

**Osservazioni (in parte adesive, e in parte critiche) sulla nozione fiscale di trust “interposto” di fonte amministrativa.**

di Angelo Contrino - 7 novembre 2019

1

(commento alla Risposta a Interpello Agenzia delle Entrate, 11 settembre 2019, n. 381)

1. Nella risposta all’interpello n. 381 dello scorso 11 settembre l’Agenzia delle entrate ha affrontato il tema della soggettività passiva di un trust, ai fini delle imposte sui redditi, nel caso in cui l’atto istitutivo contenga una o più clausole che limitano, a favore del disponente, i poteri di amministrazione e gestione del trustee, con conseguente necessità di valutare la sua sussumibilità nella nozione amministrativa di trust “interposto”, in quanto tale “inesistente”, siccome elaborata in taluni, propri precedenti.

Il riferimento è, in specie, alla Circ. Ag. Entr., 27 dicembre 2010, n. 61/E, ove, richiamando anche la casistica contenuta nella precedente Circ. Ag. Entr., 10 ottobre 2009, n. 43/E, l’Agenzia ha elaborato – sia pur indirettamente, attraverso una serie di affermazioni non sempre perfettamente collimanti fra loro, e neanche sempre condivisibili – una sorta di “criterio guida” per individuare i trust “*da ritenere inesistenti in quanto interposti*” ai fini delle imposte sui redditi, da cui si fa discendere l’imputazione senza soluzione di continuità al disponente, e non al trust, dei redditi prodotti dai beni conferiti.

Come già rilevato in sede di commento ai richiamati documenti di prassi (cfr. A. CONTRINO, *Recenti indirizzi interpretativi sul regime fiscale di trust trasparenti, interposti e transnazionali: osservazioni critiche*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 317 ss.; le citate circolari sono state commentate, per lo più criticamente, anche da D. STEVANATO, *“Stretta” dell’Agenzia delle entrate sulla fiscalità dei trust: a rischio un sereno sviluppo dell’istituto?* in *Corr. trib.*, 2011, 537 ss. e D. MURITANO, *Le condizioni dell’Agenzia delle entrate per la rilevanza fiscale dei trust interni: osservazioni critiche*, in *Trusts*, 2011, 263 ss.), se si obliterano le sfumature contraddittorie delle diverse affermazioni ivi contenute, il predetto “criterio guida” può essere sintetizzato – utilizzando alcune delle affermazioni della stessa Agenzia delle Entrate – nei termini seguenti: il disponente “*non può riservare a sé stesso il potere né il controllo sui beni del trust in modo da precludere al trustee il pieno esercizio dei poteri dispositivi a lui spettanti in base al regolamento del trust o alle legge*”; circostanza, questa, che va appurata in base a ciò che emerge “*non soltanto dall’atto istitutivo del trust ma anche da elementi di mero fatto*”.

Si può, dunque, affermare che in base a tale criterio si ha un trust “interposto” – ai fini delle imposte sui redditi – quando il disponente esautorati *de iure* o *de facto* il trustee delle proprie prerogative, eterodirigendolo: in presenza di una circostanza di tal fatta “il trust – come ha affermato recisamente l’Agenzia – deve considerarsi inesistente”.

<sup>2</sup> Tale conclusione, priva di esplicita spiegazione nei documenti di prassi richiamati, deve ritenersi corretta.

Ciò è evidente se si considera che in presenza di un effettivo esautoramento e della susseguente eterodirezione del trustee vengono a mancare alcuni degli elementi costitutivi del trust secondo la Convenzione dell’Aja (art. 2), e in particolare: da un lato, l’effettiva collocazione dei beni *sotto il controllo* del trustee; e, dall’altro, l’esercizio da parte di quest’ultimo – come recita la citata Convenzione – del *potere* e dell’*obbligo* di “*amministrare, gestire o disporre dei beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge*”.

Ebbene, in mancanza di tali elementi costitutivi non è possibile una giuridica identificazione dell’atto negoziale come trust (secondo la Convenzione) e, dunque, non è possibile riconoscerlo come tale nel nostro ordinamento: nelle ipotesi considerate si può parlare – richiamando le parole di un illustre maestro (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. VASSALLI, XV, 2a ed., Torino, 1955, 473) – di “vera inesistenza giuridica del negozio che si è inteso fare, in quanto non esiste di esso che una vuota apparenza, che (...) non produce (...) assolutamente nessun effetto giuridico” (in questo senso già in A. CONTRINO, *Recenti indirizzi interpretativi sul regime fiscale di trust trasparenti, interposti e transnazionali: osservazioni critiche*, cit., 317 ss.; per una diversa ricostruzione, v. T. TASSANI, *Il trust nel sistema fiscale italiano*, Pisa, 2012, 198 ss.).

In ragione di ciò, sotto il profilo fiscale, i redditi prodotti dal trust giuridicamente inesistente non possono che essere assoggettati a tassazione in capo al disponente, secondo le regole proprie di ciascuna categoria di reddito.

2. Nel caso oggetto dell’interpello, l’Agenzia ha vagliato per la seconda volta l’atto istitutivo di un trust (dopo le modifiche di talune parti che, obbligando il trustee ad acquisire il consenso del disponente o del comitato dei saggi su molteplici materie, in sede di primo esame avevano condotto l’Agenzia a qualificarlo “inesistente”) il quale presentava, tra le altre, clausole con cui: (i) il disponente si era riservato il potere di attribuire al coniuge crediti nei confronti del trustee, imponendo limiti, condizioni e modalità per la corresponsione delle somme; (ii) il trustee non era legittimato a compiere alcun atto di disposizione, di impiego o di garanzia su ciascuno dei beni in trust in contrasto con le determinazioni espresse in forma scritta dalla persona che aveva incrementato il fondo per mezzo del bene interessato; (iii) l’alienazione di beni immobili presenti nel trust, concessi in

godimento al disponente, al coniuge o ai beneficiari, necessitava del previo parere del disponente o del comitato dei saggi; (iv) il trustee poteva essere revocato in qualsiasi momento dal disponente o, in caso di decesso di quest'ultimo, dal comitato dei saggi o, alternativamente, dai beneficiari in maniera congiunta; (v) per le modifiche all'atto istitutivo del trust era richiesto il consenso del disponente.

3

Dopo avere premesso che *“si ritiene (...) fiscalmente <<inesistente>> il trust in tutti quei casi in cui, per effetto delle disposizioni contenute nel proprio atto istitutivo ovvero in base ad elementi di mero fatto, il potere di gestire e disporre dei beni permanga in tutto o in parte [sottolineatura nostra] in capo al disponente. In tal caso, non verificandosi il reale spossessamento di quest'ultimo in relazione ai beni posti nel patrimonio costitutivo del trust, quest'ultimo si configura come <<struttura meramente interposta rispetto al disponente>> al quale devono continuare ad essere attribuiti i redditi solo formalmente prodotti dal trust”*; l'Agenzia ha richiamato alcune delle fattispecie di trust interposto esemplificate nei documenti di prassi precedente, e in particolare quelle in cui: (a) *“il trustee deve tenere conto, in relazione alla gestione del patrimonio e del reddito da questo generato, delle indicazioni fornite dal disponente”*; (b) *“il trustee non può esercitare i suoi poteri <<senza il consenso>> del disponente o del beneficiario”*; (c) *“il disponente ha la facoltà di attribuire beni e redditi del trust o concedere prestiti a soggetto dallo stesso individuato”*; (d) *“ogni altra ipotesi in cui il potere gestionale e dispositivo del trustee, così come individuato dal regolamento del trust e o dalla legge, risulti in qualche modo limitato o anche semplicemente condizionato [sottolineatura nostra] dalla volontà del disponente e/o dei beneficiari”*; e ha concluso, dopo aver vagliato le clausole sopra enumerate, che – nonostante le modifiche apportate all'atto istitutivo sottoposto a nuova valutazione – il trust doveva continuarsi a ritenere “inesistente” sotto il profilo delle imposte sui redditi.

L'Agenzia ha, invero, avuto gioco facile nel concludere in tale senso.

Per un verso, infatti, la valutazione complessiva delle clausole sopra elencate integrava la definizione generale riportata dall'Agenzia in premessa, essendo indubitabile che l'unitaria considerazione dei limiti posti da tali clausole faceva sì che il potere di gestire e disporre dei beni in trust potesse essere considerato, quanto meno “in parte”, ancora nelle mani del disponente. Per altro verso, poi, le singole clausole integravano almeno una delle ipotesi di trust interposto esemplificate nei documenti di prassi precedente e, non a caso, riportate nell'interpello: la clausola *sub (i)* – con cui il disponente si era riservato il potere di attribuire al coniuge crediti nei confronti del trustee, imponendo limiti, condizioni e modalità per la corresponsione delle somme – integrava la fattispecie interpositiva *sub (c)*; la clausola *sub (ii)* – in forza della quale il trustee non era legittimato a compiere alcun atto di disposizione, di impiego o di garanzia su ciascuno dei beni in trust in contrasto con le determinazioni espresse in forma scritta dalla persona che aveva incrementato il fondo per

4 mezzo del bene interessato – integrava le fattispecie interpositorie *sub (b)* e *sub (d)*; la clausola *sub (iii)* – in base alla quale l’alienazione di beni immobili presenti nel trust, concessi in godimento al disponente, al coniuge o ai beneficiari, necessitava del previo parere del disponente o del comitato dei saggi – integrava la fattispecie interpositoria *sub (d)*; la clausola *sub (iv)* – secondo cui il trustee poteva essere revocato in qualsiasi momento dal disponente o, in caso di decesso di quest’ultimo, dal comitato dei saggi o, alternativamente, dai beneficiari in maniera congiunta – integrava, sempre, la fattispecie interpositoria *sub (d)*; e, infine, la clausola *sub (v)* – in ragione della quale per le modifiche all’atto istitutivo del trust era richiesto il consenso del disponente – integrava la fattispecie interpositoria *sub (b)*.

Il pronunciamento dell’Agenzia delle entrate, se valutato alla luce della ricostruzione effettuata nel primo paragrafo, merita senz’altro adesione quanto alla conclusione rassegnata, ma non altrettanto quanto alle premesse da cui muove e alle argomentazioni in cui si dipana il relativo percorso motivazionale.

**3.** Se è vero – come dimostrato all’inizio – che, ai fini delle imposte sui redditi, un trust può considerarsi effettivamente “interposto”, rispetto al disponente, solo laddove quest’ultimo si riserva poteri e forme di controllo sui beni tali da esautorare *de iure o de facto* il trustee delle proprie prerogative, non ogni clausola attraverso cui il disponente mantenga talune prerogative e/o ponga limitazioni o condizionamenti determina l’inesistenza del trust, ma soltanto quelle che, da sole o insieme ad altre, consentono al disponente di perpetuare il dominio su beni devoluti solo formalmente in trust.

Ed infatti, l’inesistenza giuridica è concepibile – alla luce di quanto rilevato – solo quando difettino uno o più degli elementi costitutivi della fattispecie convenzionale di trust, e ciò è ravvisabile solo quando l’ingerenza del disponente è talmente penetrante da far ritenere i beni ancora sotto il suo controllo o il trustee spogliato dei propri poteri gestori, e non per il sol fatto che il disponente trattenga per sé alcuni diritti e facoltà. Tanto è vero che la stessa Convenzione dell’Aja si premura di precisare – sempre nell’art. 2 che delinea la nozione di trust – che “*Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative (...) non è necessariamente incompatibile con l’esistenza di un trust*” agli effetti convenzionali.

**3.1.** In questa prospettiva, e come anticipato, la conclusione merita senz’altro adesione, ma – alla luce della ricostruzione effettuata – per ragioni nettamente diverse da quelle poste dall’Agenzia a suo fondamento.

Delle clausole censurate nell’interpello in esame, in quanto integranti la definizione di trust interposto fissata in premessa e le specifiche fattispecie interpositorie indicate dalla stessa prassi, ve ne sono infatti due che, da sole, sono idonee a determinare la fuoriuscita del trust vagliato dalla nozione convenzionale di trust, rendendolo

giuridicamente inesistente e, nella prospettiva in questa sede considerata, interposto ai fini delle imposte sui redditi.

Si tratta, in ispecie, delle clausole *sub (ii)*, secondo cui il trustee non era legittimato a compiere alcun atto di disposizione, di impiego o di garanzia su ciascuno dei beni in trust in contrasto con le determinazioni espresse in forma scritta dalla persona che aveva incrementato il fondo per mezzo del bene interessato; e *sub (iv)*, in forza della quale il trustee poteva essere revocato in qualsiasi momento dal disponente o, in caso di decesso di quest'ultimo, dal comitato dei saggi o, alternativamente, dai beneficiari in maniera congiunta.

Ed infatti, se si considera che tutti i beni costituenti il trust fund (in ispecie, partecipazioni, beni immobili e liquidità) erano stati devoluti dal disponente, è ben evidente che la prima clausola finisce col subordinare al previo consenso del disponente l'esercizio, da un lato, di parte estremamente significativa dei poteri di amministrazione statica (gestione) e, dall'altro, della totalità dei poteri di amministrazione dinamica (impiego e compravendita dei beni) che spettano al trustee, spogliandolo delle proprie prerogative istituzionali e non interrompendo il dominio del disponente sui beni devoluti in trust. Circostanza, quest'ultima, che trova conferma nella quarta clausola: la possibilità da parte del disponente di revocare il trustee in qualsiasi momento e senza limite alcuno – a prescindere, cioè, dal fatto che il trustee abbia esercitato o meno i suoi poteri entro i confini dell'atto istitutivo e della legge regolatrice del trust – mette, infatti, il trustee in una posizione di totale soggezione alla volontà del disponente, impedendogli il libero esercizio dei poteri statuari e legali in conformità alla finalità del trust laddove in contrasto con i voleri estemporanei del disponente.

Le prerogative che il disponente si è riservato con le due clausole esaminate non sono compatibili con la nozione di trust ai sensi dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja, lasciando permanere in capo al disponente medesimo, dopo la costituzione del trust, i poteri dispositivi e il controllo sui beni che dovrebbero, invece, essere nella piena e libera disponibilità del trustee, con esercizio vincolato alle sole regole statuarie e legali del trust.

**3.2.** Se la conclusione raggiunta risulta comunque corretta, non altrettanto può dirsi per la definizione generale di trust interposto da cui muove e le conseguenze che se ne fanno discendere con riguardo alle altre clausole vagliate.

Ed infatti, con le lenti della ricostruzione prospettata, non è corretto ritenere – come ritiene l'Agenzia in premessa, dando seguito all'analoga affermazione contenuta nei precedenti documenti di prassi, all'inizio menzionati – che vi sia un trust fiscalmente “inesistente” quando “*il potere di gestire e disporre dei beni permanga in tutto o in parte in capo al disponente*”, o – come si afferma con formula generale e di chiusura

6 nella fattispecie *sub d)* – “in ogni altra ipotesi in cui il potere gestionale del trustee (...) risulti in qualche modo limitato o anche semplicemente condizionato dalla volontà del disponente”: infatti, posto che la stessa Convenzione dell’Aja prevede, all’art. 2, la possibilità che il disponente riservi a sé stesso alcune prerogative, non ogni riserva di diritti e facoltà che limiti o condizioni i poteri del trustee è incompatibile con la nozione di trust, ma solo quelle che, per la ficcante e pervasiva ingerenza che consentono, mantengono inalterato il controllo dei beni devoluti in trust da parte del disponente e l’esercizio dei relativi poteri di amministrazione, di cui il trustee risulta in concreto espropriato.

In questa corretta prospettiva, è legittimo che il disponente limiti il potere del trustee di alienare taluni beni in trust ritenuti strategici (come, ad esempio, l’azienda di famiglia, una partecipazione di controllo nella società di famiglia, l’immobile storico di famiglia, ecc.) o di compiere taluni investimenti reputati rischiosi (non investire, ad esempio, in titoli che non hanno un certo rating o in azioni e obbligazioni di Paesi emergenti, ecc.): donde la legittimità della clausola *sub (iii)*, censurata invece dall’Agenzia, che subordinava l’alienazione di beni immobili presenti nel trust al previo parere del disponente (o del comitato dei saggi), se si considera che gli unici immobili trasferiti al trust erano, con l’eccezione di uno, quelli ove risiedevano il disponente con il coniuge e uno dei soggetti beneficiari.

Lo stesso si può dire per la clausola *sub (i)* – con cui il disponente si era riservato il potere di attribuire al coniuge crediti nei confronti del trustee, imponendo limiti, condizioni e modalità per la corresponsione delle somme –, se si considera che la relativa riserva comporta una limitazione soggettivamente e oggettivamente circoscritta, la quale è assimilabile alla possibilità di modificare nel corso della vita del trust i beneficiari e/o le relative attribuzioni, prerogativa, questa, che è pacificamente riconosciuta come propria del disponente e che non incide sull’effettività del controllo sui beni da parte del trustee e non si traduce in una spoliazione dei suoi poteri.

E per le medesime ragioni si ritiene legittima la clausola *sub (v)*, con cui si richiedeva il consenso del disponente in caso di modificazioni dell’atto istitutivo: esso è, infatti, un atto unilaterale del disponente, al quale non può conseguentemente essere negato, se appositamente riservato, il diritto di modificarlo o di approvare le modifiche affidate statutariamente ad altri: diversamente opinando – come correttamente fatto notare dal disponente-istante – “sarebbe nella sola disponibilità del Trustee qualsivoglia modifica all’Atto istitutivo, anche quelle che alterino la struttura e la finalità del Trust ovvero le stesse volontà fondanti del Trust”.

4. Due osservazioni conclusive, e generali, a completamento di quanto finora osservato con riguardo al caso oggetto dell’interpello.

7 La prima è che la ricostruzione attraverso cui è stato esaminato il pronunciamento dell’Agenzia delle Entrate porta a respingere, nella loro recisione e assolutezza, altre affermazioni di principio contenute nelle due circolari, richiamate all’inizio, da cui ha attinto l’estensore della risposta, e in specie: (a) quella secondo cui il disponente di un trust “*non può in nessun caso beneficiare dei relativi redditi*”, insieme a quella esemplificativa, e complementare, che taccia di inesistenza “*il trust in cui il beneficiario [rectius: disponente] ha diritto di ricevere attribuzioni di patrimonio dal trustee*”; (b) quella secondo cui vi sarebbe inesistenza del trust anche “*quando il disponente è titolare del potere di porre termine anticipatamente al trust, designando sé stesso e/o altri come beneficiari*”, senza effettuare alcun distinguo (per approfondimenti in merito, si consenta il rinvio ad A. CONTRINO, *Recenti indirizzi interpretativi sul regime fiscale di trust trasparenti, interposti e transnazionali: osservazioni critiche*, cit., 317 ss.).

La seconda è che i trust interposti, come testé definiti, sono cosa diversa da quelli che nei Paesi con una tradizione in materia di trust sono denominati *sham trust*: nel caso di un trust interposto il preteso trust non è un trust, per le ragioni diffusamente illustrate; nel caso di *sham trust* il controllo di diritto o di fatto del disponente sui beni si accompagna a un’intesa simulatoria, ossia alla volontà di far venire ad esistenza, in favore del settlor, un rapporto giuridico diverso dal trust (sull’evoluzione nella giurisprudenza straniera della nozione di *sham trust*, v., per tutti, M. LUPOI, *Istituzione del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, 71-73). I trust “*inesistenti in quanto interposti*” – per usare l’espressione dell’Agenzia – corrispondono ai trust che nel diritto inglese e americano sono etichettati, molto più semplicemente, come “*inopponibili al fisco*”, categoria, questa, che – come precisato dalla giurisprudenza americana [cfr. *AMC Trust v. Commissioner of Internal Revenue* (2005), 8 I.T.E.L.R. 207; *Cim Trust v. Commissioner of Internal Revenue* (2001), in *Trusts*, 2002, 256, e *Lund v. Commissioner of Internal Revenue* (2000), in *Trusts*, 2001, 588] – ricomprende tutti i trust che presentano le seguenti caratteristiche: il rapporto tra disponente e beni è rimasto immutato dopo la creazione del trust; il trustee non è indipendente dal disponente; quest’ultimo s’ingerisce nell’amministrazione del trust; e, infine, i beneficiari del trust sono totalmente ignoti.

In tali ordinamenti l’inopponibilità, e dunque il disconoscimento fiscale del trust, si traduce nell’imputazione al disponente dei redditi prodotti dal preteso trust, che – come si nota – è conseguenza fiscale analoga a quella derivante dalla “inesistenza giuridica” affermata per i trust interposti.

**BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE:** M. CANTILLO, *Il regime fiscale del trust dopo la Finanziaria 2007*, in *Rass. trib.*, 2007, 1047 ss.; L. CASTALDI, *Il trust tra soggettività e trasparenza*, in *Dial. di dir. trib.*, 2007, 349 ss.; A. CONTRINO, *Sul disconoscimento (per “per doppia via”) della soggettività passiva ai fini Ires di un trust discrezionale*, in *GT - Riv. Giur. Trib.*, 2014, 78; A. CONTRINO *Spunti in tema di beneficiari “individuati”, possesso dei redditi e imputazione dell’obbligazione tributaria nel trust* (con postilla di R. LUPI), in *Dial. trib.*, 2008, 106 ss.; A. CONTRINO, «*Recenti indirizzi interpretativi sul regime fiscale di trust trasparenti, interposti e transnazionali: osservazioni critiche*», in *Riv. dir. trib.*, 2011, 317 ss.; E. DELLA VALLE, *Luci ed ombre della Circolare sui trust: le imposte sui redditi* in *Riv. dir. trib.*, 2007, II, 724 ss.; G. FRANSONI, *La disciplina del trust nelle imposte dirette*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, I, 227 ss.; M. LUPOI, *Istituzione del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008; D. MURITANO, *Le condizioni dell’Agenzia delle entrate per la rilevanza fiscale dei trust interni: osservazioni critiche*, in *Trusts*, 2011, 263 ss.; G. SEPIO – S. COVINO, *La regolamentazione del trust ai fini delle imposte sui redditi: luci e ombre*, in *Dial. di dir. trib.*, 2007, p. 79 ss.; D. STEVANATO, *Redditi del trust e soggetti titolari della relativa capacità economica*, in *Dial. trib.* 2008, 95 ss.; D. STEVANATO, *“Stretta” dell’Agenzia delle entrate sulla fiscalità dei trust: a rischio un sereno sviluppo dell’istituto?* in *Corr. Trib.*, 2011, pag. 537; T. TASSANI, *Il trust nel sistema fiscale italiano*, Pisa, 2012; G. ZIZZO, *La ricchezza erogata dal trust, tra reddito e capitale*, in *Rass. trib.*, 2008, 1275 ss.