

INDICE

FEDERICO DI MAIO: *Trust e Trust interno: i profili normativi e la concorrenza degli ordinamenti omofoni*pag. 3

MARCO FRIGESSI DI RATTALMA: *La Convenzione dell'Aja sul trust e la legittimità del trust interno*pag. 13

SILVESTRO SPECCHIA: *Il Trust nella dialettica con la recente giurisprudenza sull'abuso del diritto*pag. 27

GIUSEPPE CORASANITI: *Fiscalità del Trust interno* pag. 43

Trust e “trust interno”: i profili normativi e la concorrenza degli ordinamenti omofoni.

di FEDERICO DI MAIO, Pubblicista – Avvocato in Milano

1. Parafrasando Oscar Wilde “*la fortuna di chiamarsi trust*” si può constatare che se il primo tentativo che risale al lavoro di Franceschelli¹, non ha avuto l’esito che si sarebbe potuto sperare e così la ripresa, sia pure circostanziata al settore degli investimenti, con un maggior numero di interventi, ha sortito miglior esito², tuttavia, con la *Convenzione de L’Aja il 1° luglio 1985* si concretizza la colonializzazione dei Paesi con ordinamenti di *civil law*.

Tra questi il sistema italiano pare essere il terreno più fertile. E’ il primo Paese a ratificare la Convenzione con la legge 16 ottobre 1989, n. 364 “*Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a L’Aja il 1° luglio 1985*”, attraverso la quale - e nei limiti della quale - l’ordinamento domestico conosce il *trust*³.

¹ R. Franceschelli, *Il “trust” nel diritto inglese*, Padova 1935

² R. Agenziaono, *L’investment trust*, Milano 1952; T. Bianchi, *L’investment trust*, 1963; G.E Colombo – V. Dotti – G. Perletti – G. Schrans – G. Sottriffer, *L’investment trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Milano 1967

³ per quanto presente a tappeto negli scritti sul tema, la rassegna della giurisprudenza che consente al cittadino italiano di costituire trust accentuando la italianizzazione del trust da Convenzione (L’Aja 1° luglio 1985, in virtù della l. 16 ottobre 1989, n. 364) a favore del *trust* e in particolare del “trust interno” trib. Milano, 27 dicembre 1996, ord.; trib. Genova, 24 marzo 1997, decr.; trib. Lucca, 23 settembre 1997, sent.; app. Milano, 6 febbraio 1998, sent.; pret. Roma, 13 aprile 1999, ord.; trib. Roma, 2 luglio 1999, ord.; trib. Bologna, 18 aprile 2000, decr.; trib. Chieti, 10 maggio 2000, ord.; trib. Firenze, 4 maggio 2000, decr.; app. Firenze, 9 agosto 2001, sent., a conferma trib Lucca; trib. Pisa, 22 dicembre 2001; trib. Perugia, 16 aprile 2002; trib. Milano, 29 ottobre 2002; trib. Verona, 8 gennaio 2003; trib. Roma, 4 aprile 2003; trib. Bologna, 16 giugno 2003; trib. Bologna, 1° ottobre 2003, n. 4545; trib. Parma, 21 ottobre 2003; trib. Firenze, 7 luglio 2004; trib. Trento, 20 luglio 2004; trib. Brescia, 12 ottobre 2004; trib. Venezia, 4 gennaio 2005; trib. Parma (sez. fall.), 3 marzo 2005; trib. Milano, 8 marzo 2005; trib. Trento (giudice tavolate), 7 aprile 2005; trib. Velletri, 29 giugno 2005; trib. Firenze, 2 maggio 2005; trib. Trieste, 23 settembre 2005; trib. Trieste (giudice tavolate), 7 aprile 2006; trib. Prato, 12 luglio 2006; trib. Bressanone (giud. tavolate), 16 agosto 2006; trib. Firenze, 20 ottobre 2006; trib. Saluzzo, 9 novembre 2006; trib. Reggio Emilia, 4 dicembre 2006; trib. Siena, 16 gennaio 2007; trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007; trib. Reggio Emilia, ufficio esecuzioni immobiliari, 14 maggio 2007, ord.; trib. Milano 10 luglio 2007;

contra: trib. Santa Maria Capua Vetere, 5 marzo 1999 e 14 luglio 1999 (secondo un autore, la disposizione portata dall’art. 13 non è indirizzata ai giudici, ma è norma che si rivolge agli Stati, N. Lipari, *Fiducia statica e trust*, in *I trusts in Italia oggi*, cit., pag. 76); trib. Belluno, 25 settembre 2002, decr.; trib. Napoli, 1° ottobre 2003; app. Napoli, 27 maggio 2004;

erroneamente si annovera tra le sentenze favorevoli anche trib. Milano, 21 novembre 2002 e la successiva, app. Milano, 20 luglio 2004, su cui, ora la Corte di Cassazione; a completamento, la giurisprudenza delle commissioni tributarie, anch’essa, più comprensibilmente, favorevole.

Poiché il legislatore domestico si è tenuto il “nome”, la questione è divenuta quella di individuare la figura giuridica che quel nome intende designare.

Non è stato di aiuto il legislatore tributario che, unico e solo, se si tralascia quello della legge di ratifica, ha emanato norme specifiche, ha comunque mantenuto il termine – esempio di *nomen sine iuris* – senza specificare quale avrebbe dovuto essere la fattispecie. Così non agevolando né l'interprete né l'operatore né l'utente.

Tuttavia, ne ha ulteriormente legittimato l'utilizzo. La giurisprudenza e la prevalente dottrina non hanno mostrato esitazione sulla legittima operatività dell'istituto, assumendo la legge di ratifica come “brecce di Porta Pia”. La stessa Corte di cassazione, sia pure in sede penale convalida lo schema di interpretazione: <<è risaputo infatti che l'istituto del “trust” di origine anglosassone, introdotto nel diritto comunitario europeo a seguito della Convenzione dell'Aia del 1°/7/85, ratificata dal Governo Italiano con legge 16/10/89 n. 364...>>⁴.

Se è così – e allo stato così è – l'unico significato che al termine *trust* si può e si deve attribuire è quello di individuare la figura giuridica per la quale un soggetto – detto “disponente” (o “settlor”, per coerenza terminologica) – trasferisca uno o più beni in *trust* e li intesti a nome del *trustee* (o di un'altra persona per conto del *trustee*) che li assume con l'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre, essendone stato appositamente investito del potere, secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge.

Una volta intestati a nome del *trustee* (o di un'altra persona per conto del *trustee*) i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*⁵.

Il fenomeno della intestazione è noto al nostro ordinamento e caratterizza la classe dei “negozi fiduciari” alla quale appartengono il *negozio fiduciario* per antonomasia⁶, il *mandato senza rappresentanza*, il *contratto di cui all'art. 1, legge 23*

Lo stesso giudice penale, in sede di legittimità, non ha eccepito l'avvenuta istituzione del trust interno da parte dell'imputato: Cass. pen., sez. VI, 30 dicembre 2004 n. 49974, anzi, proprio istituendo il *trust* si è reso colpevole del delitto di cui all'art. 388 cod. pen. Sulle decisioni italiane la dottrina inglese osserva che <<the Italian court's approach might be taken as encouragement for other civil law states not to invoke Article 13 too readily where the trust has a strong objective connection to a civil state (and the law of a trust state is chosen)>> (J. Harris, *The Hague Trusts Convention, Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford – Portland Oregon 2002, p. 353) e riporta in nota l'opinione di H. Verhagen secondo il quale la <<Lupoi's views “do not seem to have found much acceptance”>> (nota 1329)

⁴ Cass. pen., sez. VI 30 dicembre 2004

⁵ secondo la formulazione dell'art. 2 della Convenzione

⁶ per il quale, da ultimo si veda Cass., 25 giugno 2008, n. 17334, in *Società* 12/2008/.....con nota di F. Di Maio

novembre 1939, n. 1966⁷, l'atto di destinazione cod. civ. cui all'art. 2645-ter. Alla medesima classe appartiene il *trust*.

Similmente a quest'ultimo e a differenza del primo, nel *trust* l'investitura del *trustee* – il “potere” di cui alla Convenzione è “trasferimento per”, ovvero la destinazione ha una finalità o uno scopo: ha *finalità* se è a favore di uno o più *beneficiari*, ha *scopo* se non è indirizzato a un soggetto ma ha un oggetto, per esempio il finanziamento dell'impresa, lo *stock option*, il sindacato di voto o di blocco, la garanzia di continuità aziendale in seguito al recesso di un socio nelle società a responsabilità limitata e in genere per quelle a ristretta compagine sociale, il *financial project*, e via dicendo ma anche la assistenza a persone inabili e la beneficenza.

Il fascino del *trust* per il cittadino italiano risiede nell'affrancamento dalla responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 cod. civ.; che è stato anche, a lungo, uno dei principali elementi sui quali si è fondata la critica al cosiddetto “trust interno”.

Come ha assai ben sintetizzato la Corte di cassazione

<<*tale istituto è finalizzato nella maggior parte dei casi alla formazione di patrimoni separati rispetto a quello del disponente e si articola attraverso la devoluzione al fiduciario (c.d. "trustee"), **che ne accetta la piena proprietà**, di determinati beni del disponente, i quali di conseguenza diventano inaggregabili sia dai creditori personali del trustee, sia dai creditori del disponente*>>.

E' uno dei casi in cui si realizza la doppia separazione del bene-intestato, separazione dal patrimonio del disponente (o trasferente) e separazione dal patrimonio del trustee (o *fiduciario*, negli atti di destinazione).

La *garanzia*⁸ per il destinatario – beneficiario - o per la realizzazione dello scopo è data dai “termini del *trust*” e dalle “norme particolari imposte dalla legge”. Con il trasferimento in *trust* il disponente perde qualsiasi legittimazione sul bene intestato al trustee: se non fosse così non si sarebbe realizzata la separazione patrimoniale e rispetto a quel bene non sarebbe venuta meno la responsabilità di cui all'rt. 2740 cod. civ.

2. Se vogliamo trarre il primo punto fermo, di riferimento per noi professionisti, abbiamo che quando si dice *trust* si intende solo e soltanto la figura descritta dall'art. 2 della Convenzione. Ovvero, la Convenzione ha creato il *trust del modello Convenzione*.

Tutto il resto, in particolare i richiami all'origine, al *trust* anglosassone o inglese, è accademia; serve a far bella figura, a dar mostra di sé. Ma non risolve le questioni che pone *la convenzione*

⁷ salvata in extremis dalla abrogazione del cosiddetto “taglialeggi”, d-l. 22 dicembre 2008, n. 200

⁸ la classe dei “negozi fiduciari” è caratterizzata, oltre che dall'intestazione dalla possibilità di abuso da parte del fiduciario

sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento nel momento in cui il cittadino italiano intende avvalersene.

Se si vuole trovare il comune denominatore della giurisprudenza che, invaghita della novità, ha ammesso il cosiddetto *trust interno* si deve dire “l'**atto scritto** con il quale il cittadino (italiano) si spoglia di uno o più beni appartenenti al proprio patrimonio per trasferirli e intestarli al *trustee* destinandoli a favore di un beneficiario o realizzare uno scopo, secondo le indicazioni contenute nell'atto e, comunque, secondo la legge regolatrice (del *trust*)”.

Questo è l'altro elemento di critica (della minoranza) ma di intrinseca soluzione (della critica) fornita dal legislatore fiscale.

Perché sia *trust*, alla fine, deve essere previsto come tale da una legge, dalla legge di un Paese che conosce e regola il *trust*.

Se, dunque, come conferma ancora Cassazione <<l'istituto del "trust"..... non trova specifica disciplina nel nostro ordinamento civile, se non attraverso quelle norme del codice civile, che disciplinano i negozi giuridici dispositivi di beni mobili e immobili>>⁹ - massima, questa, che ben potrebbe essere utilizzata rafforzativamente nella interpretazione applicativa della regola posta dall'art. 2645-ter cod. civ. – la realizzazione domestica del *trust* prevede (i) *disponente* italiano, (ii) *trustee* italiano, (iii) *beni* italiani, (iv) *beneficiari* italiani, (v) **legge straniera**. Questo è il *trust modello trust interno*.

3. La scelta della legge comporta alcuni disagi che non sempre sono stati avvertiti da coloro che hanno utilizzato questa figura giuridica: la lingua (quasi sempre l'inglese), il significato dei termini della legge, i vincoli posti da ciascun Paese.

Tra gli ultimi, gli eventuali requisiti per ricoprire l'ufficio di *trustee* e la eventuale obbligatorietà della registrazione dell'atto istitutivo o dei beni in *trust*.

4. Per rendere più accessibile la figura *trust* si è pensato a una legge in lingua italiana: a differenza della vicina Francia¹⁰ in Italia non si è neppure posto il confronto sulla opportunità di una legge sul *trust*¹¹.

Ne ha approfittato la inclusa Repubblica di San Marino. A distanza di tempo ha fatto seguito la Svizzera, avendo constatato la diffusione che l'istituto stava avendo sul suo stesso territorio.

Nessuna delle due discipline, purtroppo, è utilizzabile per il *trust interno*. La prima per il doppio vincolo del requisito del *trustee* e della registrazione del *trust*. La seconda perché, a differenza della

⁹ Cass. pen. cit.

¹⁰ la *LOI n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*, ha scelto una sorta di *trust* di autarchica memoria, che, nonostante la quasi immediata modifica della legge, è un ibrido tra la fiducia di romana memoria e il *trust* da Convenzione, senza avere gli effetti dell'uno e solo alcuni, e assai limitati, vantaggi dell'altro

¹¹ i due unici tentativi sono falliti sul nascere

prima, non si è concretizzata in uno specifico testo normativo: il trust è quello da Convenzione i cui principi sono stati sussunti dalla legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato.

Come chiariranno i Relatori che mi seguiranno, la Convenzione de L'Aja si sta confermando all'interno della Comunità, sia pure con diversi accenti e con maggiore o minore entusiasmo. Il mio personale favore va alla efficace sintesi del legislatore lussemburghese.

Tuttavia, non una di queste è utilizzabile dal *trustee* domestico. Dagli ordinamenti dei Paesi Ce questi può scegliere tra la legge inglese e quella di uno dei "paradisi" che abbiano accolto il principio dello scambio di informazioni, inclusi nella cosiddetta *white list*. Questi hanno adottato un terzo tipo il *trust modello internazionale*.

Le due leggi in lingua italiana (ma non italiane) possono servire come guida per comprendere i meccanismi ai quali rimanda l'art. 6 della Convenzione, ma non per il trust interno.

5. Per questa finalità la legge della repubblica di San Marino è la più indicata.

La legge 17 marzo 2005, n. 37, in buona parte propone il trust modello internazionale, ricalca gran parte delle norme che compongono la legge *Trust (Jersey) Law, 1984* come modificata da *Trusts (Amendment n. 4) Law, 2006*

TITOLO I

DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 1 (Definizioni)

Art. 2 (Nozione di trust)

Art. 3 (Ambito di applicazione della legge)

Art. 4 (Legge regolatrice e riconoscimento dei trust esteri)

Art. 5 (Giurisdizione della Repubblica di San Marino in materia di trust)

TITOLO II

I TRUST

Capo I Dell'istituzione, della durata e della Invalidità del trust

Art. 6 (Istituzione del trust)

Art. 7 (Trust di scopo)

Art. 8 (Estratto dell'Atto istitutivo)

Art. 9 (Registro dei Trust della Repubblica di San Marino)

Art. 10 (Durata del Trust)

Art. 11 (Invalidità del Trust)

Art. 12 (Beni in trust)

Art. 13 (Separazione patrimoniale e vincolo di destinazione)

Capo II – Della modifica, della revoca e della Estinzione del trust.

Art. 14 (Modifica dell'atto istitutivo del trust)

Art. 15 (Revoca del trust)

Art. 16 (Estinzione del Trust)

Art. 17 (Distribuzione dei beni in trust)

TITOLO III

PARTE 1

1. Interpretazione dei termini.

2. Esistenza del trust.

3. Riconoscimento del trust ad opera della legge di Jersey.

4. Legge regolatrice del trust.

5. Competenza della Corte.

PARTE II

Disposizioni applicabili solo ad un trust di Jersey

6. Applicazione della parte II

Istituzione, validità e durata del trust

7. Istituzione del trust.

8. Beni che possono essere posti in trust.

8A. Trasferimento di beni in trust.

9. Beneficiari del trust.

10. Validità di un trust di Jersey.

11. Durata di un trust di Jersey.

Nomina, dimissioni e revoca del trustees

12. Numero dei trustees.

13. Nomina giudiziale di un trustees ulteriore.

14. Divieto di rinuncia dopo l'accettazione.

15. Dimissioni o revoca del trustee.

16. Posizione dei trustees superstiti in caso di riduzione di numero.

Obblighi dei trustees

17. Obblighi dei trustees.

18. Obbligo dei trustees di agire congiuntamente.

19. Imparzialità dei trustees.

DEI SOGGETTI DEL TRUST

Capo I – Del trustee

Sezione I

Della nomina e dell'autorizzazione all'esercizio dell'ufficio

Art. 18 (Dell'accettazione e del rifiuto della nomina nell'ufficio di trustee)

Art. 19 (Trustee autorizzati trustee qualificati)

Art. 20 (Nomina del nuovo trustee)

Sezione II – Degli obblighi del trustee

Art. 21 (Buona fede e diligenza nell'adempimento)

Art. 22 (Tutela dell'integrità dei beni in trust)

Art. 23 (Gestione dei beni in trust)

Art. 24 (Conflitto di interessi e vantaggio patrimoniale)

Art. 25 (Obbligo di imparzialità)

Art. 26 (obbligo di riservatezza nei confronti dei terzi)

Art. 27 (Contabilità ed inventario)

Art. 28 (Comunicazioni)

Art. 29 (Libro degli eventi)

Art. 30 (Adempimenti a fini di pubblicità)

Art. 31 (Obblighi di co-trustee)

Sezione III – Dei poteri del trustee

Art. 32 (Poteri del trustee)

Art. 33 (Potere di consultazione)

Art. 34 (Potere di delega)

Art. 35 (Forma e contenuto dell'atto di delega)

Art. 36 Potere di disporre i beni in trust)

Art. 37 (Potere di assicurare i beni in trust)

Art. 38 (Potere di effettuare anticipazioni a favore del beneficiario)

Art. 39 (Potere di accumulare frutti e proventi)

Art. 40 (Compenso, costi e spese del trustee)

Sezione IV – Della cessazione del trustee e del trasferimento dei beni in trust

Art. 41 (Cessazione del trustee dall'ufficio)

Art. 42 (Trasferimento dei beni in trust)

Art. 43 (Consegna di atti e documenti)

Sezione V – Della responsabilità del trustee

Art. 44 (Inadempimento degli obblighi previsti dalla legge e dall'atto costitutivo)

Art. 45 (Responsabilità dei co-trustee)

Art. 46 (Responsabilità solidale del beneficiario)

Art. 47 (Esonero da responsabilità)

Art. 48 (Prescrizione)

Art. 49 (Responsabilità del trustee per le obbligazioni contratte verso i terzi)

Capo II – Del Beneficiario

Art. 50 (Nozione)

Art. 51 (Diritti del beneficiario)

Art. 52 (Rinuncia, differimento dell'attribuzione ed estinzione del trust per volontà dei beneficiari)

Art. 53 (Atti di disposizione della posizione giuridica di beneficiario a favore di terzi)

Capo III – Del Guardiano

Art. 54 (Ufficio del Guardiano)

TITOLO IV

DEI POTERI DEL TRIBUNALE

Art. 55 (Poteri del Tribunale)

Art. 56 (Azione cautelare)

Poteri generali dei trustees

20. Poteri dei trustees.

21. delega rilasciata dal trustee.

22. Compensi e spese del trustee.

23. Poteri di distribuzione.

24. Trustee società che agisce mediante delibere.

25. Rifiuto del trustee di esibire documenti.

Responsabilità per violazione del trust

26. Responsabilità per violazione del trust.

27. Trustee che agisce per più di un trust.

28. Affari del trustee con terzi.

29. *Constructive trust*.

30. Posizione dei trustees uscenti.

Trust protettivi; class interests di una categoria di persone e poteri

31. *Spendthrift or protective trust*.

32. *Class interests*.

33. Potere di modificare le disposizioni del trust.

34. Potere di accumulation e di advancement.

35. Potere di assegnazione.

36. Potere di revoca.

37. Potere di modificare la legge regolatrice.

Impossibilità di raggiungere lo scopo, estinzione e termine del trust

38. Impossibilità di raggiungere lo scopo o estinzione del diritto.

39. Termine di un trust di Jersey.

Poteri della Corte

40. Nomina di un trust residente.

41. Potere di esonerare il trustee da responsabilità personale.

42. Potere di soddisfarsi sui beneficiari per le violazioni del trust.

43. Modifica delle disposizioni contrattuali di un trust di jersey da parte della Corte, approvazione di particolari transazioni.

Parte III

Norme applicabili ad un trust straniero

44. Applicazione della parte III.

45. Esecutività di un trust straniero.

Parte IV

Norme di generale applicazione

46. Applicazione della parte IV.

47. Ricorso e poteri della Corte.

48. Esecuzione degli atti per ordine della Corte

49. Pagamento di spese.

50. Natura della proprietà del trustee, diritto di seguito sui beni del trust e insolvenza del trustee.

51. Protezione delle persone che contrattano con il trustee.

52. Responsabilità degli amministratori di un trust società (*corporate trustee*)

53. Limiti alle azioni giudiziali e prescrizione.

Parte V

Disposizioni finali

54. Applicazione di questa Legge.

55. Disposizioni di salvaguardia.

56. Regole giudiziarie.

Art. 57 (Azione di separazione)

57. Breve rubrica

TITOLO V

DIPOSIZIONI APPLICABILI SOLO AI TRUST

ESTERI

Art. 58 (Forma degli atti istitutivi del trust esteri nel Registro dei trust della Repubblica di San Marino)

TITOLO VI

DISPOSIZIONI PENALI

Art. 59 (Esercizio abusivo dell'ufficio di trustee)

Art. 60 (Sottrazione o distrazione di beni in trust)

Art. 61 (Conflitto di interessi)

Art. 62 (Violazione dell'obbligo di rendicontazione)

Art. 63 (Falsità nelle scritture contabili relative al trust)

TITOLO VII

DISPOSIZIONI FINALI

Art. 64 (Adempimenti relativi alla registrazione e al deposito di atti)

Art. 65 (Entrata in vigore)

Si segnalano: la “nozione di *trust*”: “*trust* con beneficiari” e “*trust* di scopo”; le modalità della istituzione o costituzione del *trust*; la durata; i doveri del *trustee*; la *riservatezza* e la *disclosure*; la responsabilità e l'esonero da responsabilità del *trustee*; i requisiti del *trustee*; il *protector*.

Meno interessanti, le norme sulla “*registrazione del trust*”; sul “registro dei verbali del *trust*”.

6. Il *Decreto federale* della Svizzera del 20 dicembre 2006, come recita la rubrica, *approva e traspone nel diritto svizzero la Convenzione dell'Aia relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento*.

I suoi elementi essenziali sono:

a. *la legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato è modificata come segue:*

per trust s'intendono i trust istituiti con atto giuridico ai sensi della Convenzione dell'Aia del 1°luglio 1985 relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento, indipendentemente dal fatto che siano stati provati per scritto conformemente all'articolo 3 della Convenzione;

b. *il diritto applicabile ai trust è regolato dalla Convenzione dell'Aia;*

c. *se i beni in trust sono iscritti a nome dei trustee nel registro fondiario, nel registro del naviglio o nel registro aeronautico, l'esistenza di un rapporto di trust può essere oggetto di una menzione;*

d. *i rapporti di trust inerenti a diritti immateriali registrati in Svizzera sono iscritti su domanda nei rispettivi registri;*

e. se non è menzionato nè iscritto, il rapporto di trust è inefficace nei confronti dei terzi in buona fede;

f. la legge federale dell' 11 aprile 1956 sulla esecuzione e sul fallimento è modificata come segue:

Titolo nono-bis: Disposizioni speciali relative ai rapporti di trust

- L'esecuzione per debiti per cui rispondono beni in trust... dev'essere diretta contro un trustee, in qualità di rappresentante del trust.

- Il luogo dell'esecuzione è la sede del trust ai sensi dell'articolo 21 capoverso 3 LDIP. Se il luogo designato dell'amministrazione non si trova in Svizzera, l'esecuzione del trust deve avvenire nel luogo in cui il trust è amministrato effettivamente.

- L'esecuzione si prosegue in via di fallimento. Il fallimento verte unicamente sui beni in trust.

- In caso di fallimento di un trustee i beni in trust vengono separati dalla massa del fallimento, previa deduzione delle pretese del trustee su di essi.

7. Un cenno va fatto sull'ufficio di trustee, in particolare sulla condotta e sugli obblighi che gli incombano, poiché se ne sono occupati il tribunale e la corte di appello di Milano nonché la corte di cassazione: la motivazione migliore è quella del primo giudice¹², tuttavia va ricordato quanto ha deciso la Corte di Cassazione:

<<non si sostanzia ed esaurisce nel compimento di un singolo atto giuridico (come nel mandato), bensì in una attività multiforme e continua che deve essere sempre improntata a principi di correttezza e diligenza. Non a caso, le norme di cui all'art. 334, in tema di usufrutto legale, e art. 183, in tema di comunione legale, contemplano la possibilità della revoca per aver "male amministrato" : formula, necessariamente generica e lata, che può concretarsi non solo per effetto di specifiche violazioni di legge, ma anche quando l'assolvimento della funzione non sia, nel complesso, improntato alla diligenza richiesta dalla natura fiduciaria dell'incarico, così da riuscire lesivo degli interessi che l'istituto mira a proteggere. In quest'ottica l'allegazione di singoli fatti si configura quale prova della negligenza - o, come nella specie, della mancanza di collaborazione tra

¹² in *Contratti*, 10/203 921 ss., con nota di F. Di Maio

coamministratori, ridondante perfino in ostruzionismo - piuttosto che quale causa petendi di un diritto eterodeterminato (come, tipicamente, un diritto di credito), la cui variazione comporti mutatio libelli>>¹³.

8. Chi si occupa di *trust*, qualunque veste egli indossi, non può ignorare che è uno degli istituti all'attenzione del Gafi - Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale, la cui azione ha indirizzato la direttiva comunitaria e questa il legislatore nazionale: le famose Quaranta Raccomandazioni (*The Forty Recommendations*) dedicano un apposito Allegato - *Annex 5* – al *trust* e alla specificità dei principali tipi in cui può realizzarsi.

Nel momento in cui, nella nostra veste di professionisti, pensiamo di proporre al nostro cliente di risolvere il caso che ci sottopone avvalendosi del *trust* da Convenzione, dobbiamo avere ben presente che è materia dell'Archivio unico informatico o cartaceo, che sia.

Se il cliente è un *trust* sorge questione sul soggetto tanto da identificare quanto da avere come titolare effettivo. Per il *trustee*, così come per il professionista vuoi richiesto di predisporre l'atto istitutivo vuoi richiesto di consulenza in tema, il soggetto da identificare è il *disponente*.

Titolare effettivo o *beneficial owner*, è, sempre per entrambe le classi di obbligati, il *beneficiario* designato nell'atto istitutivo del *trust*.

Per la banca presso la quale il *trustee* apre l'eventuale conto corrente o il deposito di titoli e per l'intermediario che svolge i servizi di investimento al quale si rivolga il *trustee*, i soggetti da identificare sono tanto il *trustee* quanto il *beneficiario*. Nei *trust* con beneficiario non identificato, il *discretionary trust*, si identifica il *disponente*.

9. La scelta è tra il c.d. *trust interno* e il *trust internazionale* o *trust da Convenzione* per chi necessiti, o desideri, il massimo grado di **riservatezza**. Necessità o desiderio che non è di per se stesso indice di illiceità.

L'intermediario non residente non è tenuto alla comunicazione alla Anagrafe dei rapporti e Anagrafe tributaria di cui all'art. 7, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 605 ed è tenuto ad adempiere l'antiriciclaggio nel Paese d'origine.

E' ben vero che il professionista residente dovrà individuare, valutare e registrare ma risponde soltanto per indagini attinenti al riciclaggio e all'indagine sullo specifico soggetto.

Assumendo, pertanto, come esclusa qualsiasi situazione di illiceità rilevante all'accertamento del riciclaggio, la *riservatezza* è piena.

¹³ Cass. Sez. I, 13 giugno 2008, n. 16022, con nota di F. Di Maio in corso di pubblicazione

Il trust “interno” tra Convenzione dell’Aja del 1985 e diritto comunitario: verso il superamento della rilevanza di un aggettivo.

di MARCO FRIGESSI DI RATTALMA

Professore Ordinario di Diritto dell’Unione Europea Università di Brescia – Avvocato in Milano

I brillanti Organizzatori di questo bel Convegno mi hanno chiesto di parlare del trust c.d. “interno” nel sistema della Convenzione dell’Aja del 1° luglio 1985. I cultori della materia conoscono e apprezzano l’importanza cruciale della Convenzione per l’istituto del trust. La sua funzione è stata quella di garantire la circolazione internazionale di quello che, come è noto, è stato definito il più strano “animale giuridico” partorito dall’esperienza di common law, e ciò con particolare riguardo agli stati come il nostro che non regolano il trust e per i quali, quindi, fino all’entrata in vigore della Convenzione il trust costituiva addirittura l’archetipo delle istituzioni sconosciute.

Quindi, la Convenzione nasce con la nobile finalità di creare un ponte tra due mondi giuridici molto diversi, quello di common law e quello di civil law, due mondi che, per quanto resi meno disomogenei dalla comune integrazione europea comunitaria, rimangono ancor oggi – come ben sanno sia i teorici che i pratici - distinti e separati.

La Convenzione nasce, quindi, per garantire innanzitutto l’uniformità giuridica tra gli stati contraenti della Convenzione nel senso che essa vuole favorire la continuità ad una determinata realtà giuridica, quella appunto denominata trust, quando essa “esca” dal suo sistema di origine, quello di common law, per compiere atti giuridici nel sistema di destinazione di civil law. Fine ultimo è quello di garantire una uguale valutazione giuridica della medesima fattispecie, garantendo validità ed efficacia agli atti compiuti dal trust nell’interesse anche di una sempre maggiore e

più efficiente libertà degli scambi e dei rapporti economici internazionali.

La realtà della Convenzione vede oggi parti ben 12 Stati. Tra questi di grande rilievo è, evidentemente, la presenza del Regno Unito, da una parte, e della Svizzera, dell'Italia e dei Paesi Bassi, dall'altra.

E' noto che la necessità dello strumento pattizio nasce, *in primis*, dalla grave difficoltà per i sistemi di civil law di cogliere e di accogliere l'effetto segregativo e la complessa e sfaccettata struttura triangolare su cui si impernia il trust. Ciò ha reso necessario non solo la previsione di norme strumentali ed indirette quali sono tipicamente le norme di conflitto (vedremo poi in particolare agli artt. 6 e 7 della Convenzione) ma anche l'espressa previsione di norme materiali e dirette, dette di diritto privato uniforme, volte a consacrare in modo preciso e non equivocabile gli effetti tipici del trust.

La mente corre all'art.11 della Convenzione che opportunamente delinea i lineamenti tipici e coessenziali dell'istituto. Fondamentale è quindi l'affermazione che i beni conferiti in trust e dunque fuoriusciti dalla proprietà del settlor restano segregati rispetto al patrimonio del trustee. Da ciò la fondamentale conseguenza che i creditori personali del trustee non possono soddisfarsi sui beni conferiti nel trust.

Questo effetto segregativo deve in linea di principio essere riconosciuto da tutti gli stati contraenti ed è proprio nel reciproco riconoscimento che si risolve la portata principale della Convenzione dell'Aja. A ciò deve però aggiungersi, per la rilevante importanza, il dovere, che nel nostro paese coinvolge principalmente i conservatori dei registri immobiliari, di consentire la trascrizione della qualifica di trustee accanto al nominativo dell'acquirente (art. 12 Convenzione Aja).

Naturalmente, l'effetto segregativo a sua volta riposa sulla legge applicabile al trust e dunque innanzitutto sulla legge scelta

dal disponente. Invero l'art. 6 della Convenzione espressamente consente al settlor di scegliere la legge applicabile. Normalmente tale scelta sarà contenuta nell'atto costitutivo del trust (trust deed). Si noti bene che il costituente è libero di scegliere qualsiasi legge, purché beninteso si tratti di un trust-state (cioè di una legislazione che disciplina il trust), e quindi lo stesso settlor può validamente scegliere come legge regolatrice anche una legge che non presenti alcuna connessione oggettiva con la fattispecie. Ciò si arguisce sia dalla carenza di limiti sul punto nello stesso art. 6, sia dai lavori preparatori ed in particolare dalla relazione del Collega Prof. Von Overbeck che accompagna la Convenzione dell'Aja.

Peraltro ove il disponente dovesse erroneamente scegliere quale legge regolatrice quella di un non trust state (per es. quella italiana) l'errore non sarebbe poi così grave posto che per tale ipotesi l'art. 6 comma 2, prevede l'applicazione della legge indicata dall'art. 7, ossia quella dello stato con il quale il trust presenta i collegamenti più stretti.

Orbene l'art. 7 interviene appunto nell'ipotesi che il disponente non abbia scelto la legge oppure in caso di scelta della legge di un non-trust-state, disponendo che in tale caso il trust sarà regolato dalla legge con la quale ha collegamenti più stretti.

Trattasi di un criterio utile, ma molto flessibile e assai generico. Per cui opportunamente la norma si cura poi di adjuvare l'interprete con l'indicazione di alcuni indizi sintomatici di stretto legame. Assumono dunque rilievo in particolare: il luogo di amministrazione del trust scelto dal disponente, l'ubicazione dei beni in trust, la residenza del trustee, lo scopo del trust ed il luogo dove tale scopo deve essere realizzato.

A tale ultimo riguardo rileverà, per esempio, il luogo dove il beneficiario otterrà la rendita prevista nell'atto di trust.

E' importante anche notare come la legge che regola il trust determini in particolare la validità, l'interpretazione, gli effetti e l'amministrazione del trust. D'altra parte, si deve tener ben

distinto da ciò l'atto di conferimento dei beni in trust (che potrà essere un testamento, un atto di liberalità od un contratto). Si noti bene che giusto l'art. 4 della Convenzione tale accordo internazionale non regola tale profilo, che resta regolato quindi dal diritto internazionale privato del Giudice adito. In Italia quindi, trattandosi di un trust testamentario, si dovrà individuare la legge regolatrice dell'atto di disposizione in base all'art. 46 della legge n. 218 del 31 maggio 1995 ("Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato") che richiama la legge nazionale del *de cuius*. Trattandosi di contratto, occorrerà fare riferimento al regolamento comunitario detto Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

Come si è cercato di chiarire il riconoscimento del trust non costituisce altro che la preservazione delle caratteristiche proprie del trust da parte e negli ordinamenti-non- trust in cui esso venga ad operare.

Naturalmente il fatto che l'atto di trasferimento in trust determini la perdita della proprietà del bene in capo al settlor e al contempo non determini la piena proprietà del bene (nel senso di civil law) in capo al trustee, ha fatto scattare comprensibili preoccupazioni da parte degli Stati di civil law durante il negoziato che ha condotto alla Convenzione. A ciò si aggiunga che sovente gli Stati di common law contengono delle discipline segnatamente in materia di diritto di famiglia e di successioni che si ispirano a concezioni ed a politiche molto diverse rispetto a quelle che sottendono ai corrispondenti istituti di civil law. Basti pensare all'estrema libertà di cui gode il testatore nei sistemi di common law e alla assai rigida disciplina in materia prevista negli ordinamenti di civil law (si pensi all'istituto della legittima prevista dalla nostra disciplina codicistica). Di qui la previsione all'art. 15 di numerose limitazioni all'applicazione della legge del trust. Per restare in tema di successioni, l'art. 15 prevede appunto alla lettera c) che <<La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle

disposizioni della legge designata dalle norme di conflitto del foro quando non si possa derogare ad esse mediante un atto volontario, in particolare nelle seguenti materie:... “testamenti ed devoluzione ereditaria, in particolare la legittima” >>.

In considerazione di ciò, ne segue che qualora un testamento preveda una devoluzione a favore di un trust, la stessa sarà soggetta – ove la legge applicabile alla successione sia quella italiana in virtù dell’art. 46 legge n. 218 del 1995 – ai limiti previsti dall’art. 554 cod. civ., con la conseguenza che un’eventuale eccedenza della quota disponibile potrà dar luogo ad una riduzione ai sensi dell’art. 557 ss. cod. civ.

Si noti che un’analoga deroga alla legge che regola il trust è poi prevista per altre materie particolarmente delicate ed incidenti su aspetti che gli stati continuano a considerare afferenti al nucleo dei valori ordinamentali nazionali non permutabili: la protezione dei minori e degli incapaci, gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio, il trasferimento della proprietà e delle garanzie reali, la protezione dei creditori in caso di insolvenza, la protezione dei terzi di buona fede.

Ove per effetto dei criteri di collegamento previsti dal diritto internazionale privato italiano risulti applicabile la legge italiana, allora l’interessato sarà legittimato ad invocare, davanti al giudice italiano competente, l’applicazione delle norme imperative della legge italiana in luogo della legge regolatrice del trust.

Come si può agevolmente notare l’art. 15 introduce quindi un bilanciamento rispetto al pur pieno riconoscimento del trust. Esso agisce al fine di raggiungere un equilibrio tra apertura verso l’istituzione “sconosciuta” e necessità di preservare alcuni assetti normativi ritenuti fondamentali.

E’ in questo contesto che occorre ora passare a valutare la questione della legittimità del trust interno. Al riguardo occorre partire da un dato normativo, quello sancito dall’art. 11, per il

quale un trust istituito in conformità alla legge individuata dall'art. 6 o dall'art. 7 è riconosciuto come trust.

E' solo in via di deroga a tale principio generale che l'art. 13 pone una eccezione, che come tale dovrà essere oggetto, in base ai principi generali, di stretta interpretazione. Stabilisce dunque l'art. 13 che *“Nessuno stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi significativi, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di amministrazione del trust o della residenza abituale del trustee, siano collegati più strettamente alla legge di stati che non prevedono il trust”*.

Questa disposizione riguarda dunque il cd. trust interno ad un dato ordinamento, ossia quel trust, che a prescindere dagli elementi dipendenti dalla volontà delle parti, è integralmente localizzato in un dato ordinamento (rispetto al quale appare, appunto, “interno”).

Non internazionalizzerebbe dunque la fattispecie la presenza dei seguenti elementi dipendenti dalla volontà del costituente: la scelta della legge di un trust state, la ubicazione della residenza del trustee in un ordinamento siffatto ed, ancora, l'amministrazione del trust in un trust state.

La clausola consentirebbe di rifiutare il riconoscimento di un trust che sia oggettivamente localizzato in un non-trust-state, e ciò per essere i beni localizzati in tale stato, e soprattutto per avere i soggetti interessati ed in particolare il beneficiario la cittadinanza e/o la residenza in un non trust state.

Ora devo subito dire che questa disposizione appare eccessiva. Si è già detto come la Convenzione già contenga una relevantissima disposizione volta ad equilibrare l'esigenza di fondo della Convenzione del riconoscimento del trust con le esigenze degli stati-non-trust, quali l'Italia. Si tratta del sopra ricordato art. 15 che già costituisce un'importante valvola di sicurezza.

La natura veramente superflua dell'art. 13 si spiega ancor di più se si considera che vi sono altri due articoli nella Convenzione

che, ulteriormente, consentono di difendere le ragioni dei non-trust-states. Si tratta dell'art. 16 e dell'art. 18. Quest'ultima contiene la classica clausola dell'ordine pubblico in virtù della quale il giudice dello stato potrà non applicare la legge straniera ove essa sia contraria ai principi fondamentali del foro (principi costituzionali, *in primis*). L'art. 16, a sua volta, fa salve le norme di applicazione necessaria del foro, ossia quelle norme imperative che si applicano anche in casi contrassegnati da elementi di internazionalità.

Il giudice ha così a disposizione un imponente armamentario per prevenire eventuali gravi antinomie. Di talché, l'art. 13 appare veramente un sovrappiù.

In ogni caso sull'art. 13 vanno tenuti presenti i seguenti punti:

- 1) In primo luogo noto che esso *non impone* affatto il non riconoscimento del trust interno, ma si limita a *consentire* tale non riconoscimento. Del resto, ciò è coerente con quanto sancito all'art. 14 ossia che la Convenzione non costituisce ostacolo all'applicazione di norme di legge nazionali maggiormente favorevoli al riconoscimento del trust. Questo *favor* per il trust legittima dunque un'interpretazione riduttiva e persino abrogativa dell'art. 13 (che, come detto, "di suo", non impone alcun obbligo agli Stati contraenti).
- 2) In secondo luogo, a me sembra che l'art. 13 riferendosi allo Stato e prevedendo dunque che lo Stato possa disconoscere il trust interno, esso abbia inteso rimettere ad un'eventuale disposizione di legge *ad hoc* l'ipotesi del disconoscimento del trust interno. In altre parole la lettera della norma sembra escludere che il giudice possa, in mancanza – come è oggi in Italia - di una legge ordinaria specificamente volta

a fare utilizzo della facoltà di disconoscimento astrattamente resa possibile dall'art. 13, rifiutare il riconoscimento del trust interno.

- 3) In terzo luogo, l'art. 13 non chiarisce quali siano “*gli elementi significativi*” cui occorra fare riferimento per stabilire se il trust sia effettivamente un trust interno. Esso si limita a privare di rilevanza i criteri dipendenti dalla volontà del costituente e null'altro. Da ciò segue che, più si allarga il concetto di “elementi significativi”, più si rende elevata la probabilità che un dato trust non sia considerato interno. Così, si può per esempio ritenere che sia sufficiente ad internazionalizzare il trust il fatto che il luogo in cui debbano essere eseguite le obbligazioni incombenti al trustee a favore del beneficiario riconduca ad un trust-state.
- 4) In quarto luogo, si deve notare come a stretto rigore l'art. 13, costituendo una deroga all'art. 11, dovrebbe in realtà essere chiamato a funzionare unicamente quando si tratti di un'effettiva questione di riconoscimento. La stessa struttura dell'art. 13 sembra piuttosto privilegiare l'ipotesi per la quale un trust state non sarebbe tenuto a riconoscere un trust che sia interno all'ordinamento di un non trust state. Peraltro non è questa l'interpretazione prevalente. Infatti secondo la maggioranza degli esperti, l'art. 13 funzionerebbe anche nella direzione opposta: ossia non riconoscimento di un trust sottoposto ad una legislazione di un trust state in seno ad uno stato non trust, quale l'Italia.
- 5) In quinto luogo, ed in ogni caso, si pone un argomento molto rilevante contro la perdurante applicabilità dell'art. 13: ed, infatti, se applicato in modo indiscriminato l'art. 13 creerebbe un'inaccettabile disparità di trattamento tra

cittadini italiani e di altri Stati. Un cittadino, ad esempio, inglese potrebbe liberamente costituire un trust su beni in Italia mentre lo stesso non potrebbe fare un cittadino italiano. Ciò è palesemente incettabile. Sono evidentemente note a chi scrive le pronunzie di legittimità che hanno a giustificato – peraltro in fattispecie che non mettevano in gioco un trust - che le disparità di trattamento causate per effetto dell’operare dei criteri di collegamento sarebbero giustificate dalla internazionalità del rapporto. Eppure a chi scrive sembra prevalente il dato comunitario che vieta qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza e, di fatto, l’art. 13 porta con sé questa discriminazione. Anche importante è la giurisprudenza costituzionale che, come noto, ha giudicato che le discriminazioni alla rovescia, ossia quelle situazioni in cui per effetto di una legge italiana i cittadini e le imprese italiane sono trattate peggio degli omologhi di altri Stati membri dell’UE, danno luogo a violazione del principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Costituzione e devono pertanto condurre alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge italiana. Di fatto la Convenzione, l’ho chiarito sopra, non impone di disconoscere il trust interno e allora mi pare ampiamente sostenibile che l’art. 3 Costituzione imponga un’interpretazione adeguatrice, che consenta di affermare la validità e la legittimità della creazione di un trust da parte di cittadini italiani in situazioni in cui ciò sia consentito a cittadini di altri Stati membri dell’UE.

Fortunatamente e saggiamente, dunque, la giurisprudenza è largamente favorevole ad ammettere il trust interno ed in questo contesto si può ricordare la sentenza del Tribunale di Brescia del 2004 (n. 4185) che ha scelto un’interpretazione moderna dell’art. 13, notando come la disposizione in esame costituisca norma

residuale e di chiusura. In buona sostanza essa dovrebbe essere applicata solo quando, nelle circostanze date, non vi sia alcuna ragionevole e legittima motivazione per l'utilizzo del trust.

Un'ultima avvertenza. Nel sistema inglese si è data attuazione alla Convenzione senza riprendere l'art. 13. Ciò significa che nel Regno Unito il giudice riconoscerà un trust interno "italiano" come valido ed efficace. Inoltre, in base ai principi generali che regolano i rapporti tra giurisdizioni europee, la sentenza del giudice inglese che ha ritenuto valido quel trust dovrà quindi essere riconosciuta ed eseguita in Italia non potendo, come noto, il giudice richiesto dell'esecuzione sindacare la legge applicata dal giudice di altro stato membro per decidere la lite. Pertanto l'intrinseca debolezza dell'art. 13 appare in tutta la sua portata se si considera che la legittima previsione di una clausola di proroga a favore della giurisdizione inglese, consentita dal regolamento comunitario n. 44 del 22 dicembre 2000 (c.d. Bruxelles I), determina la sostanziale disapplicazione, anche in Italia, dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja. A mo' di chiosa si potrebbe dire che i principi e le norme comunitari internazionalizzano essi stessi il trust interno e superano i limiti di riconoscimento del trust sanciti dalla Convenzione dell'Aja.

Bibliografia:

BERTI, *Trusts and Lugano Convention- Does it Matter ?*, in VOGT, *Disputes Involving Trusts*, Basel, 1999, p. 9 ss.

BRESH, Nota a Tribunale di Oristano, 15 marzo 1956, in *Int. Comp. Law Quaterly*, 1957, p. 169 ss.

BRIGGS, *Trusts of Land the Brussels Convention*, in *Law Quarterly Rev.*, 1994, p. 526 ss.

BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in BENVENUTI (a cura di), *I trust in Italia oggi*, Milano, 1996, p. 11 ss. e, con l'aggiunta di una *Postfazione*, in *Jus*, 1997, p. 11 ss.

BROGGINI, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 399 ss.

CALO', *Dal probate al family trust. Riflessi ed ipotesi applicative in diritto italiano*, Milano, 1996.

CALVO, *La tutela dei beneficiari nel "trust" interno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 32 ss.

CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 773 ss. e in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 145 ss.

CASSONI, *Il "trust" anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento*, in *Giur. it.* 1986, I, 2, 754 ss.

CHESHIRE and NORTH'S, *Private International Law*, 14th ed., London, 2008.

CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, lezioni del 1933, tradotte da C. Grassetti, ristampate con introduzione di Corapi, Torino, 1998;

Conference de La Haye de droit international privé. Actes et documents de la Quinzième session, t. II, *Trust. Loi applicable et reconnaissance*, La Haye, 1985.

CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001,

CONTALDI, *La Convenzione di Bruxelles e il trust. Brevi note sull'interpretazione dell'art. 16, n. 1, della Convenzione di Bruxelles*, in *Giust. Civ.*, I, p. 1531 ss.

CORRAO, Artt. 16, 18 in GAMBARO, GIARDINA, PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*.

DI CIOMMO, *Brevi note in tema di azione revocatoria, "trust" e negozio fiduciario*, in *Foro it.*, I, 1999, 1470 ss.

DI CIOMMO, *La Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 ed il cd. Trust interno*, in *Temì romana*, 1999, 799 ss.

DI MAIO, *Amministrazione fiduciaria di beni: quale fiducia?*, *Le Società*, 14(3), 1995

DIAMOND, *The Trust in English Law*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 289-308.

DICEY & MORRIS, *The Conflict of LAWS*, 13th ed., London, 2000.

DUFFETT, *Using Trusts in International Finance and Commercial Transactions*, in *Journal of International Trust and Corporate Planning*, 1992, 1, p. 23.

FRATCHER, *Trust*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI, *Property and Trust*, Ch. 11, Tubingen, The Hague, Paris, 1973.

FRIGESSI DI RATTALMA, *La competenza giurisdizionale in materia di trust nel regolamento comunitario n. 44/2001*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 783 ss.

FUMAGALLI, *La Convenzione dell'Aja sul trust e il diritto internazionale privato italiano*, in *Dir. comm. int.*, 1992, p. 533.

FUMAGALLI, Artt. 4,5,13,14, in GAMBARO, GIARDINA, PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, cit. rispettivamente pp 1238 ss., 1242 ss. 1282 ss., 1285 ss.

FUMAGALLI, *La Convenzione di Roma ed il trust*, in *Dir. comm. int.*, 1993, p. 893 ss.

FUMAGALLI, *Il trust di fronte ai giudici svizzeri: questioni di diritto internazionale privato*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 515 ss.

GAILLARD, TRAUTMAN, *La Convention de la Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1986, p. 1 ss.

GAILLARD, TRAUTMAN, *Trusts in Non-Trust Countries : Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 35, 1987, p. 307 ss.

GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trust nei paesi di civil law*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 93 ss.

GAMBARO, *Il trust in Italia e in Francia*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, vol. I, Milano, 1984, p. 495 ss.

GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU e MESSINEO, vol. VIII°, t. 2, Milano, 1995.

GAMBARO, *Trust*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 449 ss.

GAMBARO, GIARDINA, PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trust e al loro riconoscimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1211 ss.

GLASSON (ed.), *The International Trust*, Bristol, 2003.

GRAZIADEI, *Agency e trust*, in BENVENUTI (a cura di), *I trust in Italia oggi*, cit., p. 455 ss.

HARTLEY, *Civil Jurisdiction and Judgements*, London, 1984.

HAYTON, *The Hague Convention on the Law Applicable To Trust and on Their Recognition*, in *Int. Comp.Law Quarterly*, 1987, p. 260 ss.

HAYTON, *International Recognition of Trust*, in GLASSON (ed.), *International Trust Laws*, London, 1992, vol. 2.

HAYTON, *Principles of European Trust Law*, in HAYTON (ed.), *Modern International Developments in Trust Law*, The Hague, Boston, London, 1999, p. 19 ss.

HARRIS, *The Hague Trusts Convention. Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, 2002.

IUDICA, *Fondazioni, fedecommeserie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, t. II, Milano, 1994, 639 ss.

JAEGER, *La separazione del patrimonio del fiduciario nel fallimento*, Milano, 1967.

KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*, Abington, 1987.

KAYE, *Creation of an English Trust of Immovables Held to Fall Outside Article 16.1 of the European Judgements Convention*, in *IPRax*, 1995, p. 286 ss.

KOPPENOL-LAFORCE, KOTTENHAGEN, *The Trust, The Hague Trust Convention and Civil Law Countries*, in *Notarius International*, 1998, p. 27 ss.

KOTZ, *The Hague Convention on the Law Applicable To Trusts*, in HAYTON (ed.) *Modern International Developments in Trust Law*, cit., p. 37 ss.

LIBONATI, *Holding e investment trusts*, Milano, 1969.

LIPSTEIN, *Trusts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law*, ch. 23, Tubingen-Dordrecht-Boston, 1994, p. 1 ss.

LUPOI, *Il trust amorfo*, in *Vita Not.*, 1995, p. 51 ss.

LUPOI, *Legittimità dei trusts "interni"*, in BENVENUTI (a cura di), *I trusts in Italia oggi*, cit., p. 29 ss.

LUPOI, *Il Trust*, 2a ed., Milano, 2001.

LUZZATTO, *Proprietà (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1988, p. 296 ss.

LUZZATTO, *"Legge applicabile" e "riconoscimento" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 5 ss. e in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 7 ss.

MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles. I. Il sistema della competenza*, Padova, 1999.

MOJA, *Trusts "interni" e società di capitali: un primo caso*, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 764 ss.

OVERBECK (VON), *Rapport explicatif/ Explanatory Report*, in *Actes et Documents de la Quinzième session*, t. II, cit., p. 370 ss., e (solo in inglese) in *International Legal Materials*, 1986, vol. 25, p. 593 ss.

OVERBECK (VON), *La Convention de La Haje du premier Juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, in *Annuaire suisse droit int.*, 1985, p. 30 ss.

PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques et droit international privé*, in *Recueil des cours*, t. 276, 1999, p. 9 ss.

POCAR, *La libertà di scelta della legge regolatrice del trust*, in BENVENUTI (a cura di), *I trusts in Italia oggi*, p. 3 ss.

Restatement of the Law, Trusts, 2nd, St. Paul, Minn., 1959.

SACCHETTO, *Brevi note sui trusts e le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni sul reddito*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 64 ss.

SALVATORE, *Il trust. Profili di diritto internazionale comparato*, Padova, 1996.

SARAVALLE, Artt. 6, 7, 8, 9, 10, in GAMBARO, GIARDINA, PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts*, cit. rispettivamente pp 1246 ss., 1251 ss., 1258 ss., 1261 ss., 1265 ss.

SIMMONS, RADICATI DI BROZOLO, *A Trustee in Continental Europe*, in *Actes et Documents de la Quinzième session*, cit., p. 124 ss.

TONDO, *Ambientazione dl trust nel nostro ordinamento e controllo notarile sul trustee*, in BENVENUTI, *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, e in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 174 ss.

VENTURATOS LORIO, *Disputes Involving Trusts: the Louisiana Experience*, in VOGT, (ed.) *Disputes Involving Trusts*, cit., p. 407 ss.

VILLANI, *Le successioni e le donazioni*, in CAPOTORTI, (a cura di), *Il nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Corriere giur.*, 1995, p. 1249 ss.

VOS, *Migration of Trusts and Change of Proper Law*, in *Trust & Trustees*, April 2001, p. 24 ss.

ZOPPINI, *Fondazione e trust (spunti per un confronto)*, in BENVENUTI (a cura di), *I trusts in Italia oggi*, cit., p. 147 ss.

Il Trust nella dialettica con la recente giurisprudenza sull'abuso del diritto

Di SILVESTRO SPECCHIA

Professore a contratto di Diritto Internazionale Università di Brescia – Dottore Commercialista in Brescia

1. Premessa

L'abuso del diritto è stato definito come elemento dinamico di tutto il processo evolutivo del diritto; il concetto in esame è frutto di elaborazione giurisprudenziale che, sulla scorta dei principi generali dell'ordinamento e ancor più di quelli costituzionali, ha superato la rigidità del brocardo "*qui jure suo utitur, neminem laedit*", riprendendo invece il concetto secondo cui "*non omne quod licet, honestum est*" ovvero "*summum jus est summa iniuria*".

Si è detto che trattasi di istituto di prevalente elaborazione giurisprudenziale, intesa quale applicazione del cosiddetto "diritto vivente". Si è, infatti, osservato che il diritto non è un fenomeno statico ma in continuo movimento, dove l'abuso del diritto può essere campo di elezione della giurisprudenza. Se una normativa sull'abuso del diritto si può intravedere nel divieto degli atti emulativi, tale normativa non può non ricomprendere tutte le fattispecie che danno luogo a tali atti e sarà proprio la giurisprudenza a discernere i vari atti per dichiararne l'abuso del diritto.

Il fondamento normativo dell'istituto è stato individuato a volte nell'art. 833 c.c., altri ritengono che norma di riferimento debba essere l'art. 2 Cost., altri ancora pongono a base dell'abuso le norme che disciplinano la buona fede oggettiva o correttezza ex artt. 1175 c.c., 1337 c.c., 1366 c.c., 1375 c.c.

Ed invero, non si rinviene nel codice civile una norma di carattere generale che contempli la categoria dell'abuso del diritto; più esattamente era stata progettata ma poi non è stata riprodotta una norma del seguente tenore: "Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è conferito".

Per contro, è stata introdotta la norma che sancisce il divieto degli atti emulativi ex art. 833 c.c.

Si è detto, pertanto, utilizzando la categoria dell'eccesso dal diritto, che là dove comincia l'abuso verrebbe meno il diritto, sicché il comportamento definito come abusivo non rappresenterebbe che il superamento dei limiti formali del diritto stesso.

Ma, a ben vedere, non si può condividere che il principio *dell'uti jure*, se rettamente inteso, giustifichi l'affermazione secondo la quale un dato comportamento, purché formalmente corrispondente al contenuto di un diritto, non possa risultare abusivo e, perciò, illegittimo. Il fatto che la norma riconosca un

diritto, di cui segni i limiti formali, non significa, infatti, che il suo atto di esercizio non possa porsi, in concreto, in contrasto con i fini sostanziali che la norma stessa si prefigge ovvero con una norma diversa o con gli stessi principi generali dell'ordinamento.

Cosicché vero e proprio abuso dovrebbe aversi tutte le volte in cui ad un'attività che apparentemente ed esteriormente pur si presenti come corrispondente al contenuto formale del diritto non si accompagni la congruità sostanziale dell'atto con i fini del diritto stesso, costituisca poi tutto ciò il risultato del superamento di limiti interni o invece, come altri ritiene, soltanto di un certo tipo di limiti esterni, ferma restando l'illiceità dell'atto in tutti i casi.

Rilevate le ragioni di ammissibilità della categoria, non deve però sconfinarsi, come autorevolmente è stato sostenuto, nell'abuso dell'abuso del diritto.

Dunque, l'istituto è ammissibile quale superamento della funzione obiettiva nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto e l'atto di esercizio del relativo potere.

2. Il Concetto

Il concetto deve essere meglio precisato in relazione alle varie figure soggettive in cui si manifesta, potere, diritto, interesse.

Nel significato di alterazione nella funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura, in relazione alle condizioni cui è subordinato l'esercizio del potere, si verificano due possibili esplicazioni:

a) l'una sotto forma di alterazione del fattore causale che si ripercuote in un'alterazione della struttura dell'atto stesso in ragione di un elemento interno, quale un'intesa – come nella simulazione in cui vi è un abuso nella funzione strumentale del negozio ovvero uno sviamento dalla sua destinazione – o un motivo rilevante – come nella rescissione in cui stato di necessità e approfittamento alterano l'equilibrio causale del negozio concluso per difetto genetico parziale; b) l'altra sotto forma di condotta nei rapporti giuridici contraria alla buona fede oggettiva o, comunque, lesiva della buona fede altrui (artt. 1175, 1337, 1340, 1358, 1366, 1375 c.c.).

La buona fede deve essere intesa, non come fonte di obblighi (vedi categoria tedesca della buona fede nel programma di obbligazione come base di obblighi integrativi di protezione e sicurezza), ma quale parametro di riferimento per attenuare il rigido giudizio di conformità della fattispecie concreta alla legge, ai fini di ristabilire una posizione di parità sostanziale tra le parti.

Alcuni autori hanno in passato distinto tra un abuso subiettivo – derivante dal cattivo esercizio del diritto da parte del soggetto cui il potere è riconosciuto – e un abuso oggettivo – consistente nell'esercizio del diritto aldilà della sua destinazione obiettiva.

Attualmente, la figura dell'abuso può essere rintracciata nel recepimento delle normative comunitarie che, in sostanza, pone il regime degli atti in questione, nella formula della mancanza di tutela, ed implica impedimento a conseguire o a conservare i vantaggi ottenuti e i diritti connessi mediante atti di per sé strutturalmente idonei; questi atti appaiono però inficiati da un concorso di circostanze soggettive che ne alterano la funzione o violano in una o altra direzione la normativa di correttezza che è regola privata di cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina.

L'abuso del diritto, in ogni modo, si distingue dall'eccesso; quest'ultimo concerne il superamento dei limiti esterni all'esercizio del diritto.

Nell'abuso, invece, si prospetta la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti e, laddove la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso.

3. Le sentenze della Suprema Corte di Cassazione

Il 23 dicembre 2008 la Corte Suprema di Cassazione a sezioni unite ha depositato due decisioni, la 30055 e la 30057, che parzialmente ridefiniscono precedenti orientamenti della Corte, estendendoli.

In particolare le sezioni unite hanno riformato le conclusioni raggiunte nelle precedenti decisioni del 2008, stabilendo l'esistenza di un generale principio di non elusione (cioè del principio di abuso di diritto). Comunque le due decisioni del 23.12.2008 hanno affermato che, in materia di tassazione diretta, la fonte del predetto principio deve essere trovato nelle norme costituzionale che sottendono la legislazione italiana, piuttosto che nelle leggi (e giurisprudenza) Europea. Specificatamente, il principio di capacità contributiva (art. 53 par 1 Cost.) e la capacità contributiva progressiva (ibidem, par 2) sono le basi delle leggi che impongono tasse che di quelli che prevedono sgravi.

Quindi l'abuso di diritto è incorporato nelle fondamentali regole fiscali, laddove al contribuente non è permesso ottenere un illegittimo risparmio fiscale attraverso un uso artificiale delle formule legali, qualora non via sia altro motivo sostanziale che evitare le tasse.

Le conclusioni della Suprema Corte ut supra rafforzano la posizione delle autorità fiscali italiani nei casi pendenti. Affermando un generale principio di non elusione inerente nel sistema legale fiscale italiano, le autorità fiscali dispongono di uno strumento extra per calcolare gli schemi elusivi.

Il generale principio antielusivo trova la propria ragione giustificativa nelle norme costituzionali.

I principi costituzionali della capacità contributiva e della progressività dell'imposizione, che informano l'ordinamento

tributario, ostano al conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti attraverso strumenti giuridici, l'adozione ovvero l'utilizzo dei quali sia unicamente rivolto, in assenza di ragioni economicamente apprezzabili, al risparmio d'imposta, anche laddove non ricorra alcuna violazione o contrasto puntuale ad alcuna specifica disposizione.

L'indagine del giudice tributario può rivolgersi a differenti temi (nella specie, esistenza, validità e opponibilità dell'attività negoziale del privato nei confronti dell'Erario) rispetto all'iniziale assunto formulato dall'Amministrazione finanziaria (nella specie, disconoscimento di un componente negativo di reddito) all'esito delle deduzioni e allegazioni della difesa del contribuente.

A tali conclusioni è pervenuta la Cassazione, a sezioni unite, con la sentenza n. 30055 del 23 dicembre 2008.

4. La controversia.

Una società impugnava innanzi alla Ctp di Arezzo un avviso d'accertamento, ai fini Irpeg e Ilor, conseguente a un processo verbale di constatazione della Guardia di finanza, sulla base del quale l'ufficio identificava alcune operazioni come di *dividend washing* (articoli 6, comma 2, del Tuir, e 37, terzo comma, Dpr 600/1973), disconoscendo la deducibilità delle minusvalenze conseguenti ad acquisti e rivendite di titoli, dopo la riscossione dei dividendi, effettuate dal soggetto verificato con un'altra società, gestore di fondi comuni di investimento, in quanto poste in essere per mere finalità elusive.

I giudici di primo grado accoglievano il ricorso; favorevole alla società era anche la sentenza della Ctr.

Secondo la Commissione tributaria regionale, infatti, l'operazione posta in essere, solo successivamente contemplata come operazione elusiva dall'allora articolo 14, comma 6-bis, del Tuir (aggiunto dall'articolo 7-bis del Dl 372/1992), era all'epoca dei fatti del tutto lecita e riconducibile a un procedimento negoziale indiretto non simulato.

Avverso tale sentenza il ministero dell'Economia e delle Finanze proponeva ricorso in Cassazione. Con un'ordinanza depositata il 24 maggio 2006, la quinta sezione civile della Suprema corte, rilevato che la soluzione della controversia richiedeva l'esame di questioni di massima particolarmente rilevanti, rimetteva gli atti al primo Presidente, che disponeva l'assegnazione del ricorso alle sezioni unite.

4.1 La sentenza

I giudici hanno accolto il ricorso dell'Amministrazione, riconoscendo la legittimità dell'avviso d'accertamento, con argomentazioni, riprese anche nelle sentenze 30056 e 30057, sempre del 23 dicembre scorso, che presentano spunti innovativi sull'annosa questione dell'abuso del diritto. Giova a tal proposito evidenziare che nella giurisprudenza di legittimità, dopo un'iniziale orientamento restrittivo (cfr sentenze 3979/2000,

11351/2001 e 3345/2002), circa l'inesistenza nel nostro ordinamento tributario di una norma generale antielusiva, si è andato consolidando il principio (cfr sentenze 21221/2006 e 25374/2008), mutuato dalla giurisprudenza comunitaria, dell'inopponibilità alla Amministrazione finanziaria degli atti che costituiscano "abuso di diritto", ossia di tutte quelle operazioni poste in essere essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale.

Ad avviso della Cassazione, peraltro, sebbene i principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria riguardino un settore impositivo di competenza comunitaria (l'Iva), anche nell'ambito dell'imposizione diretta, riservato agli Stati membri, occorre rispettare i principi e le libertà fondamentali, contenuti nel Trattato Ce. La sentenza 8772 del 4 aprile 2008 ha ulteriormente confermato il predetto indirizzo interpretativo, che prevede l'estensione a tutta la materia tributaria della clausola antiabuso. L'abuso del diritto, che rappresenta, pertanto, un importante mezzo di contrasto a ogni strumento giuridico utilizzato dagli operatori al precipuo scopo dell'ottenimento di un risparmio fiscale, anche laddove siano coinvolte finalità di contenuto economico, secondo la giurisprudenza *"prescinde da qualsiasi riferimento alla natura fittizia o fraudolenta di un'operazione, nel senso di una prefigurazione di comportamenti diretti a trarre in errore o a rendere difficile all'ufficio di cogliere la vera natura dell'operazione. Né comporta l'accertamento della simulazione degli atti posti in essere in violazione del divieto di abuso"* (Cassazione, sentenza 10257/2008). La stessa Suprema corte ha, tuttavia, evidenziato che l'onere della prova della pratica abusiva gravi sull'Amministrazione finanziaria la quale, nell'assolvere all'obbligo di motivazione degli atti di rettifica e accertamento, non può limitarsi alla formulazione di generici rilievi, dovendo bensì indicare gli elementi a sostegno dell'assunto circa lo scopo elusivo e la carenza di effettività economica dell'operazione contestata (sentenza 25374/2008).

Le sezioni unite, con la sentenza in commento, pur aderendo a quest'ultimo indirizzo giurisprudenziale, fondato, quindi, sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo, hanno affermato che la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, non risiede nella giurisprudenza comunitaria ma negli stessi principi costituzionali su cui si basa l'ordinamento tributario italiano. Secondo la Cassazione, infatti, *"i principi di capacità contributiva (art. 53, primo comma, Cost.) e di progressività dell'imposizione (art. 53, secondo comma, Cost.) costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione di quei principi"*.

Conseguenza di tale corollario è l'affermazione dell'esistenza del principio, che rinviene la propria ragione giustificativa nelle norme costituzionali, in virtù del quale il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione normativa, di strumenti giuridici idonei a ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera finalità di ottenere un risparmio fiscale.

Le sezioni unite, hanno ricordato, peraltro, che già con la sentenza 25374/2008 era stata evidenziata l'esistenza di un principio generale non scritto, volto a contrastare le pratiche consistenti in un abuso del diritto anche in materie diverse dal diritto tributario; basti pensare alla sentenza delle sezioni unite 23726/2007, nella quale era stata definita come abusiva la pratica di frazionamento di un credito, nella fase giudiziale dell'adempimento, al fine di scelta del giudice competente.

Il principio del divieto dell'abuso di diritto, in virtù del suo fondamento costituzionale, diventa, conseguentemente, come evidenziato da autorevole dottrina, il riferimento normativo da rispettare, scalzando l'articolo 37-bis del Dpr 600/1973, che da norma antielusiva generale diviene solo una norma figlia di tale principio, con l'ulteriore conseguenza che non sarà più possibile sostenere che una determinata operazione non presenti caratteristiche di elusività perché non rientrante nell'alveo della norma.

Secondo la Cassazione, peraltro, tale principio è sempre esistito e non contrasta con esso la constatazione del sopravvenire di specifiche norme antielusive, che appaiono anzi "*mero sintomo dell'esistenza di una regola generale*" (Cassazione, sentenza 8772/2008), per cui l'inapplicabilità a una determinata fattispecie, *ratione temporis*, di una norma che sanziona come elusiva una determinata condotta non preclude la possibilità di rilevarne l'abusività, in considerazione della circostanza che il principio antielusivo coinvolge anche tutte quelle operazioni passate, che all'epoca dei fatti non erano sanzionate come elusive.

L'esistenza del principio antielusivo, inoltre, secondo i giudici di legittimità, non determina alcun contrasto con la riserva di legge in materia tributaria di cui all'articolo 23 della Costituzione, in quanto il riconoscimento di un generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario non si traduce nell'imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi giuridici posti in essere con l'unica finalità di eludere l'applicazione di norme fiscali. Con la sentenza 30055/2008, le sezioni unite hanno affrontato, infine, la questione relativa alla natura del giudizio tributario e ai poteri d'indagine del giudice tributario, limitati al riscontro della consistenza della pretesa fatta valere dall'Amministrazione finanziaria con l'atto impositivo, alla stregua dei presupposti di

fatto e di diritto in esso enunciati (da ultimo, Cassazione, sentenza 20516/2006).

Secondo i giudici, se l'oggetto della domanda è la pretesa impositiva e non l'accertamento dell'invalidità o dell'inefficacia di un atto negoziale, e se, invece, l'esistenza e l'efficacia del contratto sono dedotti dal contribuente al fine di paralizzare la pretesa dell'Amministrazione, sussiste, in conformità al consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità (sentenze 89/2007, 11550/2007 e 12398/2007) la sicura rilevabilità d'ufficio delle eventuali cause di invalidità o d'inopponibilità all'Amministrazione del contratto stesso, sempre che, ovviamente, ciò non sia precluso, nella fase d'impugnazione, dal giudicato interno eventualmente già formatosi sul punto o (nel giudizio di legittimità) dalla necessità di indagini di fatto.

5. Giurisprudenza comunitaria.

Premesso che la VI Direttiva europea del 17/05/1977 n. 77/388/CEE non impone ad un soggetto passivo di scegliere tra due operazioni quella che implica un maggior pagamento di IVA, sull'argomento è intervenuta la famosa sentenza HALIFAX della Corte di Giustizia C-255/02 del 21 febbraio 2006.

In tale sentenza, la Corte di Lussemburgo ha elaborato una nozione di abuso in modo del tutto autonoma dalle ipotesi di frode, richiedendo che le operazioni, pur realmente volute ed immuni da rilievi di validità, devono avere "essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale". Tale espressione, riprodotta con non significative varianti nelle diverse versioni linguistiche della decisione, era apparsa, da subito, diversa da quella comunemente ricorrente nella precedente giurisprudenza comunitaria ed in altri testi normativi comunitari, nei quali si è sempre parlato di vantaggio fiscale come scopo esclusivo, o di operazioni compiute al solo scopo di ottenere un risparmio fiscale, ovvero, come nell'art. 11 della direttiva 23 luglio 1990 n. 90/434/CEE, in materia di regime fiscale sulle fusioni, scissioni societarie e conferimento di attivo, il quale autorizza gli Stati membri a considerare il compimento di tali operazioni, ove non effettuate "per valide ragioni economiche", quale presunzione di frode o di evasione.

Questo il dispositivo della citata sentenza, in cui si condensa la predetta definizione di abuso: operazioni come quelle oggetto del procedimento principale costituiscono cessioni di beni o prestazioni di servizi e un'attività economica ai sensi della sesta direttiva Cee, poiché *"soddisfano i criteri oggettivi sui quali sono fondate le dette nozioni, per quanto siano effettuate al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale, senza altro obiettivo economico"*; *"la sesta direttiva deve essere interpretata come contraria al diritto del soggetto passivo di detrarre l'IVA assolta*

a monte allorché le operazioni che fondano tale diritto integrano un comportamento abusivo"; "perché possa parlarsi di comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che la traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni. Non solo. Deve altresì risultare da un insieme di elementi obiettivi che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale"; "ove si constati un comportamento abusivo, le operazioni implicate devono essere ridefinite in maniera da ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che quel comportamento hanno fondato".

La suddetta interpretazione giurisprudenziale comunitaria, proprio per la sua novità e genericità, ha indotto, però, la Corte di Cassazione a riformulare alla Corte di Giustizia i seguenti quesiti:

- se la nozione di abuso del diritto, definita dalla succitata sentenza HALIFAX, come operazione essenzialmente compiuta ai fini di conseguire un vantaggio fiscale sia coincidente, più ampia o più restrittiva di quella non avente ragioni economiche diverse da un vantaggio fiscale;

- se possa essere considerato abuso del diritto (o di forme giuridiche) una separata conclusione di contratti di locazione finanziaria (leasing), di finanziamento, di assicurazione e di intermediazione, avente come risultato la soggezione ad IVA del solo corrispettivo della concessione in uso del bene.

A tal proposito, la Corte di Giustizia, con l'importante sentenza C-425/06 del 21 febbraio 2008, ha dato le seguenti risposte.

a) La sesta direttiva deve essere interpretata nel senso che l'esistenza di una pratica abusiva può essere riconosciuta qualora il perseguimento di un vantaggio fiscale costituisca lo scopo essenziale (non esclusivo) dell'operazione o delle operazioni controverse.

Nella motivazione, la Corte spiega che l'abuso può ricorrere anche quando lo scopo di conseguire un vantaggio fiscale sia essenziale, e cioè non esclusivo, il che non esclude l'esistenza dell'abuso quando concorrono altre ragioni economiche;

b) E' sempre compito del giudice di rinvio determinare se, ai fini dell'applicazione dell'IVA, operazioni come quelle in contestazione possano considerarsi rientranti in una pratica abusiva. In sostanza, è sempre compito del giudice nazionale valutare se sussista un'operazione unica, al di là della struttura contrattuale di essa. Infine, è opportuno segnalare che, secondo una pluriennale e consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenze del 14 febbraio 1995, C-279/93; 13 luglio 1993; C-330/91; 12 aprile 1994, C-1/9; 15 maggio 1997, C-250/95), pur essendo la materia dell'imposizione diretta attribuita alla competenza degli Stati membri, gli stessi sono, comunque, vincolati al rispetto dei diritti e

principi fondamentali dell'ordinamento comunitario. In conclusione, secondo la giurisprudenza comunitaria succitata, l'abuso del diritto sussiste:

- anche quanto lo scopo di conseguire un vantaggio fiscale sia essenziale, e cioè non esclusivo; il che non esclude l'esistenza dell'abuso quando concorrano altre ragioni economiche;
- sia nel campo delle imposte "armonizzate o comunitarie" (come l'IVA, le accise ed i diritti doganali) sia nel campo delle imposte "non armonizzate o non comunitarie" (come le imposte dirette)

A seguito delle succitate sentenze della Corte di Giustizia di Lussemburgo, si ritiene che, anche nell'imposizione fiscale diretta, pur essendo questa attribuita alla competenza degli Stati membri, gli stessi devono esercitare tale competenza nel rispetto dei principi e delle libertà fondamentali contenuti nel Trattato CE.

Non meno importante è la sentenza del 5 luglio 2007, procedimento C-321/05, caso Kofoed, della Corte di Giustizia; la Corte si pone la fondamentale questione, consistente nello stabilire se, in mancanza di una specifica disposizione nazionale che trasponga l'art. 11, n. 1, lett. a) della direttiva n. 90/434/CEE nell'ordinamento nazionale, quest'ultima disposizione possa comunque trovare applicazione nella causa principale. Ebbene, considerata l'interpretazione adeguatrice al diritto comunitario cui sono obbligati i giudici nazionali, la risposta è che spetta al giudice del rinvio nazionale esaminare se esista, nel diritto interno, una disposizione o un principio generale in base al quale l'abuso del diritto sia vietato ovvero se esistano altre disposizioni sull'elusione fiscale che possano essere interpretate conformemente all'articolo 11, n. 1, lett. a) della direttiva n. 90/434/CEE. Insomma, *"spetta al giudice del rinvio verificare se, nella causa principale, ricorrano le condizioni per l'applicazione di tali disposizioni nazionali"*. In secondo luogo, per contrastare comportamenti abusivi posti in essere dai contribuenti, la Corte stabilisce che non potranno comunque disconoscersi in toto gli atti e i negozi giuridici posti in essere soltanto perché gli stessi sono effettuati per esclusive ragioni fiscali. Infatti, il punto 30 della sentenza C-321/05 così si esprime: *"Analogamente, la Corte ha già avuto occasione di precisare che risulta dall'art. 2, lett. d), nonché dalla struttura generale della direttiva 90/434 che il regime tributario comune che essa istituisce, il quale comprende diverse agevolazioni fiscali, si applica indistintamente a tutte le operazioni di fusione, scissione, conferimento di attivo e scambio di azioni, prescindere dai loro motivi, siano essi finanziari, economici o puramente fiscali"* (v. sentenza 17 luglio 1997, causa C-28/95, Leur-Bloem, punto 36). Ancora più netta è l'affermazione per quanto riguarda il comparto dell'imposta sul valore aggiunto; così si legge, infatti, nel punto 60 della sentenza C-255/02: *"Operazioni come quelle oggetto del procedimento principale costituiscono cessioni di beni o prestazioni di servizi e un'attività economica ai sensi degli artt. 2, punto 1, 4, nn. 1 e 2, 5, n. 1, e 6, n. 1, della sesta direttiva, poiché*

soddisfano i criteri oggettivi sui quali sono fondate le dette nozioni, per quanto siano state effettuate al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale, senza altro obiettivo economico".

6. La giurisprudenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite.

Nel corso del vasto e profondo dibattito dottrinario e giurisprudenziale sul concetto fiscale di abuso del diritto, a seguito di due ordinanze della Sezione Tributaria della Corte di Cassazione (n. 12301 e n. 12302 del 24 maggio 2006), si è ritenuto opportuno devolvere alle Sezioni Unite le seguenti, ulteriori questioni:

- 1) se l'Amministrazione finanziaria, quale terzo interessato alla regolare applicazione delle imposte, sia legittimata a dedurre (prima in sede di accertamento fiscale e poi in sede contenziosa) la simulazione assoluta o relativa dei contratti stipulati dal contribuente o la loro nullità per "abuso del diritto", cioè per l'abusiva utilizzazione di norme comunitarie a scopi impropri;
- 2) se il giudice tributario, di fronte ad un atto di accertamento in cui si deduca un procedimento negoziale indiretto, possa ritenere comprese nel thema decidendi e rilevare d'ufficio eventuali cause di nullità dei contratti, la cui validità ed opponibilità all'Amministrazione abbia costituito oggetto dell'attività osservatoria delle parti.

Ai suddetti quesiti, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con le tre citate sentenze n. 30055/08, n. 30056/08 e n. 30057/08, ha risposto nel modo seguente:

- 1) "Ritengono le Sezioni Unite di questa Corte di dover aderire all'indirizzo di recente affermatosi nella giurisprudenza della Sezione tributaria (si veda, da ultimo, Cass. 10257/08 e 25374/08), fondato sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo; con la precisazione che la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, va rinvenuta non nella giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano. Ed in effetti, i principi di capacità contributiva (art. 53, primo comma, Cost.) e di progressività dell'imposizione (art. 53, secondo comma, Cost.) costituiscono il fondamento sia delle norme impositivo in senso stretto sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione di quei principi". (Questo aspetto è certamente rivoluzionario perché la Corte di Cassazione sta affermando che è sempre stato così, quindi questo principio coinvolge tutte le operazioni del passato).
- 2) "Con la conseguenza che non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di

ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale”.

3) “Non contrasta con l'individuazione nell'ordinamento di un generale principio antielusione la constatazione del sopravvenire di specifiche norme antielusive, che appaiono, anzi, come questa Corte ha osservato, mero sintomo dell'esistenza di una regola generale (Cass. 8772/08)”.

4) “Né siffatto principio può in alcun modo ritenersi contrastante con la riserva di legge in materia tributaria di cui all'art. 23 Cost., in quanto il riconoscimento di un generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario non si traduce nella imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali”.

5) “Nessun dubbio può d'altro canto sussistere riguardo alla concreta rilevabilità d'ufficio, in questa sede di legittimità, delle inopponibilità del negozio abusivo all'erario. Infatti, per costante giurisprudenza di questa Corte, sono rilevabili d'ufficio le eccezioni poste a vantaggio dell'amministrazione in una materia, come è quella tributaria, da essa non disponibile (da ultimo, Cass. sent. n. 1605/08)”.

7. La sentenza 1465/09 della Sezione Tributaria della Corte di Cassazione

La Sezione Tributaria della Corte di Cassazione, con la sentenza 1465 del 21 gennaio 2009, ha posto paletti più precisi in tema di abuso di diritto (contraddicendo, in parte, le sentenze delle Sezioni Unite) stabilendo che non è sufficiente evidenziare l'assenza di motivi economicamente convincenti a fissare l'elusività di una operazione.

La Suprema Corte sostiene che occorre, invece, guardare agli schemi contrattuali messi in atto ed all'evoluzione del quadro giuridico ed alle ragioni di convenienza che non si fermano al perimetro della singola impresa.

Oggetto della controversia è stata una joint-venture internazionale mediante associazione tra la “Piaggio” e la “Daihatsu Motor Company”.

La prudenza usata, questa volta, dalla Suprema Corte comprende un esplicito invito all'amministrazione di tener conto che *“il sindacato antielusivo di fronte a tali strategie non può poi non tener conto dell'evoluzione degli strumenti giuridici necessariamente collegata alle rapide mutazioni della realtà economica nella quale possono trovare spazio forme nuove, non necessariamente collegate a normali logiche di profitto della singola impresa”*.

La sentenza, poi, pone un vincolo preciso all'Amministrazione chiamata ad indicare quale sarebbe stato l'utilizzo corretto delle

forme giuridiche assunte e che in modo il comportamento del contribuente ne costituisca aggiramento.

8. Principi fondamentali in tema di abuso del diritto.

In definitiva, alla luce di tutto quanto sopra esposto, possiamo trarre sinteticamente i seguenti principi oggi necessari per individuare l'abuso del diritto nel campo tributario ed anche nella materia del negozio di "trust", tenendo conto della succitata, recente giurisprudenza comunitaria e nazionale.

a) Innanzitutto, esiste un principio generale non scritto volto a contrastare le pratiche consistenti in un abuso del diritto, riconosciuto peraltro anche in campi diversi dal diritto tributario (persino in altri Stati europei, come la Svizzera, la Germania e la Francia).

b) Costituiscono "abuso del diritto" le operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale, e cioè non esclusivo, il che non esclude l'esistenza dell'abuso quando concorrano altre ragioni economiche.

c) L'individuazione dell'impiego abusivo di una forma giuridica incombe sempre all'Amministrazione finanziaria, la quale non potrà certamente limitarsi ad una mera e generica affermazione, ma dovrà individuare e precisare gli aspetti e le particolarità che fanno ritenere l'operazione priva di reale contenuto economico diverso dal risparmio d'imposta. In ogni caso, è opportuno ribadire che lo strumento dell'abuso del diritto deve essere utilizzato dall'Amministrazione finanziaria con particolare cautela.

d) La nozione di abuso del diritto, in ogni caso, prescinde da qualsiasi riferimento alla natura fittizia o fraudolenta di un'operazione, nel senso di una prefigurazione di comportamenti diretti a trarre in errore o a rendere difficile all'ufficio di cogliere la vera natura dell'operazione. Né comporta l'accertamento della simulazione degli atti posti in essere in violazione del divieto di abuso.

e) Il soggetto che ha utilizzato forme giuridiche non usuali deve sempre essere posto in grado di dimostrare l'esistenza di seri (e non meramente ipotetici o marginali) contenuti economici. E ciò deve essere fatto da parte del contribuente sia nella preventiva fase amministrativa che in quella successiva contenziosa. Per esempio, dovrebbe essere chiaro che quando un'operazione consente la continuità aziendale del soggetto che la pone in essere, nel senso che senza quella operazione l'azienda avrebbe perso i requisiti civilistici di sopravvivenza, le valide ragioni economiche si sono realizzate.

f) Il generale principio antielusivo trova la sua fonte, anche con effetti retroattivi:

- nella giurisprudenza comunitaria, per quanto riguarda i tributi "armonizzati" (quali l'IVA, le accise ed i diritti doganali);

- nei principi costituzionali (art. 53 Cost.) per i tributi “non armonizzati” (quali le imposte dirette).

g) In tema processuale, nessun dubbio può sussistere riguardo alla concreta rilevanza d’ufficio, anche per la prima volta in Cassazione, della inopponibilità del negozio abusivo all’erario, con effetti retroattivi.

h) In conclusione, alla luce di quanto sopra esposto, l’elencazione di cui all’art. 37-bis cit., al comma 3, non è tassativa, a meno che il legislatore stesso non intervenga per escludere tassativamente l’ipotesi come abuso del diritto (per esempio, si rinvia all’art. 176, comma 3, TUIR).

9. Analisi dottrinarie.

Gli interventi giurisprudenziali di cui sopra hanno, giustamente, allarmato la dottrina più qualificata prima dell’emanazione della sentenza 1465/09 della Suprema Corte sopra commentata.

Già Enrico De Mita (Il Sole 24 Ore del 09 dicembre 2008 e del 02 gennaio 2009) evidenziava che il generico concetto di abuso del diritto, peraltro con gli allargamenti fatti prima dalla giurisprudenza comunitaria e dopo da quella della Corte di Cassazione, persino a Sezioni Unite, fa venir meno la certezza del diritto e scoraggiano iniziative imprenditoriali, sia nazionali che internazionali. Infatti, la norma antielusiva generale sembra incompatibile con un sistema tributario che dal punto di vista della definizione dei presupposti tassabili in tema di reddito segue il metodo casistico.

In definitiva, l’alternativa è duplice: o si torna ad ipotesi tassativamente previste in sede legislativa oppure devono crearsi procedure particolari volte a favorire il raggiungimento di accordi tra contribuente e fisco, soprattutto per evitare l’applicazione di sanzioni amministrative e penali, queste ultime riconducibili alla fattispecie di dichiarazione infedele ex art. 4 D. Lgs. n. 74/2000 (F. Gallo, in Rassegna tributaria n. 2/2001, pag. 321).

L’emanazione della sentenza 1465/09 della Sezione Tributaria della Cassazione ha portato nuovi spunti.

Un autorevole commentatore (Carlo Garbarino – Il Sole 24 Ore – 23 gennaio 2009) ha espresso il convincimento che il tenore della Sentenza 1465/09 “*continua proteggere le forme lecite di minimizzazione del carico fiscale e che l’impatto della clausola anti abuso può invece essere significativo nei casi in cui le norme fiscali siano **aggirate** mediante complesse architetture; la sentenza 1465/09 mostra che la clausola antiabuso non può risolversi in una indeterminata attribuzione di poteri agli Uffici*”.

Anche Enrico De Mita (Il Sole 24 Ore, 27 gennaio 2009) osserva che “*la Sezione Tributaria della Corte di Cassazione, (con la sentenza 1465/09 ndr), ha ritenuto che il criterio interpretativo da seguire non possa limitarsi all’interpretazione della legge specifica sul requisito dell’inerenza ma debba seguire i principi*

desumibili della giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di abuso del diritto”.

E su questo indirizzo dottrinale non può non essere ricordata la sentenza della stessa Suprema Corte di Cassazione (n. 25374/2008) in base alla quale *“il giudice può seguire quella particolare cautela consistente nel tenere presente che la ricerca del risparmio di imposta costituisce esempio di libertà d’impresa e di iniziativa economica, nel quadro delle libertà costituzionali”.*

10. L’indirizzo della Corte di Giustizia in tema di Trust

Oggetto della pronuncia della Corte, depositata il 21 febbraio 2006, è la controversia insorta tra il Regno Unito di Gran Bretagna e l’Università di Huddersfield relativamente alla spettanza del diritto alla detrazione di imposta con riferimento a talune operazioni che il Fisco britannico non ritiene essere espressione di un’attività economicamente apprezzabile ai fini Iva. In particolare, a parere dell’Amministrazione fiscale anglosassone, la predetta Università avrebbe posto in essere determinate attività non per conseguire le finalità commerciali ed economiche ad esse normalmente sottese ma per ottenere un vantaggio fiscale di fatto non spettante.

La controversia sottoposta al vaglio della Corte, a seguito del rinvio operato dal giudice nazionale presso cui l’Università britannica aveva instaurato la controversia, concerne l’attività del predetto istituto di educazione superiore che presta, per lo più, servizi didattici esenti.

Tale istituto aveva progettato di ristrutturare due edifici su cui aveva acquisito un diritto di locazione. Poiché l’Iva assolta sui costi di ristrutturazione sarebbe stata recuperabile soltanto nella misura corrispondente al *pro rata* di detraibilità, l’Università aveva incoraggiato la messa a punto di un *fiscal planning* che, coinvolgendo altre società, le consentisse di detrarre integralmente l’imposta relativa ai costi predetti. A tal fine veniva creato un *"discretionary Trust"*, esercente attività rilevanti ai fini Iva, retto da un *trustee* nominato dall’Università. Al *Trust* veniva concesso in locazione, ad un prezzo simbolico, l’edificio oggetto dei lavori di ristrutturazione; il *Trust* provvedeva, nel medesimo giorno, a concedere all’Università un *under-lease back* (e, cioè, la retrosublocazione del medesimo stabile) a un canone annuale irrisorio. Nel frattempo l’Università concludeva con una sua consociata, la Huddersfield Properties, un accordo per la futura esecuzione dei lavori di ristrutturazione. Il piano così congegnato consentiva all’Università di detrarre l’imposta assolta sui predetti lavori edilizi, trattandosi di un servizio finalizzato a consentire l’esercizio dell’attività del *Trust* che, come ricordato in precedenza, aveva optato per l’assoggettabilità ad imposta delle proprie operazioni.

L’Amministrazione fiscale del Regno Unito, rilevando che sia la creazione del *Trust* che la concertata locazione e sublocazione

dell'immobile veniva posta in essere soltanto per ottenere un vantaggio fiscale (diversamente precluso atteso che l'Università svolge attività didattiche esenti), senza alcun reale intento lucrativo e imprenditoriale, ha negato la possibilità di procedere alla detrazione dell'Iva relativa le spese di ristrutturazione.

La questione si è quindi spostata nella fase contenziosa, instauratasi, a seguito del rinvio del giudice *a quo*, dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee. I giudici comunitari hanno dovuto prendere in considerazione due posizioni contrastanti: quella della ricorrente (Università) a cui giudizio l'affitto e la sublocazione di immobili sono operazioni imponibili e attività economiche ai sensi della sesta direttiva; quella del governo del Regno Unito secondo cui l'Università ha posto in essere una serie di operazioni il cui unico intento è il recupero di una imposta altrimenti indetraibile.

La Corte ha preliminarmente rammentato che la giurisprudenza comunitaria ha dato sempre un'interpretazione molto ampia della nozione di "attività economiche" di cui all'articolo 4, n. 2 della sesta direttiva, riconoscendo che essa fa riferimento a tutte le operazioni che intervengono nelle fasi produttive, distributive di beni e di erogazione di servizi. Ciò comporta che una determinata operazione, perché sia rilevante ai fini Iva, deve essere posta in essere da un soggetto che esercita in modo indipendente e organizzato una attività suscettibile di autonomo apprezzamento in termini economici, indipendentemente dallo scopo o dai risultati di tale attività. In pratica i giudici, riproponendo le analoghe motivazioni proposte alla base delle sentenze relative ai procedimenti C-354/03, 355/03 e 484/03, hanno affermato che le nozioni di "cessioni di beni" e "prestazioni di servizi" hanno carattere obiettivo e non possono essere subordinate agli scopi elusivi o frodatori dei singoli. Diversamente, se si volesse riconoscere effettività alle sole attività economiche non utilizzate per scopi frodatori, si introdurrebbe una dannosa spirale di incertezza nell'applicazione del diritto.

Da ciò consegue, a parere della Corte, che le operazioni poste in essere dall'Università, in quanto integrano i criteri obiettivi di nozione di beni e prestazione di servizi, sono riconducibili alle attività economiche di cui al predetto articolo 4, n. 2 della sesta direttiva, a prescindere dalla circostanza che tali operazioni vengono materialmente poste in essere per ottenere un vantaggio fiscale senza altro obiettivo economico. La Corte ribadisce, come già rilevato nella sentenza pronunciata nel procedimento C-255/02 (Halifax plc vs Regno Unito – sopra citata), laddove il comportamento dell'Università integri un comportamento abusivo delle finalità che il legislatore comunitario si è ripromesso di conseguire mediante l'istituzione di un sistema comune dell'imposta sui consumi, in tal caso l'Amministrazione fiscale nazionale sarà legittimata a negare la detrazione di imposta. *"La sesta direttiva, difatti, conclude la Corte, osta al diritto del*

soggetto passivo di dedurre l'Iva pagata a monte qualora le operazioni sulle quali tale diritto si basa integrano una pratica abusiva."

10. Proposte di modifiche legislative.

La norma elusiva generale, peraltro non scritta, è incompatibile con un sistema tributario che segue il metodo casistico. E' necessario ed urgente, quindi, un intervento legislativo, chiaro e preciso, di interpretazione autentica che confermi la tassatività delle ipotesi previste dall'art. 37-bis cit., per evitare la proliferazione di interpelli e l'insorgere di un enorme contenzioso. In mancanza del suddetto intervento legislativo, l'abuso del diritto rischia ogni volta di essere stabilito dalle circolari ministeriali (da ultimo, si rinvia alla risoluzione n. 446/E del 18 novembre 2008 dell'Agenzia delle Entrate – Direzione centrale normativa e contenzioso) oppure dai giudici tributari, lasciando i contribuenti ed i professionisti nell'assoluta incertezza, con il rischio di paralizzare l'iniziativa economica privata, tutelata dall'art. 41 della Costituzione, nonché compromettere la proprietà privata, anch'essa tutelata dall'art. 42 della Costituzione.

Infatti, non bisogna mai dimenticare che l'elusione fiscale è cosa ben diversa e distinta dall'evasione fiscale. Il comportamento abusivo consiste proprio nel fatto che, a differenza delle ipotesi di frode e di evasione vera e propria, il soggetto ha posto in essere operazioni reali, assolutamente conformi ai modelli legali, senza immutazioni del vero o rappresentazioni infedeli ed incomplete della realtà.

Tale importante concetto prescinde totalmente dal concetto di frode e di evasione fiscale e, di conseguenza, non può e non deve essere messo sullo stesso piano, anche ai fini sanzionatori, il contribuente evasore e quello che tra due legittime operazioni preferisce quella dove si pagano meno tasse. *A tal proposito, è opportuno citare il principio espresso dalla Camera dei Lord britannica nel 1936 sul caso DUKE OF WESTMINSTER: "Nessuno è tenuto a costruire il proprio fienile in modo che il Fisco vi entri con il forcone più grosso" (citazione riportata in un articolo di G. Tremonti apparso in Il Sole 24 Ore del 23 aprile 1986).*

Il *trust* nella fiscalità internazionale

Di GIUSEPPE CORASANITI

Professore Aggregato Diritto Tributario Università di Brescia – Avvocato in Milano

La natura stessa dei *trust* e la molteplicità dei loro impieghi, così come la pluralità dei soggetti coinvolti fanno sì che nella prassi si assista di frequente a *trust* di tipo internazionale, ovvero a *trust* istituiti in maniera tale che l'assetto dei rapporti intercorrenti tra le diverse categorie di soggetti coinvolti, sia in termini di regolamentazione dei poteri demandati, come pure di diritti patrimoniali o reddituali ad essi spettanti, provoca effetti fiscali in differenti giurisdizioni tributarie.

Ciò può accadere, ad esempio, qualora i beni segregati nel *trust fund* siano collocati nel territorio di uno Stato diverso da quello di residenza del *trust*, del trustee, del disponente o dei beneficiari, il quale sottoponga ad imposizione fiscale i redditi derivanti da tali beni secondo il criterio della tassazione alla fonte e nel contempo lo Stato di residenza dei soggetti menzionati attui su di essi un prelievo tributario su base mondiale.

Proprio il carattere internazionale di questi *trust* pone problematiche di rilievo per quanto riguarda il concorso delle diverse potestà impositive avanzate dagli Stati a vario titolo coinvolti.

Fenomeni di doppia imposizione potrebbero verificarsi, per esempio, qualora il *trust* sia riconosciuto come soggetto passivo d'imposta nel proprio Stato di residenza e nello stesso tempo, i soggetti coinvolti anzi detti, siano residenti in uno Stato che li qualifica come soggetti passivi per la tassazione dei redditi prodotti dal *trust*.

Un'altra ipotesi in cui potrebbero manifestarsi fenomeni di doppia imposizione ricorre quando più Stati considerino al contempo il *trust* come soggetto residente (casi di doppia residenza).

L'analisi dei rapporti tra il disponente, il *trust*, il trustee, il guardiano e i beneficiari è fondamentale per l'individuazione del regime fiscale applicabile non solo a livello domestico, ma anche nel contesto internazionale.

Come noto, peraltro, ogni *trust* è caratterizzato da aspetti peculiari che discendono dall'atto istitutivo e dalle finalità che gli sono imposte, così come dalla legge regolatrice prescelta dal disponente. L'unicità ed irripetibilità di ogni singolo *trust* impone quindi un'analisi caso per caso per verificare chi sia il vero titolare dei redditi prodotti dal *trust*, così come il titolare del *trust fund* ai sensi delle legislazioni interessate.

Questi aspetti, infatti, assumono rilevanza sia ai fini della tassazione dei redditi prodotti dal patrimonio segregato nel *trust*, sia ai fini del rispetto di disposizioni specifiche diverse, come in Italia possono essere quelle legate al monitoraggio fiscale

disciplinato dal d.l. 28 giugno 1990, n. 167, conv. in l. 4 agosto 1990, n. 227.

Le categorie di *trust*

Senza disconoscere quanto detto sopra, e cioè che ogni *trust* ha le sue peculiarità da cui è impossibile prescindere, è comunque opportuno fornire una breve classificazione dei principali tipi di *trust* fondata su alcune caratteristiche fondamentali (Lupoi).

Innanzitutto, i *trust* liberali possono essere revocabili o irrevocabili. La revocabilità del *trust*, sebbene per l'Agenzia delle Entrate (circ. 48/E del 1008) comporti l'irrilevanza della segregazione patrimoniale ai fini reddituali, non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti dal trustee.

Dalla revocabilità occorre distinguere la possibilità di estinguere anticipatamente il *trust*, come a volte è previsto dagli atti istitutivi al ricorrere di circostanze specifiche in cui i beneficiari o il guardiano possono imporre lo scioglimento del *trust*.

Inoltre, una distinzione molto importante, anche dal punto di vista della fiscalità diretta, è quella che intercorre tra i *trust* discrezionali e quelli non discrezionali (*fixed trusts*). Mentre nei primi è il trustee a valutare l'opportunità e la misura delle attribuzioni o l'identità dei beneficiari, magari in base a talune direttive contenute nell'atto istitutivo, nei secondi i beneficiari hanno diritti immediati alla percezione di quote di capitale o di reddito (*vested rights*). Il che, come si vedrà, può avere importanti ripercussioni sotto il profilo dell'individuazione del soggetto tenuto ad assolvere il debito d'imposta (v. in Italia l'art. 73, comma 2, *tuir*). Il beneficiario di un *trust* discrezionale, pertanto, non ha alcun diritto alla percezione di redditi o capitale, né del resto dispone del potere di influenzare le scelte del trustee.

Ancora diverso è il caso degli *accumulation trust*, in cui il trustee deve capitalizzare i redditi per poi distribuirli ai beneficiari ad una certa data futura; si pensi al caso dei minori o degli incapaci cui, salva la distribuzione delle somme necessarie per il sostentamento, la cura e l'educazione, è solitamente prevista la distribuzione soltanto a far data dal compimento di un certa età.

Altre tipologie di *trust* sono quello autodichiarato, in cui il disponente si nomina trustee, ponendo quindi un vincolo di destinazione sui beni attribuiti al *trust*; ed il *bare trust* (*trust* nudo), in cui il trustee non può disporre dei beni in *trust*, dovendo semplicemente custodirli e ritrasferirli poi ai beneficiari a fronte di una loro richiesta.

Nei *trust di scopo*, infine, il patrimonio è dedicato al perseguimento di un fine istituzionale e non vi sono invece singoli beneficiari del reddito o del capitale.

I *trust* nella disciplina Ires

Con l'approvazione della legge finanziaria 2007 è stato formalmente inserito tra i soggetti passivi Ires anche il *trust* (art. 1, comma 74, l. 27 dicembre 2006, n. 296).

Se è vero che anche prima della novella i trust erano considerati, a determinate condizioni, soggetti passivi Ires sia dalla dottrina (Fransoni, *La disciplina del trust nelle imposte dirette*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, 242) che dall'Amministrazione finanziaria, tuttavia non si può omettere di rilevare come le nuove disposizioni abbiano suscitato non pochi dubbi interpretativi, perlopiù derivanti dalla peculiarità del trust e dalle difficoltà di "piegare" a questo istituto alcune disposizioni del *tuir* in origine pensate per società ed enti.

L'intervento normativo ha quindi inserito specifiche, ancorché non sempre puntuali, disposizioni circa la tassazione dei redditi prodotti dal patrimonio segregato in trust ai fini dell'imposizione diretta. In particolare, oltre all'inclusione tra i soggetti passivi sia dei trust commerciali che di quelli non commerciali, residenti o meno, la novella ha previsto anche un diverso regime impositivo per i trust con beneficiari individuati e quelli privi di beneficiari individuati (art. 73, comma 3, *tuir*). Mentre nel primo caso i redditi sono imputati *pro quota* ai singoli beneficiari e tassati alla stregua dei redditi di capitale (v. il nuovo art. 44, comma 1, lett. g-*sexies*, *tuir*), nel secondo è il trust l'unico soggetto obbligato ad assolvere l'imposta.

Con l'inserimento dei trust a fianco della categoria "enti" l'innovazione legislativa ha apportato importanti modificazioni.

Rispetto al passato sembra per esempio perdere rilevanza l'esistenza di una "organizzazione" del trust, intesa quale insieme di persone e/o beni funzionalmente coordinati, cosicché ai fini impositivi potrà assumere rilevanza anche il reddito prodotto da un trust di breve durata ovvero con un unico bene.

Nonostante l'accostamento, quindi, l'istituto del trust si presenta come una fattispecie autonoma rispetto alla categoria degli enti, per il quale, ad esempio, è dubbia la sussistenza degli obblighi di sostituzione d'imposta che gravano, invece, su enti e società indicati nell'art. 73, comma 1, *tuir*. E' vero, d'altra parte che la distinzione dei trust rispetto a società ed enti non può essere accentuata oltre misura, e che per esempio le regole di determinazione della base imponibile per i trust non possono essere che quelle dedicate dal *tuir* a società ed enti.

Si noti, inoltre, che la lettera d) dell'art. 73, comma 1, *tuir*, utilizza un'espressione diversa da quella delle lettere b) e c), in quanto si riferisce a società ed enti "*di ogni tipo, compresi i trust*". Mentre alcuni autori hanno considerato irrilevante questa differenza, altri hanno giustificato la divergenza con l'ampiezza del riferimento a società ed enti non residenti "di ogni tipo" e con la possibile mira del Legislatore di salvaguardare l'applicabilità ai trust non residenti delle disposizioni in materia di CFC. Occorre inoltre ricordare che sono state introdotte alcune nuove presunzioni di residenza fiscale per i trust istituiti all'estero (73, comma 3, *tuir*), oltre a quelle già previste dall'art. 73, comma 5*bis*, che l'Agenzia delle Entrate ritiene comunque applicabili anche ai trust (circ. 48/E del 2007).

La tassazione dei redditi prodotti da un trust nelle fattispecie internazionali secondo il tuir

Come accennato, un trust con “beneficiari individuati” è un trust nel quale l’atto istitutivo accorda a tali soggetti il diritto alla puntuale assegnazione del reddito prodotto, del tutto svincolata quindi dalla volontà di assegnazione da parte del trustee.

Ai fini fiscali, un trust residente imputa i redditi prodotti ai beneficiari individuati *ex art. 73, comma 2, del tuir*.

Nel caso in cui i beneficiari di un trust residente siano tutti o in parte anch’essi residenti nel territorio dello Stato, il reddito sarà quindi loro imputato e tassato di conseguenza come reddito di capitale.

In presenza di beneficiari non residenti, il reddito imputato sarà comunque imponibile nel territorio dello Stato quale reddito di capitale corrisposto da soggetto residente (*i.e.* da un trust residente) ai sensi dell’art. 23, comma 1, lett. *b*) del Tuir.

Per i trust non residenti, laddove non vi siano beneficiari individuati, non sorgono problematiche di particolare rilievo, ricordandosi che esso sarà assoggettato a tassazione in Italia sui redditi quivi prodotti secondo le disposizioni generali (e in particolare secondo l’art. 23 tuir).

Per contro, un trust non residente con beneficiari individuati presenta alcune problematiche legate alla tassazione del reddito da imputare a tali soggetti. Per analizzare il regime impositivo dei trust esteri è opportuno preliminarmente richiamare la nuova lettera *g-sexies*) dell’art. 44 tuir, per la quale sono redditi di capitale “*i redditi imputati al beneficiario di trust ai sensi dell’art. 73, comma 2, anche se non residenti*”.

Le incertezze muovono dall’analisi testuale del citato art. 44 del Tuir, comma 1, lett. *g-sexies*), per il quale, appunto, sono redditi di capitale i redditi imputati al beneficiario di trust ai sensi dell’art. 73, comma 2, “*anche se non residenti*”, visto che non si comprende a quale soggetto sia riferita tale ultima indicazione. Infatti, non risulta ben chiaro se il Legislatore abbia inteso riferirla ai trust oppure ai beneficiari.

Parte della dottrina ha sostenuto che tale espressione debba essere riferita ai beneficiari (Lupoi). In questo modo, però, l’art. 44, comma 1, lett. *g-sexies*), tuir opererebbe come una disposizione sulla territorialità, valevole ad affermare la potestà impositiva italiana nei confronti dei beneficiari individuati non residenti. A bene vedere, però, questa funzione è già svolta, in riferimento ai trust residenti, dall’art. 23, comma 1, lett. *b*), tuir secondo il quale sono redditi di fonte italiana quelli di capitale corrisposti da un soggetto residente, come nel nostro caso il trust, a non residenti (i beneficiari individuati).

Pare quindi più corretto riferire l’espressione dell’art. 44 tuir “*anche se non residenti*” ai trust, che in quanto parola straniera non è stata declinata al plurale dal nostro Legislatore.

Nel caso di trust non residenti, pertanto, l'imputazione dei redditi avverrà nei confronti dei soli beneficiari individuati residenti (Ag. Entrate, circ. 48/E del 2007), mentre dovrebbe essere sempre il trust a rispondere fiscalmente per la quota di reddito (di fonte italiana) attribuibile ai beneficiari individuati non residenti, salva l'applicazione di ritenute alla fonte a titolo definitivo o di imposte sostitutive (che come precisato anche dall'Agenzia delle Entrate nella circolare 48/E del 2007 esauriscono la pretesa tributaria). Ancora diverso è il caso dei redditi di fonte estera prodotti da trust non residenti con beneficiari individuati residenti in Italia. In queste ipotesi, infatti, difetta il requisito di territorialità per la tassazione dei redditi in Italia dei redditi prodotti dal trust, così come confermato anche dall'Agenzia delle Entrate nella circolare 48/E del 2007. Ci si potrebbe tuttavia domandare se l'attribuzione al beneficiario individuato residente di una quota dei redditi del trust non debba comunque essere tassata in capo a questo soggetto.

La residenza fiscale del trust

Per quanto concerne la residenza, l'art. 73, comma 3, tuir indica i tre ben noti criteri alternativi della sede legale, sede amministrativa e oggetto principale.

Valutando l'applicazione di questi criteri ai trust non può non notarsi una certa distonia, data dal fatto che alcuni di essi mal si adattano all'istituto di matrice anglosassone.

In particolare, come riconosciuto anche dall'Agenzia delle Entrate, sarà difficile radicare in Italia o all'estero la residenza fiscale di un trust prendendo a riferimento la sua sede legale, posto che tale concetto è pressoché incompatibile con il trust, tanto è vero che sempre nell'art. 73, comma 3, lo stesso legislatore ha preso a riferimento formale per il radicamento del trust il luogo di istituzione (art. 73, comma 3, tuir), piuttosto che la sede legale.

Descrivendo l'applicazione del criterio della sede dell'amministrazione, l'Agenzia delle Entrate ha tracciato una distinzione tra i trust organizzati e quelli non organizzati.

Mentre per i primi la sede dell'amministrazione dovrebbe individuarsi laddove si trovano gli uffici e i dipendenti del trust, per i secondi sarebbe necessario far coincidere la sede dell'amministrazione con il domicilio fiscale del trustee.

Per i trust organizzati, pertanto, occorrerebbe far ricorso ai criteri generali per la determinazione della sede dell'amministrazione di società ed enti, e in particolare, individuare il luogo da cui promanano gli impulsi volitivi del trust. Questo approccio, in effetti, potrebbe anche conciliarsi con il disposto dell'art. 4 del modello Ocse e in particolare con i chiarimenti forniti nel relativo Commentario. Tuttavia, non sembra che l'equiparazione svolta dall'Agenzia sia sempre e comunque ammissibile a prescindere da un'analisi concreta della fattispecie, posto che gli impulsi volitivi dell'ente (*rectius*, del trust) potrebbero promanare anche da un

luogo diverso rispetto a quello dove si trovano uffici e dipendenti, e precisamente dal luogo in cui opera il trustee.

Ciò detto, è senz'altro condivisibile la critica mossa dalla dottrina all'interpretazione fornita dalla circolare 48/E in relazione alla sede dell'amministrazione dei trust "non organizzati". Per l'Agenzia, infatti, in questi casi la sede dell'amministrazione "tenderà a coincidere con il domicilio fiscale del trustee". Questa interpretazione pare però inadeguata nel momento in cui si vuole ravvisare il criterio di collegamento con l'ordinamento italiano idoneo a giustificare l'imposizione. Il domicilio fiscale, infatti, così come disciplinato dall'art. 58 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, nulla ha a che vedere con i criteri di collegamento per l'imposizione diretta e in particolare, nulla ha a che fare con il concetto di residenza. E' assai frequente, anzi, e disciplinato proprio dall'art. 58, il caso di un soggetto non residente che abbia in Italia anche un domicilio fiscale; il che conferma l'estraneità del domicilio rispetto ai criteri di individuazione della residenza.

Sostanzialmente, pertanto, l'interpretazione fornita dall'Amministrazione finanziaria in relazione alla residenza dei trust non organizzati non può essere condivisa, a meno di considerare il richiamo al *domicilio* fiscale come riferito alla *residenza* fiscale del trustee. Anche questo criterio, peraltro, sarebbe comunque superato dalla *tie breaker rule* (che per società ed enti si basa sulla sede dell'amministrazione) contenuta nelle convenzioni bilaterali basate sul modello Ocse, ove una di queste risulti applicabile.

Quanto al terzo criterio di individuazione della residenza, quello dell'oggetto principale, l'Agenzia delle Entrate ha precisato che nel caso in cui il trust gestisca degli immobili la residenza andrà individuata laddove si trovano gli immobili. Se tali beni si trovano in diversi Stati, occorrerà applicare un criterio di prevalenza, presumibilmente in base alla stima patrimoniale. Seguendo il ragionamento dell'Agenzia, nei (rari) casi in cui un trust gestisse un'azienda, dovrebbe applicarsi il medesimo criterio. Nel caso di patrimoni misti, invece, secondo l'Agenzia occorrerebbe verificare l'attività effettivamente e concretamente esercitata dal trust.

Anche questo criterio, tuttavia, si espone ad alcune critiche. In base allo stesso art. 73, comma 4, *tuir*, infatti, l'oggetto principale consiste nell'attività "*essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto*". In primo luogo, l'Agenzia delle Entrate omette di distinguere tra i trust commerciali e quelli non commerciali.

Per i trust non commerciali, invero, l'oggetto principale è quello istituzionale e non invece l'attività produttiva di reddito, che è servente rispetto alle finalità del trust.

Per quelli commerciali, invece, l'oggetto principale sarà appunto la gestione dell'impresa e la residenza non potrà che collocarsi laddove l'impresa è gestita, indipendentemente, si badi, da dove si collocano i beni o addirittura gli stabilimenti.

Questa critica appare anche più rafforzata se si esaminano i casi, più frequenti, in cui i trust gestiscono patrimoni costituiti da titoli e strumenti finanziari. In questi casi pare francamente arduo argomentare per la residenza del trust nel luogo dove sono depositati i titoli e sembra invece più opportuno adottare il criterio anzi delineato, che è poi anche quello stabilito *ex lege*.

Nel caso invece di trust che gestiscono attivamente partecipazioni in società si potrebbe a prima vista ipotizzare che la residenza del trust debba seguire quella delle controllate. Anche questa ipotesi, tuttavia, sembra da respingere, in quanto l'attività del socio dev'essere distinta rispetto a quella della società partecipata, in quanto la gestione di partecipazioni ben può svolgersi anche da altri Paesi, come avviene per qualunque società con soci non residenti. E d'altra parte, anche in relazione a questa ipotesi, è la stessa lettura dell'art. 73, comma 5^{bis}, a fugare ogni dubbio residuo. Soltanto alle precise condizioni ivi stabilite, infatti, si può presumere che la residenza di un socio che controlla una società residente sia anch'essa da stabilirsi in Italia. E, comunque, anche in tali casi è sempre possibile offrire la prova contraria.

Le presunzioni di residenza dei *trust*

La finanziaria 2007 ha integrato il comma 3 dell'art. 73 tuir con la previsione di due fattispecie in cui deve presumersi che un trust *istituito* in un paradiso fiscale sia fiscalmente residente in Italia.

Si tratta, in particolare, dei casi in cui:

- 1) almeno uno dei disponenti e almeno uno dei beneficiari sono fiscalmente residenti in Italia, e
- 2) successivamente alla costituzione del trust, un soggetto residente in Italia effettui un'attribuzione al trust che comporti il trasferimento della proprietà di beni immobili, oppure la costituzione o il trasferimento di un diritto reale immobiliare, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi.

Le due presunzioni presentano alcuni tratti comuni, che pare opportuno analizzare per primi.

In particolare, il legislatore italiano ha deciso di introdurre queste due presunzioni, con il chiaro intento di contrastare l'impiego dei trust per scopi di evasione ed elusione fiscale. Questo intento deve essere chiaro anche all'interprete nell'applicazione della disposizione.

Fatta questa premessa, occorre peraltro osservare che il legislatore ha scelto una terminologia quantomeno poco felice. L'istituzione di un trust in un Paese piuttosto che in un altro, infatti, non assume rilievo determinante ai fini del suo radicamento in un ordinamento fiscale. La scelta del termine "istituiti in", invero, potrebbe essere stata mossa dal timore che un trust istituito in un Paese che non consente un adeguato scambio di informazioni sia difficilmente rintracciabile, così come potrebbe essere difficile risalire al disponente e ai beneficiari e ancor di più esercitare azioni

esecutive e di riscossione sul patrimonio di un simile trust. Tuttavia, sembra che il Legislatore avrebbe potuto articolare meglio il dettato normativo. In particolare, se è vero, come detto, che l'istituzione del trust in un Paese non ne determina ivi il radicamento fiscale, ben potrebbe darsi il caso di un trust istituito in un paradiso fiscale, ma fiscalmente residente in un Paese *white list*. Questo esempio serve per capire come le due presunzioni in esame potrebbero rivelarsi assai carenti rispetto alla pretesa del trust(ee) di collocare la residenza del trust in un Paese *white list*, avvalendosi a tal riguardo anche delle disposizioni di un convenzione contro le doppie imposizioni. In questo caso, inoltre, diversamente da quanto previsto per la presunzione di residenza delle società e degli enti di cui all'art. 73, comma 5bis, tuir, il meccanismo impiegato dal legislatore non va ad incidere sul concetto di sede dell'amministrazione, ma si limita ad una generica affermazione per cui la residenza si presume, salvo prova contraria, essere in Italia. Ne discende che mentre la presunzione di residenza di cui al comma 5bis può ritenersi in linea con la *tie breaker rule* prevista dalle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate in base al modello Ocse, lo stesso non sembra potersi dire per quanto concerne le due presunzioni specificamente dedicate ai trust.

Nonostante l'istituzione in un paradiso fiscale, pertanto, i trust che fossero considerati residenti in un altro Paese (*white list*) non potrebbero vedersi *tout court* attratti a risiedere fiscalmente in Italia in base alle presunzioni di cui all'art. 73, comma 3. Occorrerà, invece, anche in questi casi, applicare i criteri dirimenti stabiliti dalle convenzioni internazionali eventualmente applicabili. Si tratterà, quindi, ancora una volta, di verificare se la sede dell'amministrazione possa o meno dirsi stabilita in Italia.

Cosciente della problematicità del riferimento al luogo di istituzione del trust e dell'esigenza di contrasto all'evasione e all'elusione fiscale, peraltro, l'Agenzia delle Entrate, nella circolare esplicativa più volte richiamata, ha tentato una sterzata, attribuendo alla locuzione "istituiti in" il significato di "formalmente residenti in".

Il concetto di istituzione e quello di residenza fiscale, come detto, hanno molto poco, se non nulla, in comune, tanto è vero che, come ha notato la dottrina, nella prassi non si assiste mai (giustamente) ad atti istitutivi in cui si individua anche la residenza fiscale del trust, proprio perché, come dice la stessa Agenzia delle Entrate, l'individuazione della residenza fiscale può farsi solo a posteriori, in base ad un'analisi concreta del caso (v. risol. 17 gennaio 2003, n. 8/E).

A prescindere da quanto sopra, peraltro, non si può che osservare come, nonostante l'interpretazione correttiva fornita dall'Agenzia, permangano le difficoltà concrete cui facevamo cenno sopra, relative all'accertamento dei redditi, delle attività svolte e dei soggetti coinvolti in un trust istituito in un paradiso fiscale.

Passando all'analisi dei tratti che contraddistinguono la prima presunzione, occorre ricordare che essa è espressamente definita come superabile dall'art. 73, comma 3.

E' condivisibile l'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate secondo cui la residenza del disponente dev'essere verificata nel momento in cui si spoglia del bene a favore del trust e non in altri momenti, come invece può avvenire per i beneficiari, nel presupposto che, *letter of wishes* a parte, il rapporto del disponente con il trust ed il trustee si esaurisca un istante dopo l'attribuzione patrimoniale.

Quanto ai beneficiari, sebbene il testo della disposizione non fornisca ulteriori precisazioni, l'Agenzia ha ritenuto di limitare il campo di applicazione della presunzione ai soli trust con beneficiari già individuati. Questa interpretazione, probabilmente, è stata influenzata dal riferimento ai beneficiari individuati fatto nel comma 2 dell'art. 73. Nondimeno, a prescindere dall'applicazione del regime di imputazione dei redditi ai beneficiari individuati *ex art. 73, comma 2*, di un trust istituito in un paradiso fiscale, il testo del comma 3 avrebbe forse potuto supportare anche un'applicazione della presunzione anche ai trust con beneficiari che sebbene precisati/nominati non fossero anche *vested*, e cioè, "individuati" nell'interpretazione che l'Agenzia ha fornito del termine di cui all'art. 73, comma 2. In sostanza, si sarebbe anche potuto sostenere che il testo della disposizione, riferendosi genericamente ai beneficiari, intendesse distinguere rispetto al precetto che impone l'imputazione dei redditi ai *vested beneficiaries*/beneficiari individuati. Questa impostazione, in effetti, poteva essere supportata dal fatto che mentre per quanto riguarda il comma 2 il principio di capacità contributiva impone di imputare i redditi soltanto ai beneficiari che siano già nel possesso dei redditi (*vested*), per quanto concerne il comma 3 il radicamento con la giurisdizione fiscale italiana potrebbe anche basarsi sull'esistenza, oltre che di un disponente residente, di un beneficiario che benché non ancora titolato a pretendere la distribuzione del reddito, possa nondimeno dirsi certo di incassare ad una data futura. Nonostante questo, peraltro, pare condivisibile il cauto approccio dell'Agenzia delle Entrate, che mira a radicare in Italia soltanto quei trust che manifestino un collegamento con l'Italia particolarmente stretto, e quindi soltanto in presenza, oltre a un disponente residente, anche di un *vested beneficiary* parimenti residente.

La seconda presunzione di residenza fiscale dei trust, invece, si applica nel caso in cui *successivamente* alla costituzione un soggetto residente attribuisca al trust la proprietà di un bene immobile o altri diritti reali immobiliari, nonché vincoli di destinazione sugli stessi beni.

Il primo interrogativo sorge in riferimento al fatto che l'attribuzione di uno dei diritti sopraelencati *contestualmente* alla costituzione del trust, secondo un'interpretazione letterale della

disposizione, potrebbe non far operare la presunzione. Questo problema, tuttavia, pare superabile se si considera che l'istituzione del trust precede sempre logicamente l'attribuzione patrimoniale.

Un secondo interrogativo, invece, era sorto per il fatto che la disposizione non specifica a che tipo di immobili occorra fare riferimento e pertanto, sulla base del dato letterale, si potrebbe sostenere che anche l'attribuzione di immobili all'estero legittimi l'applicazione della presunzione. Anche in questo caso, peraltro, l'Agenzia delle Entrate ha corretto il tiro, precisando che la presunzione si applica soltanto se i diritti attribuiti al trust attengono a beni immobili situati in Italia. Certo è che questa interpretazione rischia di recidere il legame che gli immobili all'estero hanno con la giurisdizione fiscale italiana (essendo posseduti da un soggetto residente, tassato su tali beni ai sensi dell'art. 70, comma 2, tuir) soltanto per effetto dell'attribuzione ad un trust non residente.

Infine, nonostante anche in questo caso la lettera della legge non deponesse chiaramente in tal senso, nella circolare 48/E l'Agenzia delle Entrate per scongiurare una probabile censura di incostituzionalità della disposizione, ha precisato che anche la seconda presunzione del comma 3 deve ritenersi relativa.

Sull'applicazione dei commi 5bis e ter dell'art. 73 tuir ai trust

Data la - pur criticabile - equiparazione dei trust alle società e agli enti, l'Agenzia delle Entrate considera applicabili ai trust anche le presunzioni relative di cui all'art. 73, comma 5bis, tuir (circ. 48/E del 2007).

Del pari, anche se introdotta dopo i chiarimenti dell'Amministrazione finanziaria, sempre in forza dell'equiparazione dei trust a società ed enti, dovrebbe applicarsi anche ai trust la nuova presunzione di cui all'art. 73, comma 5quater del tuir, introdotta dal d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133.

In riferimento alla prima delle due presunzioni di cui al comma 5bis, essa avrebbe evidentemente ad oggetto i trust in cui effettivamente è garantita, anche civilisticamente, la segregazione del patrimonio e l'attribuzione dei pieni poteri gestori al trustee e all'eventuale guardiano. In altre parole, la presunzione non potrà essere applicata ai trust in cui il disponente residente mantenga il pieno controllo sulla gestione del patrimonio, posto che in tali casi già dal punto di vista civilistico sarebbe difficile difendere la genuinità del trust e anche dal punto di vista fiscale l'Agenzia delle Entrate ha ribadito per queste ipotesi l'assoggettamento ad imposta del disponente stesso (circ. 48/E del 2007, che conferma la risol. 8/E del 2003).

In base a questa premessa, pare effettivamente difficile il ricorrere di uno dei presupposti per applicare la presunzione, e in particolare quello del controllo sul trust da parte di un soggetto

residente in Italia che non sia il trustee stesso (il che naturalmente potrebbe, a certe condizioni, contribuire a radicare in Italia la residenza del trust per via del criterio della sede di amministrazione e quindi indipendentemente dall'operare della presunzione).

In ipotesi, la stessa presunzione di cui alla lettera a) del comma 5bis potrebbe trovare applicazione anche laddove il trustee - che potrebbe anche essere una persona giuridica - sia a sua volta controllato da un soggetto residente in Italia.

Quanto alla presunzione di cui alla lettera b), anch'essa potrebbe ritenersi applicabile laddove il trustee sia un soggetto residente in Italia, oppure laddove il *board of trustees* che amministra il trust sia composto, in maggioranza, da soggetti residenti in Italia.

I trust e le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni

L'espresso inserimento del trust tra i soggetti passivi dell'imposta sul reddito, inoltre, ha spinto l'Agenzia delle Entrate a confermare l'applicabilità, rispetto ad esso, dei benefici garantiti dalle convenzioni contro le doppie imposizioni. Detto questo, peraltro, occorrerà verificare nel dettaglio questa affermazione, anche per esempio in riferimento ai trust con beneficiari individuati. Unica eccezione, come ricordato anche dall'Agenzia delle Entrate, sono i trust revocabili, nei quali il disponente continua a controllare il patrimonio attribuito al trustee e per i quali pertanto il trattato applicabile è semmai quello tra l'Italia e il Paese di residenza del disponente.

Al riguardo, peraltro, a parte l'applicabilità delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni ai trust che scontino direttamente l'imposizione sul reddito, occorre svolgere alcune riflessioni riguardo ai casi in cui il trust abbia (anche) dei beneficiari individuati, cui i redditi vengono imputati ai fini fiscali ex art. 73, comma 2, tuir.

Ai fini convenzionali, infatti, una persona è considerata residente in uno degli Stati contraenti, e quindi è "coperta" dalle disposizioni del trattato ai sensi dell'art. 1 del modello Ocse, laddove "*ivi assoggettata ad imposizione in ragione del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione o di ogni altro criterio di natura analoga*" (art. 4 del modello Ocse).

Dando ormai per scontata l'applicazione delle convenzioni ai trust che scontano direttamente l'imposta e quindi in Italia a quelli senza beneficiari individuati, occorre verificare la condizione dei trust che in Italia hanno dei beneficiari individuati ai quali sono imputati i redditi prodotti dal trust.

A tal riguardo, infatti, si potrebbe in via alternativa sostenere che:

1) il soggetto ammesso a godere dei benefici della convenzione sia il beneficiario individuato, in quanto titolare definitivo dei redditi da un punto di vista economico e fiscale, oppure che

2) il soggetto cui deve applicarsi la convenzione sia sempre il trust, nonostante l'imputazione dei redditi, ai fini fiscali, ai beneficiari individuati.

Al riguardo, occorre dire che per poter beneficiare delle disposizioni convenzionali non è necessario essere effettivamente assoggettati al prelievo. Infatti, la circolare n. 306/E del 23 dicembre 1996, in riferimento all'esenzione dall'imposta sostitutiva ex d.lgs. n. 239 del 1° aprile 1996, ha chiarito che: "*il concetto di residenza implica il presupposto dell'assoggettabilità a tassazione, basato sulla connessione personale del contribuente con il Paese di residenza*". Non occorre quindi, come è stato di recente confermato dalla risoluzione n. 167/E del 21 aprile 2008, l'effettivo assoggettamento ad imposta, bensì soltanto l'astratta assoggettabilità al prelievo. Dal che potrebbe sostenersi che comunque sia sempre il trust il soggetto cui deve applicarsi la convenzione contro le doppie imposizioni, specie alla luce del fatto che i redditi imponibili vengono dapprima determinati in capo al trust secondo le disposizioni delle specifiche categorie reddituali e soltanto in un secondo momento essi sono imputati ai beneficiari individuati e, mutando natura, divengono per questi redditi di capitale ex art. 44 tuir. Si tratterebbe quindi di una fattispecie diversa rispetto a quella delle *partnership*, in cui il soggetto abilitato a fruire del trattato è il socio dell'ente trasparente (v. Ocse, *Partnership Report* del 1999).

E proprio nel senso dell'interpretazione appena proposta si pongono le modifiche apportate al modello Ocse a seguito del rapporto sui REIT (*Real Estate Investment Trust*) del 2007, nel quale si sostiene che tali veicoli possano beneficiare delle disposizioni convenzionali nonostante l'obbligo di distribuzione dei redditi ai partecipanti, dal momento che anche per il REIT, come per il trust italiano, il reddito distribuito agli investitori assume una qualificazione diversa rispetto al reddito originario.

Detto questo, peraltro, occorre anche rilevare che i benefici delle convenzioni si applicano soltanto al beneficiario effettivo del reddito. Vero è, d'altra parte, che nel richiamato rapporto Ocse sui REITs questi veicoli sono considerati "coperti" dal trattato nonostante siano obbligati a distribuire ai partecipanti i redditi prodotti, proprio alla luce del fatto che i redditi così attribuiti ai partecipanti mutano la loro natura rispetto a quelli percepiti dal veicolo, esattamente come avviene nel caso dei trust ai sensi degli artt. 73, comma 2 e 44, comma 1, lett. g-sexies, tuir.

Sempre in riferimento alla disciplina convenzionale, occorre rilevare che i redditi imputati ai beneficiari individuati, sebbene si tratti per espressa disposizione legislativa di "redditi di capitale" non ricadono nel campo applicativo dell'art. 10 del modello Ocse, che disciplina i dividendi; manca infatti qualunque tipo di rapporto "societario" tra il beneficiario individuato ed il trust.

Si potrebbe invece discutere maggiormente dell'applicazione dell'art. 11, che riguarda gli interessi. A riguardo, tuttavia, è

opportuno sottolineare che tale disposizione si applica agli interessi che sorgono da crediti di qualsiasi natura a fronte di un prestito di capitale e pertanto, nonostante l'inserimento sotto l'art. 44 tuir, non sembra che i redditi dei beneficiari individuati di un trust possano fruire dell'art. 11.

Non resta quindi, salvo per le convenzioni che contengano disposizioni espressamente dedicate ai trust, che la disposizione dedicata agli "altri redditi" (art. 21 del modello Ocse) che riserva allo Stato di residenza ogni diritto di prelievo.

L'impatto sulla disciplina fiscale delle diverse tipologie di trust

Così delineate alcune delle principali tipologie di trust e i tratti principali della novella legislativa del 2006, è ora possibile osservare come a seconda dei poteri e dei rapporti che intercorrono tra i soggetti che ruotano intorno al trust si possano determinare diverse conseguenze dal punto di vista fiscale, sia ai fini delle imposte dirette che di quelle indirette.

Analizzando la disciplina italiana, per esempio, nel caso di un trust discrezionale ben difficilmente si potranno imputare ai beneficiari i redditi del trust, se è vero che per beneficiari individuati si intendono soltanto quelli con un diritto attuale ed incondizionato alla percezione di una quota *di reddito* (e quindi non di capitale).

Allo stesso modo, non si potrà che considerare come soggetto passivo dell'imposta sul reddito il disponente nel caso di un trust revocabile, o ancora nel caso in cui lo stesso disponente si sia riservato il ruolo di guardiano del trust o abbia mantenuto penetranti poteri di indirizzo verso il trustee.

La misura dei poteri dei trustee, del disponente e del guardiano, inoltre, può risultare determinante nell'individuazione della residenza fiscale del trust, dovendosi come noto applicare a questo riguardo i criteri generali previsti dall'art. 73, comma 3, tuir, tra i quali rientra il luogo dell'amministrazione (difficile invece, vista la natura dell'istituto, il ricorso al criterio della sede legale).

E a questo proposito casi problematici potrebbero sorgere nelle ipotesi in cui al trustee sia demandata la gestione ordinaria del fondo, mentre al guardiano siano garantiti poteri di rilievo in materia di gestione straordinaria.

Anche dal punto di vista delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni, la verifica dei poteri di gestione del patrimonio e dei diritti di percezione del capitale o del reddito è fondamentale per la determinazione degli obblighi gravanti sui diversi attori che abbiamo nominato, così come per la determinazione del *beneficial owner*.

Considerazioni analoghe, nel senso della unicità di ogni trust e pertanto dell'esigenza di valutare attentamente i rapporti che, in base all'atto istitutivo e alla legge applicabile, intercorrono tra i vari soggetti, valgono anche per quanto concerne, sempre dal punto di vista della legislazione italiana, l'obbligo di monitorare le

attività estere ed i trasferimenti transfrontalieri in base alla disciplina del menzionato d.l. 167/1990.

In riferimento ai trust, occorre verificare chi (e in che casi) sia il soggetto obbligato ad effettuare le segnalazioni delle attività detenute all'estero *ex art. 4*, nel caso in cui il patrimonio segregato si trovi all'estero. E' evidente da quanto abbiamo illustrato sopra che la risposta al quesito varierà a seconda dei poteri e dei diritti di ciascun soggetto e quindi in definitiva a seconda delle caratteristiche del singolo trust.

Ai sensi del predetto art. 4, in particolare, la segnalazione in dichiarazione dev'essere effettuata dalla persona fisica, ente non commerciale, società semplice o equiparata *ex art. 5* tuir che al termine del periodo d'imposta *detenga* investimenti all'estero ovvero attività estere di natura finanziaria attraverso cui possono essere conseguiti redditi di fonte estera imponibili in Italia. Il caso potrebbe essere quello di un trust estero con beneficiario individuato residente in Italia, a patto di poter sostenere che il beneficiario individuato effettivamente sia il *detentore* delle attività estere, il che in realtà pare difficile in relazione alla maggioranza dei trust; oppure il caso di un trust estero revocabile il cui disponente sia residente in Italia.

Per quanto riguarda i trust residenti (non revocabili e senza beneficiari individuati) e la segnalazione delle loro attività estere, a prima vista, l'applicabilità della disciplina del monitoraggio fiscale dovrebbe essere esclusa dalla lettera dell'art. 4, d.l. 167/1990, in quanto il trust non può a rigore considerarsi equiparato ad un ente non commerciale. Tuttavia, vale la pena di richiamare le sentenze della Cassazione che proprio in riferimento al monitoraggio fiscale hanno esteso gli obblighi dichiarativi anche ai soggetti che amministrano e gestiscono le somme e gli investimenti all'estero. Se è vero che tali pronunce sono intervenute in casi del tutto particolari, legati in particolare alla gestione di fondi neri di società private, non si può escludere che la giurisprudenza ritenga invece estensibili al trust(ee) gli obblighi di monitoraggio (Cassazione, sezione tributaria, 11 giugno 2003, n. 9320, successivamente confermata dalla sentenza 7 marzo 2007, n. 10332).