

Il *trust* e la soggettività passiva: un'analisi realistica del concetto di interposizione fittizia nelle imposte sui redditi

di STEFANO MASSAROTTO e ANDREA VICARI

Nel diritto tributario, il tema dell'“interposta persona” è strettamente correlato a quello della soggettività passiva ai fini delle imposte sui redditi e del relativo presupposto dell'imposta. In questa prospettiva, ex art. 73 del TUIR, il trust, sebbene persegua interessi meritevoli di tutela e risulti compatibile con le regole del sistema giuridico privatistico, dovrebbe essere riconducibile ad un fenomeno di soggettività passiva se e in

quanto organizzazione di beni non appartenenti ad altro soggetto passivo e dotato di autonomia. Ed in questa analisi una particolare rilevanza andrebbe attribuita alla legge regolatrice del trust che, a prescindere dalle o contrariamente alle disposizioni dell'atto istitutivo, potrebbe attribuire ai beneficiari poteri e prerogative che interferiscono con l'autonomia del trustee.

1. Il concetto di interposizione fittizia e il diritto applicato

Ogni concetto giuridico deve rappresentare realisticamente la disciplina che simbolizza e sintetizza, altrimenti finisce per essere insignificante¹ e per trasformare l'argomentazione in cui è impiegato in una fallacia trascendentale².

Esso può mantenere un ruolo nell'argomentazione giuridica solo nella misura in cui si dimostri completamente fondato e costruito sulla reale esperienza del diritto applicato³. Ogni concetto giuridico è allora storicamente condizionato e deve essere oggetto di revisione periodica, in ragione del modificarsi del diritto applicato che intende rappresentare⁴. Mentre in altri settori del diritto questi precetti metodologici sono diventati patrimonio comune, la dottrina tributaria non sempre li tiene in dovuta considerazione.

La riflessione attorno al concetto tributario di “interposta persona” lo dimostra: questo concetto appare cristallizzato in configurazioni che aveva assunto nel passato, e che ancora condizionano il modo in cui è impiegato e pensato dalla dottrina contemporanea, configurazioni che però non corrispondono più al modo in cui esso è effettivamente impiegato nel diritto applicato.

Occorre, dunque, ri-pensarlo, al fine di allineare il concetto e la realtà che vuole rappresentare.

¹ F. COHEN, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COL. L. Rev., 1935, pp. 809 e ss., in part. p. 826: «All concepts that cannot be defined in terms of the elements of actual experience are meaningless».

² Descrive in termini di fallacia trascendentale ogni ragionamento che si basi su concetti costruiti in modo logico, ma non rispondente alla realtà delle cose, M. FERRARIS, *Goodbye, Kant!: Che cosa resta oggi della critica della ragion pura*, Roma, 2012.

³ AA.Vv. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 1999, p. 239; G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941; G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1954, vol. I, p. V; A. GAMBARO, *La proprietà*, Milano, 1995, p. 1 ss.

⁴ AA.Vv., *op. cit.*, 1999, p. 239.

Solo in questo modo si potrà disporre di un concetto giuridico validamente impiegabile per compiere valutazioni e predizioni sulle situazioni di fatto che quotidianamente si pongono agli operatori del diritto tributario⁵.

2. Il soggetto passivo d'imposta e l'interposizione reale

Nel diritto tributario, il tema dell'“interposta persona” è in stretta relazione con i temi fondamentali dell'imposizione diretta: quello della soggettività passiva nelle imposte sui redditi e del relativo presupposto dell'imposta.

Non si può riflettere su quello, senza aver prima inquadrato questi.

L'indagine deve innanzitutto prendere avvio dall'art. 1 del D.P.R. n. 917 del 22 dicembre 1986 (di seguito, TUIR) che, come noto, definisce il presupposto dell'imposta sul reddito delle persone fisiche come il “(...) **possesso** di redditi in denaro o in natura rientranti nelle categorie indicate nell'art. 6”.

Orbene, connaturato alla nozione di “possesso di redditi” di cui all'art. 1 del TUIR, si ritiene esservi un principio di “effettività” che impone, in presenza di un fenomeno di interposizione, di disconoscere le situazioni in cui il legame tra il possessore del reddito e la relativa fonte viene a spezzarsi in maniera meramente fittizia o comunque apparente⁶.

Al riguardo, un utile riferimento può essere rappresentato dall'art. 37, terzo comma del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (recante “Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi”), secondo cui “In sede di rettifica o di accertamento d'ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è **l'effettivo possessore** per interposta persona”.

Tale norma assurge a misura generale di contrasto all'interposizione.

È evidente il legame, anche letterale, con il “possesso di redditi” dell'art. 1 del TUIR.

Entrambe le disposizioni normative sono volte a garantire una corretta imputazione soggettiva del reddito imponibile, in ossequio al principio della capacità contributiva sancito dall'art. 53 della Costituzione.

In mancanza di una definizione di “interposta persona”, la dottrina ha fatto riferimento alle categorie civilistiche, interrogandosi se ricomprendere in questo concetto il solo soggetto che sia interposto mediante un'operazione di interposizione fittizia o anche quello che lo sia mediante un'operazione di interposizione reale⁷.

Nell'interposizione fittizia il soggetto interposto è solo fittiziamente parte di un contratto, laddove chi contratta realmente con il terzo ed esprime una volontà è piuttosto l'interpo-

⁵ Per i realisti, «la scienza giuridica deve servire soprattutto a permettere a dei tecnici (gli avvocati) di informare il pubblico (i clienti) circa il modo in cui coloro che dispongono di un più alto grado di poteri istituzionali (i giudici ed i funzionari amministrativi) deciderebbero probabilmente una eventuale controversia o agirebbero in una eventuale situazione. [omissis]. La scienza giuridica diviene nelle mani dei realisti una scienza empirica», v. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, p. 65.

⁶ Per una rassegna sul tema, cfr. F. PAPARELLA, *Possesso di redditi ed interposizione fittizia*, Milano, 2000, pp. 123 e ss.; A. CARINCI, *L'invalidità del contratto nelle imposte sui redditi*, Padova, 2003, pp. 84 e ss.; L. TOSI, «La nozione di reddito», in *Giur. Sist. Dir. Trib. – Imposta sul reddito delle persone fisiche*, Tomo I, diretta da F. TESAURO, Torino, 1994, pp. 42 e ss.; G. TINELLI-S. MENCARELLI, *Lineamenti giuridici dell'imposta sul reddito delle persone fisiche (II ed.)*, Torino, 2010, pp. 26 e ss.

⁷ Cfr. F. GALLO, «Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione», in *Dir. Prat. Trib.*, 1992, I, p. 1761; A. LOVISOLO, «Possesso di reddito e interposizione di persona», in *Dir. Prat. Trib.*, 1993, I, p. 1665; F. PAPARELLA, «Brevi riflessioni aggiornate in tema di trusts, elusione ed interposizione di persona», in *Boll. Trib.*, 7, 2002, p. 485; Id., *Possesso di redditi ed interposizione fittizia*, Milano, 2000, pp. 287 e ss.; P. PICCONE FERRAROTTI, «Sull'applicabilità dell'art. 37, comma 3, del D.P.R. n. 600/1973 al cosiddetto dividend washing», in *Rass. Trib.*, 2000, p. 993.

nente che, in accordo con questo terzo, preferisce far risultare l'interposto quale titolare della relazione contrattuale e destinatario dei relativi effetti⁸.

Nell'interposizione reale, invece, il terzo negozia e contrae con l'interposto, il quale assume direttamente su di sé gli effetti che derivano dal contratto ed obbligandosi a ritrasferirli all'interponente, soggetto del tutto estraneo al rapporto principale (è qui del tutto influente la presenza di un accordo che coinvolga anche il terzo)⁹.

Un'analisi realistica del diritto applicato indica che, oggi, nessuna di queste due categorie civilistiche permette di delimitare il perimetro del concetto di interposta persona nelle imposte sui redditi.

Nel diritto applicato, infatti, il concetto di interposta persona è divenuto un concetto autonomo ed ha perso ogni riferimento a simili concetti civilistici, che hanno perso ogni capacità di spiegare il modo con cui questo è impiegato nella vita concreta del diritto tributario in Italia.

Per questo, occorre riconoscerlo ed andare oltre, superando l'impostazione tradizionale, per adottare una definizione del concetto più coerente con il modo in cui viene impiegato nel diritto applicato.

Il mutamento del campo semantico del concetto di "interposta persona" è stato determinato dal diffondersi del fenomeno della proprietà nell'interesse altrui con la diffusione del *trust* e, più recentemente, del contratto di affidamento fiduciario.

Questo fenomeno ha reso infruibile il riferimento alla tradizionale bipartizione tra interposizione reale e fittizia per determinare se il *trustee* o l'affidatario fossero interposti fittiziamente.

Il *trustee* o l'affidatario, che sono proprietari nell'interesse altrui, sono effettivamente parte dei contratti che stipulano e le parti terze che contraggono con loro non negoziano con disponente e beneficiari. Inoltre, essi divengono effettivamente proprietari dei beni che acquisiscono in esecuzione di questi contratti, anche se questi beni sono sottoposti ad un regime patrimoniale loro peculiare, non potendo essere aggrediti dai loro creditori, non rientrando nella loro successione o nel loro regime patrimoniale della famiglia.

Costoro, secondo il diritto civile, non sono dunque fittiziamente interposti.

Costoro, però, non sono nemmeno realmente interposti.

Infatti, al contrario dei soggetti realmente interposti per il diritto civile, non sono tenuti a "girare" immediatamente gli effetti dei negozi che stipulano in capo a soggetti terzi. Gli effetti positivi e negativi dei loro negozi giuridici vanno ad incrementare o gravare

⁸ Cfr. la sentenza Cass. Civ., 21 ottobre 1994, n. 8616 ove si legge che "Nella interposizione fittizia, invero, si ha una simulazione soggettiva e l'interposto figura soltanto come acquirente, mentre gli effetti del negozio (trasferimento della proprietà) si producono a favore dell'interponente. Nella interposizione reale, invece, non esiste simulazione, in quanto l'interposto, d'accordo con l'interponente, contrae con il terzo in nome proprio ed acquista effettivamente i diritti nascenti dal contratto, salvo l'obbligo, derivante dai rapporti interni, di ritrasferire i diritti in tal modo acquistati all'interponente. Le ipotesi di interposizione fittizia e di interposizione reale si fondano, pertanto, su situazioni di fatto profondamente diverse: le due azioni sono nettamente distinte, in quanto hanno finalità e presupposti diversi, *petitum* e *causa petendi* difformi, tema da indagare e di decisione distinti (...)". Per approfondimenti si veda L. NANNI, *Interposizione di persona* (Voce), in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, Vol. XXVII; A. GENTILI, «Simulazione dei negozi giuridici», in *Digesto*, disc. priv. - Sez. civ., Torino, 1998; P. CENDON, *Commentario al codice civile*, Milano, 2010, p. 841 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, quarta edizione, Padova, 2004, p. 427 e ss.

⁹ Nell'alveo dell'interposizione reale rientrano figure contrattuali molto diffuse nella pratica odierna: si pensi ad esempio al mandato senza rappresentanza, ai negozi fiduciari, ai contratti di "affidamento fiduciario". Sul contratto di mandato in genere cfr. A. LUMINOSO, «Mandato, commissione, spedizione», in *Tratt. Dir. Civ. Comm.*, dir. da Cicu e Messineo, Milano, 1984. Sul "negozio fiduciario" in genere cfr. M. NUSSI, «Fiducia» nel diritto tributario, in *Digesto discipline privatistiche - Sez. comm.*, VI, Torino, 1991; P. TRIMARCHI, «Negozio fiduciario», in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978; F. DI MAIO, «Il problema del mandato fiduciario», in *Contratto e Impresa*, n. 1/2014, p. 138; G.B. PORTALE, E. GINEVRA, «Intestazione a società fiduciaria di azioni non interamente liberate e responsabilità per i conferimenti residui», in *Riv. Soc.*, 2011, p. 824. Per quanto concerne, da ultimo, la figura del contratto di "affidamento fiduciario" quale negozio atipico realizzabile mediante gli strumenti previsti dall'ordinamento giuridico nazionale, al fine di ottenere effetti segregativi analoghi a quelli del *trust*, cfr. M. LUPOI, «Il contratto di affidamento fiduciario» in *Riv. Not.*, n. 3/2012, p. 513.

il fondo in *trust* o il patrimonio affidato, non il patrimonio dei beneficiari, come invece avviene nelle figure tipiche di interposizione reale quali, ad esempio, il mandato senza rappresentanza (o la fiducias), le quali si caratterizzano proprio per il fatto che i vantaggi e gli svantaggi dell'attività svolta dall'interposto sono di pertinenza dell'interponente e ricadono nel suo patrimonio¹⁰.

Dunque, se si adottasse una qualunque delle teoriche tradizionali si arriverebbe ad un risultato tanto irrealistico quanto assurdo: non potendo essere per il diritto civile né interposti fittizi né reali, il *trustee* e l'affidatario non potrebbero mai essere nemmeno "interposte persone" per il diritto tributario, almeno fintato che il rapporto si sviluppi in modo fisiologico. La realtà è però diversa.

Ad esempio, vi sono casi in cui, nella vita del diritto tributario, si afferma l'interposizione del *trust*.

Per questo, la diffusione di *trust* ed affidamento fiduciario ed il problema del loro inquadramento tributario hanno costretto il diritto applicato a modificare, implicitamente e con l'uso, la definizione del concetto di interposta.

L'Amministrazione finanziaria, per il *trust*, ad esempio, ha cominciato a qualificare il *trust* come "interposta persona" a prescindere dal fatto che ricorressero, in concreto, gli estremi di una delle forme di interposizione civilistiche ed ha spostato implicitamente l'attenzione sull'autonomia del *trustee*, senza però espressamente riconoscerlo¹¹.

Lo ha fatto, senza dichiarare in modo esplicito il fatto che stava modificando questo concetto e che stava applicando il nuovo così riformulato¹².

A nostro avviso, occorre prendere atto di ciò e riconoscere che proprio l'autonomia nel possesso del reddito è divenuto l'elemento fondamentale che, quando assente, mette in crisi la capacità di un soggetto di essere un centro di imputazione del reddito e ne impedisce l'imputazione.

Infatti, l'Amministrazione finanziaria è, in concreto, giunta a considerare che senza l'autonomia nell'amministrazione e disposizione dei beni in *trust* ed i redditi che producono in capo al *trustee*, non si possa considerare il *trust* un soggetto a cui imputare i redditi prodotti dai beni in *trust*: per questo diviene una interposta persona agli occhi dell'Amministrazione finanziaria.

Per comprendere se, di fronte ad un *trust* o un affidamento fiduciario, si possa parlare di una "interposta persona" si dovrebbe allora valutare il modo in cui *trustee* o affidatario esercitano le proprie funzioni e diviene inutile domandarsi se questi sono interposti fittizi o reali per il diritto civile.

Si dovrà quindi accertare, caso per caso, se le azioni relative all'amministrazione e disposizione del cespite produttivo di reddito di cui sono proprietari nell'interesse altrui e dei relativi redditi siano eterodirette, risultando costoro passivi attuatori della volontà del disponente, affidante o beneficiari ovvero se, al contrario, possano assumere e realmente assumano in autonomia le decisioni di amministrazione e disposizione ed agiscano di conseguenza¹³.

¹⁰ A. LUMINOSO, *Mandato, Commissione, Spedizione*, Milano, 1984, p. 9 ss.; U. CARNEVALI, «Mandato», in *Enc. Giur.*, XIX, Roma, 1991, p. 1.

¹¹ Questa è la tesi proposta in A. VICARI, «La soggettività passiva del trust nelle imposte dirette: tra interposizione fittizia, simulazione e riqualificazione I e II», in *Trust & Attività fiduciarie*, 2011, p. 475 e 601.

Cfr. A. LOVISOLO, «Possesso di reddito ed interposizione di persona», in *Dir. prat. trib.*, I, 1993, p. 1665.

¹² R. SACCO, voce *Crittotipo*, *Dig. Disc. Priv.*, Sezione Civile, Torino, 1989, p. 39; R. CATERINA, *Il Crittotipo, muto e inattuato*, in L. ANTONIOLLI, G.A. BENACCHIO, R. TONIATTI, *Le nuove frontiere della comparazione*, Trento, 2012, p. 85.

¹³ Cfr. A. LOVISOLO, *op. cit.*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1993, p. 1665; Id., «Il contrasto all'interposizione 'gestoria' nelle operazioni effettive e reali, ma prive di valide ragioni economiche», in *GT - Riv. giur. trib.*, n. 10/2011, p. 869; F.M. GIULIANI, *La simulazione dal diritto civile all'imposizione sui redditi*, Padova, 2009, pp. 77 e ss.

Come meglio si vedrà in seguito, così ragiona il diritto applicato e questo dovrebbe essere riconosciuto dalla dottrina.

Dunque, dovrà essere considerato una "persona interposta" il soggetto che, anche se giuridicamente titolare o proprietario della fonte dei redditi nell'interesse altrui, non manifesti autonomia nel possesso del reddito, ovvero: i) sia obbligato a trasferire, su richiesta, i redditi stessi a terzi, senza poter decidere in autonomia se e quando farlo, perché costoro possono vantare un diritto avente tale contenuto o ii) sia eterodiretto da istruzioni e direttive di terzi nell'amministrazione di beni che siano fonte di reddito.

In quest'ottica dovrebbe essere letta – e trovare riscontro – la locuzione di "interposizione fittizia" che l'Amministrazione finanziaria ha sviluppato negli anni in diversi ambiti della materia fiscale, anche ai fini di definire il possesso di attività e investimenti esteri (e del reddito derivante dagli stessi), ossia con riferimento agli obblighi dichiarativi¹⁴.

Ciò significa che, pur senza sconfinare in una generalizzata ricomprensione all'interno dell'art. 37, terzo comma, del D.P.R. 600/1973 di qualsiasi fattispecie di interposizione reale, il possesso dei redditi e della relativa fonte dovrebbe ammettersi non solo nei casi di interposizione fittizia civilistica, ma altresì nelle situazioni che si concretizzano in intestazioni o proprietà nell'interesse altrui "di comodo", laddove la funzione del soggetto interposto risulti del tutto privata di qualsiasi contenuto ed autonomia fino al limite del nulla, in quanto volta semplicemente a "schermare" l'effettivo titolare di beni (o negozi giuridici produttivi di reddito)¹⁵.

Ciò significa che, ove il ruolo del proprietario nell'interesse altrui della fonte produttiva del reddito risulti nei fatti completamente svuotato di autonomia nelle scelte di amministrazione dei beni e di distribuzione dei redditi da questi prodotti, gli obblighi tributari connessi ai beni oggetto di proprietà fiduciaria, ed ai redditi da questi prodotti, dovrebbero ricadere in capo al soggetto che può vantare il diritto a pretendere la distribuzione di quel reddito o che può imporre al proprietario nell'interesse altrui di seguire una determinata condotta amministrativa.

Tale conclusione ci sembra valida, ai fini delle imposte dirette, sia nel caso in cui il negozio preveda una vera e propria proprietà fiduciaria o nell'interesse altrui del bene fonte reddituale (come ad esempio, nella fiducia romanistica, nel *trust* o nell'affidamento), sia nel caso in cui il trasferimento dal fiduciante al fiduciario riguardi esclusivamente la sola legittimazione all'esercizio dei diritti connessi al bene fonte reddituale (c.d. fiducia germanistica e di mandato con società fiduciaria)¹⁶.

¹⁴ Si vedano, tra le altre, le Circolari del 4 dicembre 2001, n. 99/E, e del 10 ottobre 2009, n. 43/E in tema di c.d. "scudo fiscale"; la Circolare del 27 dicembre 2002, n. 87/E in tema di *dividend washing*; la Circolare del 19 ottobre 2006, n. 32/E in tema di indagini finanziarie; le Circolari del 23 dicembre 2013, n. 38/E del 13 settembre 2010, n. 45/E, in tema di monitoraggio fiscale; la Circolare del 2 luglio 2012, n. 28/E in tema di IVIE e IVAFE; si vedano, altresì, le interpretazioni fornite in tema di *voluntary disclosure* nelle Circolari del 13 marzo 2015, n. 10/E, del 16 luglio 2015, n. 13/E del 28 agosto 2015, n. 31/E.

¹⁵ Non si intende fare qui riferimento, in senso stretto, al solo caso delle vere e proprie intestazioni fiduciarie a società fiduciarie italiane (vale a dire quei soggetti che istituzionalmente amministrano beni per conto terzi), ma più in generale anche a tutti quei soggetti – società, fondazioni o altri enti – che, spesso in virtù di "rapporti fiduciari", ancorché conformi a schemi negoziali di diritto estero, possono comunque assumere una funzione analoga. Al fine di valutare l'esistenza di una fattispecie di interposizione del tipo definito nel testo, si ritiene comunque necessaria un'analisi caso per caso, che non può prescindere da un esame di tutte le caratteristiche del soggetto e della relativa struttura organizzativa.

¹⁶ Con riferimento alla trasparenza ai fini fiscali delle intestazioni fiduciarie a società fiduciarie italiane, cfr. *ex multis* la Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 22 novembre 2004, n. 49/E (par. 4). Si vedano inoltre le già citate Circolari in tema di scudo fiscale e RW, nonché di IVIE ed IVAFE, che – quantomeno ai fini delle imposte dirette – considerano fiscalmente trasparenti tutti i rapporti fiduciari anche quando siano conformi a schemi negoziali di diritto estero, a prescindere dalla relativa natura romanistica o germanistica. In tema di contratto di "affidamento fiduciario", con particolare riferimento alla "trasparenza fiscale" dello stesso si segnalano le risposte dell'Agenzia delle Entrate – DRE Liguria agli interpelli n. 903-31/2011 (in materia di imposta di successione e donazione) e n. 903-134/2012 del 23 maggio 2012 (in materia di imposta di registro), entrambe pubblicate in *Trust e attività fiduciarie*, rispettivamente nei nn. 5/2011 (p. 308) e 9/2012 (p. 569).

3. I *trusts*: i fenomeni di interposizione e la soggettività ai fini fiscali nel diritto applicato

Il requisito dell'autonomia nell'amministrazione dei beni fonti di reddito e nella disposizione dei redditi per il riconoscimento del *trust* come centro di imputazione dei redditi non è nuovo al diritto applicato.

Anzi, si può dire che fosse un requisito che già esisteva e che l'Amministrazione Finanziaria ha applicato in modo automatico all'interposizione del *trust*, anche se in modo – probabilmente – non pienamente consapevole.

Con riferimento al *trust* (e agli istituti analoghi), occorre allora svolgere talune ulteriori approfondimenti e riflessioni.

Occorre infatti considerare, prima di tutto, i requisiti che il *trust* deve avere per aspirare ad essere soggetto passivo di imposta.

Come noto, l'art. 73 del TUIR ha ricondotto tra i soggetti passivi ai fini IRES sia “i *trust*, residenti nel territorio dello Stato” sia “i *trust*, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato”.

Secondo l'Amministrazione finanziaria¹⁷, l'introduzione di questa disciplina della **soggettività passiva del *trust*** avrebbe avuto una valenza meramente ricognitiva, “posto che già prima delle disposizioni in esame i *trusts* erano considerati soggetti IRPEG (e poi IRES) quali enti, commerciali o non commerciali, ai sensi dell'art. 73, comma 2, del TUIR”, riconducendoli tra le “altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario ed autonomo”¹⁸. Dunque, ecco un elemento fondamentale per continuare ad affermare che, nel diritto applicato, l'autonomia era e rimane un requisito per determinare se il *trust* possa essere il soggetto passivo di imposta a cui imputare i redditi dei beni in *trust*.

L'autonomia nel possesso del reddito può ritenersi la formula linguistica sintetica che, nell'ambito della soggettività, corrisponde all'autonomia nell'amministrazione dei beni in *trust* e nella disposizione del reddito rilevante nell'ambito dell'interposizione.

Per questo, si può assumere, in generale, questa formula linguistica come descrittiva del requisito dell'autonomia rilevante per entrambi gli ambiti.

Esula dallo scopo delle presenti note la ricostruzione del dibattito scaturito in sede dottrinale in merito alle condizioni e agli indici che caratterizzano la soggettività passiva del *trust* ai fini fiscali.

Vale peraltro la pena evidenziare brevemente i termini della questione.

Da una parte v'è chi, facendo leva sulla necessaria sussistenza di una “organizzazione” – che è nozione diversa da quella di semplice “patrimonio” poiché presuppone un *quid pluris*, rappresentato dalla presenza di strumenti (*i.e.* mezzi e persone) per raggiungere uno scopo mediante l'esercizio di una attività – e di “autonomia” decisionale – e quindi che l'organizzazione sia “padrona di sé stessa” – ha recisamente escluso la soggettività tributaria dei meri patrimoni separati (o segregati)¹⁹.

Su opposto versante si pone, invece, chi, in considerazione dell'attribuita soggettività ai fini IRES ai *trust* ed agli organismi di investimento collettivo del risparmio (cui tutt'ora la

¹⁷ Cfr. la circolare dell'Agenzia delle Entrate del 6 agosto 2007, n. 48/E, par. 6. Per approfondimenti in merito al tema della soggettività passiva IRES del *trust* (nonché alla valenza ricognitiva ovvero innovativa delle disposizioni in parola), ci sia consentito rinviare a S. MASSAROTTO, M. ALTOMARE, *Il monitoraggio fiscale degli investimenti all'estero e delle attività estere di natura finanziaria*, AA. VV., *Temi di fiscalità nazionale ed internazionale*, Padova, 2014, pp. 833 e segg.

¹⁸ Cfr. Delibera del SECIT 11 maggio 1998, n. 37.

¹⁹ Cfr. ad esempio, Cass., Sez. Trib., 27 maggio 2015, n. 10885, ove è stata negata la soggettività tributaria al patrimonio separato costituito per effetto delle operazioni di cartolarizzazione di cui alla legge 30 aprile 1999, n. 130.

giurisprudenza civilistica nega soggettività²⁰), ritiene che gli indici di soggettività siano andati evolvendo nel tempo,²¹ riconoscendo così rilevanza ai profili della separazione e della sussistenza di un programma (che orienti l'attività) e, quindi, la soggettività ai meri patrimoni separati destinati ad uno scopo (come potrebbe essere il caso dei *trust*, degli OICR e del contratto di affidamento fiduciario)²².

A ben vedere, peraltro, l'espressa inclusione degli OICR e dei *trust* tra i soggetti passivi d'imposta non necessariamente esclude la rilevanza dei presupposti generali necessari e costitutivi della soggettività individuati dall'art. 73, comma 2, del TUIR, ossia gli indici tradizionali dell'alterità e dell'autonomia decisionale, ma, molto più semplicemente – a nostro avviso – può costituire la conferma dell'ampia discrezionalità del legislatore tributario rispetto agli schemi della soggettività di diritto civile²³.

Ed invero, ridotta la questione alla sua essenza, i *trust* e gli OICR hanno (*rectius*, dovrebbero avere) quale minimo comune denominatore il fatto di essere caratterizzati da una gestione ed amministrazione del patrimonio (o del fondo) che dovrebbe essere svolta in “**autonomia**” rispetto agli investitori (nel caso degli OICR²⁴) ovvero ai disponenti e/o beneficiari (nel caso di *trusts*).

Sicché dovrebbe essere escluso che questi ultimi possano disporre di poteri decisionali o comunque possano ingerire nella gestione del patrimonio (o fondo). In siffatta prospettiva, overosia nel rispetto del requisito generale di “*autonomia*” di “*chi gestisce*” rispetto a “*chi investe*” (o “*chi dispone*”), riteniamo che il riconoscimento ai *trusts* della soggettività passiva sia del tutto in linea con le intenzioni che il legislatore vuole perseguire.

Senza questa autonomia, non avrebbero la capacità di essere un centro di imputazione per il diritto tributario.

Questa tesi, tra l'altro, risulterebbe in linea e più coerente con le linee evolutive del sistema fiscale, anche a livello internazionale. Si pensi al Commentario al Modello OCSE, *sub* art. 1 (par. 28) ove, con riferimento agli OICR viene precisato che gli stessi hanno soggettività “*so long as the managers of the CIV has discretionary power to manage the assets*”. Ci riferiamo, altresì,

²⁰ In merito al fatto che gli OICR sono un mero patrimonio “separato” della società di gestione, cfr., ad esempio, Cass., Sez. civ., 10 marzo 2010, n. 16605 e Cass., Sez. civ., 18 aprile 2013, n. 12187.

²¹ Cfr. G. GIUSTI, «Il regime fiscale del contratto di affidamento fiduciario: riflessi impositivi di un nuovo modello negoziale», in *Riv. Dir. Trib.*, n. 3/2016, pp. 405 e segg.

²² Cfr. per riferimenti bibliografici, D. CANE, «Prelievo alla fonte su redditi senza possessore e nuove ipotesi di soggettività tributaria: a proposito del rimborso di ritenute subite dalle società di cartolarizzazione», in *Rass. trib.*, n. 1/2016, pp. 157 e segg.

²³ È dibattuto se la soggettività tributaria presupponga (o prescinda da) una autonoma capacità giuridica di diritto comune. Cfr., tra gli altri, F. GALLO, *La soggettività ai fini IRPEG.*, AA.VV., *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, Roma-Milano, 1990, p. 662; A. BALLANCIN, «Riflessioni sull'acquisita soggettività tributaria degli OICR», *Dir. Prat. Trib.*, 3, 2013, p. 707.

²⁴ Non appare fuor di luogo evidenziare in questa sede che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. k) del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. “TUF”) l'Organismo di Investimento Collettivo del Risparmio è “l'organismo istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, il cui patrimonio è ... gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi”. È appena il caso di evidenziare che, quantomeno con riferimento agli OICR, il requisito dell'autonomia non viene meno dal riconoscimento di taluni diritti di ingerenza agli investitori. È stato infatti evidenziato che “L'introduzione, con la novella del 2003, dell'assemblea dei partecipanti nell'ambito dei fondi chiusi, inizialmente ignota al legislatore del TUF, ha determinato una forte innovazione nel panorama della gestione collettiva, introducendo un'eccezione ai canoni di *eterotutela* ed *eterogestione* che contraddistinguono la gestione collettiva del risparmio” (così R. LENER, C. PETRONZIO, *La gestione collettiva del risparmio*, in *Il Testo Unico della Finanza – Un bilancio dopo 15 anni*, AA. Vv., Egea, 2015, p. 195). Cfr., altresì F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2015, p. 218, il quale, sempre con riferimento agli OICR, rileva che “L'autonomia è qui riferita alla “gestione operativa” dell'OICR e delle attività in portafoglio, e la stessa – si noti – non risulta compromessa da forme di ingerenza degli investitori là dove questi ultimi esercitino i diritti loro spettanti *in qualità di azionisti* (nel caso in cui l'OICR assuma forma societaria). Nella realtà, pertanto, potranno presentarsi forme di OICR caratterizzate, anche sotto questo profilo, da diversi gradi, o intensità di “autonomia gestionale”: in alcuni casi, tale autonomia sarà più accentuata – come ad esempio si rinviene nei fondi aperti in forma contrattuale, destinati ad essere offerti al pubblico indistinto – in altri casi, sarà più limitata, come ad esempio si verifica nei fondi riservati a investitori professionali, caratterizzati da un elevato livello di “personalizzazione”, o ancora di più, nei fondi riservati di tipo societario (SICAF)”.

alla nozione di “beneficiario effettivo” che ha trovato ingresso nel nostro sistema fiscale soprattutto a seguito di talune previsioni normative di matrice comunitaria²⁵.

Ed in questo senso dovrebbe essere letta, e a nostro avviso circoscritta, la portata della nota Circolare dell'Agenzia delle entrate del 27 dicembre 2010 n. 61/E.

Ed invero, l'Agenzia delle Entrate si è spinta in esemplificazioni²⁶ di tipologie di *trusts* “inesistenti in quanto interpost[i]”²⁷ o forse, più propriamente, superando la contraddizione in termini, sarebbe più opportuno dire semplicemente “inesistenti”²⁸ in quanto non riconosciuti quali soggetti passivi di imposta²⁹.

Qui l'impiego del concetto di interposizione è, si potrebbe dire, un omaggio alla tradizione. Affermando l'interposizione del *trust*, l'Agenzia non intende infatti affermare che il *trust* è un soggetto passivo al quale però non possono essere imputati i redditi in quanto coinvolto in operazioni economiche che, in concreto, lo vedono agire quale soggetto interposto ai sensi del diritto civile, bensì affermare che il *trust* non è un soggetto passivo di imposta e per questo non gli si possano imputare redditi, a prescindere dal fatto che le operazioni da cui si producano i redditi lo vedano o meno agire quale soggetto interposto ai sensi del diritto civile.

Pertanto, alcune delle fattispecie incluse nell'esemplificazione dell'Agenzia non potrebbero nemmeno essere ricondotte all'interposizione, qualora tale concetto giuridico fosse impiegato secondo la tradizionale dicotomia civilistica tra interposizione fittizia o reale³⁰. Infatti, il mancato riconoscimento di soggettività passiva ai *trust* che rientrano nella elencazione dell'Agenzia sembra proprio determinato dalla mancanza di autonomia nel possesso di reddito in capo al *trustee* che, in concreto, rappresenta il vero minimo comune denominatore di tutte queste fattispecie.

²⁵ Con riferimento al diverso tema del “beneficiario effettivo”, cfr. la recente Sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea del 26 febbraio 2019, causa C-116/16 e C-117/16, T Danmark e Y Denmark, ove vengono individuati taluni indici – quali l'autonomia decisionale – ai fini dell'accertamento della presenza di *conduit companies*. Per un'analisi delle predette sentenze, cfr. ASSONIME, *Dividendi “in uscita”: le nozioni di beneficiario effettivo e di abuso del diritto alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia Ue (c.d. “sentenze danesi”)*, Note e Studi n. 10 del 2020; L. ROSSI - M. AMPOLILLA, *Le holding nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (riflessioni in ordine alla sentenza cause riunite C-116/16 e C-117/16)*, in *Boll. Trib.*, n. 3 del 2020, p. 189 ss.

²⁶ Molte delle esemplificazioni di *trust* “inesistente” – già ampiamente analizzate e criticate dalla dottrina specialistica e sulle quali, quindi, non è il caso di attardarsi (cfr. A. CONTRINO, «Recenti indirizzi interpretativi sul regime fiscale di *trust* trasparenti, interposti e transnazionali: osservazioni critiche», in *Riv. Dir. Trib.*, n. 6/2011, p. 317; D. STEVANATO, «“Stretta” dell'Agenzia delle entrate sulla fiscalità dei *trust*: a rischio un sereno sviluppo dell'istituto?», in *Corr. Trib.*, n. 7/2011, p. 537. Cfr. altresì la C.T.P. di Novara, Sez. VI del 21 maggio 2013, n. 73) – paiono, in ogni caso, a nostro avviso, connotate da una eccessiva rigidità: la sensazione è quella che l'Agenzia delle Entrate abbia voluto evidenziare solo una visione patologica del *trust* (anche alla luce, forse, di taluni fatti di cronaca dell'epoca).

²⁷ In particolare, secondo la Circ. AE n. 61/E, “sono da ritenere inesistenti in quanto interposte le seguenti tipologie di *trust*:

- *trust* che il disponente (o il beneficiario) può far cessare liberamente in ogni momento, generalmente a proprio vantaggio o anche a vantaggio di terzi;
- *trust* in cui il disponente è titolare del potere di designare in qualsiasi momento sé stesso come beneficiario;
- *trust* in cui il disponente (o il beneficiario) risulti, dall'atto istitutivo ovvero da altri elementi di fatto, titolare di poteri in forza dell'atto istitutivo, in conseguenza dei quali il *trustee*, pur dotato di poteri discrezionali nella gestione ed amministrazione del *trust*, non può esercitarli senza il suo consenso;
- *trust* in cui il disponente è titolare del potere di porre termine anticipatamente al *trust*, designando sé stesso e/o altri come beneficiari (cosiddetto “*trust* a termine”);
- *trust* in cui il beneficiario ha diritto di ricevere attribuzioni di patrimonio dal *trustee*;
- *trust* in cui è previsto che il *trustee* debba tener conto delle indicazioni fornite dal disponente in relazione alla gestione del patrimonio e del reddito da questo generato;
- *trust* in cui il disponente può modificare nel corso della vita del *trust* i beneficiari;
- *trust* in cui il disponente ha la facoltà di attribuire redditi e beni del *trust* o concedere prestiti a soggetti dallo stesso individuati;
- ogni altra ipotesi in cui potere gestionale e dispositivo del *trustee*, così come individuato dal regolamento del *trust* o dalla legge, risulti in qualche modo limitato o anche semplicemente condizionato dalla volontà del disponente e/o dei beneficiari”.

²⁸ I fenomeni di interposizione (fittizia) presuppongono l'esistenza (e non l'inesistenza) del soggetto e richiedono la prova (anche per presunzione) dell'“accordo fiduciario”; prova che ci pare difficilmente riscontrabile dall'atto istitutivo di *trust* o dalle sue clausole (ma che potrebbe essere rappresentata dagli “elementi di mero fatto” cui fa riferimento la citata Circ. AE n. 61/E).

²⁹ L'impossibilità di ricondurre queste fattispecie ai fenomeni di interposizione civilistica è trattato in A. VICARI, *La soggettività passiva del *trust**, op. cit.

³⁰ V. A. VICARI, *La soggettività passiva del *trust**, op. cit.

Questa ricostruzione pare trovare altresì una chiara conferma nella recente Risposta ad interpello dell'Agenzia delle entrate n. 381 del 2019 ove è stato precisato che **“affinché un trust possa essere qualificato soggetto passivo ai fini delle imposte sui redditi costituisce elemento essenziale l'effettivo potere del trustee di amministrare e disporre dei beni a lui affidati dal disponente”**³¹.

In tale prospettiva, poiché il *trust* sarebbe riconducibile, dal punto di vista tributario, ad un fenomeno di soggettività se e in quanto organizzazione di beni non appartenenti ad altro soggetto passivo e dotata di “autonomia”, laddove emerga che il *trustee* sia privo di tale autonomia nell'esercizio dei propri poteri sul *trust fund*, seppure “formalmente” separato ed non riconducibile al patrimonio di altri, risulterebbe in sostanza appartenente ad altro soggetto passivo e non potrebbe, dunque, trovare applicazione la soggettivizzazione passiva del *trust* di cui all'art. 73 del TUIR³².

4. Il procedimento di valutazione concreta dell'interposizione nei *trust* e negli istituti analoghi

Chiarito il presupposto per il riconoscimento di soggettività passiva di un *trust* e compreso che, su quel presupposto, il diritto applicato ha costruito un concetto autonomo di interposizione, per accertare nella fattispecie concreta l'interposizione del *trust* e degli istituti analoghi sul piano concreto, dovrebbe essere necessario procedere a due tipi di verifiche parallele – una documentale e l'altra fattuale – che riguardano tutti gli attori coinvolti (quali, ad esempio, il disponente, il *protector*, l'*advisor*, uno o più beneficiari).

Con riferimento alla prima, si tratterà di comprendere se nell'atto istitutivo di *trust*, o in documenti da questo richiamati o a questo collegati, ci siano regole che confermano e precisano la pienezza proprietaria ed il “controllo” in capo al *trustee*³³, ovvero se vi siano soggetti ai quali questo atto, o altri documenti, attribuiscono “poteri” che di fatto comportano una limitazione sostanziale di quelli del *trustee*³⁴. Quanto alla seconda, occorrerà procedere ad una valutazione fattuale al fine di verificare il soggetto che (a prescindere dalle risultanze documentali) esercita l'effettivo controllo del *trust*. Potrebbe, ad esempio, accadere, che un esame a posteriori dimostri che il *trustee*, sebbene formalmente dotato del controllo del *trust*, non abbia mai disatteso le indicazioni – che siano verbali o contenute in *letter of wishes* – del disponente o di uno dei beneficiari.

Ed in quest'ambito, ci pare allora che:

³¹ Cfr., nello stesso senso, la Risposta del 21 aprile 2020, n. 111.

³² Cfr., da ultimo, F. MARCHETTI, *La crisi della soggettività del trust e la disciplina fiscale della fiducia come possibile soluzione*, *Trust e attività fiduciarie*, luglio, 2013, p. 383. Merita di essere rappresentato che è stato autorevolmente sostenuto (F. GALLO, «Per le società la sfida di un fisco globale», in *Il Sole 24 Ore*, 18 aprile 2016) che “Non è tuttavia sfuggito agli addetti ai lavori il “respiro corto” dimostrato in questo decennio dal legislatore fiscale su questa delicata materia.... Per quel che riguarda ... il regime fiscale dei *trust*, mi limito a sottolineare una patente incongruenza del legislatore nell'attribuire, da un lato, a essi la soggettività fiscale ai fini IRES e, dall'altro, nel negare tale soggettività e privilegiare la tassazione per trasparenza dei beneficiari, nei casi in cui essi siano individuati. Così operando, il legislatore non ha tenuto conto del fatto che l'individuazione dei beneficiari *ab origine* esclude di fatto l'esistenza di un *trust* e che anche nei *trust* discrezionali tale individuazione è inevitabile e non giustifica, quindi, la tassazione per trasparenza”.

³³ A tale riguardo, riteniamo sia opportuna una profonda analisi non solo dei poteri del *trustee*, ma anche dei suoi obblighi e sanzioni, che ne rafforzano così la sua responsabilità: il *trustee* dovrebbe rispondere degli inadempimenti a lui imputabili con vere e proprie sanzioni, che ne riducono la possibilità di “piegarsi” alla volontà altrui.

³⁴ Si pensi, ad esempio, ai poteri affidati al *protector* che potrebbero influenzare in modo significativo l'effettivo potere-dovere del *trustee* di amministrare e disporre dei beni in *trust* in quanto il ruolo del *trustee* verrebbe depotenziato a favore di un controllo in via indiretta da parte del disponente attraverso il *protector*. Si considerino inoltre, gli indicatori di anomalia della Comunicazione UIF del 2 dicembre 2013, cit., tra cui si ricordano le clausole (previste nell'atto istitutivo di *trust*) che “(...) impongono al *trustee* l'obbligo di rendiconto nei confronti del solo disponente, specie se questi non figuri fra i beneficiari; prevedono il sistematico e ingiustificato utilizzo da parte del disponente di beni conferiti in *trust*”, nonché le “(...) operazioni di gestione effettuate dal *trustee* con la sistematica presenza del disponente, del guardiano o dei beneficiari”.

- i. da un lato, in tutti i casi di *nominee agreement* aventi la mera denominazione di *trust* (o altro istituto analogo), caratterizzati dalla circostanza che il *trustee* è, di fatto, tenuto a seguire la volontà altrui nell'attività di amministrazione e disposizione dei beni in *trust* e dei relativi redditi, è lecito dubitare che ricorrano quei requisiti minimi affinché l'ordinamento attribuisca rilevanza all'effetto segregativo e, quindi, all'esistenza stessa del *trust*³⁵;
- ii. dall'altro lato, non si può escludere che esistano ipotesi di *trust* che – sebbene perseguano interessi meritevoli di tutela e risultino compatibili con le regole e i principi stabiliti dall'intero sistema giuridico privatistico italiano e non possono essere qualificati come *nominee agreements* – non siano, tuttavia, dotati della sufficiente autonomia nell'amministrazione e disposizione dei beni in *trust* e dei relativi redditi³⁶.

Nei casi sopramenzionati riteniamo sia corretto negare soggettività passiva al *trust ex art. 73 del TUIR*, trattando la fattispecie, quanto meno da un punto di vista fiscale, come se si fosse di fronte ad un tradizionale “negoziato fiduciario” (in cui il fiduciario è il *trustee*) e, per conseguenza, i beni costituenti il *trust fund* (e i correlati redditi) dovrebbero essere attribuiti al disponente, ovvero a uno o più beneficiari.

5. La legge regolatrice del *trust* nella configurazione del *trust* interposto

Appare opportuno, a questo punto, approfondire un tema sopra solo accennato: la rilevanza della legge regolatrice nel trasformare il *trust* da un “effettivo possessore” ad una “interposta persona”, alla luce della configurazione di questo concetto sopra proposta. L'Amministrazione Finanziaria ha affrontato il tema della rilevanza della legge regolatrice nel determinare se e quando il *trust* possa divenire interposto ed ha confermato che questa rilevi certamente nel giudizio di interposizione.

Infatti, l'Amministrazione Finanziaria ha chiarito che “sono da ritenere inesistenti in quanto interposte le seguenti tipologie di *trust* [*omissis*] in cui il **potere gestionale** e dispositivo del *trustee*, così come individuato dal **regolamento** del *trust* o dalla **legge**, risulti in qualche modo limitato o anche semplicemente **condizionato dalla volontà del disponente e/o dei beneficiari**”³⁷.

Ciò potrebbe avvenire quando la legge regolatrice del *trust*, a prescindere dalle o contrariamente alle disposizioni dell'atto istitutivo, attribuisca ai beneficiari prerogative, poteri e diritti ai beneficiari che interferiscono con l'autonomia del *trustee* nel possedere il reddito, ad esempio obbligando il *trustee* a trasferire i redditi dei beni in *trust* ai beneficiari o a seguire le loro istruzioni nell'amministrazione dei beni stessi, nonostante l'atto istitutivo diversamente disponga o nulla disponga in merito.

In questi casi, osservando il solo atto istitutivo questo fenomeno potrebbe rimare celato e non visibile, perché quasi mai tutte le disposizioni della legge regolatrice sono replicate nell'atto istitutivo.

³⁵ In quanto il contenuto dell'atto (di *trust*) è incompatibile con lo schema tipico del negozio di cui riporta (solo) il *nomen iuris*. Si ricorda che lo stesso art. 2 della Convenzione de l'Aja riconosce come *trust* gli istituti ove, tra l'altro, “*the assets have been placed under control of a trustee*”.

³⁶ D'altronde, in dottrina, non manca chi, è il caso, ad esempio, di L. GATT, *Il trust italiano, la nullità della clausola di rinvio alla legge straniera nei trust interni*, NGCC, 2013, p. 635, evidenzia le affinità tra il *trust* e “la fattispecie dell'atto di destinazione ... la fattispecie del negozio di affidamento fiduciario ... la fattispecie del negozio fiduciario ... la fattispecie del mandato”. Cfr. la Risp. AE n. 381/2019, cit., ove viene precisato che “Si ritiene, invece, fiscalmente “inesistente” il *trust* in tutti quei casi in cui, per effetto delle disposizioni contenute nel proprio atto istitutivo ovvero in base ad elementi di mero fatto, il potere di gestire e disporre dei beni permanga in tutto o in parte in capo al disponente”.

³⁷ Circ. AE n. 61/E, p. 7.

È, naturale, infatti che la legge regolatrice possa imporre al *trustee* particolari obblighi o attribuire diritti o poteri ai beneficiari, anche ulteriori o diversi rispetto a quelli attribuiti dall'atto istitutivo, che interferiscono con l'autonomia richiesta dal diritto tributario per considerare il *trust* l'effettivo possessore del reddito.

D'altra parte, questo è l'effetto naturale della Convenzione dell'Aja.

Ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, “**il *trust* è regolato dalla legge scelta dal disponente**” e ai sensi dell'art. 8, comma I, questa legge “disciplina la validità, l'interpretazione, gli effetti e l'amministrazione del *trust*”.

In particolare, ai sensi del II comma del medesimo art. 8, tale legge regola “il potere del *trustee* di amministrare e di disporre dei beni in *trust*”, “i rapporti tra *trustee* e beneficiari”, “la modifica o la cessazione del *trust*”, “la distribuzione dei beni in *trust*”.

Queste norme convenzionali rendono evidente il ruolo della legge regolatrice del *trust* nel determinare gli effetti dello specifico *trust*, le prerogative ed i poteri dei beneficiari, l'amministrazione del *trust*.

Dunque, occorre guardare anche alla legge regolatrice per verificare l'esistenza di diritti o poteri di altri soggetti che limitino l'autonomia del *trustee*, che possono poi determinare la mancanza di autonomia nel possesso del reddito e dunque il giudizio di interposizione. Tale presenza si può rinvenire in diverse situazioni e su queste sarebbe opportuno riflettere molto più attentamente di quanto si sia fatto fino ad oggi in Italia.

Un chiaro esempio è il diritto dei beneficiari, determinati o determinabili, di qualunque tipo di *trust* (fisso o discrezionale) di estinguere il *trust*, agendo congiuntamente, se tutti maggiorenni e capaci.

Tale diritto, riconosciuto dalla giurisprudenza in *Sanders v. Vautier* (1841) è poi stato codificato in molte leggi regolatrici, ad esempio, nella legge sui *trust* di Jersey³⁸.

Il campo di applicazione di questa regola è particolarmente ampio: essa permette, anche ai possibili beneficiari di un *trust* discrezionale, agendo congiuntamente, di estinguere il *trust* ed istruire il *trustee* di distribuire i beni in *trust* secondo la loro volontà, nonostante qualsiasi disposizione contraria contenuta nell'atto istitutivo o a prescindere dalla discrezionalità attribuita al *trustee* in tale atto dal disponente³⁹.

Agendo tutti insieme, in ragione di queste prerogative, i beneficiari possono fare dei beni in *trust* quello che vogliono come se fossero i pieni proprietari degli stessi: costoro “*may join together and collectively call upon the trustees to transfer the fund to them or deal with the property subject to the discretion as if they were the absolute owners thereof*”⁴⁰.

I beneficiari possono, alle stesse condizioni, anche modificare il *trust* o indicare al *trustee* di operare deviando dalle disposizioni dell'atto istitutivo originale⁴¹.

³⁸ La regola trae origine da una vicenda successoria nella quale era stata prevista l'accumulazione dei redditi in favore dell'unico beneficiario; questi, una volta divenuto maggiorenne, richiese immediatamente al giudice i redditi ed il capitale in *trust*, con liberazione del *trustee* da ogni responsabilità 49 Eng. Rep. 282 (M.R.), Cr. & Ph. 240, 41 Eng. Rep. 482 (L.C.). Sulla portata di questa regola, v. P. MATTHEWS, *The comparative Importance of the Rule in Sanders v. Vautier*, 122 L.Q.R. 266 (2006). Tale regola trova cittadinanza nel Trust Jersey Law (art. 43) e si caratterizza per la sua inderogabilità «3. Without prejudice to the powers of the court under paragraph (4) and notwithstanding the terms of the trust, where all the beneficiaries are in existence and have been ascertained and none are interdict or minors they may require the trustee to terminate the trust and distribute the trust property among them».

³⁹ In re SMITH, [1928] Ch. 915.

⁴⁰ G. THOMAS, *Thomas on Powers*, Oxford, 2012, p. 139.

⁴¹ Wyndham v Egremont, [2009] EWHC 2076 (Ch).

In Australia⁴², Nuova Zelanda⁴³ ed in Canada⁴⁴ ed anche a Jersey⁴⁵ le corti affermano l'esistenza di tale diritto⁴⁶.

I beneficiari, sempre tutti d'accordo, possono anche sostituire il *trust* con un altro, attraverso un resettlement: “*if all the beneficiaries under [a] settlement [are] sui juris, they [can join] together with the trustees and [declare] different trusts which would supersede those originally contained in the settlement*”⁴⁷.

In Nuova Zelanda, la *Law Commission* incaricata di redigere la recente modifica della legge sul *trust*, ha ben sintetizzato l'estensione dei diritti dei beneficiari: “*the scope of the rule in Saunders v. Vautier has broadened over time and the courts have allowed beneficiaries to use the rule to confer new powers upon trustees or deviate from, or vary, the terms of the trust where the trustees are in agreement with the change. It is likely that the rule also applies to allow beneficiaries to consent to a resettlement of a trust as this would be consistent with the policy that those with the beneficial interest in property should be able to determine what happens to that property*”⁴⁸.

Ove, in ragione dell'esercizio di questi poteri, il *trustee* dovesse trovarsi gravato di obblighi e responsabilità diverse rispetto a quelli iniziali alla luce delle quali aveva accettato l'incarico, è necessario che egli presti il suo consenso alla modifica, in quanto altrimenti si troverebbe ad essere gravato di obblighi e responsabilità senza averle accettate⁴⁹.

Gli esperti di *trust* riconoscono che, in queste situazioni, è rarissimo che il *trustee* si opponga e non presti il suo consenso⁵⁰; infatti ove non prestasse il suo consenso potrebbe certamente essere revocato e potrebbe essere nominato uno nuovo⁵¹.

Infatti, sulla base di norme equivalenti alla section 19 del *Trustee of Land and Appointment of Trustee Act 1996*, i beneficiari, nelle stesse situazioni di fatto in cui è loro riconosciuto il diritto di estinguere il *trust* anticipatamente (o modificarlo), possono sempre revocare e nominare un nuovo *trustee* (“*The beneficiaries may give a direction or directions of either or both of the following descriptions—(a) a written direction to a trustee or trustees to retire from the trust, and (b) a written direction to the trustees or trustee for the time being (or, if there are none, to the personal representative of the last person who was a trustee) to appoint by writing to be a trustee or trustees the person or persons specified in the direction*”).

Ove vi siano, tra i beneficiari, soggetti incapaci oppure la classe dei beneficiari non sia chiusa e vi possano entrare, nel tempo, altri soggetti, il Tribunale può autorizzare l'estinzione, la deviazione del *trustee* dalle disposizioni dell'atto o la modifica del *trust* in luogo

⁴² Re Dion Investments Pty Ltd., [2014] NSWCA 367, al § 48, and Re Bowmil Nominees Pty Ltd., [2004] NSWSC 161, a §. 9.

⁴³ Re Phillips New Zealand Ltd., [1997] 1 NZLR 93 (New Zealand H.C.), a p. 101.

⁴⁴ Mc Gavin v. National Trust Co. (1998) 158 D.L.R. 364; Buschau v. Rogers Communications Inc. 2006 SCC 28.

⁴⁵ Mourant & Co. Retirement Trustees Limited v. JG and HK, [2008] JRC 100.

⁴⁶ J. NITIKMAN, *Variation under the Rule in Saunders v. Vautier: Yes or No*, 35 Estate Tr. & Pensions J. 1 (2015). Un'originale, anche se isolata, ricostruzione dottrinale si trova anche in D. WATERS, “Does the Rule in Saunders v. Vautier Include the Power of Beneficiaries to Vary the Terms of the Trust” (2014), 33 E.T.P.J. 78.

⁴⁷ IRC v Holmden [1968] AC 685, a p. 713. [2014] NSWCA 367; (2014) 87 NSWLR 753, a §. 46, (“under the principle in Saunders v. Vautier [...] beneficiaries [...] are entitled to put an end to the trust and to require that the trust property be transferred to them. Their capacity to produce that result also enables them to require, as an alternative, that the property be held by the trustee upon varied trusts; but, if they do so require, the situation may in truth be one of resettlement upon new trusts rather than variation of the pre-existing trusts (and the trustee may not be compellable to accept and perform those new trusts”).

⁴⁸ New Zealand Law Commission, Review of the Law of Trusts: A Trusts Act for New Zealand (NZLC R130, 2013) para 10.3.

⁴⁹ New Zealand Law Commission, Review of the Law of Trusts: A Trusts, para 10.6; Y. K. LIEW & C. MITCHELL, *Beneficiaries' Consent to Trustees' Unauthorised Acts*, in P. DAVIS, *Defences in Equity*, Oxford, 2018.

⁵⁰ D. WATERS, *op. cit.*, p. 95 (“The beneficiaries “own” the whole equitable interest, and, if they ask for the legal interest and possession of the trust assets, Saunders v. Vautier gives it to them. The trustees are then *functus officio*, will account, be given a release, and they are gone. In these circumstances, of which they are usually fully aware, trustees who resist any change of terms in the existing trust, or invitations to resign, are likely to be people who want to make a point”).

⁵¹ Y. K. LIEW & C. MITCHELL, *op. cit.*

di costoro, integrando con la sua autorizzazione il volere di tutti gli altri beneficiari che tale variazione, revoca o modifica hanno richiesto⁵².

In questo caso, è comunque la volontà di questi a determinare l'effetto giuridico, sulla base delle regole sopra citate, con il concorso dell'autorizzazione del giudice in luogo dei minori, dei non nati o dei beneficiari non determinati, attraverso una procedura di volontaria giurisdizione che ricorda quella con cui rappresentanti dei minori o incapaci sono autorizzati a compiere atti di straordinaria amministrazione⁵³.

Non è, quindi, il giudice che con il suo provvedimento che produce l'effetto di modifica o estinzione⁵⁴, ma la volontà dei beneficiari.

Non tutte le leggi regolatrici di *trust* contengono queste regole e non tutte le leggi riconoscono ai beneficiari tutti questi diritti⁵⁵.

Ad esempio, la legge della Repubblica di San Marino permette al disponente di escludere il diritto di estinzione anticipata⁵⁶ mentre la legge delle Bahamas lo esclude quando l'estinzione frustrerebbe gli scopi del disponente, salvo che costui non presti il suo consenso⁵⁷. Tuttavia, di caso in caso, ci si dovrebbe porre l'interrogativo se, nel caso concreto, alla luce delle disposizioni dell'atto istitutivo e delle norme di legge che lo regolano, si sia di fronte ad una fattispecie in cui vi sia effettiva autonomia del *trustee* nell'amministrare e disporre dei beni in *trust* e dei relativi redditi.

La presenza di norme nella legge regolatrice del concreto *trust* che consentono alla volontà dei beneficiari di modificare il *trust*, estinguerlo anticipatamente, istruire il *trustee* di deviare dalle disposizioni dell'atto istitutivo, operare un *resettlement* o sostituire il *trustee*, nonostante qualunque differente disposizione contenuta nell'atto istitutivo, potrebbe rappresentare un elemento da cui dedurre il fatto che sia questa volontà, in ultima istanza, a poter determinare il modo in cui l'amministrazione e disposizione dei beni in *trust* e dei relativi redditi deve essere compiuta.

In questa situazione, non sembrerebbe possibile affermare che vi sia vera ed effettiva autonomia del *trustee* nel possesso dei redditi, anche se questa potrebbe apparire completa leggendo le sole disposizioni dall'atto istitutivo.

⁵² Ad esempio, in Nuova Zelanda, è il *Trustee Act 1956*, art. 64A. In Inghilterra, è il *Variation of Trust Act 1956*, art. 1.

⁵³ In *Re Holt's Settlement* [1969] 1 Ch 100, a p. 120 ("This certainly seems to be so in any case not within the Act where a variation or resettlement is made under the doctrine of *Saunders v. Vautier* by all the adults joining together; and I cannot see any real difference in principle in a case where the court exercises its jurisdiction on behalf of the infants under the Act of 1958...").

⁵⁴ *Goulding v James* [1997] 2 All ER 239 a p. 247 "First, what varies the trust is not the court, but the agreement or consensus of the beneficiaries. Secondly, there is no real difference in principle in the rearrangement of the trusts between the case where the court is exercising its jurisdiction on behalf of the specified class under the 1958 Act and the case where the resettlement is made by virtue of the doctrine in *Saunders v. Vautier* (1841) 4 Beav 115, [1835-42] All E.R. Rep 58 and by all the adult beneficiaries joining together. Thirdly, the court is merely contributing on behalf of infants and unborn and unascertained persons the binding assents to the arrangement which they, unlike an adult beneficiary, cannot give. The 1958 Act has thus been viewed by the courts as a statutory extension of the consent principle embodied in the rule in *Saunders v. Vautier*. The principle recognises the rights of beneficiaries, who are *sui juris* and together absolutely entitled to the trust property, to exercise their proprietary rights to overbear and defeat the intention of a testator or settlor to subject property to the continuing trusts, powers and limitations of a will or trust instrument".

⁵⁵ Il tema è trattato in modo esteso in A. VICARI, *La scelta della legge regolatrice del trust: una questione di principia*, *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, p. 364.

⁵⁶ Art. 50, comma III, L. 1 marzo 2010, n. 42 ("se l'atto istitutivo non dispone diversamente, tutti i beneficiari con diritti determinati sul fondo in *trust*, o, in loro mancanza, tutti i beneficiari possono pretendere dal *trustee* la cessazione del *trust* e il trasferimento dei beni in *trust* in proprio favore o secondo le loro indicazioni").

⁵⁷ *Trustee Act*, sect. 87 ("Notwithstanding any rule of equity or practice of the Court to the contrary, neither a beneficiary who is solely interested in the trust property, nor all the beneficiaries who together are all the persons interested in it, shall be entitled, though in existence and ascertained and of full capacity, to terminate or modify the trusts affecting the property, if this would defeat a material purpose of the settlor or testator in creating the trust, unless the settlor is living and also consents. (2) The material purposes of the settlor or testator for the purpose of subsection (1) may be ascertained from the trust instrument (directly or by inference) or by collateral evidence).

6. L'affidamento fiduciario e l'interposizione

Il rinnovato concetto di interposizione, permette di guardare con chiarezza anche un nuovo strumento negoziale capace di conformare una proprietà nell'interesse altrui, che si sta diffondendo nella prassi nazionale ed internazionale: il contratto di affidamento fiduciario. In Italia, oggi, il contratto di **affidamento fiduciario** è al centro di un dibattito che interessa non solo teorici, ma anche pratici.

Questo vuole essere un contratto, di diritto italiano, che mira a divenire una alternativa funzionale al *trust*⁵⁸.

La pratica ne parla in toni incoraggianti ed ha impiegato contratti che vogliono essere affidamenti fiduciari, e non mandati o contratti fiduciari⁵⁹, assoggettati al diritto italiano e dunque alla disciplina delineata in sede dottrinale. La giurisprudenza li ha autorizzati⁶⁰. Il legislatore se ne è occupato⁶¹.

L'affidamento fiduciario è, però, ancora un contratto nuovo ed atipico in Italia, i cui caratteri tipici non sono ancora stati individuati con sicurezza⁶².

Solo in San Marino, tale proposta teorica, si è trasformata in una realtà legislativa, trasformandosi in un contratto legislativamente tipizzato: il legislatore ha chiarito che "l'affidamento fiduciario è il contratto col quale l'affidante e l'affidatario convengono il programma che destina taluni beni e i loro frutti a favore di uno o più beneficiari, parti o meno del contratto, entro un termine non eccedente novanta anni.⁶³".

In Italia, invece, la tipizzazione non è ancora avvenuta.

Non ha mutato la situazione il fatto che la Legge 22 giugno 2016, n. 112, in tema di "Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare", abbia menzionato il *nomen* contratti di affidamento fiduciario.

Infatti, come si è in altrove chiaramente argomentato, una corretta interpretazione di tale documento legislativo porta a concludere come il contratto di affidamento fiduciario rimanga in Italia un contratto innominato ed atipico, sia da una prospettiva sociale, che giurisprudenziale, nonché del diritto positivo: la norma è una norma tributaria che contiene un concetto di affidamento fiduciario autonomo per il diritto tributario e non trasforma l'affidamento fiduciario in contratto tipico o nominato⁶⁴.

⁵⁸ M. LUPOI, «Il contratto di affidamento fiduciario», in *Riv. Not.*, 2012, p. 513 e 523 ("Rispetto al *trust*, necessariamente retto da una legge straniera, il contratto di affidamento fiduciario è retto dalla legge italiana ed è in base ad essa interpretato e adempiuto: questo è un indubbio vantaggio, ma anche un rischio, perché spontanea è la tendenza alla omologazione con tipi negoziali conosciuti (per esempio, il mandato) e quindi la perdita delle specificità"); M. TONELLATO, «Il Contratto di affidamento fiduciario: aspetti innovativi delle recente pronuncia del Giudice Tutelare di Genova», in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2014, p. 32.

⁵⁹ M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, op. cit., p. 522 "la prassi notarile si sta avvicinando al contratto di affidamento fiduciario. Sono stati ricevuti alcuni atti pubblici, sono avvenute le trascrizioni quando i contratti riguardavano beni immobili e la Direzione Regionale delle Entrate della Liguria ha reso un primo parere su interpello in tema di imposta sulle successioni e donazioni. In un primo caso il notaio rogante si avvale della legge della Repubblica di San Marino, in tutti gli altri casi si è invece fatto riferimento alla legge italiana. Ho proposto clausole-tipo per la redazione dei contratti di affidamento fiduciario, ma l'abilità e le capacità tecniche dei notai che hanno ricevuto i contratti hanno già apportato significativi miglioramenti; altri sono stati suggeriti nel corso di un convegno organizzato dal Consiglio notarile di Genova nell'ottobre 2011".

⁶⁰ Trib. Genova, 31 dicembre 2012, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2013, p. 422.

⁶¹ V. infra nel testo.

⁶² M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 435 ("un problema redazionale del testo contrattuale, del quale non so ancora additare la soluzione [che], riguarda, in primo luogo, i dati strutturali che caratterizzano il tipo e, in secondo luogo, le numerose regole che rendono la struttura concretamente fruibile. Circa i primi, ho indicato a suo luogo i minimi margini di elasticità e ad essi il redattore del contratto deve adeguarsi, deviando entro quei margini solo a ragion veduta e per il resto rimanendo all'interno della struttura con tutta la complessità che ciò può comportare nel caso concreto: basta pensare ai negozi autorizzativi e ai meccanismi di autotutela, da configurare per la migliore attuazione del programma dell'affidamento. Circa le seconde, dirà l'esperienza quanto sia necessario riproporle tutte in ciascuno specifico testo. Esse rispondono all'esigenza di non rischiare che il giudice applichi regole tratte da altri tipi, nominati o innominati, e stravolga l'economia dell'operazione giuridica").

⁶³ Art. 1, comma I, L. 1 marzo 2010 n.43.

⁶⁴ A. VICARI, «Il contratto di affidamento quale contratto nominato: un'analisi realistic»a, in *Notariato*, 2018, p. 357.

In questa situazione, si manifesta chiaramente “un rischio, perché spontanea è la tendenza alla omologazione con tipi negoziali conosciuti (per esempio, il mandato) e quindi la perdita delle specificità”⁶⁵.

In altre parole, trattandosi di contratto atipico privo di una propria disciplina specifica, l'operatore giuridico, primo fra tutti il giudice, applicherà a questo norme proprie di altri contratti già noti all'ordinamento⁶⁶.

Pertanto, tale rischio non è teorico.

L'omologazione del contratto di affidamento retto dal diritto italiano ad altri tipi negoziali già noti si è già manifestata negli atteggiamenti dell'Amministrazione finanziaria: in una istanza di interpello riguardante un contratto di affidamento fiduciario, questo è stato riqualificato come negozio fiduciario, affermando che “il quesito proposto deve essere inserito nel concetto di negozio fiduciario”⁶⁷.

Questo rischio non è, peraltro, privo di conseguenze sul piano tributario.

In particolare, l'omologazione al tipo del mandato o del negozio fiduciario potrebbe certamente portare ad una applicazione delle regole tributarie caratteristiche del mandato o del negozio fiduciario tradizionale e, sul piano tributario, la conseguente assimilazione al regime tributario proprio al regime di trasparenza fiscale di questi contratti.

Il rinvio ad una legge straniera che ha tipizzato il contratto permette, invece, di escludere con sicurezza, come invece non è possibile farlo quando il contratto sia retto dal diritto italiano, che vengano applicate all'affidamento fiduciario le regole che, nel mandato, permettono al mandante di indirizzare l'amministrazione dei beni e l'attività gestoria, di volta in volta, con le proprie istruzioni⁶⁸.

Infatti, se il contratto fosse regolato dal diritto straniero nel quale il legislatore abbia tipizzato il contratto di affidamento fiduciario non sarebbe possibile per il giudice compiere la riqualificazione del concreto negozio in chiave di un diverso tipo contrattuale italiano e l'applicazione delle relative regole.

La possibilità di ricorrere ad una legge regolatrice straniera per regolare il contratto di affidamento interno è concessa dalla Convenzione dell'Aia sul *trust* che permette il riconoscimento anche degli istituti analoghi al *trust* ove abbiano le caratteristiche del *trust* convenzionale delineate dall'art. 2 della Convenzione stessa.

Tale possibilità è già stata riconosciuta dall'Amministrazione Finanziaria.

⁶⁵ M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, op. cit., p. 513 e a p. 523.

⁶⁶ Il rinvio a R. SACCO, *Il Contratto*, Torino, 2016, p. 1413 ss. è d'obbligo (“Noi vediamo uno sforzo costante volto a far rientrare ogni contratto in un tipo. L'interprete non si domanda se il contratto appartenga o meno ad un tipo, se sia o meno tipico. Egli si domanda a quale tipo appartiene questa o quell'altra fattispecie. Cos'è, ad esempio, il contratto con cui si fornisce ad altri un automezzo con autista? Si dubita se sia locazione di cosa più lavoro subordinato, o sia appalto; non si ipotizza neppure un contratto estraneo ai tipi. Cos'è la convenzione con cui un contraente concede ad altri di ricoverare un automezzo in un locale del concedente, di cui quest'ultimo conserva la chiave? Escluso che sia un contratto di deposito o di autorimessa, avremo un contratto «atipico» con prevalente carattere della locazione, alla cui disciplina sarà dunque sottoposto. Se taluno promette ad altri assistenza turistica, il contratto si ridurrà, secondo i casi, a spedizione o appalto. Se taluno vende bevande in bottiglie, con versamento di una cauzione a garanzia della restituzione dei recipienti, il rapporto concernente le bottiglie potrà essere configurato come vendita con condizione risolutiva potestativa o come locazione o comodato⁴⁵; ma non si evocherà la figura del contratto innominato. Se taluno cede un automezzo nuovo contro cessione dell'usato e conguaglio in denaro, si ha vendita e dazione in pagamento; e quindi, mancando la puntuale esecuzione della prestazione solutoria, il venditore pretenderà l'intero prezzo. È contratto d'opera (e non di compravendita) quello concluso da un sarto per la fornitura della stoffa e la confezione dell'abito. Se due coniugi, in previsione dell'annullamento del loro matrimonio, stipulano una convenzione patrimoniale per definire i relativi rapporti, questa diventa contratto (tipico) di transazione. Fin qui, le sussunzioni dirette della fattispecie nel tipo. Quando la sussunzione non opera, e il contratto viene qualificato, formalmente, come atipico, si potrà ancora proclamare che la disciplina sua propria è quella del contratto tipico cui maggiormente si avvicina. Con questo criterio, il prosenetico matrimoniale sarà regolato dalle norme sulla mediazione, e da quelle sul contratto d'opera. E infine: se si accetta di chiamare atipico un contratto, scatta allora il meccanismo dell'analogia. Ciò implica logicamente (anche se la cosa non viene esplicitata) che la mancata tipizzazione del contratto atipico costituisca una lacuna in senso tecnico”).

⁶⁷ Ufficio Consulenza, Interpello 903-134/2012 del 23 maggio 2012, in *Trust & Attività Fiduciarie*, 2012, p. 569.

⁶⁸ L. 1 marzo 2010, n. 43.

La stessa Agenzia delle Entrate ha, infatti, espressamente confermato che gli affidamenti fiduciari di diritto sammarinese “sono previsti e definiti dall’art.2 della Convenzione dell’Aja del 1 luglio 1985”, nel quale si fornisce una definizione generica ed applicabile a tutte le figure analoghe al *trust* in quanto ai sensi della convenzione per *trust* “s’intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente - con atto tra vivi o *mortis causa*- qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell’interesse di un beneficiario per un fine determinato”⁶⁹. In particolare, con riferimento a quelli regolati dalla legge di San Marino, ha affermato che “si può concludere che l’affidamento riproduce effetti segregativi sostanzialmente uguali a quelli classici dei *trust*, inquadrandosi armoniosamente nei requisiti enunciati all’art. 2 della Convenzione dell’Aja”⁷⁰.

Un’ultima riflessione, forse la più generale, deve essere fatta.

L’affidamento fiduciario è pur sempre un contratto.

Il dato strutturale fondamentale sarebbe il “programma”: “l’affidante propone il programma che l’affidatario fiduciario accetta di realizzare nel contesto di un contratto”⁷¹. L’affidatario fiduciario accetta di impegnarsi a realizzarlo nel contesto di un contratto che vede quali parti l’affidante, l’affidatario fiduciario e beneficiari.

Oggetto di questo programma sarebbero le attività dell’affidatario in merito ai beni affidati e nell’ambito dei confini posti dal programma dovrebbe manifestarsi l’autonomia dell’affidatario⁷².

Questa situazione potrebbe richiamare quella in cui si trova il *trustee* in un *trust* in cui il disponente abbia impostato il programma di attività, il *trustee* abbia autonomia nel loro svolgimento ed i beneficiari subiscano le disposizioni del programma, senza poterle modificare (cosa che, come abbiamo visto, non sempre avviene).

Tuttavia, la somiglianza è solo apparente.

Si deve ricordare che, a differenza del *trust*, l’affidamento è un contratto, come si diceva. Tutti i contratti si formano con l’accordo di tutte le parti e con l’accordo di tutte le parti si modificano e si estinguono.

Non è mai possibile, al contrario di quanto può avvenire in alcuni casi per il *trust*, cristallizzare il contratto di affidamento fiduciario.

La volontà congiunta dei beneficiari e del disponente potrà governare sempre l’attività dell’affidatario, potendo loro modificare il contratto ed il suo contenuto programmatico. Morto l’affidante, saranno i beneficiari a poterlo fare.

È vero: ci vorrà anche il consenso dell’affidante per produrre la modifica.

Tuttavia, si deve ricordare una cosa.

L’affidatario è obbligato a realizzare il programma verso i beneficiari e l’affidante e può essere sostituito.

Come avviene per il *trustee*⁷³, non è dato attendersi che un soggetto in questa situazione si opponga alle richieste di modifiche provenienti da affidante e beneficiari, rifiutando di prestare il suo consenso alle modifiche proposte dai medesimi.

⁶⁹ Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale della Liguria, Ufficio Consulenza, Parere del 3 luglio 2012 su Interpello 903-151/2012 del 29 maggio 2012, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2013, pp. 95 e ss.

⁷⁰ Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale della Liguria, Ufficio Consulenza, Interpello 903-31/2011 del 21 febbraio 2011, in *Trust & Attività Fiduciarie*, 2011, pp. 308 e ss.

⁷¹ M. LUPOI, «Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario», in *Contratto e Impresa*, 2017, p. 734.

⁷² F. ALCARO, «Il programma contrattuale: l’attività dell’affidatario fiduciario e i rapporti fra le parti», in Aa.Vv., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, Milano, 2017, p. 161.

⁷³ D. WATERS, *op. cit.*, p. 95 (“The beneficiaries ‘own’ the whole equitable interest, and, if they ask for the legal interest and possession of the trust assets, Saunders v. Vautier gives it to them. The trustees are then *functus officio*, will account, be given a release, and they are gone. In these circumstances, of which they are usually fully aware, trustees who resist any change of terms in the existing trust, or invitations to resign, are likely to be people who want to make a point”).

Dunque, la volontà dell'affidante e dei beneficiari potranno modificare il programma di attività e la cui volontà diventerà determinante.

Potrebbe essere difficile, in questa situazione, parlare di effettiva autonomia dell'affidante. Attraverso le modifiche del programma, affidante e beneficiari potranno fare dei beni e dei redditi quanto vogliono.

Se si ritiene, come ritiene la miglior dottrina ritiene, che quando, in un *trust*, tutti i beneficiari, agendo tutti insieme, possano estinguerlo o modificarlo, costoro in fondo “possano fare dei beni in *trust* quello che vogliono come se fossero i pieni proprietari degli stessi”⁷⁴, non vediamo perché non arrivare alla medesima conclusione in caso di affidamento fiduciario, dove lo stesso può sempre avvenire in ragione dell'essere questo un contratto. Ciò potrebbe portare a negare, alla radice, che il contratto di affidamento fiduciario possa essere riconosciuto come soggetto passivo di imposta e diventare un centro di imputazione di redditi.

7. Conclusioni

Il concetto di interposizione ha reciso i legami che originariamente aveva con il diritto civile. È divenuto un concetto autonomo di diritto tributario come tanti altri che, sebbene evocino nomi e concetti di diritto civile, in realtà assumono un significato e senso proprio per il diritto tributario stesso⁷⁵.

Oggi, quello di interposizione è un concetto che appare essere costruito, armonicamente, per dialogare con il generale presupposto impositivo del possesso del reddito e con il requisito per il riconoscimento di soggettività per le “altre organizzazioni” che possono divenire soggetti di imposta solo ove vi sia autonomia nel manifestarsi del presupposto impositivo e la non appartenenza ad altri.

In altre parole, il concetto di interposizione, come oggi impiegato nel diritto applicato, guarda al verificarsi del presupposto dell'imposta – ovvero il possesso del reddito – portando a regola generale il requisito di “autonomia” e di non appartenenza ad altri, che sono anche il presupposto per fare divenire soggetti passivi di imposta le “altre organizzazioni”.

È dunque sempre più evidente che l'autonomia nel possesso del reddito diventi sia diventata una regola fondamentale posta alla base sia della soggettività che della imputazione.

Sulla base del quadro sommariamente tracciato, pare evidente sottolineare come, in ragione del modificarsi del concetto di interposizione nel diritto tributario vivente il *trust* o l'affidamento fiduciario possano essere ritenuti strumenti di interposizione anche oltre i limiti entro i quali nel passato lo si riteneva, secondo gli ormai superati confini tradizionali di questa categoria.

Conseguentemente ci pare di poter anche concludere che sia lecito dubitare che ricorrano i presupposti per il **riconoscimento di soggettività passiva** e l'imputazione dei redditi a quei *trust* nei quali non vi sia **autonomia nel possesso del reddito** da parte del *trustee* o **piena appartenenza dei beni**, in quanto il *trustee* risulti agire o possa essere obbligato ad agire sulla base di direttive del disponente o dei beneficiari o che trasferisca o possa essere obbligato a trasferire a costoro i redditi dei beni in *trust*, senza avere autonomia nella decisione in merito a tale distribuzione. Tale conclusione prescinde da quali siano gli elementi rilevanti per determinare la mancanza di autonomia nel possesso, dovendosi **equiparare le disposi-**

⁷⁴ G. THOMAS, *Thomas on Powers*, Oxford, 2012, p. 139, ove si precisa che i beneficiari, in questa situazione, “may join together and collectively call upon the trustees to transfer the fund to them or deal with the property subject to the discretion as if they were the absolute owners thereof”.

⁷⁵ Cfr. A. VICARI, «L'affidamento fiduciario quale contratto nominato: un'analisi realistica», in *I Contratti*, n. 3 2018, p. 357 ss.

zioni dell'atto istitutivo a quelle di legge, inderogabili o non espressamente derogate, con particolare attenzione a quelle che permettano ai beneficiari di estinguere anticipatamente o modificare il *trust* o comunque indirizzare l'azione del *trustee*.

Infine, il “soggetto interposto” potrebbe rinvenirsi anche in presenza di un contratto di affidamento fiduciario.

Questo non solo ove, in ragione di disposizioni negoziali, non emerga autonomia nel possesso del reddito da parte del affidatario o piena appartenenza a costui dei beni affidati, in quanto l'affidatario risulti agire o possa essere obbligato ad agire sulla base di direttive dell'affidante o dei beneficiari o che trasferisca o possa essere obbligato a trasferire a costoro i redditi del fondo affidato, senza avere autonomia nella decisione in merito a tale distribuzione, ma anche in generale a prescindere dalla fattispecie concreta.

Anche in assenza di questi contenuti, infatti, dovrà considerarsi il fatto che l'affidamento fiduciario sia un contratto e dunque affidante e beneficiari possono modificarlo a loro comodo, semplicemente richiedendo il consenso dell'affidatario. Costui è, come il *trustee*, un soggetto da loro sostituibile, che agisce nel loro interesse, che è esposto alle loro azioni giudiziarie e, dunque, come il *trustee*, non negherà il proprio consenso.

Sicché, nei casi sopramenzionati di “*trust* (o altro istituto analogo) fiduciario”:

- non può trovare applicazione la disciplina prevista dall'art. 73 del TUIR per il “*trust* soggetto”, inteso quale autonomo soggetto di diritto tributario;
- la ricostruzione del fenomeno in base ai principi generali dell'ordinamento dovrebbe comportare – come già rappresentato – l'applicazione della regola fiscale generalmente accolta per l'Amministrazione finanziaria della c.d. “trasparenza fiduciaria” con la conseguenza che i beni costituenti il *trust fund* (e i correlati redditi) e il patrimonio dovrebbero essere attribuiti direttamente all'interponente (ad esempio, disponente o beneficiari) e non al *trust* o all'affidamento;
- ne dovrebbe conseguire l'applicazione al caso di specie della prassi dell'Agenzia delle Entrate in tema di “intestazione fiduciaria”, ormai pacificamente orientata nel senso di ritenere che tale ultimo istituto non comporta l'effetto di modificare né il soggetto passivo d'imposta, identificabile sempre e comunque nel fiduciante, né il regime fiscale ordinariamente applicabile ai beni oggetto del mandato fiduciario, con la possibilità, dunque, per il fiduciante di avvalersi di tutti i regimi connessi alla titolarità di un determinato cespite reddituale⁷⁶.

⁷⁶ Cfr., ad esempio, la Risoluzione n. 37/E del 13 marzo 2006, in cui è stata confermata l'applicabilità del regime c.d. Madre-Figlia in presenza di partecipazioni fiduciariamente intestate, in considerazione del fatto che “la circostanza che una partecipazione sia intestata formalmente ad una fiduciaria non osta all'applicazione di particolari modalità di determinazione del reddito o di regimi di esenzione nel caso in cui questi siano applicabili nei confronti degli effettivi proprietari delle partecipazioni stesse”. Cfr., nello stesso senso, la Circolare n. 49/E del 22 novembre 2004 (par. 4), in tema di applicazione del regime di cui agli artt. 115 e 116 del TUIR (c.d. “trasparenza fiscale”), ove è stato chiarito che “la immediata riferibilità di diritti alla sfera giuridica dei soci e non della fiduciaria ha come conseguenza che i redditi della partecipata, comunicati alla fiduciaria, debbano essere poi imputati ai fiducianti”.