



Aspetti elusivi del *trust* e normativa di contrasto

di Gaetano Scazzeri

Le caratteristiche essenziali del *trust* fanno sì che tale istituto possa essere impropriamente destinato a scopi elusivi o distorti.

Infatti, sebbene l'istituto del *trust* non sia strutturalmente nè funzionalmente predisposto per frodare il fisco o i creditori, le sue caratteristiche sono, però, più facilmente strumentalizzabili rispetto ad altri negozi del diritto civile.

L'intervento esamina tali aspetti del *trust*, dedicando specifica attenzione alla disciplina antielusiva che, in campo fiscale, è stata apprestata per ostacolare lo specifico fenomeno in questo campo.

1. Premessa

Prima di passare alla disamina degli aspetti antielusivi della normativa fiscale, appare opportuno soffermarsi sulle motivazioni che hanno indotto il legislatore a introdurre una normativa *ad hoc*.

La risposta è da ricercarsi nell'attitudine dei *trust*, forse più di altre tipologie di istituti giuridici, a essere utilizzati a **fini illeciti o elusivi**. Va naturalmente evidenziato che l'istituto del *trust* non è *ab origine* strutturalmente e funzionalmente predisposto a frodare il Fisco o i creditori; le sue caratteristiche sono solo più facilmente strumentalizzabili rispetto ad altri negozi

^(*) L'articolo è parte della seconda edizione della più ampia opera *Esterovestizione e residenza* di P. Valente, attualmente in corso di pubblicazione da Ipsoa.

di diritto civile¹.

Parte rilevante dell'attrattiva consistente nell'abuso del *trust* riposa nel fatto che l'istituto stesso si contraddistingue per un elevato livello di *privacy* e un'**autonomia gestoria** molto più **marcata** rispetto a quello di cui ordinariamente godono gli altri istituti, così come peraltro rilevato nel rapporto Ocse del 2001.

Attesa poi la natura privatistica dell'istituto e il fatto che un *trust* è essenzialmente un "accordo contrattuale" fra due soggetti privati², sostanzialmente tutte le giurisdizioni che hanno riconosciuto l'istituto del *trust*, hanno di proposito stabilito di non sottoporlo ad una disciplina normativa riconducibile o sovrapponibile a quella delle società³.

Ciò significa anche che, a differenza di quanto accade con le società di capitali, non sono previsti obblighi di registrazione e non esistono **registri pubblici** dedicati né autorità incaricate di vigilanza sui *trust*⁴. In molte giurisdizioni, co-

¹ M. Lupoi, *La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi*, in "Trusts e attività fiduciarie" n. 3/2005, pag. 333.

² Questa definizione di *trust* – ossia di accordo contrattuale tra due soggetti privati – è espressamente contenuta nel Rapporto. Dal punto di vista civilistico, si può dubitare della bontà della medesima, osservando come l'atto istitutivo di *trust* si presti meglio a essere inquadrato nell'ambito dei negozi giuridici unilaterali. Ciò nondimeno, tale rilievo non appare importante ai fini di quanto forma oggetto del presente studio.

³ Cfr. la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile ai *trust*, resa esecutiva con L. 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

⁴ I *trust* che svolgono attività nel settore dei servizi finanziari, come gli *unit trusts* che raccolgono investimenti dal pubblico, sono spesso disciplinati da una normativa speciale. Dal Rapporto apprendiamo che in Giappone, ad e-

munque, la scrupolosa applicazione degli atti istitutivi dei c.d. *charitable trust*⁵ è assicurata sottoponendoli al controllo del Procuratore Generale o del Ministro della giustizia⁶ ovvero di autorità equivalente. Ma nella maggior parte delle giurisdizioni non è previsto l'obbligo di rendere nota l'identità dei beneficiari o del disponente all'Autorità.

In alcune giurisdizioni⁷, la costituzione di un *trust* risulta particolarmente agevole e svincolata da eccessive restrizioni volte alla tutela di eventuali controparti: viene ad esempio consentito che i nomi del disponente e dei beneficiari possano non essere menzionati nell'atto istitutivo, viene permesso al disponente di mantenere il controllo sul *trust*, è prevista la disapplicazione dello *Statute of Elizabeth*⁸, vengono riconosciuti *trust* senza beneficiari anche per fini "non *charitable*" e, particolare rilevante, viene consentita la costituzione di ***trust* revocabili** e di ***durata illimitata***. In più le leggi sui *trust*, in tal modo modificate, consentono che l'atto istitutivo possa prevedere una *flee-clause*⁹.

sempio, un paese classificato come *civil law jurisdiction*, il Tribunale è incaricato della vigilanza su tutti i *trust* privati, fatta eccezione per quelli che svolgono attività commerciale.

⁵ Si tratta di un *trust* di scopo e cioè soggetto d'imposta, privo, quindi, di beneficiari individuati e parificato alle fondazioni o agli enti senza personalità giuridica.

⁶ Nel rapporto Ocse definito *Attorney General*. Questo, negli Stati Uniti d'America, è al medesimo tempo capo del Ministero federale della giustizia (*Department of Justice*), nonché Avvocato generale dello Stato (ha funzioni di rappresentanza in giudizio del Governo Federale, rappresentando gli Stati Uniti in ogni questione legale) e – su richiesta – rende pareri al Presidente e agli altri membri del Governo Federale. Rappresenta in giudizio il Governo Federale – comparando personalmente – nei giudizi di eccezionale importanza promossi innanzi alla Corte Suprema. In Gran Bretagna, invece, l'*Attorney General* è il primo *Legal Officer* dello Stato nonché Capo del Consiglio Nazionale Forense.

⁷ Come ad esempio le isole Cook, Nevis e Niue.

⁸ Al fine di distinguere un *charitable trust* da un *non charitable trust*, occorre stabilire che cosa sia, nel diritto anglosassone, una *charity*. Per comprendere che cosa sia una *charity*, occorre rifarsi allo *Statute of Elizabeth I* (1601), normalmente conosciuto come *Charitable Uses Act 1601*. Tale documento, nel preambolo, elenca un certo numero di scopi "caritatevoli", che ancora oggi costituiscono il punto di riferimento per ogni tentativo di classificazione dei *charitable trusts*.

⁹ La *flee-clause* è una particolare clausola in base alla quale le attività del *trust* possono essere trasferite in un'altra giurisdizione, così come può essere cambiata la legge regolatrice del *trust*; nuovi *trustee* possono venire nominati dietro l'occor-

Da ultimo, si osservi che, sempre secondo tali legislazioni, un trasferimento di beni in *trust* non verrà ritenuto illegittimo (fraudolento, e quindi soggetto ad azione revocatoria) se avvenuto prima che sia sorta una ragione di credito verso il disponente ovvero anche se il trasferimento è posteriore di almeno due anni dalla data in cui detta ragione di credito abbia avuto luogo.

Alcune giurisdizioni vigenti nei Centri finanziari *offshore* (OFCs) e in molti Stati degli Stati Uniti, hanno introdotto i c.d. "*Assets Protection Trust*" (APTs), ovvero particolari tipologie di *trust* che offrono una ancora più **elevata protezione** dei beni dalle possibili azioni che potrebbero essere intentate dai creditori. Secondo la legislazione vigente nelle Isole Cook, una delle originarie giurisdizioni APTs, i *trust* possono avere durata illimitata e alcuni *trust*, che altrove sarebbero stati ritenuti non validamente costituiti, vengono invece ritenuti di tipo "*charitable*"¹⁰ ed il disponente può anche esserne beneficiario e detenere un certo potere di controllo sullo stesso. Inoltre, né sentenze straniere, né tantomeno particolari norme successorie (*heirship rules*)¹¹ saranno riconosciute.

È quindi la caratteristica essenziale del rapporto che viene ad istituirsi tra i soggetti e il derivante grado di **protezione** o di **non trasparenza** che viene a determinarsi che consente astrattamente al *trust* di prestarsi ad **usi distorti**.

Volendo scorrere velocemente quelli che possono essere gli usi difformi dell'istituto, si vede che una forma impropria dei *trust* è quella in cui il rapporto fiduciario viene costituito per **nascondere l'esistenza di attività** all'Amministrazione finanziaria, ai creditori, all'*ex coniuge*, ovvero per **occultare l'identità dell'effettivo**

renza di determinati avvenimenti come un'importante modifica legislativa o la notifica di un procedimento giudiziario.

¹⁰ I *Charitable trust* sono una tipologia di *trust* costituiti allo scopo di detenere un patrimonio destinato ad opere di carità ed assistenza, ovvero ad opere religiose o culturali, e in generale a fini di pubblica utilità. La particolarità di tale tipologia di *trust* – e quella che qui più interessa – è che lo stesso gode, proprio in virtù degli scopi per cui è costituito, di notevoli privilegi, segnatamente di tipo fiscale. Il *Charitable trust* è infatti esente dal pagamento delle imposte sui redditi e di successione. I *Charitable Trust* sono regolati dal *Charities Act* del 1960, legge che stabilisce altresì tutte le regole necessarie per il loro riconoscimento.

¹¹ Le "*heirship rules*" sono le disposizioni di legge che regolano la materia successoria, con particolare riferimento alla ripartizione dell'asse ereditario. In alcuni paesi, in particolare, è la legge a disporre il criterio e le modalità con cui il patrimonio di un soggetto debba essere assegnato alla sua morte (il riferimento è alla c.d. quota di legittima).

beneficiario¹²: i *trust* molto spesso costituiscono l'ultima isola di anonimato per coloro che cercano di nascondere la propria identità patrimoniale¹³ o possono essere utilizzati con finalità di riciclaggio di capitali di illecita provenienza, in particolare rispettivamente nelle fasi del “*layering*”¹⁴ e/o dell’“*integration*”¹⁵.

Ancora, i *trust* possono essere usati al fine di perpetrare **truffe anche di natura fiscale**: ad esempio, un disponente, nel tentativo di evadere le imposte, potrebbe decidere di trasferire – naturalmente in maniera simulata – le proprie attività patrimoniali o economiche in un *trust* e successivamente attestare – falsamente – di averne ceduto il controllo su di esse; per creare tale apparenza, il disponente porrà in essere tutte le formalità previste per istituire un *trust* valido ed efficace; ad esempio, istituirà un *trust* irrevocabile, nominerà *trustee* un terzo e non designerà se stesso come beneficiario. Ciononostante il disponente, pur comportandosi solo in apparenza conformemente alle prescrizioni e formalità previste (o tipiche), potrebbe ancora esercitare il controllo attraverso l'uso di lettere di desiderio (*letters of wishes*)¹⁶. Ora, sebbene una lettera di desiderio non sia vincolante per il *trustee*, questo di norma sarà portato a dare seguito ai desiderati espressi in essa.

Per assicurarsi che il *trustee* si comporti conformemente all'atto istitutivo (e, seppure in modo improprio, alle lettere di desiderio) diverse legislazioni sui *trust* di molte giurisdizioni di *common law* offrono la possibilità di **nominare un guardiano** (*protector*). Il guardiano è nominato dal disponente e spesso è scelto nella cerchia delle persone più fidate. Ma mentre il guardiano non può “forzare” il *trustee* sui propri atti di-

¹² M. Lupoi, *op. cit.*, pag. 333.

¹³ Per esempio, la complessa rete di società che l'ex magnate dei media Robert Maxwell creò al fine di occultare la proprietà dei suoi beni vedeva in cima alla piramide di controllo due *trust*.

¹⁴ Attività consistente in un processo di separazione dei proventi dal fatto-reato che ha dato loro origine, di norma realizzato attraverso l'esecuzione di un certo numero di transazioni attraverso l'utilizzo di vari strumenti – anche societari – collocati in diverse giurisdizioni.

¹⁵ Attività consistente nella reintroduzione del denaro così riciclato nel circuito economico.

¹⁶ Una lettera di desiderio che, sovente, nella prassi d'oltreconfine accompagna i “*trust* discrezionali”, ha la funzione di fissare i desideri del disponente concernenti il modo in cui egli vorrebbe che il *trust* persegua i suoi obiettivi istituzionali.

screzionali né, tantomeno, intervenire sul cambio dei beneficiari individuati, può essere previsto, negli atti istitutivi, che egli possa revocare il *trustee* in qualunque momento, nominandone uno nuovo o, addirittura, assumendo egli stesso il suddetto ufficio.

Conseguentemente, il ***trustee*** che non aderisca alle disposizioni dell'atto istitutivo **può essere rimosso**; analogamente ciò può accadere qualora il *trustee* non si adegui alle lettere di desiderio del disponente.

Il disponente può, ancora, trasferire le sue attività o i suoi beni in un *trust offshore*, al fine di tenerli fuori della portata dei creditori o sottrarli ai controlli dell'Amministrazione finanziaria.

Una volta che le attività sono state trasferite in un *trust offshore*, chi abbia interesse ad “aggre-dirle” troverà molto difficile e costoso localizzarle ed identificare il loro effettivo beneficiario. Anche se questo dovesse essere possibile, i creditori andrebbero inevitabilmente incontro a notevoli lungaggini e a rilevanti spese nel tentativo di aggredire le attività in *trust*.

L'attitudine dei *trust* a fungere come strumento per nascondere l'identità del beneficiario economico dei beni e per perpetrare frodi si è incrementata nei primi anni del 2000, sotto la spinta delle rilevanti modifiche legislative avvenute nelle legislazioni sui *trust* di molti paesi che cominciavano a riconoscere e disciplinare l'istituto in esame; il risultato finale è stato, in definitiva, che i *trust* costituiti all'interno di queste giurisdizioni hanno finito per assomigliare sempre meno ai tradizionali *trust* di *common law*.

2. L'interposizione fittizia

Come sopra cennato con riferimento all'evasione fiscale, l'istituto si presta all'occultamento di ricavi o proventi “in nero”, che si intendono sottrarre alla tassazione italiana.

Occorre partire dal presupposto che i *trust*, non essendo regolati da normativa interna almeno in Italia, devono attenersi alla nozione desumibile dal disposto dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 in termini di elementi costitutivi.

Poiché la caratteristica essenziale dell'istituto in esame è la **netta distinzione tra i soggetti**:

- il *settlor*, o disponente, che si spoglia dei propri beni;
- il *trustee*, o amministratore, che li gestisce, senza diventarne proprietario;

- i *beneficiaries*, che sono i destinatari dei beni o dei redditi, sulla base delle decisioni del disponente,

non saremo in presenza di un vero e proprio *trust*, allorché il *trustee* non abbia alcuna autonomia gestionale, ma sia una mera “testa di legno” del *settlor*; in tutto e per tutto vincolato alle sue decisioni¹⁷.

E questo ancorché venga nominato un *protector*, peraltro anch'esso direttamente dipendente dal *settlor* e revocabile *ad nutum*. Come già sopra cennato, in questo caso siamo in presenza di un'alienazione di beni simulata molto probabilmente destinata esclusivamente alla sottrazione di materia imponibile al Fisco.

Una delle modalità più frequenti per conseguire siffatti scopi illeciti è quella dei c.d. *sham trust*, ossia “simulati” o “fittizi”.

Elementi di **prova della “fittizietà”** del *trust* possono essere i seguenti:

- il *settlor* è al tempo stesso anche il beneficiario delle utilità prodotte dal *trust*;
- il negozio è revocabile a totale discrezione del disponente;
- il contenuto dell'atto istitutivo è tale da relegare il *trustee* in un ruolo passivo, senza alcuna facoltà decisionale;
- il *settlor* continua a esercitare con pienezza e in totale autonomia i poteri per la gestione dei beni in *trust*.

Ma come acquisire, in sede ispettiva, questa prova? Poiché la costituzione del *trust* non richiede l'atto pubblico (salvo nel caso di conferimento di beni immobili o mobili registrati), gli elementi di prova possono desumersi, tra le altre, dalle seguenti circostanze di fatto:

¹⁷ A seguito della sent. 30 ottobre 2000 dell'*United States Tax Court*, per l'Amministrazione fiscale americana devono sussistere quattro requisiti perché possa riconoscersi la legittimità giuridica di un *trust*, sussistendo una sua effettività economica:

- 1) dopo l'istituzione del *trust*, deve mutare il preesistente rapporto tra il disponente e i beni in *trust* (in altre parole, questi non può continuare a gestire, in luogo del *trustee* i beni o le attività);
- 2) l'autonomia decisionale del *trustee* deve essere effettiva;
- 3) i beneficiari del *trust* debbono essere realmente tali, occorre, quindi, che vi siano comportamenti o atti che evidenzino l'interesse degli stessi e la loro reale qualifica;
- 4) devono essere rispettate le limitazioni stabilite dall'atto istitutivo del *trust* con riferimento alle azioni attuabili da parte del disponente (nel caso esaminato dalla Corte, si era accertato che il disponente, contrariamente alle disposizioni istitutive, otteneva linee di credito senza il tramite del *trustee*).

- risultati di indagini bancarie o finanziarie, che consentono la ricostruzione di collegamento stretto fra i vari soggetti;
- reperimento di documentazione relativa alla costituzione del *trust* simulato;
- dichiarazioni rese da persone informate sui fatti.

Comunque, al di là dell'acquisizione di elementi di confutazione, nel caso dei *trust* simulati, si può arrivare comunque ad individuare un'ipotesi di “interposizione fittizia”, rilevante ex art. 37, comma 3, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

Secondo alcuni autori, si è al di fuori della vera e propria struttura di interposizione fittizia atteso che per la sussistenza dell'istituto del *trust* deve essere presupposta la presenza di **due “soggetti” percettori di redditi** (quello reale e quello interposto), mentre nel caso del *trust* simulato il soggetto è uno solo (il fittizio *settlor*). Di conseguenza il *trust* stesso, nel caso di *trust* “opaco” o i beneficiari, nel caso di *trust* “trasparente”, sono **giuridicamente inesistenti**. Del resto, autorevole dottrina aveva già affermato che, in tutte le ipotesi il cui il *settlor* coincide con il beneficiario e mantiene un pregnante potere di indirizzo e di gestione sull'attività del *trustee*, la stessa essenza del negozio viene meno, con la conseguenza che non si integra neanche l'ipotesi di interposizione reale attuata attraverso il mandato senza rappresentanza e **rimanendo la proprietà del bene in capo al *settlor*** con diretta imputazione dei redditi allo stesso¹⁸. In tal senso, si è espressa anche l'Agenzia delle Entrate, affermando che qualora la gestione del *trust* resti, di fatto, in capo al disponente, non si verifica un suo reale spossessamento; ne consegue che ai fini fiscali il negozio rileva come “mandato senza rappresentanza” con relativa imputazione dei redditi al disponente¹⁹.

3. Le norme antielusive

Anteriormente all'introduzione dell'art. 73, comma 3, del Tuir, prima norma antielusiva applicabile in via esplicita al *trust*, la dottrina ha esaminato la riconducibilità del *trust* nell'ambito della norma antielusiva di cui all'art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/1973, sebbene i *trust* non appaiano tra gli istituti inopponibili all'Amministrazione finanziaria-

¹⁸ F. Gallo, *Trusts, interposizione ed elusione fiscale*, in “Rassegna Tributaria” n. 5/1996, pagg. 1043 e seguenti.

¹⁹ Ris. dell'Agenzia delle Entrate n. 8/E del 17 gennaio 2003, in banca dati “fiscoonline”.

ria. Peraltro potrebbe argomentarsi che al comma 1 dell'art. 37-*bis* si fa riferimento a qualsiasi atto, fatto o negozio, privo di valide ragioni economiche, diretto ad aggirare obblighi o divieti previsti dalle norme tributarie, finalizzato ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti. In questo caso, è stato osservato che, la sussistenza di **valide ragioni economiche** verrebbe meno nel momento in cui la "spoliazione" fosse disposta da una persona fisica, atteso che appare difficilmente sindacabile la valenza economica di un atto dispositivo posto in essere al di fuori di un'attività d'impresa²⁰. Tra l'altro, l'aggiramento di obblighi e divieti presuppone il riferimento a norme specifiche o, perlomeno, a una disciplina di riferimento: circostanza questa non individuabile per il *trust* e che ne rende difficoltosa anche la riqualificazione da parte dell'Amministrazione finanziaria che potrebbe pretendere, in tal caso, per il disconoscimento del negozio secondo lo schema della **simulazione assoluta**, sebbene le numerose richieste di interpello abbiano portato a risoluzioni tendenti a ricondurre le ipotesi prospettate a figure giuridiche simili previste dal diritto positivo.

Ai fini del disconoscimento dei vantaggi di natura fiscale e, quindi, dell'applicabilità dell'art. 37-*bis*, occorre poi che il *trust* sia stato utilizzato senza una valida ragione economica, per consentire una indebita e sostanziale riduzione delle imposte dovute attraverso l'aggiramento di obblighi e divieti.

Ad esempio, in presenza di residenza estera del *trust* non può escludersi l'ipotesi elusiva qualora oggetto del *trust* stesso sia la gestione di attività finanziarie, costituenti il *trust fund*, che se imputate al disponente italiano, sconterebbero un carico fiscale maggiore.

A tale proposito si può pensare al caso in cui, a seguito di **cessione di partecipazioni** non qualificate²¹, piuttosto che sottoporre a tassazione le plusvalenze realizzate a titolo di *capital gain* scontando, in tal modo, una ritenuta a titolo di imposta pari al 12,5% (ai sensi degli artt. 5 e seguenti del D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461) si tenti di **azzerare completamente il carico**

²⁰ F. Paparella, *Brevi riflessioni aggiornate in materia di trusts, elusione ed interposizione di persona*, in "Bollettino Tributario" n. 7/2002, pag. 485.

²¹ Ai sensi dell'art. 67, comma 1, lettera c), del Tuir, si definiscono partecipazioni qualificate quelle che consentono di esercitare nell'assemblea ordinaria una percentuale di diritti di voto del 2 o del 20% ovvero una partecipazione al capitale o al patrimonio del 5 o del 25%, a seconda che si tratti di titoli negoziati in mercati regolamentati o non.

fiscale derivante dal passaggio azionario, ricorrendo ad un atto di donazione a favore di un *trust* istituito in un Paese a fiscalità privilegiata. In tali casi spetta all'Amministrazione finanziaria, analizzate tutte le componenti oggettive, soggettive e temporali, dimostrare che l'utilizzo di un *trust* sia stato preordinato all'ottenimento di un **indebito risparmio d'imposta**.

Occorre considerare poi che la Corte di Cassazione ha riconosciuto la possibilità di disconoscere la validità civilistica di quei contratti che, privi di causa *ex art.* 1418 del codice civile, abbiano come scopo quello di ottenere unicamente un indebito risparmio d'imposta²². Infatti, pur non esistendo nell'ordinamento fiscale italiano una **clausola generale antielusiva**, tale conclusione può desumersi dal concetto di abuso del diritto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, principio secondo cui non possono trarsi benefici da operazioni intraprese ed eseguite al solo scopo di procurarsi agevolazioni fiscali.

L'abuso del diritto è un istituto che, ad oggi, non trova la paternità in alcuna norma giuridica del nostro Ordinamento. È un concetto giuridico che si è sviluppato attraverso la dinamica del diritto, l'applicazione pratica delle norme cogenti ai casi concreti e la loro interpretazione giurisprudenziale e dottrinale. In questo, la giurisprudenza (in ultimo veggasi la Cassazione con le sentenze del 23 dicembre 2008²³), ha concepito la possibilità per l'Amministrazione finanziaria di vagliare il negozio giuridico posto in essere tra le parti verificandone gli effetti sul Fisco in termini d'indebito vantaggio fiscale e determinando quindi l'**inopponibilità del negozio** stesso. Questa posizione sembra essere quella più idonea a cogliere l'equilibrio che esiste tra libertà contrattuale e tutela erariale: da una parte il principio della libertà negoziale riserva alle parti la facoltà di porre in essere negozi giuridici che riflettono una libera pianificazione dei propri interessi e quindi del *trust*, dall'altra tali interessi non devono tradursi in un illegittimo risparmio d'imposta ovvero confliggere con i principi e le norme tributarie, le quali sembrano oggi assumere un valore per nulla subordinato o secondario rispetto alle altre leggi, in particolar modo, alle norme civilistiche²⁴.

²² Cass., sent. n. 20398 del 21 ottobre 2005, in banca dati "fisconline".

²³ Sentenze nn. 30055, 30056, 30057, tutte in banca dati "fisconline".

²⁴ In buona sostanza, con l'introduzione dell'abuso del diritto sembra essere stato ampliato il concetto di elusione fi-

Come già accennato, la legge finanziaria 2007 ha introdotto, con il **comma 3 dell'art. 73** del Tuir, due presunzioni di residenza fiscale del *trust* che ha come effetto l'attrazione in Italia della residenza di un *trust* estero, anche se istituito in Stati o territori esteri non necessariamente considerati *off-shore* o *tax heaven*.

È sufficiente che lo Stato scelto per la **delocalizzazione fittizia** del reddito abbia aliquote più basse di quella nazionale ovvero preveda meccanismi di differimento del versamento delle imposte (*tax deferral*).

La prima disposizione presuntiva, inserita nel secondo periodo dell'art. 73, comma 3, del Tuir, così recita: "Si considerano altresì residenti nel territorio dello Stato, salvo prova contraria, i *trust* e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Paesi diversi da quelli indicati nel decreto del Ministro delle finanze 4 settembre 1996, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 220 del 19 settembre 1996, e successive modificazioni, in cui almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del *trust* siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato".

Si tratta, in questo caso, di una **presunzione relativa** che ammette la prova contraria, nel senso che è possibile dimostrare l'effettiva residenza fiscale del *trust* all'estero. Sulla prova contraria da fornire si ritiene che gli elementi richiesti possano essere la localizzazione degli elementi istitutivi del *trust*, gli uffici e la struttura del *trustee*, la dimostrazione che gli **impulsi volitivi** siano effettivamente provenienti dall'estero e che siano prevalenti rispetto a quelli provenienti dal territorio nazionale, in modo da far ritenere che la sede di amministrazione effettiva del *trust* sia all'estero²⁵.

scale ricomprendendo in esso qualsiasi scelta fiscalmente vantaggiosa priva di ragioni economiche apprezzabili. La Corte sembra ribadire, in sostanza, che:

- la ponderazione delle valide ragioni economiche viene a proporsi solo dopo che si ritenga verificato l'aggravamento di norme o principi;
- la reazione dell'ordinamento si rivolge unicamente contro gli "indebiti vantaggi fiscali" derivanti dall'"utilizzo distorto, pur se non contrastante con una specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei a ottenere un risparmio fiscale".

Le Sezioni Unite ricordano di avere già affermato, anche in campi diversi dal diritto tributario, l'esistenza di un principio generale, non scritto, contro l'abuso del diritto che trova fondamento nella "costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione" (sent. n. 23726 del 15 novembre 2007, in banca dati "fisconline").

²⁵ Cfr. P. Valente, *Esterovestizione e residenza*, IPSOA, 2008, pagg. 31 e seguenti.

L'intento antielusivo di questa norma è chiaro e si affianca al disposto dell'art. 35 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 agosto 2006, n. 248, sull'**esterovestizione delle holding e dei gruppi societari**.

La norma di contrasto alle esterovestizioni societarie viene in un certo senso rafforzata dalla disposizione antielusiva dedicata al *trust*. L'impostazione è la medesima ed è legata all'esigenza di contrastare la fittizia localizzazione di strutture all'estero al fine di beneficiare di regimi fiscali favorevoli nel momento in cui il loro "punto di partenza" (il soggetto che controlla la *holding* estera nel caso dei gruppi, ovvero il disponente nel caso del *trust*) e il loro "punto di arrivo" (le società operative, ovvero il beneficiario del *trust*) abbiano entrambi la residenza in Italia.

È da sottolineare che la norma, così formulata, menziona anche gli **"istituti aventi analogo contenuto"** a quello di un *trust*. Il legislatore ha voluto in questo modo tenere conto della possibilità che ordinamenti stranieri disciplinino istituti analoghi al *trust* ma assegnino loro un "*nomen iuris*" diverso; per individuare quali siano gli istituti aventi contenuto analogo, occorre fare riferimento agli elementi essenziali e caratterizzanti dell'istituto del *trust*. Secondo alcuni autori, l'espressione usata dal legislatore dovrebbe essere interpretata utilizzando come parametro la definizione di *trust* fornita dall'art. 2 della Convenzione dell'Aja che consente di qualificare "*trusts*" tutti gli istituti che abbiano le caratteristiche delineate dalla norma e che siano stati istituiti in Paesi che aderiscono alla Convenzione, mentre gli istituti aventi tali caratteristiche, ma che sono costituiti in Paesi non aderenti alla Convenzione, non potrebbero essere qualificati *trust* ma solo "istituti aventi contenuto analogo"²⁶.

Pertanto, accogliendo questa impostazione, si potrebbe sostenere che la presunzione di residenza in Italia possa essere applicata a tutti gli istituti che, pur non potendosi chiamare "*trust*" (né ai sensi della legge applicabile nel Paese in cui sono stati realizzati, né ai sensi della Convenzione dell'Aja) abbiano i seguenti caratteri:

- diano luogo al trasferimento della titolarità di un complesso di diritti da un disponente ad un altro soggetto al fine di perseguire uno scopo o di beneficiare terzi soggetti;

²⁶ Ad esempio, secondo F. Squeo, *L'imposizione diretta dei trust in Italia: un orizzonte da definire*, in "Trusts e attività fiduciarie" n. 3/2007, pag. 380, rientrerebbero in tale dizione le "fondazioni panamensi e quelle del Liechtenstein".

- il disponente crei un vincolo di destinazione sui beni conferiti in *trust*;
- si realizzi la segregazione patrimoniale dei beni oggetto del *trust*.

La seconda presunzione prevista dalla norma antielusiva è quella che il *trust* estero sia istituito in un paese non *white-list*. Al riguardo, la circ. n. 48/E del 6 agosto 2007²⁷ ha chiarito che per essere “istituito” all'estero il *trust* debba aver formalmente fissato la residenza.

L'ultimo periodo dell'art. 73, comma 3, del Tuir, così recita: “Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i *trust* istituiti in uno Stato diverso da quelli indicati nel citato decreto del Ministro delle finanze 4 settembre 1996, quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del *trust* un'attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi”.

Anche in questo caso, la citata circ. n. 48/E ha chiarito che si tratta una **presunzione relativa** di residenza; rimane, quindi, la possibilità per il contribuente di dimostrare l'effettiva residenza fiscale del *trust* all'estero.

La norma prevede ancora che:

- almeno uno dei disponenti e
- almeno uno dei beneficiari del *trust*,

siano fiscalmente residenti in Italia.

Come si può notare, entrambe le condizioni devono verificarsi congiuntamente affinché scatti la presunzione.

È rilevante, in questo caso, stabilire quale sia il momento in cui la residenza fiscale di un disponente e di un beneficiario attraggono in Italia la **residenza fiscale** del *trust*.

Secondo quanto desumibile dalla circ. n. 48/E, non sembra necessario che la residenza italiana del disponente e del beneficiario sussistano con riferimento allo stesso periodo d'imposta. In tal modo, l'Agenzia, con le istruzioni diramate, pare discostarsi dall'interpretazione letterale del dettato normativo, che sembrerebbe collegare e quindi vincolare i requisiti di residenza dei due attori al momento dell'istituzione del *trust*. Infatti, spiega la circ. n. 48/E, la residenza del disponente, in considerazione della **natura istantanea dell'atto di disposizione**, rileva nel periodo d'imposta in cui questi ha effettuato l'atto di disposizione a

favore del *trust*. Eventuali cambiamenti di residenza del disponente in periodi d'imposta diversi sono irrilevanti.

Con riferimento al beneficiario, si è già evidenziato che l'art. 73 del Tuir è applicabile ai *trust* con beneficiari individuati. La residenza fiscale del beneficiario attrae in Italia la residenza fiscale del *trust* anche se questa si verifica in un periodo d'imposta successivo a quello in cui il *settlor* ha posto in essere l'atto di disposizione a favore del *trust*.

Un'ulteriore condizione idonea ad operare l'attrazione di residenza in Italia si verifica quando un soggetto residente in Italia (il disponente), in epoca successiva all'istituzione di un *trust* in un “paradiso fiscale”, effettui in favore dello stesso un'attribuzione che comporti il **trasferimento di proprietà di immobili** o la costituzione/trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi.

In questo caso la norma lascia aperti alcuni interrogativi: infatti non chiarisce quando debba verificarsi il requisito della residenza fiscale in Italia del disponente che effettua il trasferimento: solo al momento dell'attribuzione al *trust* degli immobili e/o dei diritti reali immobiliari o anche all'inizio ovvero alla fine di ogni periodo di imposta durante la vita del *trust*? E una volta che il *trust* è considerato residente in Italia lo è per tutta la sua durata o possono intervenire elementi o circostanze che ne facciano cadere il presupposto?

Un ulteriore dubbio emerge con riferimento all'ubicazione dei beni istituiti in *trust*, in quanto la norma parla di beni immobili e diritti reali immobiliari senza specificare assolutamente dove essi debbano essere situati: gli immobili devono essere ubicati solo in Italia o anche all'estero? Se tutti gli immobili si trovano all'estero e l'unico elemento riconducibile al territorio italiano del *trust* è rappresentato dal soggetto che effettua l'attribuzione di beni immobili, la residenza del *trust* deve essere comunque attratta in Italia? Tali dubbi interpretativi saranno certamente oggetto, quanto prima, di chiarimenti da parte dell'Agenzia.

Le istruzioni ministeriali hanno infine precisato che, ove compatibili, anche le disposizioni in materia di **esterovestizione delle società** previste dall'art. 73 del Tuir, commi 5-*bis* e 5-*ter*, sono applicabili ai *trust* e in particolare a quelli istituiti o comunque residenti in Paesi compresi nella *white list*, per i quali non trova applicazio-

²⁷ In banca dati “fisconline”.

ne la specifica presunzione di residenza di cui all'art. 73, comma 3, del Tuir nella versione emendata dalla Finanziaria 2007.

In base a tale norma infatti, salvo prova contraria, sono attratti a residenza nello Stato le società e gli enti esteri che detengono, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, del codice civile, **partecipazioni di controllo** in imprese residenti e sono controllati, anche indirettamente, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o sono amministrati "da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato".

In merito, come osservato in dottrina, occorre rilevare i limitati ambiti applicativi della summenzionata presunzione (di esteroinvestizione) al particolare istituto del *trust*, almeno ricorrendo ad un'interpretazione strettamente letterale della norma, e ciò per la normale assenza di amministratori italiani e, soprattutto, per l'impossibilità di realizzare un controllo rilevante ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, che come è ben noto richiede una precisa **relazione giuridicamente qualificata**.

In tal senso, con riferimento alle disposizioni in materia di CFC, avendo già sopra evidenziato che, ora, il *trust* è ricompreso tra i soggetti Ires per effetto della disposizione di cui all'art. 73 del Tuir, qualora si sia in presenza di un *trust* correttamente istituito e, soprattutto legalmente gestito, mancherebbe il requisito del controllo *ex art.* 167 del Tuir, non ravvisandosi gli elementi di cui all'art. 2359 del codice civile.

Ciò vale a condizione che il *trustee* mantenga l'autonomia di gestione del *trust* rispetto al disponente o ai beneficiari. Occorre, tuttavia, considerare anche l'ipotesi di un "**collegamento indiretto**" previsto dall'art. 168 del Tuir. Come era stato opportunamente evidenziato già prima dell'entrata in vigore delle ultime disposizioni esaminate: "l'inserimento del *trust* nella catena di controllo delle società del gruppo determina la sua interruzione"²⁸. Gli effetti di questa "inter-

posizione" si producono sia in termini di bilancio, non rientrando nell'area di consolidamento la partecipazione detenuta per il tramite di un *trust* proprio perché sottratta alla disponibilità della società-*settlor*, che in termini fiscali.

Infatti, secondo l'Agenzia delle Entrate²⁹, l'interposizione di un *trust* nella catena partecipativa di controllo o di collegamento, fa scattare comunque l'applicabilità del regime CFC.

In tale ipotesi, la detenzione di partecipazioni per il tramite di un *trust* può essere assimilata all'ipotesi di "possesso di partecipazioni per interposta di persona" (la nozione di *trust* come persona è anche contenuta nella citata circ. n. 48/E), ritenendo sussistente il presupposto relativo all'esistenza di "redditi conseguiti da soggetto estero partecipato" residente in paese a regime fiscale privilegiato (art. 167, comma 1, del Tuir) e, di conseguenza, l'applicabilità della disciplina della tassazione per trasparenza di cui al seguente art. 168 del Tuir.

²⁹ Ris. n. 400/E del 23 ottobre 2008, in banca dati "fisconline". Nell'ipotesi sottoposta a interpello, la società istante deteneva indirettamente una partecipazione pari al 50% agli utili di tre *Special Purpose Company* (SPC) tutte localizzate in paesi a regime fiscale privilegiato. La partecipazione era detenuta tramite un Gruppo di Interesse Economico (GIE) francese che controllava le tre società attraverso l'instestazione fiduciaria del totale delle azioni a un *trust* non discrezionale. La *Special Purpose Company* (SPC) è una società che viene costituita *ad hoc* per un'operazione di finanziamento a lungo termine la quale serve per mantenere separati gli *assets* del progetto da quelli dei soggetti proponenti l'iniziativa d'investimento (i cosiddetti "promotori"). La SPC viene finanziata sia da capitale *equity* (azioni), fornito generalmente dai promotori e non deve superare l'ammontare del 15-20%, il rimanente 80-85% da capitale di debito (obbligazioni) normalmente ottenuto da un *pool* di banche. In questo modo, attraverso l'imputazione di attività e passività alla SPC è possibile mantenere un controllo più stretto sull'andamento del progetto. È, inoltre, un modo per proteggere gli interessi dei soci promotori, i quali sono così "schermati" dall'eventuale fallimento del progetto stesso. Lo schema del *Project Financing* ha riscosso i maggiori successi per quei progetti per loro natura più complessi, quali la realizzazione di centrali elettriche o di nuove attività estrattive, dove alti sono i rischi ambientali, tecnici, politici ed economici. Anche i progetti di ricerca possono beneficiare di questo sistema di finanziamento, dato che i finanziatori in *equity* potranno garantirsi sulla proprietà della SPC, la quale detiene la titolarità su ogni risultato (brevetti o altro) del progetto di ricerca.

²⁸ F. Galgano, *Shopping del diritto, trust interno, gruppi di società*, in "Trusts e attività fiduciarie" n. 3/2002, pag. 333.