS 15, “per controllo dell’attività si intende la *capacità di decidere* dell’uso dell’attività e di trarne sostanzialmente tutti i benefici rimanenti”; “il controllo include la capacità di *impedire ad altre entità di decidere* dell’uso dell’attività e di trarne benefici”⁽¹⁰⁰⁾; nel caso in cui il trasferimento sia revocabile, non può dirsi trasferito il controllo⁽¹⁰¹⁾.

ampiezza ed intensità) via via crescenti. Da un certo livello di controllo in su, potrà essere constatata la non appartenenza a terzi del fondo in *trust*, mentre un livello di controllo “debole”, seppure esistente, a prescindere da ogni considerazione sul piano della Convenzione dell’Aja, non sarà tale da ritenere che il fondo in *trust* possa dirsi non appartenente a terzi.

⁽⁹⁷⁾ Art. 83, 1° comma, t.u.i.r.

⁽⁹⁸⁾ Come approvato con Regolamento (UE) 2016/1905 della Commissione 22 settembre 2016, in GU UE del 29 ottobre 2016, L 295/19.

⁽⁹⁹⁾ “§ 31. L’entità deve rilevare i ricavi quando (o man mano che) adempie l’obbligazione di fare trasferendo al cliente il bene o servizio (ossia l’attività) promesso. L’attività è trasferita quando (o man mano che) il cliente ne acquisisce il controllo”.

Sul tema v. *amplius* G. Acunzo – E. Abate, *IFRS 15 – Ricavi provenienti da contratti con i clienti: il trasferimento del controllo come elemento alla base del nuovo principio sul riconoscimento dei ricavi*, in *Riv. dott. comm.*, 2018, 189 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Corsivi aggiunti. Il principio prosegue chiarendo che “i benefici dell’attività sono i flussi finanziari potenziali (flussi in entrata o risparmi sui flussi in uscita) che possono essere ottenuti direttamente o indirettamente in vari modi: tra cui: a) l’uso dell’attività per la produzione di beni o la prestazione di servizi (compresi i servizi pubblici); b) l’uso dell’attività per aumentare il valore di altre attività; c) l’uso dell’attività per estinguere passività o ridurre oneri; d) la vendita o lo scambio dell’attività; e) l’impegno dell’attività a garanzia di un prestito e f) il possesso dell’attività”.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. il § B66: “Se l’entità ha l’obbligazione o il diritto di riacquistare l’attività (*forward* o opzione *call*), il cliente non acquisisce il controllo dell’attività, perché, sebbene possa averne il possesso materiale, la sua capacità di decidere dell’uso dell’attività e di trarne sostanzialmente tutti i benefici rimanenti è limitata. Di conseguenza, l’entità deve contabilizzare il contratto secondo una delle seguenti modalità: a) come contratto di *leasing* (...); o b) come accordo di finanziamento (...).”.

Ulteriore interesse presenta il nuovo *Conceptual Framework* dello IASB, laddove afferma che un’entità controlla una risorsa economica se ne ha la capacità attuale di deciderne l’uso e di ottenere i benefici economici futuri che da questa potrebbero derivare, chiarendo due aspetti importanti: (a) il controllo include la capacità di evitare che altre parti possano

Inoltre, il concetto di controllo consente di identificare se un'entità stia agendo in proprio (come *principal*) o per conto altrui (come *agent*)⁽¹⁰²⁾.

Su questa base, possiamo sintetizzare quello che, a nostro sommo avviso, costituisce il presupposto in base al quale un *trust* possa essere considerato "fiscalmente riconosciuto" come soggetto passivo ires: il *trust*, il cui insieme di beni segregati costituisce un'organizzazione a fini fiscali, potrà dirsi non appartenente ad altri soggetti passivi – e quindi manifesterà il presupposto d'imposta in modo unitario e autonomo – allorché il *trustee* abbia acquisito il controllo del fondo in *trust*, avendo la capacità di decidere, nell'ambito delle regole fissate dall'atto istitutivo e dalla legge regolatrice, ma in autonomia, dell'uso delle risorse economiche che gli sono state affidate, e la capacità di evitare che altri possano decidere dell'uso delle stesse. In difetto, e a prescindere dalla sua validità civilistica e la sua riconoscibilità convenzionale, che vanno accertate su piani e con criteri diversi, il *trust* non potrà dirsi soggetto passivo ires⁽¹⁰³⁾.

Esaminiamo quindi alcune tipologie di *trust* indicate nel "catalogo" dell'Agenzia delle entrate.

3. – *Analisi di alcune tipologie di trust*

3.1. – *Il trust nudo*

Nel *bare trust* (o *simple trust* o *trust nudo*)⁽¹⁰⁴⁾, ma da non confondersi con i *fixed trust*⁽¹⁰⁵⁾, il beneficiario è *sui iuris* e *absolutely entitled*, avendo il potere di prendere possesso del bene in *trust* (*jus habendi*) e di

decidere dell'uso della risorsa economica e (*b*) se una parte controlla una risorsa economica, nessun'altro potrà farlo allo stesso tempo (in altri termini, non è configurabile un "controllo congiunto").

⁽¹⁰²⁾ Si v. anche il § B35 dello IFRS 15, nonché IFRS 15.BC385D. Per approfondimenti v. ad es. EY, *A closer look at IFRS 15, the revenue recognition standard*, s.l., ottobre 2018.

⁽¹⁰³⁾ In tal senso cfr. da ult. A. Zizzo, *I trust non residenti tra sistema e timore di abusi*, in *Corr. trib.*, 2020, 366, per il quale "l'efficacia giuridica del *trust* (...) non assicura la sua efficacia sul piano tributario".

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. M. Mastracci, *Profili internazionali del trust commerciale*, in *T&AF*, 2017, 507 ss. e spec. 511, nota 25, per il quale il *bare trust* è un *trust* "caratterizzato da una mera finalità di intestazione di beni a un terzo, chiamato al compimento esclusivo di atti di amministrazione necessaria. In questo senso il *naked trust* assolve alle stesse funzioni del mandato e, in quanto tale, si configura come una fiducia sempre revocabile. In tale veste, il *trust* è privo di una specificità rispetto ad altri istituti dell'ordinamento giuridico italiano".

⁽¹⁰⁵⁾ Nel *fixed trust* (*trust* fisso), il beneficiario ha un diritto attuale al reddito del *trust* ma non sui beni in *trust* (il che determina, se il *trust* è fiscalmente riconoscibile, la sua trasparenza fiscale), mentre il *bare trust* si caratterizza per il diritto del beneficiario di pretendere il trasferimento del "capitale" del *trust*, oltre ovviamente del reddito.

obbligare il *trustee* a disporre del fondo in *trust* secondo le sue istruzioni (*ius disponendi*)⁽¹⁰⁶⁾; ne consegue che il *trustee* è sostanzialmente un *agent* che deve adempiere alle istruzioni del beneficiario⁽¹⁰⁷⁾, ovvero un fiduciario dello stesso⁽¹⁰⁸⁾, tant'è che quest'ultimo risponde con il proprio patrimonio per le obbligazioni assunte dal *trustee* che eccedessero il fondo in *trust*⁽¹⁰⁹⁾. Anche se il *bare trust* è pur sempre un *trust*, esso non assurge a soggetto passivo ires, perché il fondo in *trust* appartiene al beneficiario, che realizza in modo autonomo il presupposto d'imposta⁽¹¹⁰⁾.

È principio consolidato nel diritto tributario comparato che in un *bare trust* il reddito debba essere imputato ai beneficiari: ciò vale, ad esempio, nel Regno Unito⁽¹¹¹⁾, in Australia⁽¹¹²⁾, in Canada⁽¹¹³⁾. Da tale impostazione non si discosta l'Agenzia delle entrate per la quale non sono riconoscibili i *trust* "in cui il beneficiario ha diritto di ricevere attribuzioni di patrimonio dal *trustee*"⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ La questione dei rapporti tra i vecchi *use* e il moderno *trust* è tutt'altro che semplice: ai fini che qui interessano, basti soltanto il rilievo (su cui cfr. G.W. Keeton, *The Law of Trusts*, 7^a ed., Londra, 1957, 30) che il *bare trust* è sostanzialmente corrispondente al vecchio *use* che formò oggetto dell'oggi abrogato *Statute of Uses*, il quale riconduceva la titolarità giuridica del bene al beneficiario dello *use*.

⁽¹⁰⁷⁾ G.W. Keeton, *Op. cit.*, 346: "Where the beneficiary is sui juris and absolutely entitled (...) the trustee in such a case is no more than an agent, to fulfill the orders of his beneficiary".

⁽¹⁰⁸⁾ A. Hudson, *Equity and Trust*, 9th edition, Oxon, 2017, 45, che lo qualifica "nominee". Lo stesso *Inland Revenue* inglese afferma che, nei *bare trust*, il "trustee is a nominee in whose name the property is held and has no active duties to perform", avendo il beneficiario un "immediate and absolute right to both capital and income".

⁽¹⁰⁹⁾ Per Lord Lindley in *Hardoon v Belilios*, [1901] A.C. 118.

⁽¹¹⁰⁾ Questa soluzione è adottata ad es. nel Regno Unito (cfr. Governo del Regno Unito, *Trust and taxes*, in <https://www.gov.uk/trusts-taxes/trusts-and-income-tax>).

Non riteniamo che il *bare trust* possa essere qualificato un soggetto passivo ires, seppure trasparente (per questa tesi, invece, v. P. Leroma Jezzi, *Op. cit.*, 633 ss.).

⁽¹¹¹⁾ *Baker v Archer-Shee* [1927] A.C. 844.

⁽¹¹²⁾ Cfr. la sec. 97 dell'*Income Tax Assessment Act 1936* (Cth) australiano.

⁽¹¹³⁾ V., ad es., nella legislazione fiscal canadese, l'*Income Tax Act* [R.S.C., 1985, c. 1 (5th Suppl.)], alla sec. 104 (1): "(...) a trust is deemed not to include an arrangement under which the trust can reasonably be considered to act as agent for all the beneficiaries under the trust with respect to all dealings with all of the trust's property (...)"; in argomento v. da ult. E. S. Roth, *Welcome stranger: a global perspective on the taxation of trusts – Canadian income taxation of trusts and beneficiaries*, in *T&T*, 2017, 88 ss.

⁽¹¹⁴⁾ Agenzia delle entrate, circ. n. 61/E del 2010, *cit.*; cfr. altresì M. Piazza – M. Laguardia, *Op. cit.*, 2211, nota 6: "Pare peraltro molto probabile che un *trust* in cui il beneficiario ha diritto a pretendere il patrimonio sia un soggetto fiscalmente interposto".

3.2. – *Il trust auto-dichiarato*

L'ipotesi in cui un soggetto, disponente, si dichiara *trustee* in relazione a propri beni, a favore di certi beneficiari o per uno scopo – il c.d. *trust* “auto-dichiarato” – non è infrequente nel diritto dei *trust* ⁽¹¹⁵⁾. Ciononostante, la giurisprudenza italiana ha negato la sua riconoscibilità ai fini fiscali ⁽¹¹⁶⁾ o ne ha affermato addirittura la sua nullità ⁽¹¹⁷⁾ e non pochi dubbi sono stati espressi in dottrina ⁽¹¹⁸⁾.

In diritto inglese, nessuno dubita che un *trust* espressamente istituito possa essere creato o mediante trasferimento di una o più posizioni giuridiche ad un *trustee*, o mediante un atto con il quale un soggetto, titolare delle medesime posizioni, se ne dichiara *trustee* nell'interesse di alcuni beneficiari o per uno scopo determinato (“*declaration of trust*”) ⁽¹¹⁹⁾. Adirittura, può accadere che un soggetto si costituisca *trustee* a beneficio

⁽¹¹⁵⁾ In argomento v. da ult. M. Lupoi, *Il “controllo”, cit.*, 127; A. Di Landro, *Il trust autodichiarato tra Convenzione dell'Aja e autonomia negoziale*, in *T&AF*, 2018, 466 ss.; P. Manes, G. Errani, *Trust autodichiarato e vincoli di destinazione: l'effetto segregativo*, in *T&AF*, 2018, 477 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. Cass., sez. trib., ord. 24 febbraio 2015, n. 3735: il *trust* auto-dichiarato, “benché sia denominato *trust*, non ne ha la fisionomia: ne manca, difatti, uno dei tratti tipologicamente caratteristici, ossia il trasferimento a terzi da parte del settlor dei beni costituiti in *trust*, al fine del conseguimento dell'effetto, con carattere reale, di destinazione del bene alla soddisfazione dell'interesse programmato”; *contra*: Cass., sez. trib., 18 dicembre 2015, n. 25479: “Se è lo stesso disponente a essere designato quale *trustee*, e se dunque si è in presenza un *trust* almeno in parte auto-dichiarato, il vincolo di destinazione sui beni si forma, per quella parte, all'interno dello stesso patrimonio della parte disponente”.

⁽¹¹⁷⁾ Per Cass., sez. III pen., 11 maggio 2018, n. 20862, il *trust* auto-dichiarato è nullo. Si v. altresì, ad es., Trib. Monza, 12 ottobre 2015, n. 1425, in *T&AF*, 2016, 58; *contra* ad es. App. Venezia, 10 luglio 2014, in *T&AF*, 2015, 183; nonché la giur. cit. da A. Ravera, *Op. cit.*, 478 ss.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. ad es. A. Busani, *Reset in Cassazione: l'imposta di donazione non si applica al vincolo di destinazione derivante da un trust*, in *Corr. trib.*, 2017, 455 ss. e spec. 458, nota 15, per il quale “non c'è dubbio che il c.d. *trust* autodichiarato sia una figura assolutamente praticabile nel nostro ordinamento, ma nemmeno è dubbio che il ‘*trust* autodichiarato’ è una fattispecie che assai spesso (in considerazione dei casi concreti volta per volta presi in esame in giurisprudenza) sollecita una sua valutazione in termini di fittizietà”.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. F.W. Maitland, *Op. cit.*, 69: “What is it meant by the perfect creation of a voluntary trust? Well, the settlor must intend to do one of two things. Either he must intend that some other person shall hold the property in question upon certain trusts, or he must intend to make himself a trustee, to retain the property in question but to hold it henceforth upon the designated trusts”; Lewin on trusts, *cit.*, I, 60, §3-004: “The first method for creating a trust is for the settlor to declare himself to be a trustee of property belonging to him”; G.W. Keeton, *Op. cit.*, 78: “Instead of conveying to trustees, the settlor himself may declare that he holds on trust for others, whether the interest he holds is legal or equitable”.

In diritto scozzese, invece, per istituire un *trust* auto-dichiarato è necessaria anche la notifica dell'atto ad almeno un beneficiario: cfr. *In the petition of X and Y* [2017] SC EDIN 52, 11 May 2017, in *T&AF*, 2018, 440 ss., ove riff.

proprio e di altri: in tal caso lo stesso soggetto è, allo stesso tempo, disponente, *trustee* ed uno dei beneficiari⁽¹²⁰⁾.

Con il *trust* autodichiarato, il disponente-*trustee* assume una obbligazione equitativa, la quale produce, nel suo patrimonio, quell'effetto segregativo proprio del *trust*⁽¹²¹⁾. Orbene, il punto non è se la *declaration of trust* sia o meno valida secondo il diritto inglese o altra legge regolatrice, o se sia riconoscibile nel nostro ordinamento, quanto se un *trust* siffatto, in cui il disponente si dichiara *trustee*, dia vita ad un autonomo soggetto d'imposta.

A tale riguardo, occorre distinguere tra due ipotesi: quella in cui un soggetto si costituisce *trustee* in relazione ad un bene che già possiede e che gli appartiene; e quella in cui un soggetto (normalmente un professionista) riceve un bene di proprietà di un terzo a titolo traslativo (ad esempio il deposito di una somma di denaro), acquisendone la proprietà, e in relazione ad essa se ne costituisce *trustee* a beneficio di colui che gliel'ha trasferito o di un terzo da questi indicato.

Formalmente, i due esempi riguardano la stessa fattispecie di *trust* auto-dichiarato: entrambi i soggetti si dichiarano *trustee* in relazione ad un bene di loro proprietà. Ma mentre nel primo caso, non vi è dubbio che il *trustee* sia anche effettivamente il disponente, nel secondo caso il *trustee* è solo formalmente il disponente, giacché la proprietà sostanziale della somma di denaro che gli è stata trasferita è del terzo (che potremmo definire "disponente di fatto")⁽¹²²⁾, e nella sostanza tale fattispecie non è dissimile dalla situazione che si sarebbe verificata se il terzo avesse trasferito in *trust* al professionista il bene, con il predetto scopo.

Nel primo caso, manca il trasferimento del controllo del fondo in *trust* ad un terzo, per cui le attività continuano ad appartenere al disponente, sebbene queste siano divenute segretate, avendo egli assunto l'obbligazione equitativa nei confronti dei beneficiari o per lo scopo del *trust*. La conseguenza è che il bene di un *trust* auto-dichiarato, pur essendo il *trust*

⁽¹²⁰⁾ A. Hudson, *Op. cit.*, 49.

⁽¹²¹⁾ Contrariamente a quanto correntemente si afferma, non viene costituito alcun vincolo di destinazione, perché il *trust* – almeno secondo il diritto inglese – non è un vincolo di destinazione e nessun autore né nessuna Corte inglese utilizza una simile categoria giuridica: cfr. M. Lupoi, *Trust e vincoli di destinazione: qualcosa in comune?*, in *T&AF*, 2019, 237 ss.

⁽¹²²⁾ Per l'individuazione del "disponente di fatto" in un terzo rispetto al disponente-*trustee* di un *trust* auto-dichiarato v. ad es. *JSC Mezhdunarodnyy Promyshlenniy Bank v. Pugachev* [2017] EWHC 2426 (Ch), § 214 ss. e § 453. In particolare, si trattava di un *trust* autodichiarato da una *trust company* e il giudice distingue tra il soggetto che ha sottoscritto la dichiarazione di *trust* e il "*real settlor*", individuandolo poi nell'oligarca russo Pugachev.

valido ed efficace, non può dirsi non appartenente ad altro soggetto passivo a meno che – se e quando avverrà – muti il *trustee* e quindi si verifichi un trasferimento degli *asset* dal suo proprietario originario ad un diverso *trustee*.

In altri termini, anche se il suddetto disponente-*trustee* agisse “come se non possedesse nulla”⁽¹²³⁾, ma amministrasse cose altrui, nei fatti non si può configurare quel requisito della non appartenenza ad altri soggetti passivi (i beni in *trust* appartenevano e continuano ad appartenere al disponente, sia pure gravato dall’obbligazione equitativa) che, come abbiamo cercato di dimostrare, è elemento costitutivo della soggettività tributaria del *trust*⁽¹²⁴⁾.

Diversamente si deve concludere nel secondo caso, per il semplice motivo che il professionista non manifesta, in relazione al bene ricevuto, alcuna capacità contributiva, visto che, anche a prescindere dal *trust*, il bene è suo solo formalmente, essendogli stato trasferito a titolo fiduciario per il compimento di una determinata prestazione. In tal caso, riteniamo che il *trust* possa configurarsi come munito di soggettività tributaria, in quanto il trasferimento del controllo da parte del disponente di fatto (ossia del cliente, nell’esempio fatto) vi è stato, seppure in un momento anteriore alla istituzione del *trust*⁽¹²⁵⁾.

3.3. – *Il trust revocabile*

Secondo l’Agenzia delle entrate, non sono riconoscibili i “*trust* che il disponente (...) può far cessare liberamente in ogni momento, generalmente a proprio vantaggio o anche a vantaggio di terzi”, ovvero “*trust* in cui il disponente è titolare del potere di porre termine anticipatamente al *trust*, designando sé stesso e/o altri come beneficiari (cosiddetto ‘*trust* a termine’)”⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²³⁾ I *Corinzi*, 7:30.

⁽¹²⁴⁾ In senso conforme cfr. Comm. trib. reg. Milano, 25 gennaio 2017, n. 160, in *T&AT*, 2018, 201 ss.

⁽¹²⁵⁾ Vi è un altro caso che merita di essere ricordato: Tizio pone la sua casa di montagna in *trust*, a beneficio dei suoi nipoti, nominando Caio *trustee*. Ma Caio non accetta la nomina a *trustee*. In tal caso, il *trust* è valido e *trustee* è lo stesso Tizio, almeno fino a quando non sia nominato un nuovo *trustee* [*Mallot v Wilson* (1903), 2 Ch. 494]. In questa ipotesi, salvo che si possa configurare una nomina strumentale di un *trustee* che verosimilmente non avrebbe accettato l’incarico, si può ritenere che possa dirsi configurata la sussistenza di un autonomo soggetto d’imposta, stante l’accidentalità, la non volontarietà e, verosimilmente, la temporaneità della coincidenza di posizione tra disponente e *trustee*.

⁽¹²⁶⁾ Agenzia delle entrate, circ. n. 61 del 2010, *cit.*

Ne consegue che, ai fini del riconoscimento fiscale, il disponente non deve essere titolare del potere di revoca (del *trust* o dei trasferimenti in *trust*), ovvero che il *trust* dev'essere irrevocabile⁽¹²⁷⁾. La giustificazione di tale posizione, nella logica dell'Agenzia delle entrate, sta nel fatto che la revocabilità del *trust* impedisce un "trasferimento irreversibile dei diritti" e una "permanente diminuzione patrimoniale" del disponente⁽¹²⁸⁾, e tale impostazione trova conferma, come abbiamo visto, nei principi contabili internazionali, laddove un trasferimento revocabile non è considerato "vendita" ma è riqualficato in prestito o locazione⁽¹²⁹⁾.

Qualora, invece, il *trust* sia revocabile, la titolarità civilistica della fonte del reddito in capo al *trustee* non appare sufficientemente stabile per conferire al *trust* quella caratteristica di non appartenenza dell'organizzazione a terzi, che qualifica il soggetto passivo d'imposta, affinché sia in grado di esprimere, rispetto al reddito, un'autonoma capacità contributiva⁽¹³⁰⁾.

3.4. – Il trust con disponente "sovrano": (a) il mantenimento del controllo

È nota la distinzione, di origine dottrinale ma recepita anche dalla giurisprudenza, tra "socio sovrano" e "socio tiranno" di società di capitali:

⁽¹²⁷⁾ Il requisito è richiesto in Argentina (cfr. N. Malumian, *Argentine Tax Amnesty and Foreign Trust*, in *T&T*, 2017, 170 ss.), laddove le autorità fiscali considerano i *trust* revocabili come meri mandati ai fini di investimento.

Anche in diritto tributario svizzero viene valorizzata la revocabilità del *trust* per affermare che il disponente rimane assoggettato alle imposte sui beni trasferiti in *trust*, in quanto "egli conserva l'accesso alla sostanza del *trust*". Cfr. Amministrazione Federale delle Contribuzioni – AFC (Svizzera), circolare 22 agosto 2007, n. 30, 4, § 3.1. Al riguardo va evidenziato che il diritto tributario svizzero non riconosce soggettività tributaria ai *trust*: per quelli in cui si ritiene che il disponente abbia effettuato un trasferimento effettivo e definitivo, l'imposizione avviene in capo ai beneficiari; in difetto, nonostante il trasferimento in *trust*, il disponente continua ad essere soggetto passivo d'imposta: siamo di fronte, in buona sostanza, ad una fattispecie analoga a quella che abbiamo indicato come "*trust* fiscalmente non riconosciuti", e ciò tenuto conto del fatto che la citata circolare si è ispirata alla giurisprudenza del Tribunale federale in merito al riconoscimento o meno della soggettività tributaria delle fondazioni di famiglia.

Nel diritto fiscale statunitense, è nota la fattispecie dei *grantor trusts*, regolati dalla sec. 671 ss. dell'*Internal Revenue Code*. Al riguardo è evocativo il titolo della predetta sezione: § 671. *Trust income, deductions, and credit attributable to grantors and others assubstantial owners*, ossia reddito del *trust*, deduzioni e crediti attribuibili al disponente e a terzi quali "proprietari sostanziali".

⁽¹²⁸⁾ Agenzia delle entrate, circ. n. 48/E del 2007, *cit.*

⁽¹²⁹⁾ Cfr. IFRS 16, § B66.

⁽¹³⁰⁾ In tal senso cfr. M. Bastianelli, *Trust al confine del mandato e il regime fiscale*, in *T&AF*, 2017, 383 ss., e spec. 385.

il primo, titolare di una partecipazione largamente maggioritaria, non si limita ad esercitare i diritti patrimoniali e amministrativi che derivano dalla partecipazione, ma si spinge oltre, arrogandosi il potere gestorio nel dare direttive agli amministratori; il secondo, invece, va ancora oltre e, violando palesemente le regole societarie, usa i beni sociali come fossero cosa propria⁽¹³¹⁾.

Trasponendo questi concetti al diritto dei *trust*, possiamo affermare che, ove il disponente si comporti da “tiranno”, il *trust* non esiste, anche civilisticamente, per cui neppure si pone un problema di tipo fiscale⁽¹³²⁾. Come afferma la giurisprudenza della Suprema Corte, “presupposto coesenziale alla stessa natura dell’istituto è che il detto disponente perda la disponibilità di quanto abbia conferito in *trust*, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, ove risulti che la perdita del controllo dei

⁽¹³¹⁾ Cfr., *ex multis*, W. Bigiavi, *Fallimento degli azionisti sovrani della società*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 951 ss.; Id., *Fallimento di soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, 691; Id., *Società controllata e società adoperata come “cosa propria”*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 623; Id., *Responsabilità illimitata del socio tiranno*, in *Foro it.*, 1960, I, 1180; Id., *Imprese di finanziamento come surrogati del socio tiranno imprenditore occulto*, in *Giur. it.*, 1967, IV, 49; G. Ragusa Maggiore, *Socio tiranno, azionista unico e persistenza della personalità giuridica*, in *Dir. fall.*, 1982, II, 302; F. Izzo, *Il socio sovrano ed il socio tiranno: prospettiva di superamento della tradizionale soluzione del problema*, nota a Trib. Roma, 6 luglio 1984, in *Fall.*, 1986, 431. In giurisprudenza, sull’individuazione e distinzione delle due figure v. Cass., 23 settembre 1958, n. 3035, in *Foro it.*, 1959, I, 1142; Cass., 9 maggio 1985, n. 2879, in *Giur. comm.*, 1986, II, 537, con nota di R. Weigmann, *Oltre l’unico azionista*; Cass., 9 gennaio 1987, n. 73, in *Società*, 1987, 364.

⁽¹³²⁾ Cfr. da ult. Trib. Reggio Emilia, 2 aprile 2019, n. 531, in *T&AF*, 2020, 76 ss., in cui è stato dichiarato nullo un *trust* in cui il disponente disponeva di ampi poteri di controllo sull’attività del *trustee* (fratello del disponente), potendo dargli indicazioni vincolanti, ove rife.

In altri termini se, dopo l’istituzione del *trust*, nulla cambia nel rapporto tra il disponente e i beni in *trust*, continuando il primo ad averne la più libera ed assoluta disponibilità, prima di porsi un problema sulla sua riconoscibilità fiscale, occorre metterne in dubbio la sua validità *tout court*. Così, si è dubitato in dottrina della validità di un *trust* auto-dichiarato con beneficiari i figli del disponente, con quarant’anni di durata ma revocabile, e con il potere del disponente-*trustee* di modificare senza limiti l’atto di *trust* e di decidere in totale autonomia gli investimenti da effettuare: cfr. A. Di Sapio, D. Muritano, “Trust” o “trustee” nella trascrizione immobiliare (parte II), in *T&AF*, 2017, 361 ss., e spec. 362.

Fiscalmente, il disponente “tiranno” il quale dichiara di aver trasferito i propri beni in *trust* – omettendo quindi di dichiararne i redditi – ma poi utilizza il *trust* come cosa propria, utilizzando i fondi in *trust* per spese personali e dei componenti la famiglia, decidendo gli investimenti da effettuare e trattando il *trust* come il proprio “salvadanaio”, commette frode fiscale: cfr. *ex multis* il caso dei miliardari americani Wylys, del 2016: *In Re: Samuel E. Wyly, et al.* (Bankr. N.D. Tex. 2016) e *United States v. Miller*, D. Tex., No. 3:16-cv-02643 (complaint Sept. 15, 2016), su cui M. Michaels, C. Sainsbury, *Tax payers committed US tax fraud with offshore trusts*, in *T&T*, 2017, 468 ss.

beni da parte del disponente sia solo apparente, il *trust* è nullo (*sham trust*) e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio" (133).

Viceversa, un disponente "sovrano" potrebbe essere tollerato, fino ad un certo punto, dalla legge regolatrice del *trust* (134), ma determinare problemi in termini di riconoscimento del *trust* ai fini fiscali.

Va infatti ricordato, come afferma l'Agenzia delle entrate, che "i beni facenti parte del patrimonio del *trust* non possono continuare ad essere a disposizione del disponente né questi può in nessun caso beneficiare dei relativi redditi" (135).

In diritto inglese si afferma che, una volta che il *trust* sia stato istituito, il disponente cessa di avere alcun ruolo attivo nel *trust*: salvo che non vi siano specifiche disposizioni dell'atto istitutivo che gli riservino dei "poteri", egli non può ad esempio revocare il *trust* o modificare l'atto di *trust* (136). Da un punto di vista civilistico, il problema – assai complesso, e che non verrà qui trattato – consiste nell'individuare: (a) secondo gli ordinamenti d'origine, fino a che punto il redattore dell'atto istitutivo si può spingere nell'attribuire "poteri" al disponente; e (b) sino a che punto rimangano riconoscibili secondo la Convenzione dell'Aja quei *trust* di Paesi (137) che consentono "al disponente di ritenere una serie impressionante di poteri, riducendo la figura del *trustee* ai minimi termini" (138).

(133) Cass., sez. V pen., 30 marzo 2011, n. 13276; Cass., sez. VI, ord. 25 febbraio 2015, n. 3886; Cass., sez. V pen., 29 settembre 2014, n. 40286; Cass., sez. II pen., 16 aprile 2015, n. 15804; Cass., sez. VI pen., 27 maggio 2014, n. 21621, in cui "i disponenti risultavano dipendenti della società" le cui quote erano state poste in *trust*, "continuando, in tal modo, a controllarne dall'interno le relative attività"; inoltre, "gli stessi disponenti figurano tra i beneficiari del *trust* – cui pertanto sono destinati gli utili derivanti dalla gestione – unitamente (...) e ad altri componenti la medesima famiglia, con la correlativa permeabilità della nuova gestione al quadro degli interessi economici riconducibili alla precedente amministrazione dell'organismo societario, che di fatto ne conserva ancora, sia pure indirettamente, la piena disponibilità"; Cass., sez. V pen., 20 febbraio 2017, n. 8041, in *T&AF*, 2017, 416 ss., con nota *Mantenimento del controllo sui beni in trust e sequestro penale*, ove ult. rif.; Cass., sez. IV pen., 19 gennaio 2017, n. 6658, in *T&AF*, 2017, 419 ss.; Cass., sez. III pen., 7 marzo 2016, n. 9229. Nella giur. di merito v. App. Milano, 30 gennaio 2017, in *T&AF*, 2017, 399 ss.

Nella giur. tributaria cfr. ad es. Comm. trib., 2° grado Trento, 6 maggio 2019, n. 48, in *T&AF*, 2020, 90 ss.

(134) Soprattutto se di una delle giurisdizioni *off-shore*, che sono notoriamente più tolleranti verso i "disponenti-padroni".

(135) Agenzia delle entrate, circ. n. 61/E del 2010, *cit.*

(136) In tal senso A. Hudson, *Op. cit.*, 44. Cfr. *Paul v Paul* (1882) 20 Ch D 742.

(137) Che riteniamo essere "geneticamente modificati", regolati dalla legge di Jersey, Guernsey e altre giurisdizioni *off-shore*.

(138) Così M. Lupoi, *Dove va il diritto dei trust? Gli Stati Uniti*, in *T&AF*, 2018, 361.

Come è stato efficacemente rilevato, "facendo esclusivo riferimento al dettato scarno

Diversa, dal punto di vista fiscale, è la posizione del disponente sovrano, che mantenga un fascio di poteri sui beni in *trust* ⁽¹³⁹⁾. Come la “Bibbia” inglese del diritto dei *trust* ha chiaramente evidenziato, il disponente che mantenga ampi poteri è, dal punto di vista economico, in una posizione simile al pieno proprietario del fondo in *trust* che quindi, almeno fiscalmente, gli appartiene ⁽¹⁴⁰⁾.

Qui, a nostro avviso, si può applicare alla fiscalità dei *trust* la regola del “controllo” mutuata dagli IFRS, in base alla quale: (a) si riconosce la realizzazione del trasferimento solo se il disponente ha trasferito al *trustee*, oltre alla titolarità giuridica, anche il controllo sui beni posti in *trust*, e (b) non può esistere un controllo congiunto, di talché se il *trustee* ha il controllo, non può averlo il disponente, e viceversa.

Tale principio è seguito, sostanzialmente, in diversi ordinamenti tributari, valorizzandosi (per negare la soggettività passiva del *trust* e imputare il reddito al disponente), il mantenimento di poteri gestori sui beni in *trust* in capo al disponente ⁽¹⁴¹⁾ o il suo diritto di modificare (o far modificare) l'atto di *trust* ⁽¹⁴²⁾, o il fatto che il disponente sia anche beneficiario del

dell'ultimo comma dell'art. 2 della Convenzione, risulta tuttavia francamente difficile tracciare una linea netta di demarcazione fra i poteri concretamente riservabili da parte di un disponente e quelli che invece possano risultare esorbitanti” (A. Tonelli, *L'ultimo comma dell'art. 2 della Convenzione e la posizione del disponente*, in *T&AF*, 2019, 391 ss. e spec. 399).

⁽¹³⁹⁾ A tale riguardo, come è stato più volte sottolineato, occorre tenere ben distinti i diversi piani dell'indagine, quello civilistico e quello fiscale giacché – giova ripeterlo – un *trust* può essere valido civilisticamente ma non riconoscibile fiscalmente, nonostante i migliori argomenti di ordine civilistico, che potrebbero risultare del tutto inconferenti in una discussione sulla soggettività tributaria.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. *Lewin on trusts*, cit., I, 169, § 5-032: “*The retention of the settlor of large powers may mean that economically the settlor is in a similar position to an absolute owner. This similarity may be important in the context of insolvency or divorce, or in tax or other context, and may enable third parties to gain access to the trust assets in a way which would not be possible if he did not have those powers. But so long that the trust is not a sham, it does not mean that the trust is not a trust*”.

⁽¹⁴¹⁾ Ad es., nel diritto tributario svizzero, non è fiscalmente riconosciuto il *trust* in cui il disponente, anche “di fatto”, assuma la veste di “*appointed consultant*” e il correlato potere di gestire i beni in *trust*, direttamente o dando indicazioni al *trustee*, oppure nel caso in cui il disponente rivesta la carica di amministratore di diverse società le cui azioni siano in *trust*, controllando di fatto, in via mediata, quanto era oggetto di *trust*: cfr. Trib. federale (Svizzera), 13 dicembre 2017, caso 2C_722/2017, in *T&AF*, 2018, 436 ss.

Così, in Argentina, si argomenta che non è ammissibile che il disponente da un lato affermi che i beni non sono più suoi se, dall'altro, è ancora in grado di esercitare il controllo sugli stessi: cfr. N. Malumian, *Argentine*, cit., loc. cit.

⁽¹⁴²⁾ In Svizzera, ad es., cfr. AFC, circolare, cit., 5, § 3.7.

trust ⁽¹⁴³⁾, salvo che ciò non avvenga per errore ⁽¹⁴⁴⁾.

Viceversa, non configura un mantenimento del “controllo” in capo al disponente il fatto che l’atto istitutivo preveda “la possibilità di stabilire limiti e specifiche modalità di gestione inserendole nell’atto costitutivo del *trust* e di intervenire *in medias res* mediante le c.d. ‘*letter of wishes*’, atto di carattere metagiuridico con cui il disponente esprime le proprie volontà, in maniera però non vincolante” ⁽¹⁴⁵⁾.

Il punto è questo: il “sovrano” non può essere il disponente, ma può essere benissimo l’atto istitutivo di *trust* (redatto dal disponente e non più modificabile dallo stesso), il quale può contenere dettagliate disposizioni su come gestire i beni e come impiegare la ricchezza che è affidata al *trustee*, senza che per tale ragione venga disconosciuta la soggettività tributaria del *trust*.

Per completezza va evidenziato come il disponente, oltre a “tiranno” o “sovrano”, potrebbe assumere la qualifica di “*trustee* di fatto” ⁽¹⁴⁶⁾, e il

⁽¹⁴³⁾ AFC, circolare, *cit.*, 5, § 3.7. In realtà, tale circostanza non risulta patologica secondo il diritto inglese dei *trust*, anche se non è priva di conseguenze: ad esempio, in tal caso, il diritto del *trustee* di essere rimborsato delle spese, che di regola ha il proprio limite sui beni in *trust*, in tal caso si estende al punto in cui, qualora il fondo in *trust* sia insufficiente, egli può agire contro il beneficiario: *Matthews v Ruggles-Brise*, [1911] 1 Ch. 194.

⁽¹⁴⁴⁾ Occorre inoltre considerare che non sempre il disponente diviene beneficiario per sua volontà: qualora, infatti, egli avesse trasferito dei beni al *trustee* ma, per dimenticanza o errore, non avesse indicato i beneficiari, il *trustee* diventerebbe tale di un *resulting trust* per il disponente: *Vandervell v IRC* [1967] 2 AC 291, HL.

⁽¹⁴⁵⁾ A. Santori, *Problemi fiscali del trust*, in *Riv. Guardia Fin.*, 2017, 227 ss. e spec. 229.

Non vi è nulla di anomalo, infatti, nel fatto che il disponente comunichi i suoi desideri al *trustee*, e questo, libero da qualsivoglia vincolo o condizionamento, potendo seguirli o non seguirli, nell’esercizio della propria discrezionalità, ne riconosca l’appropriatezza e quindi ritenga utile ed opportuno attuarli: *Re Esteem Settlement* [2003] JLR 188.

⁽¹⁴⁶⁾ In un caso di manipolazione del mercato, la Consob ha irrogato la sanzione al disponente e non al *trustee* dei *trust* cui facevano capo i pacchetti azionari oggetto di attività manipolativa, sul rilievo della riferibilità della condotta al disponente, circostanza presunta a che trovava conforto nel “rapporto fiduciario” intercorrente tra questo e il *trustee*. Si tratta del caso di Salvatore Ligresti, su cui v. Appello Milano, 6 febbraio 2014, n. 526, in *T&AF*, 2017, 631 ss., la quale qualifica, in sostanza il *trustee* quale “*longa manus* del disponente Ligresti, valorizzando i rapporti personali di amicizia, professionali e di affari tra i due, al punto che “nessuna rilevanza” potesse “attribuirsi all’assenza” tra disponente e *trustee* “di accordi espliciti idonei alla realizzazione di una formale interposizione su base fiduciaria di quest’ultimo rispetto al primo, posto che (...) la sussistenza di un siffatto rapporto non era necessaria affinché i *trust* fossero gestiti” da *trustee* “con modalità coerenti con gli interessi” del disponente “e in conformità a indirizzi a lui attribuibili, essendo sufficienti a tal fine i rapporti interpersonali tra i due (...) e i diversi stati psicologici che quei rapporti potevano aver prodotto” nello stesso *trustee*. La sentenza della Corte d’appello è stata confermata da Cass., sez. I civ., 31 marzo 2017, n. 8530, in *T&AF*, 2017, 628 ss.

“*trustee* di diritto” quella di mandatario del primo, per cui – dal punto di vista fiscale – conseguirebbe il non riconoscimento, giacché saremmo di fronte ad un *trust* sostanzialmente autodichiarato⁽¹⁴⁷⁾.

3.5. – (Segue): (b) *il potere di modificare i beneficiari*

Secondo l'Agenzia delle entrate, non sono riconosciuti i *trust* in cui:

(i) “il disponente è titolare del potere di designare in qualsiasi momento sé stesso come beneficiario”;

(ii) “il disponente può modificare nel corso della vita del *trust* i beneficiari”;

(iii) “il disponente ha la facoltà di attribuire redditi e beni del *trust* o concedere prestiti a soggetti dallo stesso individuati”⁽¹⁴⁸⁾.

Un simile approccio è previsto, ad esempio, dal diritto svizzero: qualora il disponente abbia il diritto di ricevere distribuzioni di capitale o di reddito del *trust*, o designare (o far sì che siano designati) nuovi beneficiari, egli sarà considerato soggetto passivo⁽¹⁴⁹⁾, e l'UIF valorizza la circostanza che il disponente sia anche beneficiario come elemento di attenzione⁽¹⁵⁰⁾.

Secondo l'impostazione da noi seguita, il controllo sui beni in *trust* attiene non solo alla loro gestione, ma anche alla loro destinazione, e quindi il *trust* in relazione al quale il disponente riservi per sé un “*general power of appointment*”⁽¹⁵¹⁾ non si potrà qualificare come non appartenen-

⁽¹⁴⁷⁾ Salva l'ulteriore ipotesi in cui il disponente fosse anche beneficiario, la quale determinerebbe la nullità, anche civilistica, del *trust*: cfr. Cass., sez. I civ., 19 maggio 2017, n. 12718, in *T&AF*, 2017, 637, per la quale, qualora i disponenti nominino “loro stessi come *trustee* e nel contempo primi beneficiari” il *trust* “appare radicalmente nullo perché con abuso dello strumento contrattuale ed in violazione dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja (...) reca un'integrale coincidenza tra i tre soggetti che sono parte di un *trust*. Al riguardo va rammentato che i tre centri di imputazione (disponente, *trustee* e beneficiario) non possono coincidere. Il *trust*, infatti, postula in capo al *trustee* una proprietà limitata nel suo esercizio in funzione della realizzazione del programma stabilito dal disponente del *trust* nell'atto istitutivo a vantaggio del o dei beneficiari. Se tali figure coincidono, la proprietà del *trustee* in nulla differisce dalla proprietà piena e il *trust*, pertanto, è nullo (...)”.

⁽¹⁴⁸⁾ Agenzia delle entrate, circ. n. 61/E del 2010, *cit.*

⁽¹⁴⁹⁾ AFC, circolare, *cit.*, 5, § 3.7.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. Banca d'Italia, UIF, *Op. loc. cit.*, “Presenza del disponente fra i beneficiari di capitale o indicazione dello stesso quale unico beneficiario, specie se non risulta chiaramente percepibile la causa istitutiva del *trust*”.

⁽¹⁵¹⁾ Per *Lewin on trust*, *cit.*, II, 213, §§ 33-002 e 33-003, i “*power of appointment*” sono poteri che consentono di creare interessi beneficiari, e sono definiti “general” allorché colui che è titolare del potere (il “*donee*”) possa nominare sé stesso senza obbligo di considerare gli interessi di chicchessia.

te ad altri soggetti passivi, con la conseguenza che se ne dovrà negare la soggettività⁽¹⁵²⁾.

3.6. – *Il trust con beneficiari che hanno il potere di terminare il trust*

Secondo l'Agenzia delle entrate, non sono riconoscibili i "trust che (...) il beneficiario può far cessare liberamente in ogni momento, generalmente a proprio vantaggio o anche a vantaggio di terzi"⁽¹⁵³⁾.

A tale riguardo, occorre distinguere tra casi diversi: (a) *trust* nudi, nei quali il beneficiario ha il diritto, in qualsiasi momento, di chiedere al *trustee* il trasferimento dei beni; (b) *trust* i quali prevedono, nell'atto istitutivo, clausole che attribuiscono ai beneficiari il potere di far cessare il *trust* anteriormente alla scadenza a loro discrezione; (c) *trust* che i beneficiari possono far cessare anteriormente alla scadenza, al ricorrere delle condizioni previste dalla legge regolatrice, oppure per effetto del verificarsi di eventi la cui esistenza non dipende dalla volontà dei beneficiari.

Riteniamo che la non riconoscibilità del *trust* possa essere affermata soltanto nei casi *sub* (a) e (b): nel primo caso, il "controllo qualificato" sui beni in *trust* fa capo, fisiologicamente, al beneficiario del *trust* nudo; nel secondo caso, il potere attribuito ai beneficiari conferisce loro il "controllo" sulla durata del *trust* e, quindi, indirettamente, sui suoi beni. Diversamente, nel caso (c) il potere è esercitabile solo in presenza delle circostanze previste dalla legge regolatrice oppure diviene esercitabile al verificarsi di eventi che non dipendono dalla loro volontà, consentendo quindi di escludere che i beneficiari abbiano qualsiasi controllo sui beni in *trust*.

A tale riguardo, con riferimento al diritto inglese, va ricordata la regola fissata nel caso *Saunders v Vautier*⁽¹⁵⁴⁾, la quale consente ai beneficiari capaci e maggiori di età, i quali congiuntamente abbiano (o abbiano acquisito)⁽¹⁵⁵⁾ un interesse assoluto e irrevocabile sui beni in *trust*, di ottenere dal *trustee* l'assegnazione degli stessi anche prima della scadenza fissata nell'atto istitutivo⁽¹⁵⁶⁾. Tale situazione può verificarsi *ab origine*,

⁽¹⁵²⁾ E, secondo il diritto inglese, se il disponente fallisce i suoi creditori potranno accedere ai beni in *trust*, proprio in virtù di tale potere: *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu v Merrill Lynch Bank and Trust Co. (Cayman) Ltd* [2011] UKPC 17; [2012] 1 W.L.R. 1721.

⁽¹⁵³⁾ Agenzia delle entrate, circ. n. 61/E del 2010, *cit.*

⁽¹⁵⁴⁾ *Saunders v Vautier* (1841) EWHC Ch 82.

⁽¹⁵⁵⁾ Ad esempio, perché l'atto di *trust* preveda che l'interesse diventa assoluto al compimento di una data età del beneficiario.

⁽¹⁵⁶⁾ Con il diritto di porre nel nulla le eventuali restrizioni fissate dal disponente nell'atto istitutivo: *CPT Custodians PTY LTD v Commissioner of State Revenue* (2005) 224 CLR 98, [43] – [44]; *Beck v Henley* [2014] NSW CA 201, [32] – [44]; *Goulding v James* [1997] 2 ALLER 239, 247. In tal caso, le eventuali modifiche apposte dal *trustee*

ossia sin dall'istituzione del *trust* ⁽¹⁵⁷⁾, oppure successivamente ⁽¹⁵⁸⁾, non rilevando che il *trust* sia discrezionale o meno ⁽¹⁵⁹⁾, salvo che il *trustee* di un *trust* discrezionale abbia il potere di nominare nuovi beneficiari, per cui la categoria non potrà dirsi chiusa e quindi la regola di *Saunders v Vautier* non sarà applicabile fino a che quel potere perduri ⁽¹⁶⁰⁾.

A tale riguardo, riteniamo che il disconoscimento fiscale del *trust* debba essere limitato a quei casi in cui, sin dal momento della sua istituzione, i beneficiari possano invocare la predetta regola, e non ai *trust* in cui, a seguito di fatti avvenuti successivamente, in un certo momento nell'arco della durata del *trust* quella regola – e il corrispondente diritto dei beneficiari di richiedere il trasferimento a loro favore dei beni in *trust* – diventi concretamente applicabile.

all'atto di *trust*, volte a posticipare l'evento dell'*absolute entitlement* del beneficiario ad una data successiva (ad esempio aumentando l'età al compimento della quale tale fenomeno si verifica), ancorché consentite dall'atto di *trust*, devono essere poste in essere nell'interesse dei beneficiari e non per finalità diverse: *Vatcher v Paull* [1915] AC 372, 378; e su tale circostanza sussiste il sindacato della Corte inglese, come evidenziato da Lord Radcliffe in *Pilkington v Inland Revenue Commissioners* [1964] AC 641.

Come ha affermato la Corte d'Appello del Nuovo Galles del Sud, in Australia, in *Beck v Henley* [2014] NSWCA 201, [33], il potere dei beneficiari di porre fine anticipatamente al *trust* corrisponde ad un'obbligazione di adempimento del *trustee*, il quale non svolge alcuna funzione attiva del proprio ufficio, ma pone l'ufficio stesso al termine.

⁽¹⁵⁷⁾ Ad esempio, un *trust* i cui beneficiari del capitale siano A, B e C, che quindi potrebbero far cessare il *trust* in qualsiasi momento.

⁽¹⁵⁸⁾ Ad esempio, se beneficiari sono i discendenti del disponente, tale situazione non si potrà verificare sino alla scadenza del *trust*, salvo che si dimostri che il disponente e i suoi discendenti in vita non siano più in grado di avere discendenti.

⁽¹⁵⁹⁾ Nei *trust* discrezionali, quando la classe dei beneficiari è chiusa, costoro possono esercitare congiuntamente la loro facoltà prevista in *Saunders v Vautier*, nonostante essi non siano titolari che di una mera aspettativa di ricevere distribuzioni da parte del *trustee*, fermo restando il loro diritto verso quest'ultimo ad una corretta amministrazione del *trust*.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. *Lewin on Trusts*, cit., I, 991, § 22-023, ove rif. a *Orb A.R.L. v Ruban* [2015] EWHC 262 (Comm) at [104] et seq.

Tuttavia, tale precisazione della regola vale nel diritto inglese, ma non nel diritto di Guernsey, dove la sec. 53 (3) della *Trust (Guernsey) Law* 2007 dispone che anche in deroga a quanto previsto dall'atto istitutivo, laddove tutti i beneficiari siano in vita, siano stati individuati e nessuno di loro sia interdetto o minore, essi possono chiedere al *trustee* di cessare il *trust* e distribuire i beni in *trust* tra di loro; infatti, la Royal Court (20 marzo 2019, in *T&AF*, 2019, 579 ss.) ha precisato che tale disposizione non costituisce la traduzione legislativa di *Saunders v Vautier* ma è una norma a sé stante e, in quanto tale, deve essere interpretata senza tener conto delle regole giurisprudenziali sviluppatesi in altri ordinamenti in relazione alla prima.

3.7. – *Il trust con trustee “suddito”: (a) del disponente*

Secondo l'Agenzia delle entrate, non possono “essere considerati validamente operanti, sotto il profilo fiscale, i *trust* (...) nei quali l'attività del *trustee* risulti eterodiretta dalle istruzioni vincolanti riconducibili al disponente (...). Di essenziale importanza è l'effettivo potere del *trustee* di amministrare e disporre dei beni a lui effettivamente affidati dal disponente. Ne consegue che quest'ultimo non può riservare a sé stesso il potere né il controllo sui beni del *trust* in modo da precludere al *trustee* il pieno esercizio dei poteri dispositivi a lui spettanti in base al regolamento del *trust* o alla legge (...). Se, pertanto, il potere di gestire e disporre dei beni permane in tutto o in parte in capo al disponente e ciò emerge non soltanto dall'atto istitutivo del *trust* ma anche da elementi di mero fatto e non si verifica, quindi, il reale spossessamento di quest'ultimo, il *trust* deve considerarsi inesistente (...)”. Non sono dunque riconosciuti i “*trust* in cui il disponente (...) risulti, dall'atto istitutivo ovvero da altri elementi di fatto, titolare di poteri in forza dell'atto istitutivo, in conseguenza dei quali il *trustee*, pur dotato di poteri discrezionali nella gestione ed amministrazione del *trust*, non può esercitarli senza il suo consenso (...)”⁽¹⁶¹⁾.

Ancora, non sono riconosciuti i “*trust* in cui è previsto che il *trustee* debba tener conto delle indicazioni fornite dal disponente in relazione alla gestione del patrimonio e del reddito da questo generato”; nonché, più in generale, in “ogni altra ipotesi in cui potere gestionale e dispositivo del *trustee*, così come individuato dal regolamento del *trust* o dalla legge, risulti in qualche modo limitato o anche semplicemente condizionato dalla volontà del disponente”⁽¹⁶²⁾.

⁽¹⁶¹⁾ Agenzia delle entrate, circ. n. 61/E del 2010, *cit.*

⁽¹⁶²⁾ Agenzia delle entrate, circ. n. 61/E del 2010, *cit.*

Tale impostazione è condivisa dall'Amministrazione fiscale svizzera, che valorizza, con le medesime conseguenze di imposizione del disponente, la circostanza che costui abbia “il diritto di veto sulle decisioni del *trustee* relative agli attivi di *trust*” (AFC, circolare, *cit.*, 5, § 3.7). Simili situazioni vengono sottolineate dall'UIF, seppure nella diversa prospettiva dell'analisi dei rischi di riciclaggio; cfr. Banca d'Italia, Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, *Schema rappresentativo di comportamenti anomali ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. b) del d.lgs. 231/2007. Operatività connessa con l'anomalo utilizzo di trust*, Roma, 2 dicembre 2013, 4 ss.: “Presenza, nell'atto istitutivo del *trust*, di clausole che subordinano sistematicamente l'attività del *trustee* al consenso del disponente, (...) specie in presenza di rapporti di parentela o di contiguità tra *trustee* e” tale soggetto.

Anche nel diritto tributario argentino si sottolinea la necessità dell'evidenza del soggetto che amministra le attività in *trust*, ad evitare che emerga il controllo delle stesse da parte del disponente ((cfr. N. Malumian, Argentine, *cit.*, loc. cit.).

In buona sostanza, il *trustee* deve essere indipendente dal disponente⁽¹⁶³⁾, che non dev'essere in grado di controllare i beni in *trust* attraverso il controllo del *trustee*⁽¹⁶⁴⁾. A parte il caso del *trust* auto-dichiarato, sopra esaminato, in cui le persone del disponente e del *trustee* coincidono, sono indici di mancanza di indipendenza del *trustee*: l'assenza in capo a questo di un'adeguata preparazione professionale⁽¹⁶⁵⁾, il fatto che il disponente assuma la qualifica di guardiano e in tale veste sia munito pregnanti poteri (incluso quello di revocare il *trustee*)⁽¹⁶⁶⁾, la sussistenza di rapporti di parentela o subordinazione tra disponente e *trustee*⁽¹⁶⁷⁾, il fatto che il

⁽¹⁶³⁾ Ad es., si evidenzia la necessità di un *trustee* indipendente nel diritto di Jersey in *Grupo Torras S.A. v Al-Sabab* [2003] JRC 092, § 510, dove si esclude che il *trust* sia *sham* perché il *trustee* si è comportato in modo indipendente, "as an independent trustee".

⁽¹⁶⁴⁾ In tal senso, nel diritto tributario dell'Argentina, cfr. N. Malumian, *Argentine, cit.*, loc. cit.

⁽¹⁶⁵⁾ "Conferimento dell'incarico di *trustee* a soggetto che, in base alle informazioni acquisite in sede di adeguata verifica, presenta un profilo palesemente incoerente con la complessità dell'attività gestoria richiesta e le finalità del *trust* (ad es. per entità/natura dei cespiti del fondo)" (Banca d'Italia, *Op. loc. cit.*).

⁽¹⁶⁶⁾ Emblematico, al riguardo, è il caso Pugachev, su cui si veda T. Akkouch, C. Lloyd, 'Trust-busting' after *JSC Mezhdunarodniy Promysblennyi Bank v Pugachev & others* [2017] EWHC 2426 (Ch), in *T&T*, 2018, 151 ss.; A. Kistler, R. Holden, *Pugachev versus Jersey's reserved powers legislation*, in *T&T*, 2018, 341 ss. Pugachev era allo stesso tempo il disponente "di fatto", il guardiano ed uno dei beneficiari discrezionali (§ 268) e la Corte ha riquilibrato il *trust* (formalmente) discrezionale in un *bare trust*.

⁽¹⁶⁷⁾ "Coincidenza tra disponente e *trustee* (c.d. *trust* autodichiarato), tra disponente e guardiano, ovvero sussistenza di rapporti di parentela o anche di lavoro subordinato fra gli stessi". Interessante quanto scritto in nota: "Nei *trust* interni la previsione di una coincidenza tra disponente e *trustee* (c.d. *trust* autodichiarato) ovvero tra disponente e guardiano può essere considerato il segnale dell'assenza di effettiva volontà del disponente di modificare il suo rapporto con i beni conferiti in *trust*. Peraltro, nei *trust* familiari, la coincidenza tra disponente e *trustee*/guardiano, l'esistenza di rapporti di parentela tra gli stessi e la coincidenza tra disponente e beneficiari possono essere fisiologici. Nei *trust* esteri, al contrario, la qualità di *trust* autodichiarato può essere motivata dalla necessità di agevolare l'avvio del *trust*: in questi casi, infatti, non è infrequente che la costituzione della provvista iniziale del *trust fund* sia effettuata dallo stesso *trustee* professionale straniero, mentre i successivi conferimenti siano realizzati ad opera del vero disponente ('*de facto settlor*')" (Banca d'Italia, *Op. loc. cit.*).

Sono state censurate situazioni, ad esempio, nelle quali, in presenza di posizioni debitorie del disponente, costui aveva nominato *trustee* la propria moglie e guardiano il proprio legale di fiducia (v. ad es. Cass., sez. III pen., 14 gennaio 2015, n. 1341; Trib. Macerata, 5 marzo 2018, n. 268, per il caso in cui il *trustee* era la moglie del disponente), oppure aveva nominato *trustee* di un *trust* a beneficio della figlia, per la durata di 30 anni, il proprio padre di 66 anni (Trib. Bari, sez. II pen., 16 gennaio 2018, n. 166, in *Guida al Diritto*, banca dati), o ancora il proprio compagno e padre dei suoi figli (Cass., sez. III pen., 9 gennaio 2018, n. 269).

disponente riceva sistematicamente deleghe ad operare da parte del *trustee* ⁽¹⁶⁸⁾.

3.8. – (Segue): (b) dei beneficiari

Secondo l'Agenzia delle entrate, non possono “essere considerati validamente operanti, sotto il profilo fiscale, i *trust* (...) nei quali l'attività del *trustee* risulti eterodiretta dalle istruzioni vincolanti riconducibili (...) ai beneficiari (...)”, ossia i “*trust* in cui (...) il beneficiario risulti, dall'atto istitutivo ovvero da altri elementi di fatto, titolare di poteri in forza dell'atto istitutivo, in conseguenza dei quali il *trustee*, pur dotato di poteri discrezionali nella gestione ed amministrazione del *trust*, non può esercitarli senza il suo consenso” e, in generale, “ogni altra ipotesi in cui potere gestionale e dispositivo del *trustee*, così come individuato dal regolamento del *trust* o dalla legge, risulti in qualche modo limitato o anche semplicemente condizionato dalla volontà (...) dei beneficiari” ⁽¹⁶⁹⁾. In senso analogo – seppure nella sua diversa prospettiva – si è espresso l'UIF, anche con riguardo al consenso del guardiano ⁽¹⁷⁰⁾.

Ciò non significa che tutti i *trust*, per essere fiscalmente riconosciuti, debbano essere discrezionali, essendo appunto previsto che i *trust* con beneficiari individuati sono soggetti passivi d'imposta trasparenti; cionondimeno, il *trustee* deve mantenere un certo grado di discrezionalità nell'esercizio dei suoi poteri, ad evitare che il *trust* sia assimilabile ad un bare *trust*, potendosi affermare che il fondo in *trust*, in virtù dei poteri di cui dispongono, appartiene ai beneficiari ⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁶⁸⁾ “Frequente rilascio da parte del *trustee* di deleghe ad operare, specie se a favore del disponente o di soggetti a lui prossimi” (Banca d'Italia, *Op. loc. cit.*).

⁽¹⁶⁹⁾ Agenzia delle entrate, circ. n. 61/E del 2010, cit.; in senso analogo, con riguardo al diritto tributario argentino, si evidenzia come le attività in *trust* siano imputate ai beneficiari allorché questi abbiano ampi poteri di decisione tali da esercitare un “controllo” sulle stesse come se ne fossero i proprietari (cfr. N. Malumian, *Tax treatment of foreign trust for Argentineans under the New TaxReform*, in *T&T*, 2018, 384 ss.).

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. Banca d'Italia, UIF, *Op. loc. cit.*: “Presenza, nell'atto istitutivo del *trust*, di clausole che subordinano sistematicamente l'attività del *trustee* al consenso (...) dei beneficiari o del guardiano, specie in presenza di rapporti di parentela o di contiguità tra *trustee* e detti soggetti”.

⁽¹⁷¹⁾ Il requisito è richiesto in Argentina (cfr. N. Malumian, *Argentina, cit., loc. cit.*), laddove si richiede che, in ogni caso, il *trustee* eserciti la sua discrezionalità nell'ambito di un quadro generale fornito dall'atto istitutivo, ritendendosi all'opposto non credibile che una persona facoltosa trasferisca ad un estraneo una parte cospicua del proprio patrimonio senza fornire alcuna istruzione al riguardo. In termini ancora più espliciti (cfr. N. Malumian, *Tax, cit., loc. cit.*), si afferma che se il *trustee* è “under the control of beneficiary (for example because the beneficiary can fire the *trustee* without reason, due to a close relationship or simply because the beneficiary owns the *trustee*)”.

Come è stato efficacemente rilevato, “il diritto inglese ha garantito l’indipendenza del *trustee* rispetto ai beneficiari, in modo da dare vita ad un rapporto che può sopravvivere alla morte del *trustee* e dei beneficiari, e che non è (normalmente) imputabile a questi ultimi in termini di controllo, benché i beneficiari abbiano diritto a ottenere dal *trustee* il rendiconto della gestione” ⁽¹⁷²⁾. Affinché il *trust* “tenga fiscalmente”, i beneficiari non devono poter dare ordini al *trustee*, ma certamente l’atto istitutivo può subordinare il compimento di operazioni di particolare rilievo all’autorizzazione degli stessi, o di un loro Comitato, senza che ciò infici il riconoscimento fiscale del *trust*.

3.9. – (Segue): (c) del guardiano (che non fa il “guardiano”)

Quella del “*protector*” o “*enforcer*” (termine che in Italia è stato reso con “guardiano”) ⁽¹⁷³⁾ è una figura relativamente recente nel diritto dei *trust* ⁽¹⁷⁴⁾, introdotta dalle legislazioni di giurisdizioni *off-shore* ⁽¹⁷⁵⁾.

I poteri attribuiti a questo ufficio sono estremamente variegati, essendo disegnati “su misura” nei singoli atti istitutivi. Cionondimeno, questi possono essere classificati in quattro categorie ⁽¹⁷⁶⁾: poteri autorizzativi, poteri di veto, poteri di direzione e poteri di azione.

I primi consistono nella necessità che il *trustee*, prima di compiere un determinato atto (di solito particolarmente rilevante per importo o caratteristiche) ottenga l’autorizzazione del guardiano; siamo nell’ambito di poteri di un “guardiano” in senso letterale ⁽¹⁷⁷⁾, ossia proprie di un organo di controllo. I secondi sono, in qualche modo, simmetrici a quelli auto-

⁽¹⁷²⁾ M. Graziadei, *Fiducia e trust in Italia*, in AA.VV., *Fiducia, trusts, affidamenti. Un percorso storico-comparatistico*, Studi urbinati, Urbino, 2015, 349 ss. e spec. 368.

⁽¹⁷³⁾ Cfr. M. Lupoi, *Istituzioni*, cit., 155 ss.

⁽¹⁷⁴⁾ Anche se già il Bahamas Trustee Act del 1893, s. 81, consentiva al disponente di conferire ad una persona diversa dal *trustee* il potere di influire sulle decisioni di quest’ultimo (cfr. D. Menon, *Unveiling the Trust Protector*, in STEP J., Dec. 2019 – Jan. 2020, 64), l’espressione “*Protector*” si trova già nel *Fines and Recovery Act 1833* (cfr. T. Tang Zhong Wai, *The irreducible core content of modern trust law*, in T&T, 2009, 477 ss.) e un potere di attribuzione di capitale in un *trust* venne affidato ad un beneficiario già in *Cothay v Sydenham* (1788) 2 Bro CC 391, 29 ER 218 (cfr. R. Nolan, *Trustees and Third Party Powers*, in AA.VV., *Trusts and Modern Wealth Management*, a cura di R. Nolan, K. Low e T. Hang Wu, Cambridge, 2018, 57 ss.).

⁽¹⁷⁵⁾ In particolare, nel 1989, nelle Isole Cook, quando è stata utilizzato, per la prima volta, il termine “*protector*”: *Cook Islands International Trusts Act* (1984), adottato poi dal Belize, da Anguilla, da Nevis e dalle Isole Vergini Britanniche (cfr. D. Menon, *Op. cit.*, ove riff.).

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. Nolan, *Op. cit.*, 58 ss.

⁽¹⁷⁷⁾ Ossia di chi ha il compito di sorvegliare e di reagire alla bisogna; si pensi ai guardiani notturni, alle guardie carcerarie, al padre guardiano delle congregazioni religiose.

rizzativi: il *trustee* informa il guardiano che sta per compiere una certa operazione rilevante, e il secondo può bloccarlo, esercitando il potere di veto entro un certo termine. Negli ultimi due casi, i poteri affidati al guardiano si dilatano, sino a contemplare, nel terzo caso, poteri di impulso gestorio, come quelli di dare direttive ed istruzioni al *trustee* ⁽¹⁷⁸⁾ e, nel quarto caso, di porre in essere specifici atti di amministrazione, come quello di assegnare un certo bene in *trust* ad un dato beneficiario discrezionale, o di nominare e revocare negozialmente il *trustee* stesso.

In questi ultimi due casi, ai fini che interessano in questa sede, si pone un problema di indipendenza del guardiano dal disponente, ad evitare che si possa configurare un controllo del disponente sui beni in *trust* esercitato attraverso il guardiano ⁽¹⁷⁹⁾, a maggior ragione se il disponente assume anche la carica di guardiano, con svuotamento dei poteri del *trustee* ⁽¹⁸⁰⁾, ovvero se il guardiano, munito di ampi poteri di impulso e di revoca del *trustee*, è a sua volta sottoposto al potere di revoca del disponente ⁽¹⁸¹⁾.

3.10. – (Segue): (d) e la sua revocabilità convenzionale

La regola generale del diritto dei *trust* è che il *trustee* possa essere rimosso dall'ufficio con provvedimento della Corte (c.d. "revoca giudiziale"). Solo in via di eccezione, un *trustee* può essere rimosso dall'ufficio sulla base di un potere ("power") contenuto nell'atto istitutivo di *trust* (c.d. "revoca negoziale"). Tuttavia, mentre nei "trust internazionali" (ossia quelli regolati da legislazioni di giurisdizioni *off-shore*), il potere di revocare il *trustee* è generalmente previsto nell'atto istitutivo, poteri espressi di rimozione del *trustee* sono relativamente rari nei *trust* regolati dalla legge inglese ⁽¹⁸²⁾.

⁽¹⁷⁸⁾ Sino al punto di poter essere qualificato come un gestore "di fatto" dei beni in *trust*.

⁽¹⁷⁹⁾ Il requisito è richiesto in Argentina (cfr. N. Malumian, *Op. loc. cit.*)

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. Cass., sez. III pen., 10 febbraio 2015, n. 5929: i poteri conferiti ai guardiani, che erano pure i disponenti, "infiaciavano la segregazione dei beni. Dall'atto istitutivo emergeva, infatti, lo svuotamento di poteri del *Trustee*, che, per determinati atti gestionali, era subordinato al parere vincolante dei Guardiani". I disponenti "avevano, quindi, di fatto gestito e amministrato i beni del "*Trust* (...)" e "continuavano ad esercitare su detti beni, benché formalmente confluiti nel *trust*, i poteri del pieno proprietario, gestendoli ed amministrandoli".

Cfr. altresì Banca d'Italia, UIF, *Op. loc. cit.*: "Finalità del *trust* che appaiono incongrue rispetto ai rapporti personali, economici o giuridici intercorrenti tra disponente e beneficiari del *trust* ovvero tra disponente e guardian".

⁽¹⁸¹⁾ Un simile approccio è seguito dal diritto svizzero, che valorizza il potere del disponente di "sostituire il *protector* il quale dispone a sua volta di competenze pari a quelle di un *trustee*" per negare efficacia al trasferimento in *trust*: cfr. AFC, circolare, *cit.*, 5, § 3.7.

⁽¹⁸²⁾ Cfr. S. Collins – S. Kempster – M. Mcmillan – A. Meek, *International Trust*

Invero, l'ufficio di *trustee* è stato, da sempre, considerato un compito ingrato, di quelli a cui è opportuno pensarci due volte prima di accettarlo⁽¹⁸³⁾ e, una volta accettato, di regola non era permesso rinunciare all'incarico, salvo che ciò fosse espressamente consentito da uno *special power* contenuto nell'atto istitutivo⁽¹⁸⁴⁾, o che fosse autorizzato dagli eventuali co-*trustee* e da tutti i beneficiari (rendendo tale circostanza non attuabile in presenza di beneficiari minori, incapaci o nascituri)⁽¹⁸⁵⁾. Successivamente, in Inghilterra gli *Statute*⁽¹⁸⁶⁾ prevedero un *power* di dimissioni subordinato al consenso degli altri *trustee*, e accompagnato dalla facoltà di questi di nominarne altri in sostituzione. In ogni altro caso, al *trustee* non restava che far istanza alla Corte per avere il consenso a ritirarsi dall'ufficio⁽¹⁸⁷⁾.

Disputes, Oxford University Press, 2012, 184, § 12.30: “A trustee may be removed from office under a power contained in the trust instrument. In contrast to ‘international trusts’ where powers of removal are normally reserved, usually to a protector, express powers of removal remain relatively rare in English domestic trusts”. In senso conforme, cfr. J. Kessler, C. Ford, *Drafting Trusts and Will Trusts*, 13^a ed., Sweet & Maxwell, Londra, 2017, 148: “It is common for offshore trusts to confer powers to remove trustees”.

In Italia si veda per tutti M. Lupoi, *Ma il trustee ha un interesse giuridicamente rilevante a restare tale?*, in *T& AF*, 2016, 473 ss. e spec. 474: “La revoca negoziale del trustee è un tema emerso da poco tempo perché estraneo all'esperienza giuridica inglese. Tradizionalmente i *trustee*, una volta nominati, cessano per volontario recesso o per revoca giudiziale” (corsivi aggiunti).

⁽¹⁸³⁾ Significativo è quanto scrive, a chi fosse chiamato ad accettare un incarico di *trustee*, J. McLaren, *A Treatise on the Law of Trusts and Trust Settlements*, vol. I, Edimburgo, 1863, 241: “(...) *The only advice which a lawyer could give to his client, looking strictly to the interests of the latter, would be, never under any circumstances to accept a trust*”. Per A. R. Rudall, J. W. Greig, *The Law of Trusts and Trustees*, seconda ed., Londra, 1898, xxxv, “*the difficulties of a trustee's position are very great, since on the one hand he is exposed to the importunities of beneficiaries desirous of increasing their income, even at the risk of insecure investments of the capital, and on the other hand are the Courts, enforcing with extreme rigor the law relating to the liability of trustees*”.

Nonostante sia trascorso oltre un secolo, queste considerazioni non sono mutate; v. ad es., K. Davenport – J. Nedeljkov – A. Masters, *Recoverability of Trustee Litigation Costs*, *T&T*, 2018, 364: “*The office of trustee is an onerous one. No one understands this better than the trustee accused of breaching their duty. Many trustees have, at times, found themselves defending proceedings brought by hostile beneficiaries, or third parties for perceived misconduct in the exercise of their office. Other times trustees themselves are required to instigate proceedings to seek direction as to how to exercise their duties* (...)”.

⁽¹⁸⁴⁾ J. McLaren, *Op. cit.*, 278: “*At common law, a trustee, unless acting under special powers to that effects, could not take upon himself to resign his office, even upon reasonable ground; and still less would an arbitrary or capricious withdrawal be permitted*”.

⁽¹⁸⁵⁾ J. McLaren, *Op. cit.*, 280.

⁽¹⁸⁶⁾ *Trustee Act* 1861, 24&25 Vict. cap. 84, § 1.

⁽¹⁸⁷⁾ A.R. Rudall, *Op. cit.*, 50.

La possibilità di rimuovere negozialmente un *trustee* che non fosse più idoneo all'ufficio non ha molti precedenti, per il semplice motivo che il *trustee* era indotto spontaneamente a rinunciare all'ufficio oppure veniva promossa la revoca giudiziale⁽¹⁸⁸⁾. Di solito, le persone munite del potere di rimozione erano gli altri *trustee*.

Oggi, nei più prestigiosi “formulari” inglesi di atti di *trust* si precisa che “un potere di revocare i *trustee* non è normalmente appropriato per i *trust* del Regno Unito, e non può essere contenuto nella formula standard di atto di *trust*”. Addirittura, in presenza di una simile clausola di revoca convenzionale, “un *trustee* del Regno Unito o di qualsiasi altra giurisdizione dovrà considerare se accettare l'incarico”⁽¹⁸⁹⁾, visto che una tale previsione ne mina l'indipendenza⁽¹⁹⁰⁾.

Il motivo di tale “rarità” si basa sulla considerazione che il potere di rimozione giudiziale del *trustee* ad opera della Corte è un procedimento che assicura la trasparenza delle procedure e l'intervento di un Giudice terzo ed imparziale. Per tale ragione, è chiaro che il potere di rimuovere il *trustee* che sia contenuto nell'atto istitutivo di *trust* sarà interpretato in modo ristrettivo dalle Corti⁽¹⁹¹⁾.

Di solito, il potere di revocare il *trustee* è conferito (nei *trust offshore*) al guardiano del *trust* (“*protector*”)⁽¹⁹²⁾, il quale, idealmente, non dovrebbe

⁽¹⁸⁸⁾ A.R. Rudall, *Op. cit.*, 50.

⁽¹⁸⁹⁾ J. Kessler, C. Ford, *Op. cit.*, 148: “It is considered that a power to dismiss trustees is not normally appropriate for UK trusts and should not be a standard form (...). The following discussion is therefore principally of importance for offshore trusts. It is also relevant to trustees in the United Kingdom or elsewhere considering whether to accept an appointment to a trust containing a power of dismissal”.

⁽¹⁹⁰⁾ J. Garton, *Moffat's Trust Law, cit.*, 521: “Complexity may arise where a settlor seeks to reserve to him – or herself a power in the trust instrument to appoint or remove trustees. The inclusion of a power of removal is seemingly not common, at least in the UK trusts, and tends to be discouraged both on grounds of principles – being inconsistent with the trustee independence – and for practical reasons. Indeed, even if a settlor incorporates a power of removal in the trust instrument any attempt to remove trustees on the ground of failing to comply with the settlor's wishes is unlikely to be upheld by a court if challenged by the threatened trustees”.

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. S. Collins et al., *Op. cit.*, 184, § 12.31: “What it is clear, however, is that the powers to remove trustees contained in trust instruments will be strictly construed by the courts: *Stones v Rowton* (1853) 17 Beav 308 at [312]”. Nello stesso senso Parker & Mellows, *The Modern Law of Trusts*, cur. A.J. Oakley, Londra, 2003, 568: “Powers of removing trustees contained in the trust instrument are strictly construed; consequently, if it is desired to take advantage of such power, it must be clear that the circumstances envisaged by such power have actually arisen”.

⁽¹⁹²⁾ S. Collins et al., *Op. cit.*, 184, § 12.30.

be essere uno dei principali beneficiari⁽¹⁹³⁾. In altri casi, esso è conferito agli altri *trustee*.

Diverso è l'approccio seguito nei formulari italiani, in cui si afferma che "nella prassi dei *trust* interni", "il potere di revocare il *trustee* compete al disponente"⁽¹⁹⁴⁾. In tal caso, "il pericolo che il disponente utilizzi tale potere come 'leva contrattuale' per compromettere l'indipendenza del *trustee* è evidente"⁽¹⁹⁵⁾, come pure il pericolo che sia ne fortemente influenzato l'esercizio della sua discrezionalità⁽¹⁹⁶⁾.

L'Agenzia delle entrate ha da sempre affermato, quale elemento di criticità per il riconoscimento del *trust*, la revocabilità del *trustee* da parte del disponente⁽¹⁹⁷⁾ e l'UIF ha considerato, tra i "comportamenti anomali riconducibili a un utilizzo distorto del *trust*", la revoca del *trustee* operata dal guardiano senza giustificazione⁽¹⁹⁸⁾.

⁽¹⁹³⁾ J. Kessler, C. Ford, *Op. cit.*, 148: "*A trust with power to dismiss trustees will generally have a protector who will be given the power. The protector should ideally not be a principal beneficiary*".

⁽¹⁹⁴⁾ Così M. Lupoi, *Atti istitutivi di trust*, Milano, 2017, 72-3, il quale soggiunge che "vi è chi ritiene che l'attribuzione di questo potere al disponente configuri una sua indebita ingerenza nella vita del *trust*, ma non vi è ragione di pensarla così: la revoca del *trustee* si combina necessariamente con la nomina di un nuovo *trustee* e quindi il *trust* non ne viene in alcun modo variato. Si dice ancora che il disponente, revocando un *trustee* pignolo e nominandone uno accondiscendente, mantiene il controllo sul fondo in *trust*. Il punto non è questo: le obbligazioni del *trustee* sono verso i beneficiari, non verso il disponente e il *trustee* accondiscendente che non adempia correttamente le proprie obbligazioni (...) si troverebbe a risponderne (...). La risposta ai comportamenti del *trustee* che, per una qualunque ragione, non soddisfano il disponente o il diverso soggetto legittimato a sostituire il *trustee* è unicamente e semplicemente la revoca del *trustee*, con la conseguente nomina di un nuovo *trustee*".

⁽¹⁹⁵⁾ R. Belvederi, *Alcune considerazioni in materia di sham trust*, in *T&AF*, 2013, 143 ss.

⁽¹⁹⁶⁾ Nella dottrina neozelandese v. J. Palmer – N. Peart, *Double trouble – The power to add and remove beneficiaries and the power to appoint and remove trustees*, relazione presentata alla New Zealand Law Society CLE Trust Conference, giugno 2015, 6: "*If the trustees do not perform the trust according to the appointor's wishes, the appointor can remove non-cooperative trustees without giving reasons*" (*Kilkelly v Arthur Watson Savage Legal HC Invercargill CIV-2006-425-148*, 23 July 2007).

⁽¹⁹⁷⁾ Cfr. da ult. Agenzia delle entrate, risposta 11 settembre 2019, n. 381, in cui anche tale circostanza è stata valorizzata per negare il riconoscimento fiscale del *trust*: "Appare, infine, opportuno rilevare che (...) il *Trustee* può essere revocato in qualsiasi momento dal Disponente o, nel caso in cui questo sia deceduto, dal *Comitato dei Saggi* o, alternativamente, dai beneficiari congiuntamente. Al riguardo, si ritiene che tali previsioni limitino l'effettiva autonomia del *Trustee* dal momento che il suo potere gestorio è sostanzialmente e in definitiva subordinato alla volontà del Disponente"; sul punto v. già la ris. 17 gennaio 2003, n. 8/E.

⁽¹⁹⁸⁾ Cfr. Banca d'Italia, UIF, *Op. cit.*: "Revoca del *trustee* da parte del guardiano priva di apparente giustificazione".

Un simile approccio è seguito dal diritto tributario svizzero, che valorizza il potere di revocare il *trustee* e di nominarne uno nuovo per ritenere non riconoscibile il trasferimento in *trust* del disponente⁽¹⁹⁹⁾.

Infatti, come ha correttamente evidenziato la Suprema Corte, se in un *trust* il disponente si sia “riservato la facoltà di sostituire a suo piacimento sia il *trustee* che i beneficiari”, egli rimane “*pienamente padrone* di quei beni” trasferiti in *trust*, che sono stati “in tal modo sottratti alla garanzia dei creditori”⁽²⁰⁰⁾.

Si afferma che se è previsto, nell'atto istitutivo, un potere di revoca del *trustee* (esercitabile da parte del disponente, piuttosto che del guardiano o di un comitato di beneficiari), questo “è da considerarsi un potere fiduciario che, in quanto tale, deve essere esercitato dal titolare non nel proprio interesse ma nell'interesse dei beneficiari (o dello scopo del *trust*, nei *trust* di scopo)”⁽²⁰¹⁾, in difetto di che l'esercizio del potere è viziato⁽²⁰²⁾; ma occorre tener conto che la natura – personale o fiduciaria – del potere attribuito è tutt'altro che scontata, dovendo essere risolta caso per caso⁽²⁰³⁾.

⁽¹⁹⁹⁾ AFC, circolare, *cit.*, 5, § 3.7.

⁽²⁰⁰⁾ Cass., sez. III civ., ord. 19 aprile 2018, n. 9637, in materia di revocatoria.

⁽²⁰¹⁾ Così G. Terranova, *La sostituzione del trustee nel trust di quote sociali: alcune vicende applicative in un'analisi comparata*, in T&AF, 2019, 134 ss. e spec. 138.

⁽²⁰²⁾ Si cita, a supporto di tale affermazione, la sentenza fiscale I.R.C. v. Schroder [1983] BTC 288, dove però il potere di revocare i *trustee* era affidato non al disponente o ai beneficiari ma ad un consiglio di guardiani (il “*committee*”) composto inizialmente da un avvocato, un commercialista ed una società [§ 4 (viii) e (xi)]; la Corte ha affermato che sebbene tale potere fosse inconsueto (308) esso non dava la possibilità, in pratica, al disponente di revocare i *trustee*, tenuto conto che il potere di revoca dei *trustee* attribuito al consiglio dei guardiani aveva natura fiduciaria e, come tale, doveva essere esercitato nell'interesse dei beneficiari. Per *Lewin on Trusts*, *cit.*, I, 660, § 14-066: “A power of removal of trustees may be exercised for the benefit of the beneficiaries, not for the benefit of the person upon whom the power is conferred”; tuttavia, per AA.VV., *Underhill and Hayton*, *cit.*, 1021, § 71.7: “Where a power to remove trustees by replacing them with new trustees is vested in a beneficiary who is the primary object of the settlor's bounty and whose power is not restricted to a few specified eventualities, the obvious inference is that this power has been conferred on the beneficiary to look after his own personal interests and not those of the beneficiaries as a whole. However, it is someone who is not a beneficiary (such as the settlor or, a fortiori, a designated protector) who has such power, there is a strong presumption that this kind of power is a fiduciary one to be exercised only in the best interest of the beneficiaries as a whole”.

⁽²⁰³⁾ Ad es. in *Pugachev* (*cit.*) la natura del potere del *protector* è stata ritenuta personale, come in un recente caso deciso dalla Suprema Corte dell'Australia occidentale ove ampia disamina del tema (v. A. Briggs, *Blenkinsop v Herbert* [2017] WASC 87, in T&T, 2018, 381 ss.); v. altresì G. Thomas, *Thomas on Powers*, 2° ed., Oxford, 2012, 557 ss., § 10.132.

Ma una cosa è vagliare se un potere sia stato o meno esercitato correttamente dal punto di vista civilistico, un'altra è prendere atto che l'esistenza di tale potere di revoca in capo al disponente o ai beneficiari fa venir meno quell'autonomia del *trustee* che, a nostro avviso, costituisce l'elemento discriminante per il riconoscimento della soggettività tributaria al *trust*.

Parimenti, se tale potere è affidato ad un guardiano il quale, in assenza di indipendenza, risulti essere la *longa manus* del disponente, si deve ritenere che il *trust* non possa essere fiscalmente riconosciuto, dovendosi imputare il reddito al disponente stesso⁽²⁰⁴⁾.

Diversa è la situazione nel caso di revoca giudiziale del *trustee*, promossa da chiunque vi abbia interesse: la Corte decide discrezionalmente, avendo riguardo all'interesse dei beneficiari, secondo una regola di proporzionalità⁽²⁰⁵⁾, e senza che la revoca possa avvenire perché il *trustee* non abbia esercitato un potere che gli era stato richiesto da un beneficiario⁽²⁰⁶⁾ o a capriccio di questo⁽²⁰⁷⁾.

3.11. – *Il trust con soggettività tributaria sopravvenuta*

Resta da interrogarsi su cosa accada, ai fini della soggettività tributaria del *trust*, in caso di sopravvenuta insussistenza delle circostanze che hanno indotto a ritenere un certo *trust* come non riconoscibile ai fini fiscali, ovvero, da un'altra prospettiva, di sopravvenienza dei requisiti per il riconoscimento della soggettività tributaria. La risposta è agevole: a decorrere dal periodo d'imposta in cui l'evento sopravvenuto si è verificato, il *trust* assumerà la soggettività tributaria di cui, in precedenza, difettava.

⁽²⁰⁴⁾ A fini civilistici si segnala App. Bologna, 11 gennaio 2019, n. 143, in *T&AF*, 2019, 449 ss. e spec. 451, § 7.1: "Correttamente interpretata, la disposizione suddetta [dell'atto istitutivo] significa che i disponenti, di fatto esautorando la figura del guardiano (o dei guardiani), i quali hanno preventivamente rinunciato a qualunque azione riferibile al rapporto nascente dall'atto istitutivo del *trust*, nei confronti di tutti gli altri soggetti, a qualsiasi titolo, hanno voluto mantenere un controllo assoluto e diretto sul *trustee* e quindi sui beni segregati. [L'atto istitutivo] prevede il potere del guardiano di revocare il *trustee* senza obbligo di motivazione alcuna (...). [Ne] deriva che se solo i disponenti possono revocare direttamente i guardiani che a loro volta possono revocare il *trustee*, in concreto, i disponenti mantengono il controllo assoluto mentre i guardiani, privi di qualsiasi potere di veto o di opposizione alle scelte dei disponenti, sono stati di fatto esautorati da qualsiasi funzione di protezione e tutela dei *beneficiary*".

⁽²⁰⁵⁾ Non costituisce causa di rimozione qualsiasi errore commesso dal *trustee*, ma soltanto chiari illeciti dallo stesso compiuti.

⁽²⁰⁶⁾ *Lee v Young* (1843), 2 Y. & C.C.C. 532.

⁽²⁰⁷⁾ Così G.W. Keeton, *Op. cit.*, 251.

Tale effetto si verificherà, innanzitutto, ove si proceda a modificazioni dell'atto istitutivo tali da rimuovere gli elementi ostativi al riconoscimento della soggettività tributaria dei *trust*, come ad esempio, l'introduzione di una clausola di irrevocabilità di un *trust* sorto come revocabile, oppure la cancellazione della clausola che riserva poteri estesi al disponente⁽²⁰⁸⁾, o ancora la riduzione delle eccessive prerogative spettanti ai beneficiari o al guardiano, e via dicendo.

Altre volte la soggettività sopravvenuta deriverà dal mutamento delle circostanze di fatto avvenute in un certo periodo d'imposta, come ad esempio la morte del disponente, che determina l'irrevocabilità del *trust*, il venir meno dei poteri "sovrani" che egli si era riservato (non essendo il potere di revoca, e quelli riservati, trasmissibili agli eredi), la necessità di nominare un nuovo *trustee* in caso di *trust* autodichiarato.

Ancora, la sopravvenuta rilevanza fiscale del *trust* potrà essere dovuta alla presenza di dichiarazioni unilaterali, come quella con cui il disponente, pur in presenza di un potere di revoca posto nell'atto istitutivo, consegna al *trustee* una dichiarazione con cui, irrevocabilmente, rinuncia a tale potere⁽²⁰⁹⁾. Nel caso di *trust* auto-dichiarati, la sostituzione del disponente-*trustee* con un nuovo *trustee*, oppure la nomina di un co-*trustee*, fa venir meno l'elemento ostativo al riconoscimento.

Allo stesso modo, appare legittimo ritenere che *trust* i quali siano fiscalmente riconosciuti possano perdere la soggettività tributaria per effetto di modifiche dell'atto istitutivo o per effetto di mutamento delle circostanze di fatto, come ad esempio la modifica della legge regolatrice laddove l'atto istitutivo ne recepisca totalmente le disposizioni con un rinvio generico⁽²¹⁰⁾, tali da non potersi più affermare che i beni in *trust* non appartengano al disponente (o ad altri) e che quindi sia venuto meno il requisito della non appartenenza della fonte del reddito ad altro soggetto passivo. La sopravvenuta insussistenza di soggettività tributaria andrà trattata – ai fini fiscali – come una devoluzione delle attività e passività in *trust*

⁽²⁰⁸⁾ Unitamente, laddove necessaria o opportuna a fini di chiarezza, alla espressa previsione di inapplicabilità delle norme dispositive della legge regolatrice che, anche in assenza di apposita clausola, tali poteri riservassero.

⁽²⁰⁹⁾ *Lewin on Trusts*, cit., II, 252, § 33-110; *Re Trafford's Settlement* [1985] Ch. 32. Per poteri attribuiti a soggetti diversi dal disponente, la questione sull'efficacia della rinuncia al potere va decisa caso per caso: cfr. G. Thomas, *Op. cit.*, 804 ss., §17.02 ss.

⁽²¹⁰⁾ Si pensi ad una clausola dell'atto istitutivo, la quale preveda che il disponente ha tutti i poteri consentiti dalla legge regolatrice, e che questa venga modificata ampliando a dismisura i poteri riservati al disponente e comprimendo al minimo le prerogative del *trustee* (si pensi al recente caso di Jersey).

al disponente o al diverso soggetto al quale i beni in *trust* diventano fiscalmente attribuibili, con le conseguenze di ordine impositivo (sui redditi) che ne derivano ⁽²¹¹⁾.

STEFANO MARCHESE

⁽²¹¹⁾ Sulla *doctrine* degli “*emerging trust*” e della “*emerging invalidity*” si v. la Suprema Corte neozelandese in *Clayton v Clayton* [2016] NZSC 29, su cui G. Young, *Op. cit.*, 194 ss. e spec. 200.