

L'INDIVIDUAZIONE DEL BENEFICIARIO EFFETTIVO DEL TRUST

1. Il trust e i beneficiari individuati.....	p. 4
1.1 La storia dell'istituto.....	p. 4
1.1.1 la nascita dell'istituto e l' <i>equity</i>	p. 4
1.1.2 La convenzione dell'Aja del 1985.....	p. 6
1.2 Le caratteristiche dell'istituto.....	p. 12
1.2.1 Il fondo in <i>trust</i>	p. 12
1.2.2 I soggetti del trust. In particolare i beneficiari.....	p. 16
1.3 Profili fiscali del <i>trust</i>.....	p. 21
1.3.1 La soggettività del trust.....	p. 23
1.3.2 In tema di soggettività passiva del trust.....	p. 32
1.3.3 Il trust nell'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate.....	p. 38
1.3.4 La residenza fiscale del trust.....	p. 42
1.4 I beneficiari individuati.....	p. 49
1.4.1 Trust opachi e trasparenti.....	p. 49
1.4.2 L'individuazione dei beneficiari.....	p. 54
1.4.3 I redditi dei beneficiari.....	p. 56
2. I beneficiari e la prima versione del monitoraggio fiscale, antecedente alla riforma del 2011.....	p. 58
2.1.1 La libera circolazione dei capitali ed i controlli fiscali.....	p. 58
2.2 Il monitoraggio fiscale “non selettivo”.....	p. 62
2.2.1 I trasferimenti al seguito o mediante plico postale di denaro, titoli, od altri valori mobiliari.....	p. 62
2.2.2 (<i>Segue</i>) profili sanzionatori delle violazioni nella dichiarazione per il trasporto al seguito di “denaro contante”.....	p. 66
2.2.3 Il monitoraggio sugli intermediari finanziari residenti.....	p. 69
2.3 Il monitoraggio fiscale c.d. selettivo e la figura del beneficiario effettivo.....	p. 73
2.3.1 L'obbligo di dichiarazione nel quadro RW.....	p. 73

2.3.2	la tassazione presuntiva e la prima procedura di regolarizzazione (c.d. scudo fiscale).....	p. 76
2.3.3	Il beneficiario effettivo nell'ambito soggettivo del monitoraggio fiscale.....	p. 80
2.3.4	Il trust ed il monitoraggio fiscale.....	p. 91
2.3.5	Confronto della nozione di beneficiario effettivo ai fini convenzionali e comunitari.....	p. 94
3.	Il titolare effettivo nell'Antiriciclaggio e l'incontro con il monitoraggio fiscale.....	p. 102
3.1	Introduzione all'antiriciclaggio.....	p. 102
3.1.1	I controlli sul trust.....	p. 106
3.1.2	Il titolare effettivo.....	p. 107
3.1.3	Il titolare effettivo del trust.....	p. 111
3.2	Il titolare effettivo come soggetto del monitoraggio fiscale... p. 117	
3.2.1	La Legge europea del 2013 e l'incontro con la normativa antiriciclaggio.....	p. 117
3.2.2	Il titolare effettivo, il beneficiario di patrimonio ed il beneficiario "individuato" di reddito: profili di sovrapposizione.....	p. 121
3.2.3	Il titolare effettivo e l'interposizione reale nel trust.....	p. 131
3.3	I nuovi poteri di indagine dell'Amministrazione Finanziaria p. 133	
3.3.1	L'Archivio Unico Informatico e la <i>fishing expedition</i>	p. 133
3.3.2	Le indagini sul titolare effettivo.....	p. 137
3.3.3	L'utilizzabilità dei dati per fini fiscali.....	p. 143
4.	La <i>Voluntary disclosure</i> ed i beneficiari del trust.....	p. 150
4.1	L'istituto della <i>voluntary disclosure</i>.....	p. 150
4.2	La procedura per il rientro.....	p. 160
4.2.1	L'ambito soggettivo della procedura.....	p. 160

4.2.2	Il trust e l'ambito soggettivo della <i>voluntary disclosure</i>	p. 163
4.2.3	L'ambito oggettivo della procedura.....	p. 167
4.2.4	La richiesta di accesso alla procedura.....	p. 169
4.2.5	I soggetti collegati.....	p. 174
4.2.6	La conclusione della procedura.....	p. 176
4.3	Gli effetti penali della <i>voluntary disclosure</i>.....	p. 177
4.4	I beneficiari del trust e la <i>voluntary disclosure</i>.....	p. 179
4.4.1	I beneficiari come soggetti collegati.....	p. 183
4.5	Profili evolutivi dell'individuazione del titolare effettivo del trust in seguito delle innovazioni introdotte dalla <i>voluntary disclosure</i>.....	p. 188

CAPITOLO I

IL TRUST ED I BENEFICIARI INDIVIDUATI

1.1 La storia dell'istituto

1.1.1 *L'equity e la nascita dell'istituto*

Il *trust*, volendone tratteggiare gli elementi principali che saranno poi analizzati nella prosecuzione del lavoro, consiste nel trasferimento da parte di un soggetto disponente di un bene ad un altro soggetto, detto *trustee*, il quale dovrà amministrare tale bene segregato per l'adempimento di un certo scopo¹.

Per comprendere a pieno le caratteristiche dell'istituto e le numerose peculiarità della sua struttura, è assolutamente necessario andare a ricostruire quelle che sono le radici di quest'ultimo². Il *trust* ha origine nell'ordinamento anglosassone che è, come ben noto, sostanzialmente diverso dal nostro, nel quale il giurista ricostruisce schemi giuridici seguendo le strutture che trovano origine nel diritto civile di epoca romana. Il pragmatismo e l'elasticità, che sono fondamentali per lo sviluppo dei sistemi di *common law*, si possono facilmente rinvenire nell'istituto del *trust*, che anzi può essere ricondotto ad uno dei principali prodotti della chiara esigenza di efficienza dei sistemi giuridici che permea il sistema anglosassone.

¹ In questo caso il patrimonio infatti non può essere oggetto di esecuzione né da parte dei creditori del disponente né da parte dei creditori del *trustee*.

² Storicamente il *trust* costituisce un'evoluzione dello *use*. Quest'ultimo tutelava la posizione del disponente che cedeva il bene ad un soggetto che lo avrebbe amministrato nell'interesse del cedente, con il *trust* invece si è resa possibile la gestione del bene nell'interesse anche di un soggetto terzo beneficiario.

Infatti alla base dell'istituto vi è il sistema dell'*equity*, frutto dell'azione correttiva del Lord Cancelliere nell'espletamento della sua funzione giurisdizionale. Tale azione va ad integrare la *common law* al fine di colmarne le lacune o di correggerne le applicazioni che, seppur coerenti con la legge stessa, darebbero come risultato quello di produrre decisioni in contrasto con i valori e le sensibilità di un dato contesto temporale³.

Riguardo l'istituto di cui qui ci andremo ad occupare, è rilevante evidenziare come nel caso del *trust* il valore che questo esercizio di "*aequitas* metagiuridica" mira a tutelare sia essenzialmente il rapporto di fiducia che costituisce il substrato di quello che, solo formalmente, costituisce un mero diritto di proprietà: si va così a temperare il rigido diritto di *common law* che non lasciava alcuno spazio per un diritto di proprietà vincolato a particolari finalità.

E' inoltre utile ricordare che i rimedi di *equity* altro non fossero che rimedi processuali e che, solo successivamente, col tempo, essi siano andati a sedimentarsi assumendo la struttura semi-rigida del precedente, avvicinandosi di fatto alle strutture di *Common Law*⁴. E' allora necessario non andare a confondere le forme in cui il *trust* si manifesta, che sono essenzialmente strumentali alle finalità e al contenuto dell'accordo⁵ tra disponente e *trustee*, con ciò verso cui l'attività

³ Trattasi questa di un'*aequitas* di secondo grado, diversa dal concetto di *aequitas* rinvenibile nel diritto romano. Secondo A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, Milano, 2004, p. 14, "occorre differenziare l'equità in senso astratto, da quella ritenuta fondamento del diritto o criterio di interpretazione dello stesso, per cui vi sarebbe un'equità cd. generale accostabile all'*aequitas* romana, intesa come *summa* di esigenze e aspirazioni di giustizia, e un'equità particolare che, coordinata con il diritto, ne costituirebbe un ragionevole correttivo."

⁴ Così ancora A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, cit., p. 15, secondo cui i rimedi potevano spaziare da rimedi di tipo obbligatorio a rimedi con efficacia reale.

⁵ L'accordo, è bene ricordare, non costituisce necessariamente l'elemento direttamente costitutivo degli effetti del *trust*, essendo sufficiente la presenza di un sottostante rapporto su cui il possibile futuro beneficiario faccia affidamento.

Cfr. E. NUZZO, *e luce fu sul regime fiscale del trust*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2002, I, p. 244, nel quale l'Autore fa riferimento, al fine di dimostrare la non essenzialità di un rapporto fiduciario costituente obbligazioni nei confronti del *trustee*, al caso del *constructive trust* come

dell'interprete deve orientare la propria osservazione, ossia sulle stesse obbligazioni che ruotano attorno al rapporto fiduciario⁶, in modo da non pensare di trovarsi dinnanzi a vari tipi contrattuali di *trust*, con conseguenti effetti tipici⁷.

Quest'ultima considerazione è da tenersi a mente in particolar modo per le sue possibili implicazioni pratiche nell'ambito dell'ordinamento tributario, ove si evidenziassero "tipologie" di *trust* non riconducibili alla fattispecie della norma fiscale⁸. A tal proposito, si ribadisce nuovamente la qualificazione del *trust* come strumento flessibile atto a rappresentare, pur sempre nel contesto ordinamentale in cui viene di volta in volta trasposto, un complesso sistema di relazioni giuridiche volte alla protezione di un interesse meritevole.

1.1.2 La Convenzione dell'Aja e l'introduzione del trust nei sistemi di civil law

Il successo del *trust* trova la controprova nella sua circolazione anche fuori dai sistemi in cui la *common law* si è sviluppata. Il diffuso ricorrervi ed il suo caratterizzarsi come istituto idoneo ad essere utilizzato in situazioni caratterizzate

forma di tutela giudiziale frutto della violazione di una precedente obbligazione. La portata pratica di tale concetto viene comunque limitata nella sua portata dalla Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai *trust*. Infatti l'art. 3. della stessa Convenzione indica come il riconoscimento sia possibile solo per *trust* volontari e comprovati per iscritto, lasciandone la facoltà ai singoli Stati ai sensi dell'art.20.

⁶ Fiducia che va distinta in fiducia romanistica e fiducia germanistica. Così F. MARCHETTI, *La crisi della soggettività del trust e la disciplina fiscale della fiducia come possibile soluzione*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2013, IV, p. 387, nel quale l'Autore indica come nel *trust* si ravvisi una crisi giuridica degli effetti della fiducia romanistica e di quella germanistica. Nel primo caso la fiducia si caratterizza per la segregazione del patrimonio nei confronti del fiduciante mentre nel secondo caso l'elemento caratterizzante è la segregazione nei confronti del fiduciario.

⁷ Si dimostra sensibile alla questione P. MATTHEWS, *Il problema di un'eccessiva classificazione della disciplina del trust*, in *Trusts e att. fid.*, IV, 2001, p. 534

⁸ Si veda a titolo esemplificativo F. MARCHETTI, in *La crisi della soggettività del trust e la disciplina fiscale della fiducia come possibile soluzione*, cit., p. 387, nel quale l'Autore, ragionando sul pieno disconoscimento di *trust* che non ricalchino la fattispecie a cui l'art. 73 T.U.I.R. riconosce soggettività, evidenzia come gli elementi di segregazione patrimoniale ravvisabili nel *trust* si possano ritrovare anche nello schema più semplice dell'interposizione reale nei casi in cui il patrimonio continui ad essere sotto titolarità di un determinato soggetto ma risulti al tempo stesso che l'esercizio di tale diritto di proprietà sia oggetto di particolare vincoli obbligatori nella gestione.

da soprannazionalità ha inevitabilmente reso necessario un intervento che ne regolasse l'inserimento nei sistemi di *civil law*⁹.

Tale intervento si è concretizzato nella Convenzione dell'Aja del 1985 relativa al riconoscimento del *trust* ed alla legge ad esso applicabile¹⁰. E' evidente fin dal preambolo quale sia lo scopo della Convenzione¹¹, essendo funzionale alla regolare diffusione dell'istituto e non finalizzata al sorgere di una figura particolare di *trust* che, sulla base dello strumento di *equity*, arrivi a delineare un sorta di *trust* "internazionale", trasponibile negli ordinamenti dei singoli Stati contraenti¹². Gli elementi necessari del *trust* che sono stati ritenuti "meritevoli" di circolazione sono stabiliti all'art. 2. Essi sono individuati nelle seguenti caratteristiche:

- i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*;
- i beni del *trust* sono intestati a nome del *trustee* o di un'altra persona per conto del *trustee*;
- il *trustee* è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge;

⁹ Chiaro segnale della rigidità dei sistemi di *civil law* rispetto alla struttura del *trust* può essere ravvisata nel contrasto tra l'art. 2740 c.c. relativo alla responsabilità illimitata del creditore e la segregazione patrimoniale del *trust fund* che richiederebbe, civilisticamente, espressa deroga rispetto allo stesso art. 2740 c.c.

¹⁰ Chiaramente, la Convenzione ha come scopo quello di regolare eventuali contrasti in ambito civile, lasciando alle convenzioni contro le doppie imposizioni l'onere di operare sugli aspetti prettamente tributari dell'istituto. Così A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, cit. p. 2.

¹¹ La convenzione testualmente afferma che l'obiettivo è "stabilire disposizioni comuni relative alla legge applicabile al *trust* e risolvere i problemi più importanti relativi al suo riconoscimento."

¹² A riprova di quanto sopra affermato, si sottolinea come sia stato il Regno Unito - che evidentemente non aveva fretta di adeguarsi al fine di colmare una lacuna normativa consistente nella mancanza di uno strumento internazionalmente riconosciuto avente le funzioni del *trust* - il primo Paese a ratificare la convenzione in questione.

Si nota subito come il testo della Convenzione non faccia menzione del trasferimento del bene dal disponente al *trustee*. Tale assenza ha fatto sì che parte della dottrina sostenesse che il *trust* così indicato si concretizzasse in una sorta di *trust* “amorfo”, soltanto lontano parente del *trust* anglosassone.

Una tale manifestazione dell’istituto sarebbe stata già potenzialmente riscontrabile in molti degli Stati contraenti, ai quali verrebbe lasciata la libertà di definire secondo i loro istituti la relazione dei soggetti con il fondo¹³. Tale impostazione ha però trovato l’opposizione di molti autori¹⁴, i quali (sia partendo dalla lettura combinata di alcuni articoli della Convenzione stessa¹⁵, sia evidenziando come siffatta interpretazione avrebbe come effetto paradossale quello di “porre regole per il riconoscimento di un istituto già noto in tutti gli Stati contraenti”¹⁶) hanno ribadito come il *trust* cui la convenzione si riferisce sia esclusivamente il *trust* di *common law*

La coerenza può essere ritrovata se si approfondisce la differenza tra il concetto di *ownership* nei sistemi anglosassoni e quella di proprietà nei sistemi di *civil law*. Nel sistema di *common law* è assente un concetto di proprietà intesa come diritto pieno ed assoluto nei confronti di un bene, poiché la piena disponibilità nei confronti della proprietà terriera costituiva appannaggio reale e, dunque, era sottratta ai privati.

¹³ M. LUPOI, *The sapeless trust. Il trust amorfo*, in *Vita notarile*, 1995, p. 51.

¹⁴ Tra cui E. NUZZO, *E luce fu sul regime fiscale del trust*, cit. p. 2.

¹⁵ Nello specifico, l’art. 5 che stabilisce come nella scelta della legge applicabile non si possa far riferimento ad un ordinamento la cui normativa non conosca un *trust* che mostri le caratteristiche dell’art. 2; e l’art. 13, nello stabilire la facoltatività del riconoscimento di un *trust* che abbia i suoi elementi principali collegati ad uno Stato che non riconosca il *trust*, o che non lo riconosca nella tipologia indicata dalla Convenzione.

¹⁶ A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, cit. p.2, p. 155

In tale contesto si è andata a sviluppare una diversa figura giuridica tramite la quale indicare le “pretese” di un soggetto nei confronti di un bene: l’*estate*. Si tratta, in definitiva, della relazione complessiva che un soggetto stabilisce nei confronti di un bene ovvero di più beni, nei confronti dei quali vanterà degli *interests*¹⁷. Quanto premesso permette di delineare in modo migliore la nozione di *ownership*, caratterizzata dall’essere una particolare “relazione dinamica” che coinvolge il *trustee* ed il beneficiario, ed avente gli *estate* come oggetto¹⁸. Al fine di definire una posizione giuridica sì descritta, risulta sufficiente il richiamo dell’art. 2 al “controllo” sul fondo da parte del *trustee* come condizione necessaria all’individuazione di un *trust* idoneo alla circolazione.

Proprio la difficoltà di trasporre il concetto di *ownership* nell’ordinamento interno aveva comportato alcune contrastanti decisioni giurisprudenziali le quali, seppur ammettendo l’esistenza del *trust* già prima della Convenzione, avevano diversamente qualificato la relazione col fondo dei soggetti coinvolti. Nella sentenza del Tribunale di Oristano del 15 marzo 1956 il Collegio giudicante ha affermato come nel caso del *trust* si assistesse ad uno sdoppiamento della proprietà e che sia il *trustee* che il beneficiario andassero considerati proprietari. Al contrario il Tribunale di Casale Monferrato, nella sentenza del 13 aprile 1984, ha stabilito

¹⁷ Con il termine *interest* si fa riferimento ad un interesse giuridico difficilmente inquadrabile *a priori*, potendo richiamare, come affermato da A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, cit p. 2, p. 75, “situazioni del tutto differenti e riconducibili ai diritti, alle pretese, alle legittimazione ecc.”.

¹⁸ A conferma della concezione duale tra *common law* ed *equity*, si parlerà di *legal interest* per quanto riguarda il *trustee* e di *equitable interest* nel caso del beneficiario. La trasposizione del concetto di “proprietà” inglese ha destato i dubbi di molti interpreti del diritto italiano, i quali contestano non che sia ravvisabile nel nostro ordinamento una tal fattispecie di proprietà condivisa. Per una possibile soluzione si legga P. MATTHEWS, *La collocazione del trust nel sistema legale: contratto o proprietà?*, in *Trusts e attività fiduciarie.*, IV, 2004, p. 522, in cui l’Autore indica come tale incompatibilità si manifesti solo se si ritenesse di dover trasporre la proprietà duale anche nel nostro ordinamento. Una più attenta analisi degli istituti chiarirebbe però come di fatto il diritto del beneficiario sia derivato da quello di cui gode il *trustee*, dovendolo dunque ricondurre alla sfera dei rapporti obbligatori, in piena compatibilità con gli ordinamenti di *civil law* e nello specifico, con quello italiano.

come il proprietario dei beni oggetto del *trust* fosse a tutti gli effetti il *trustee*. Dunque, nel nostro ordinamento, per descrivere la posizione di controllo del *trustee* è necessario far riferimento al concetto di proprietà, seppur con i vincoli necessari al raggiungimento dello scopo.

Oltre agli elementi utili a profilare una fattispecie di *trust* avente dignità di riconoscimento ai sensi della Convenzione, quest'ultima stabilisce le linee guida necessaria alla convivenza tra la normativa regolatrice del *trust* e l'ordinamento del Paese "ospitante"¹⁹.

È opportuno iniziare l'analisi innanzitutto sottolineando come la Convenzione sembri garantire la più ampia autonomia al disponente nella scelta della legge applicabile²⁰, garanzia che però potrebbe favorire l'utilizzo di tale istituto in un'ottica di abuso del diritto²¹. Avvertendo la necessità di porre dei limiti alla generale "deregolazione" del *trust*, parte della dottrina ha cercato di individuare un criterio ordinatore dell'autonomia privata in riferimento alla scelta della legge regolatrice, ricostruendo quello che è l'approccio risultante dalle scelte convenzionali già effettuate riguardo ad istituti caratterizzati da possibili profili di sovranazionalità²², come ad esempio il contratto.

¹⁹ Si ricordano gli artt. 5 e 13, ma anche l'art. 15 che, rendendo indisponibile la scelta del giudice competente, riporta eventuali azioni aventi ad oggetto il *trust* (*rectius* riguardanti il fondo in *trust* od eventuali inadempimenti) sotto la competenza stabilita con le normali norme di collegamento. Ovvero l'art. 7, disciplinante il caso in cui non sia fatto menzione della legge applicabile. Si deve inoltre ricordare l'impossibilità di contrasti tra la legge scelta e norme imperative.

²⁰ Esemplare l'art. 6 nel riconoscere la possibilità di strutturare la legge regolatrice del *trust* facendo convivere normative provenienti da diversi ordinamenti, riferendole, secondo convenienza, alle aree del *trust* suscettibili di una regolazione non necessariamente unitaria rispetto al resto della struttura.

²¹ Abuso che, in ogni caso, non potrebbe riguardare i profili tributari del *trust*, atteso che la Convenzione stessa inibisce eventuali avocazioni della potestà impositiva come conseguenza del riconoscimento. Restano salve le diverse disposizioni degli Stati contraenti.

²² Così A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, cit., p. 160. Qui l'Autrice coglie l'analogia tra il *trust* ed il contratto quando questi manifestino profili di internazionalità. Partendo dalla disciplina stabilita dall'art. 1 della Convenzione di Roma ha infatti evidenziato come gli istituti non possano "divenire internazionali per effetto diretto della scelta delle parti".

Si è dunque potuto concludere che non è possibile non ricondurre il carattere di internazionalità alla manifestazione di elementi che siano obiettivi, evitando così meccanismi abusivi²³. Al contrario, come indicato da alcuni Autori nel tentativo di specificare ulteriormente le condizioni a cui vincolare la libertà nella scelta della legge, si dovrebbe richiedere che tali elementi, oltre che obiettivi, debbano anche evidenziare un collegamento funzionale alla causa sottostante alla costituzione del *trust*. L'effetto sarebbe dunque quello di vincolare la regolazione del *trust* alla legge del Paese a cui i suoi elementi principali sono legati.

La questione si complica ulteriormente nel caso in cui gli elementi strutturali del *trust* siano riconducibili ad una legislazione che non riconosce l'istituto nel proprio ordinamento²⁴. In questo caso, lo Stato contraente cui il riconoscimento è richiesto avrà la facoltà di rifiutarlo. In ogni caso il Tribunale di Bologna nella sentenza n. 4545 del 2003 ha stabilito che comunque l'art. 13 non deve essere inteso come un "capriccio", ma che debba servire ad evitare che si faccia un uso fraudolento dell'istituto.

La principale fattispecie che viene interessata da questa norma è quella del *trust* c.d. interno, su cui la dottrina italiana si è largamente interrogata. In conclusione, è stata la giurisprudenza, nell'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia del 14 maggio del 2007, a riconoscere la possibilità della istituzione di un *trust* definibile come "interno". La condizione necessaria è quella che il *trust* vada ad insistere, nella sua

²³ Diversamente si veda A. VICARI, *la scelta della legge regolatrice del trust : una questione di principia beneficiari*, in *Trusts e attività fiduciarie*, IV, 2011, p. 365, secondo cui sarebbe "miope" un'analisi che punti ad un articolato percorso logico che permetta di limitare la libertà nella scelta della legge in modo tale da ovviare preventivamente la possibilità di abuso, essendo possibile ricercare una compatibilità *in principia*, così che l'ordinamento trovi autonomamente, con i propri strumenti giuridici, la via migliore per una corretta trasposizione dell'istituto.

²⁴ Elementi che l'art.13 delinea negativamente, escludendo che possano ritenersi utili alla qualificazione della provenienza del *trust*: 1) la residenza abituale del *trustee*; 2) il luogo di amministrazione del patrimonio; ed ovviamente l'ininfluenza della legge scelta per la regolazione.

“causa concreta”²⁵, su interessi meritevoli di tutela²⁶, e che comunque lo strumento venga utilizzato in via residuale quando altri istituti comportassero una equivalente tutela degli stessi interessi²⁷.

1.2 Le caratteristiche dell’istituto

1.2.1 *Il fondo in trust*

Dal breve *excursus* compiuto nel paragrafo precedente si può dire con sicurezza che uno degli elementi fondamentali del *trust* è la presenza di una *universitas* di beni, strumentali al perseguimento dell’interesse, rinvenibile nel fondo del *trust*. In realtà l’ordinamento nulla dispone riguardo alla disciplina della segregazione patrimoniale e del trasferimento al *trustee*.

Riguardo il primo aspetto si può sottolineare come la segregazione del patrimonio nei confronti del *trustee* è caratteristica fondamentale dell’istituto ai sensi dell’art. 2 e quindi non è da mettere in alcun modo in discussione. Invece la segregazione nei confronti del disponente e dei suoi creditori può avvenire solo se quest’ultimo si spoglia dei beni, facendoli uscire dal suo patrimonio. In tal modo non risponderà ai sensi dell’art. 2740 c.c.²⁸. Tale effetto può essere raggiunto solo trasferendo al

²⁵ Cfr. con paragrafo precedente in cui è stata esposta l’esigenza che l’interprete non tenda a ricondurre il *trust* ad un semplice negozio giuridico con effetti patrimoniali.

²⁶ E’ già presente nel nostro ordinamento la presenza di analoghe protezioni quali ad esempio gli atti di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*

²⁷ Vale la pena ricordare che sta in esame al Senato la proposta di legge riguardo al “contratto di fiducia”. Ovviamente la sua introduzione avrebbe potenziali effetti restrittivi sul *trust* interno. Se infatti da una parte si potrebbe risolvere la questione dell’ammissibilità del *trust* interno, dall’altra ciò comporterebbe limitazioni all’autonomia del disponente sia riguardo alla forma, sia riguardo alla legge applicabile la quale, poiché la scelta di legge straniera richiederebbe ragioni obbiettive, potrebbe essere individuabile solo in quella italiana. Sulla eventuale sostituzione di questa forma contrattuale al *trust* si veda P. LAROMA JEZZI, *La fiscalità del trust aspettando il “trust di diritto italiano”*, in *Riv. Dir. Trib.*, VI, 2012, p. 585.

²⁸ Così E. BARLA DE GUGLIELMI, *Trust: opinioni a confronto*, Milano, 2008, p. 667

trustee la proprietà dei beni. Comunque, sulla base di quanto scritto finora, si tratterà di una proprietà “qualificata”²⁹, sottoposta al vincolo del raggiungimento dello scopo e solo formalmente assimilabile al diritto assoluto conosciuto nel nostro ordinamento. E’ quindi necessario approfondire il tema della fase istitutiva.

Ai sensi dell’art. 2 della Convenzione è necessario che alla base della costituzione del *trust* vi sia un atto scritto. Bisogna ora chiedersi come si espliciti nel nostro ordinamento la necessaria presenza di un atto di costituzione. Secondo la prassi notarile³⁰, per la costituzione del *trust* è necessario distinguere tra atto di costituzione del *trust*, tramite il quale sarà effettuato il controllo della meritevolezza³¹ degli interessi ed dove sarà indicata la legge regolatrice, ed atto “sottoposizione dei beni al *trust*”, che viene ricondotto alla formula dell’atto di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela *ex art 2645-ter c.c.*, considerato come “contenitore di carattere generale che porta al riconoscimento normativo dei negozi di affidamento fiduciario”³². Infatti come è stato fatto notare da alcuni autori, la tutela del fondo in *trust* sarebbe di fatto una combinazione di fiducia germanistica e di fiducia romanistica³³. Essendo la prima caratterizzata dalla segregazione del patrimonio rispetto al fiduciante, mentre la seconda è caratterizzata dalla segregazione rispetto al fiduciario.

²⁹ Così Comm. trib. reg. Napoli sentenza 03 novembre 2014.

³⁰ Si veda M. LUPOI, *Atti del IV Congresso Nazionale dell’Associazione “Il trust in Italia”*, in *I professionisti e il trust*, Milano, 2008, p. 5.

³¹ E’ discussa la stessa nozione di meritevolezza. Parte della dottrina propende per l’utilità sociale dello scopo del *trust*, mentre altra Dottrina, maggioritaria, propende per un più semplice controllo riguardo la sua liceità. Così M BIANCA, *Atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Atti del Convegno su Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.*, Milano, 2006, p. 254.

³² M BIANCA, *Atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Atti del Convegno su Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.*, Milano, 2006, p. 253.

³³ Così *La crisi della soggettività del trust e la disciplina fiscale della fiducia come possibile soluzione*, cit., p. 387

La forma dell'atto pubblico è strumentale alla richiesta di trascrizione dell'atto di destinazione, così da rendere opponibile ai terzi la segregazione che costituisce effetto del *trust*³⁴. La composizione del fondo diviene allora rilevante ai fini della sottoposizione dei beni al *trust*, divenendo necessaria la forma dell'atto pubblico *ad substantiam* nei casi in cui la legge lo dispone per i singoli beni³⁵.

La composizione del fondo non sarà invece rilevante per l'eventuale qualificazione del *trust* come ente commerciale³⁶. Infatti ai sensi dell'art 73 del T.U.I.R. è considerato commerciale il *trust* che eserciti in forma esclusiva o prevalente un'attività commerciale, così come intesa dall'art. 55. L'esclusività o la prevalenza dell'attività vanno rinvenute nell'essenzialità alla realizzazione degli scopi indicati nell'atto costitutivo o nello statuto e solo in via residuale si andrà a verificare l'effettività dell'attività svolta. Nel caso di un *trust* il riferimento all'atto costitutivo allo statuto andrà rivolto all'atto con cui il disponente lo istituisce. Ai sensi del'art. 55 sarà necessario che il *trustee*, nella sua attività di gestione del fondo, eserciti professionalmente ed abitualmente un'attività organizzata in forma d'impresa. Nel caso in cui il disponente affidasse al *trustee* un'azienda sarebbe comunque necessario che quest'ultimo esercitasse l'attività d'impresa.

Il fondo e le sue vicende costituiscono il parametro di riferimento per l'individuazione delle obbligazioni del *trustee* e per la verifica del corretto adempimento delle stesse. Alla base della tutela della posizione del beneficiario non

³⁴ Riguardo alla possibilità di trascrivere il *trust* si vedano i decreti del Tribunale di Pisa del 22 dicembre del 2001, del Tribunale di Verona 8 gennaio 2003, del Tribunale di Parma del 21 ottobre 2003.

³⁵ M. LUPOI, *Atti del IV Congresso Nazionale dell'Associazione "Il trust in Italia"*, cit., p. 282.

³⁶ Qualificazione di assoluta rilevanza in relazione alla nuova disciplina stabilita dalla finanziaria per il 2015 sulla percezione dei dividendi da parte di *trust* non commerciali opachi, la cui esenzione scende dal 95% al 22,26. Al riguardo M. SNICHELOTTO, *La tassazione dei dividendi percepiti dai trusts*, in *Corr. trib.*, VI, 2015, p. 431.

può non esserci una valutazione sia qualitativa, in riferimento all'effettiva attività svolta dal *trustee*, sia quantitativa, volta alla corretta soppesazione del diritto dello stesso beneficiario. Per capire meglio la problematica dei rapporti tra i due soggetti precedentemente citati in relazione al fondo è necessario ricordare come essi siano incardinati nel concetto di *ownership* proveniente dai sistemi di *common law*, il quale, va ricordato, prevede che il beneficiario sia titolare di particolari interessi in riferimento al patrimonio a cui si affianchino le obbligazioni strumentali del *trustee*. E' quindi evidente che lo strumento di misurazione dei diritti in questione e di eventuali pretese non possa essere che il controllo sul patrimonio³⁷.

Il nostro ordinamento non è nuovo a tale controllo³⁸, e ne riconosce, per la sua effettiva tutela, una particolare azione di resa del conto *ex art 263 c.p.c.*³⁹. E' bene evidenziare come tale azione, e più precisamente l'ordinanza che ne consegue, abbia il fine di quantificare un prestazione monetaria dovuta, e non possa essere considerata come azione del beneficiario *tout court*. Con la conseguenza che nel caso in cui non vi sia una pretesa su una percezione monetaria, ma si intenda agire contro la gestione del *trustee*, oppure per rivendicare la proprietà, si dovrà agire con le specifiche azioni del caso. Si tenga conto che in realtà il beneficiario potrebbe non godere di diritti personali, a meno che questi non siano l'oggetto del beneficio. La situazione potrebbe essere arricchita dalla presenza di particolari poteri del disponente o dalla presenza di un *guardian* deputato al controllo sull'operato del

³⁷ Secondo particolare giurisprudenza inglese del *Privy Council* in realtà il legame proprietario si estende anche ai documenti contabili, cui si aggiungerebbe al diritto di rendiconto, seppure quest'ultimo abbia natura obbligatoria, nel novero dei diritti d'informazione del beneficiario. Così G. LEPORE, *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, Torino, 2010, p. 359.

³⁸ Si ricordi ad esempio l'obbligo di rendiconto del mandatario.

³⁹ Oltretutto la necessità di un controllo da parte del *trustee* è prevista come elemento fondamentale per il riconoscimento del *trust* dall'art 2 lett. c della Convenzione.

trustee. Tale più estesa articolazione della fattispecie, su cui comunque non ci dilungheremo ulteriormente, comunque non pregiudica in nessun caso il diritto del beneficiario ad essere pienamente informato⁴⁰.

La presenza di un patrimonio dei cui frutti della gestione godrà un soggetto determinato e il potere, riconosciuto allo stesso soggetto, di controllare sulle vicende patrimoniali non deve fuorviare facendo credere di trovarsi innanzi ad un'analogia tra patrimonio del *trust* e capitale sociale di una società. Infatti in questo caso il diritto del beneficiario, diversamente da quello del socio, non interessa uno "schermo giuridico" che si interpone tra il soggetto ed il bene, ma insiste direttamente sul bene stesso⁴¹. Tale legame diretto col patrimonio del *trust* si riverbera nel diritto del beneficiario all'informazione, che è sempre attuale e non scandito periodicamente⁴².

1.2.2 I soggetti coinvolti nel trust

Nell'analisi sin qui svolta è emersa la ricorrenza di figure soggettive non pienamente conosciute nel sistema di *civil law*. Seguendo la costituzione ed evoluzione del *trust* stesso proveremo a rappresentare l'istituto dal punto di vista dei principali soggetti che vengono coinvolti nel *trust*.

Iniziando l'analisi dalla costituzione del *trust* vediamo, come già indicato, che questa si esplica nel trasferimento della titolarità dal disponente ad un nuovo titolare con particolari e determinati compiti di gestione. Il disponente (c.d. *settlor* nei

⁴⁰ Così G. LEPORE, *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, cit., p. 365.

⁴¹ Si veda I. VALAS, , *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, cit., p. 524, in cui l'Autore riconosce in capo al *trustee* azioni di tipo proprietario.

⁴² Infatti il *trustee* deve essere sempre pronto a rendicontare, in proposito si veda G. LEPORE, *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, cit., p. 370.

sistemi anglosassoni) non solo trasferisce i suoi beni ad altro soggetto ma è da considerarsi come il “creatore” del *trust*, andando di fatto a determinare non solo lo scopo della gestione, ma potendo indirizzare il potere del *trustee*. L’articolata fisionomia che può assumere l’istituto rende difficilmente individuabile lo *status* del disponente. Per prassi, si ritiene che il *settlor*, una volta trasferito il bene ed individuato la modalità di raggiungimento del fine prefissato, debba “uscire fuori dal quadro”⁴³. Tale possibilità rappresenta però solo il caso in cui la disposizione della proprietà sia effettiva, essendo possibile il caso patologico in cui il *settlor* mantenga particolari poteri di diversa estensione, tali da condizionare, o addirittura compromettere, l’evoluzione del singolo *trust*, sia per quando riguarda la disciplina civilistica sia per quanto interessa le norme fiscali⁴⁴.

Ai fini degli effetti in ambito civile l’intensità delle facoltà conservate dal disponente potrebbe comportare la perdita dell’effetto di segregazione patrimoniale tipico del *trust*.

Avendo invece riguardo degli effetti fiscali la gamma di possibili conseguenze prodotte dall’eccessiva ingerenza del *settlor*, spazia da possibili profili di elusione fiscale, passando per l’interposizione reale ed essendo possibile, nel caso in cui il l’influenza del *trustee* sia determinante e non risulti dall’atto istitutivo, ravvisare un’ipotesi di simulazione⁴⁵.

⁴³ Così scrive A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, cit, p. 32.

⁴⁴ Recentemente la Corte di Cassazione, con ord. n. 3886 del 2015, è intervenuta, peraltro incidentalmente, sull’eventualità in cui i poteri conservati dal disponente raggiungano la massima estensione, concretizzandosi in una sovrapposizione dichiarata tra la figura del *settlor* e quella del *trustee*. La Corte ha disposto in questo ultimo caso per l’inesistenza del *trust* autodichiarato.

⁴⁵ Il profilo fiscale del “controllo” sul *trustee* sarà ripreso nel paragrafo successivo, quando parleremo della soggettività del *trust*.

Come si è potuto leggere, l'atto istitutivo non soltanto trasferisce la titolarità dei beni al *trustee*, ma è anche produttivo dei poteri in capo a quest'ultimo. Poteri che possono considerarsi esogenamente comprimibili dalla volontà del soggetto disponente, o dalla legge, ed endogenamente limitati dalla necessaria posizione giuridica del beneficiario volta alla tutela delle utilità a lui destinate.

Proprio per l'assoluta eterogeneità dei concreti poteri del *trustee* in quanto originati dal disponente⁴⁶, e per la necessaria chiarezza e determinabilità degli stessi al fine di dare stabilità ad un istituto comunque caratterizzato dalla limitata responsabilità patrimoniale del soggetto gestore, nell'ordinamento inglese è stato introdotto il *Trustee Act 2000*⁴⁷, le cui principali disposizioni sono quelle riguardanti la diligenza del *trustee* e quelle riguardo ai poteri di investimento. Partendo dal c.d. *duty of care* è bene ricordare come questo già fosse previsto nelle pronunce giurisprudenziali e come fosse individuato in criterio oggettivo di diligenza riferibile ad un uomo d'affari che agisca nel proprio interesse. Il criterio di diligenza indicato nel *Trustee Act 2000* è piuttosto improntato sulla professionalità del *trustee*, emergendo così una preferenza per il profilo soggettivo della diligenza⁴⁸. Più precisamente è previsto che il *Trustee* impieghi la "diligenza e l'abilità richieste nelle particolari

⁴⁶ Che può assumere varie gradazioni, dal mero potere custodiale ad un più ampio e discrezionale potere di scelta dei soggetti beneficiari. A proposito si veda A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, cit., p. 36

⁴⁷ Si ricorda come tale esempio di *statute law* non si oggetta di diretta applicazione nell'ordinamento italiano.

⁴⁸ Si confronti con P. MATTHEWS, *Il Trustee Act 2000*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 1, da cui viene evidenziato il particolare nuovo rapporto tra i due modi di intendere il *duty of care*. Nello specifico il criterio giurisprudenziale continuerà ad essere criterio di valutazione per tutte gli atti che non sono interessati dalla disposizione legislativa. Ad essere interessati dalla stessa disposizione sono di fatto tutti gli atti suscettibili di produrre variazioni nella composizione o nell'ammontare del patrimonio in *trust*, come si può desumere dall'elenco indicato dalla legge.

Riportando la norma testualmente, essa sottopone al nuovo criterio le seguenti attività:

- nell'esercizio di un potere di investimento o di modifica delle strategie d'investimento;
- nell'acquisizione o gestione di beni immobili;
- nella nomina di mandatari o custodi e nella delega a costoro di poteri propri;
- nelle transazioni;

circostanze in cui esso si trovi ad operare, avendo particolare riguardo alla categoria professionale di appartenenza”⁴⁹. Riferendosi invece ai poteri di investimento l’art. 4 della citata normativa dispone per una generale libertà di scelte d’investimento con l’unica limitazione di eventuali pareri nel caso in cui il gestore non sia fornito delle necessarie conoscenze professionali⁵⁰. La disciplina del *Trustee act* non è ovviamente di diretta applicazione in Italia, salvo il caso in cui venga scelta come legge regolatrice del *trust*. In ogni caso pure la Giurisprudenza italiana si è espressa sulla diligenza che il *trustee* dovrebbe tenere. In particolare, nella sentenza n. 16022 del 2008, la Cassazione si è pronunciata affermando che revoca del *trustee* per aver male amministrato “può concretarsi non solo per effetto di specifiche violazioni di legge ma anche quando l’assolvimento della funzione non sia improntato alla diligenza richiesta dalla natura fiduciaria dell’incarico così da riuscire lesivo degli interessi che l’istituto mira a proteggere”

Quindi, non potendo in ogni caso il disponente eccedere nella sua ingerenza, è il perseguimento del fine che può costituire un parametro regolare nel modo migliore i poteri del *trustee*. Più che la presenza vera e propria di beneficiari, i quali possono mancare nel caso di un *charitable trust*⁵¹, l’argine alla gestione del *trustee* consiste nel riconoscimento del *Beneficiary principle*. Tale principio, introdotto nel caso *Morice v Bishop of Durham*, consiste nella necessaria presenza di uno scopo del *trust*, in quanto se non fosse individuabile la finalità della costituzione, la quale

⁴⁹ Così A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, cit, p. 38. L’autrice ricorda anche come la maggior qualità della gestione sia controbilanciata dalla previsione legale della onerosità della stessa.

⁵⁰ Cfr. P. MATTHEWS, *Il Trustee Act 2000*, in *Trusts e attività fiduciarie*, cit., p. 2.

⁵¹ Questo tipo di *trust* si ha quando il *settlor* disponga per la gestione dei beni oggetto del fondo in favore del perseguimento di particolari fini sociali. Nel caso *Southwood and another v. Attorney General* la Corte ha affermato che i fini sociali in questione non debbano comunque avere secondi fini di propaganda politica.

indirettamente rende possibile individuare i soggetti titolari di pretese nei confronti della gestione del fondo, il *trustee* non avrebbe alcun vincolo, venendo meno la funzione economico-sociale che sta alla base dell'istituto.

Il *Beneficiary principle* è stato ulteriormente specificato nella decisione riguardante il caso *Leahy v Attorney General for New South Wales*, nella quale si stabilisce che la finalità del *trust* non può che consistere che nel beneficio nei confronti di una o più persone. Come si è già scritto, non è comunque necessario che vi siano dei beneficiari indicati nell'atto costitutivo, potendosi ricondurre questa forma di tutela anche ai soggetti che siano solamente interessati, come nel caso del *charitable trust*, in cui si ravviserebbe una situazione riconducibile a quella dell'interesse diffuso⁵². La possibilità di individuare vincoli al diritto di proprietà del *trustee*, derivanti dalla funzione sociale dell'istituto, lascia propendere per la qualificazione della figura del beneficiario come elemento non strutturale del *trust*⁵³.

Dunque, anche non considerando il beneficiario come soggetto necessario, non si può negare che quest'ultimo costituisca la principale espressione del *beneficiary principle*, con effetti particolari nella tutela di gode. In particolare si ritiene che il beneficiario possa esperire l'azione revocatoria *ex art. 2901 c.c.*⁵⁴, in quanto titolare di un diritto di credito, ancorchè non liquido. Altra tesi prevede la possibilità di esperire l'azione di annullamento *ex 1394 c.c.* per conflitto di interessi del *trustee* rispetto al suo "dovere" nei confronti del beneficiario⁵⁵.

⁵² Diverso dal *charitable trust* è il caso in cui il *trustee* abbia ampi poteri di scelta dei beneficiari (c.d. *discretionary trust*). Infatti, come scrive A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, cit., p. 27, in questo caso i beneficiari ci sarebbero, anche se solo potenziali ed individuabili in una particolare categoria di soggetti.

⁵³ Così M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 301.

⁵⁴ F. DI CIOMMO, *Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario* (nota a Cass, 22 gennaio 1999, n. 591), in *Foro it.*, 1999, I, p. 1470

⁵⁵ Così M. LUPOI, *Trusts* cit., p. 611

Ovviamente, così come si è scritto riferendosi ai poteri del *trustee*, la poliedricità dell'istituto si manifesta anche nell'individuazione degli effettivi interessi di cui è titolare il beneficiario⁵⁶, rilevando in particolare l'oggetto e l'intensità delle sue pretese. La presenza di particolari interessi del beneficiario ha una precisa influenza in ambito fiscale, potendo infatti il beneficio consistere nella percezione di un certo ammontare di ricchezza, sia essa individuabile nel fondo oppure, e non necessariamente in via alternativa, in reddito.

1.3 I profili fiscali del *trust*

Avendo provato a dare una descrizione dell'istituto che ne riuscisse ad evidenziare le caratteristiche oggetto di peculiarità, si deve adesso analizzare come tali caratteristiche possano essere qualificate ai fini fiscali. Dal punto di vista del diritto tributario le criticità del *trust* sono dovute alla sua particolare struttura patrimoniale, trattandosi di un fondo autonomo la cui titolarità è riconosciuta in capo ad un soggetto il quale però non ne è solitamente destinatario dei frutti. La segregazione del patrimonio in *trust* ai fini civilistici ovviamente si riverbera anche nell'impossibilità di attribuire le vicende del fondo esclusivamente in capo al *trustee*, rendendo necessario approfondire quale sia il soggetto che andrà di volta in volta riconosciuto come possessore della capacità contributiva. Inoltre lo “schermo

⁵⁶ Secondo una classificazione della Dottrina inglese riportata da A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, cit, p. 45, l'interesse dei beneficiari può essere:

- *a mere spes*;
- *vested*;
- *contingent*;
- *n Possession*;
- *in reversion*;

Nel caso della mera speranza ci si trova di fronte alla piena discrezionalità del *trustee*, in cui il beneficiario appunto, spera. Nel secondo caso si evidenzia come il beneficiario stesso debba preventivamente soddisfare una qualche condizione. La terza posizione sarà quella in cui il soggetto è indicato ma si potrà avere particolari situazione in lo stesso godrà, o del possesso, e qui si sarebbe davanti al quarto interesse, oppure di un diritto dei beni *in reversion*, cioè postergato.

soggettivo” eventualmente costituito dal *trust* in quanto, almeno formalmente, centro di imputazione delle vicende del fondo ne mette in luce i potenziali usi distorsivi in ordine al riconoscimento dell’effettiva titolarità dei beni e dei frutti da loro prodotti.

E’ fondamentale, al fine di garantire uno sviluppo scevro di pregiudizi dell’istituto nel nostro ordinamento, sottolineare come l’eventuale scissione tra titolarità dei beni e il godimento dei frutti è assolutamente prevista, accettata e disciplinata dal nostro sistema fiscale. La particolare disciplina della trasparenza fiscale ha proprio lo scopo di disciplinare eventuali discrasie tra titolarità dei beni e percezione dei redditi, senza al contempo riconoscere nella struttura giuridica un comportamento indebito del contribuente⁵⁷. Come è stato fatto notare da autorevole dottrina la soggettività tributaria non può prescindere dal riconoscimento della soggettività giuridica dell’ente indicato come trasparente⁵⁸. Si assisterebbe così ad una deroga al presupposto dell’imposizione incentrata sul possesso dei redditi, dando maggiore rilevanza all’effettiva manifestazione della capacità contributiva⁵⁹. Tale interpretazione è posta in netto contrasto rispetto alle situazioni in cui invece si agisca attraverso l’inopponibilità o la dichiarazione di inesistenza della struttura giuridica, come nei casi di elusione ovvero di simulazione⁶⁰. Questo chiarimento permette di avere un più chiaro quadro generale, che andrà tenuto a mente quando analizzeremo nel concreto gli approcci tenuti dall’Amministrazione finanziaria nell’attribuzione dei redditi prodotti dal *trust*.

⁵⁷ A tal riguardo si ricorda il regime della trasparenza dei redditi delle società prevista dell’art. 115 del Tuir.

⁵⁸ Così T. TASSANI, alla voce *Trasparenza*, in *Enciclopedia giuridica online Treccani*.

⁵⁹ Così A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, in *Riv. not.*, 1988, I, 553 ss.

⁶⁰ Così T. TASSANI, alla voce *Trasparenza*, in *Enciclopedia giuridica online Treccani*.

I potenziali abusi celati dietro la struttura del *trust* assumono maggiore consistenza se consideriamo nel ragionamento anche l'aspetto della possibile transnazionalità dei fenomeni impositivi. Infatti la possibile compresenza di più soggetti passivi nella fattispecie complessa che origina l'obbligazione tributaria potrebbe comportare concrete difficoltà pratiche nel ricostruire un criterio di collegamento del reddito allo Stato impositore.

1.3.1 In tema di soggettività passiva del trust

Giova innanzitutto ricordare come la questione dell'attribuibilità al *trust* della soggettività passiva ai fini delle imposte sia stata risolta dal legislatore con la novella all'art. 73 del Tuir, introdotta dall'art. 1, commi 74 ss., della legge 27 dicembre 2006 n. 296, che ha definitivamente riconosciuto il *trust* come soggetto passivo ai fini dell'imposta sul reddito delle società. Resta comunque opportuno analizzare il percorso, compiuto da giurisprudenza e dottrina, che è stato riproposto dall'attuale normativa, in quanto ripercorrerlo ci permette di sottolineare la particolare struttura, funzionale a questo lavoro, del rapporto tra i soggetti del *trust* ed il fondo.

La nozione di soggettività tributaria è strettamente legata all'essere considerato come possibile destinatario effetti giuridici rilevanti ai fini fiscali. Nonostante la questione sia ancora oggetto di discussioni in dottrina, si deve ritenere che la soggettività tributaria non consista in una categoria slegata dai profili prettamente civilistici. Infatti, soprattutto in epoca meno recente, si è ritenuto che la capacità contributiva *ex art. 53* della Costituzione potesse andare a definire la soggettività tributaria come una fattispecie diversa e più ampia rispetto a quella di diritto comune. In realtà col tempo è prevalso il punto di vista che qualifica la capacità

contributiva come misura di distribuzione del carico fiscale⁶¹. Di conseguenza la soggettività tributaria non può che avere come preconditione la capacità giuridica, così da poter essere soggetti nei cui confronti sorge l'obbligazione contributiva. E' quindi essenziale che un soggetto venga qualificato come tale dalla legge generale, essendo necessario che in quest'ultima vi sia un riferimento che lo qualifichi come "centro di riferimento di interessi qualificati e delle fattispecie che li incorporano, e come centro terminale d'imputazione delle situazioni giuridiche connesse"⁶². Si potrebbe affermare che il fenomeno della soggettività sia comprensivo di un "elemento materiale", costituito dall'attribuibilità di effetti giuridici, ed un "elemento formale", costituito dalla qualificazione come soggetto ai fini della singola imposta ⁶³. Ovviamente il riconoscimento formale è necessario ai fini del rispetto del principio di legalità, essendo in realtà sempre possibile che un soggetto ponga in essere il presupposto rilevante ai fini impositivi.

Essendo il *trust* oggetto di specifico riconoscimento convenzionale è opportuno andare a ricercare la qualificabilità dell'istituto come soggetto proprio nel contesto convenzionale. Come risulta dal modello delineato dall'art. 2 della Convenzione dell'Aja, il *trust* ha nella segregazione patrimoniale la propria caratteristica fondamentale, permettendo così di considerare l'istituto in questione come autonomo centro d'imputazione, in quanto destinatario degli effetti giuridici delle

⁶¹ A. GIOVANNINI., *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996, 21 ss.

⁶² Si legga a riguardo A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 70.

⁶³ A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 32.

gestione del *trustee*⁶⁴. Sarebbe così soddisfatta la prima condizione (l'elemento materiale) necessaria ai fini del riconoscimento della soggettività tributaria.

Un primo riconoscimento, seppur non applicabile nel diritto interno, della soggettività tributaria del *trust* lo si potrebbe ricercare ancora una volta nella disciplina convenzionale. Analizzando il modello Ocse di convenzione contro la doppia imposizione si è infatti ritenuto che il *trust* potesse ricondotto nel novero dei *body of persons*, in quanto, come abbiamo già visto l'art. 2 della Convenzione dell'Aja lo rappresenta come centro autonomo d'imputazione⁶⁵.

In realtà lo stesso modello Ocse al par. 1b dell'art. 3 fa chiaramente riferimento alle *company*, definendole come qualsivoglia formazione sociale trattata come soggetto passivo ai fini fiscali nell'ordinamento interno dello Stato di residenza⁶⁶.

Quest'ultima norma apre la questione se sia dunque possibile un'interpretazione estensiva del termine *body of persons*⁶⁷, che vada a ricomprendere anche il *trust*, essendo altrimenti impossibile riconoscere nel modello convenzionale Ocse l'origine della soggettività del *trust*, dato che presupporrebbe la soggettività fiscale nell'ordinamento interno dello stato di residenza⁶⁸.

⁶⁴ E. NUZZO, *E luce fu sul regime fiscale del trust*, cit., p. 247, in cui ci si sofferma maggiormente sul dimostrare la necessaria autonomia giuridica del patrimonio segregato, in quanto non potrebbe essere riconducibile a nessuno dei soggetti coinvolti.

⁶⁵ Infatti ai sensi dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sui trattati è necessario che si tenga conto, ai fini dell'interpretazione, del contesto in cui un trattato è ratificato. Così ai fini dell'interpretazione delle convenzioni contro la doppia imposizioni non si potrà non tener conto di come il *trust* è individuato nel contesto internazionale.

⁶⁶ Ed è proprio alle *company* che il Commentario Ocse fa riferimento nel voler sottolineare il carattere eclettico del termine "*persons*"

⁶⁷ Infatti A. PAROLINI, *Il requisito soggettivo delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni con specifico riferimento al trust*, in *Riv. Dir. Trib.*, IV, 2013, p. 34, nel commentare la sentenza della Comm. Trib. Prov. di Pescara, la quale aveva escluso che il *trust* potesse essere ricompresa nel concetto di *person*, fa esplicito riferimento alla norma dell'art. 3 par. 1b. del commentario Ocse

⁶⁸ Si pronuncia a favore dell'inserimento del *trust* come *body of persons* A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, cit., p. 176.

In realtà già nella Convenzione contro la doppia imposizione conclusa con la Gran Bretagna nel 1990 c'è un primo implicito riconoscimento del *trust* come *body of persons*. All'art. 22 si fa riferimento alle “associazioni commerciali (*trust*)”, affermando come i redditi prodotti da quest'ultimi vadano tassati nello Stato di produzione. A parte la poca chiarezza relativa all'analogia tra *trust* e associazioni commerciali, è ovvio che ipotizzare la tassazione nello Stato dei redditi prodotti dal *trust* dovrebbe avere come conseguenza quella di considerarlo come soggetto passivo d'imposta⁶⁹. Successivamente il *trust* è stato annoverato tra i possibili *body of persons* nella Convenzione contro la doppia imposizione tra Italia e Stati Uniti del 1999. In questo modo si è nuovamente confermato come il *trust* sia strutturalmente idoneo ad essere considerato come soggetto passivo dell'imposta. Ovviamente le convenzioni rientrano nel campo dell'ordinamento internazionale, mentre per ritrovare l'attribuzione della soggettività al *trust* ai fini delle imposte domestiche dovremmo necessariamente ricostruire tale riconoscimento partendo dai principi generali del diritto tributario, tenendo però a mente come nella disciplina convenzionale si sia implicitamente già ammesso come il *trust* sia in ogni caso idoneo al possesso dei redditi⁷⁰.

Sensibile alla questione, parte della dottrina ha approfondito la questione, ed ha osservato come, innanzitutto, data la poliedricità dell'istituto, fosse impossibile escluderlo *a priori* dall'assoggettabilità alle imposte, e che, allo stesso modo, si potessero ravvisare manifestazioni del *trust* in cui il potere del *trustee* non possa ritenersi concorrente all'organizzazione del *trust*.

⁶⁹ E. NUZZO, *E luce fu sul regime fiscale del trust*, cit., p. 247

⁷⁰ *Convenzione Italia-Gran Bretagna del 1990*.

Per quanto riguarda l'esclusione del *trust* dal novero dei soggetti passivi d'imposta si è già detto come quest'ultima non si possa basare su un approccio aprioristico. Al contrario, risulta come i tentativi di escluderlo dalla soggettività non vadano di pari passo con una chiara qualificazione reddituale del fenomeno.

Ai sensi dell'art.1 del Tuir il presupposto impositivo si fonda sul possesso dei redditi. Volendo richiamare le interpretazioni più frequenti si può dire che in dottrina si siano sviluppate tre nozioni di "possesso di reddito". Secondo una prima interpretazione si è ritenuto che con il termine "possesso" si dovesse far riferimento alla relazione giuridica che il soggetto intrattiene col bene. Questa visione, che poggia sul concetto di possesso del Diritto civile è ritenuta non applicabile in quanto il reddito non sarebbe suscettibile di essere considerato come una *res* in senso proprio⁷¹. Una seconda impostazione, tenendo conto della particolare natura che può assumere il reddito, qualifica il possessore di reddito come colui che, a seguito, di un effettivo incremento patrimoniale, abbia la disponibilità finanziaria per il pagamento del tributo. Si dà così maggiore rilievo alla materialità del possesso.⁷²

E' però la terza impostazione, la quale fa leva sulla titolarità della fonte del reddito, che è risultata preferibile per la maggior parte degli studiosi della materia. Secondo questa prospettiva il possesso del reddito trova la propria origine nella titolarità della sua fonte, così che sarà considerato possessore colui che possa, in virtù della titolarità della fonte, "incidere positivamente sulle caratteristiche del reddito stesso, contribuendo alla sua esistenza materiale o giuridica". Nella fattispecie del *trust* è

⁷¹ Così G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2013, p. 453

⁷² Così F. RASI, "Logica reddituale" ed ambito di applicazione soggettivo della disciplina sul cd. "monitoraggio fiscale": alcune considerazioni, cit., p. 68

quest'ultimo che, in quanto unico centro di riferibilità delle vicende del patrimonio, può essere considerato come titolare de beni produttivi di redditi.

Un'altra teoria in tema di soggettività passiva nella fattispecie del *trust*⁷³, probabilmente meno persuasiva, si concentra maggiormente sulla figura del *trustee*, facendo leva sulla titolarità riconosciutagli sul fondo, da cui deriverebbe la qualificazione di proprietario ai fini delle imposte. In quanto proprietario sarebbe quest'ultimo il soggetto a cui sarebbero da imputare i frutti del fondo, anche nel caso, praticamente inevitabile, in cui le utilità andassero successivamente trasferite ad un soggetto beneficiario, essendo irrilevante l'*animus* con cui il soggetto entra in possesso del reddito in questione. Vale comunque la pena sottolineare come questa posizione dottrinale abbia come presupposto, una qualificazione proprietaria del rapporto tra *trustee* e fondo non perfettamente coerente col concetto anglosassone di *ownership*.

Altra interpretazione è quella che riferirebbe il possesso dei redditi direttamente in capo ai beneficiari. Innanzi tutto si deve ricordare come l'essere beneficiario non comporti necessariamente la titolarità del reddito o del fondo, potendosi qualificare la posizione soggettiva anche solo in una mera aspettativa.⁷⁴ Se ne deve concludere che il beneficiario non possa essere considerato come titolare della fonte produttiva e quindi non possa essere considerato come soggetto passivo dell'istituto. Anzi, nel caso in cui la fonte fosse sotto il controllo dello stesso beneficiario si potrebbe ravvisare, come vedremo successivamente, un'ipotesi abusiva dell'uso del *trust*.

⁷³ citata S. REALI, *Soggettività del trust e imposte dirette: profili ricostruttivi*, cit., p. 229.

⁷⁴ Così A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, cit., p. 238.

Si arriverebbe alle stesse conclusioni avendo come parametro di riferimento quello della capacità contributiva, di cui il presupposto dovrebbe essere la manifestazione. Infatti l'attualità di quest'ultima in riferimento al reddito può manifestarsi con certezza solo nei confronti dello stesso *trust*. Invece, Non sarà mai ravvisabile nei confronti del *trustee*⁷⁵, in quanto quest'ultimo agisce nell'interesse altrui. Allo stesso tempo i beneficiari potrebbero manifestarla solo nel caso in cui vi sia un diritto assoluto ed attuale alla consegna dei redditi prodotti.

La riferibilità dei redditi al *trust* costruita sull'inidoneità degli altri soggetti non sarebbe comunque stata sufficiente ad affermare con certezza la sua soggettività tributaria. Come già è stato detto, perché un'entità giuridica come il *trust* possa essere annoverata tra i soggetti passivi di imposta è necessario, in ossequio al principio di legalità, che tale riconoscimento sia ad essa attribuito da una norma fiscale che ne individui l'assoggettabilità ad imposta. Effettivamente, anche prima della riforma del 2006 era possibile ricondurre il *trust* ad un riferimento soggettivo che, non potendo sicuramente essere ricercato nelle persone fisiche, andava ricercato nell'imposta sulle persone giuridiche. Tra i soggetti del vecchio art. 87 del Tuir si faceva riferimento ad "altre organizzazioni di beni non appartenenti ad altri soggetti passivi nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si manifesti in modo unitario ed autonomo"⁷⁶. L'autonomia nei confronti dei terzi è sicuramente da ritenere presente nel caso del *trust*, mentre dubbi sorgono se tentiamo di ritrovare la fattispecie organizzativa nel fondo in *trust*, a causa della particolare origine dei

⁷⁵ Così G. PUOTI, *La tassazione del reddito del trust*, in *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, p. 325.

⁷⁶ Il presupposto, consistente nel possesso dei redditi, sarebbe ad avviso di chi scrive da riconoscere proprio in capo al *trust*, in quanto è agli scopi di quest'ultimo che fa capo il vincolo di segregazione. Il *trustee* andrebbe quindi considerato alla stregua di un detentore.

poteri del *trustee*. Infatti, per poter essere qualificato come “organizzazione di beni” il patrimonio necessiterebbe di un certo livello di autonomia decisionale, da cui deriva la necessaria assenza di una evidente forma di eterodirezione⁷⁷.

Così come sembra doversi condividere il punto di vista per cui si riconosce il patrimonio come centro autonomo di imputazione, allo stesso tempo sembra difficile negare l’alterità della gestione. Infatti analizzando il *trust* sia dalla sua fase istitutiva, risulta evidente come sia l’atto del disponente che, generalmente, attribuisce al *trustee* il potere gestorio del fondo. Non si può quindi affermare che il *trustee* agisca alla stregua di un mandatario del fondo o comunque di chi ne abbia un controllo. Si deve quindi concludere come la gestione del *trustee* non sia assolutamente da considerare analoga alla gestione di un organo che rappresenti la volontà del patrimonio⁷⁸.

Però il *trust* non è un mero fenomeno obbligatorio, bensì un fenomeno organizzativo di beni, attività ed interessi. Dunque non si deve infatti incorrere nell’errore di dare assoluta prevalenza all’elemento patrimoniale, non tenendo conto dei rapporti obbligatori collaterali che, se in grado di indirizzare fortemente

⁷⁷ Il riferimento all’organizzazione è necessario ai fini della qualificazione del *trust* come soggetto passivo per l’imposizione dei risultati della gestione. Non sembra invece necessaria l’organizzazione nel caso della percezione di redditi di capitale. Infatti nella risposta ad interpello del 26 novembre 2003, l’Agenzia delle Entrate ha stabilito, prendendo in considerazione soltanto l’aspetto del vincolo dei risultati della gestione in ossequio alla segregazione patrimoniale, che la percezione dei dividendi non dovesse essere riconosciuta nei confronti del *trustee*, ma bensì del *trust*.

⁷⁸ Di tale avviso S. REALI, *Soggettività del trust e imposte dirette: profili ricostruttivi*, cit., p. 229. Sempre riguardo all’organizzazione si legga S. MARCHESE, *Trust e imposizione sul reddito: alcune riflessioni*, in *Trusts e attività fiduciarie*, I, 2001, p. 8, il quale analizza il concetto di organizzazione separandolo in organizzazione soggettiva ed oggettiva, la prima riguardante l’aspetto della formazione della volontà alla base della gestione, la seconda richiede la necessità che i beni siano organizzati per il raggiungimento di un fine. Viene da chiedersi se la segregazione dei beni stessi al fine del soddisfacimento di un interesse meritevole possa di per se costituire un’organizzazione autonoma.

la gestione dell'attività, possono di per se costituire un forma di organizzazione, autonoma dal *trustee*⁷⁹, "identificabile in una organizzazione della gestione".

Più precisamente si potrebbe sottolineare come la necessità che la gestione sia indirizzata verso un specifico fine, che costituisce elemento necessario per considerare segregato il patrimonio, permetta di fatto di ritenere che i poteri del *trustee* risultino sostanzialmente legati al *trust*, essendo a questo funzionali.

Come abbiamo anticipato all'inizio del paragrafo, dal 2007 è in vigore la nuova norma che prevede il *trust* tra i soggetti IRES, ponendo fine, di fatto, alla discussione in ordine alla possibilità di configurare i beni del *trust* come organizzazione e dunque, come tale, soggetto passivo ai fini delle imposte. Nell'analizzare la norma bisogna immediatamente tener conto che la disciplina, in realtà, distingue tra *trust* "opachi" e "trasparenti"⁸⁰, prevedendo che i redditi percepiti dal *trust* siano imputati, appunto per trasparenza, ai soggetti beneficiari, quando questi siano individuati.

Questa attribuzione di soggettività al *trust*-organizzazione non esaurisce la rilevanza fiscale dell'istituto. La poliedricità dei rapporti tra i soggetti coinvolti nell'istituto non ne può inficiare la rilevanza ai fini tributari, potendosi in ogni caso ravvisare un *trust* a condizione che alle spalle vi sia un centro autonomo di imputazione. Neanche il riconoscimento dell'effettiva capacità contributiva in capo ai beneficiari potrebbe essere un argine di contenimento delle soggettività dell'istituto⁸¹, in quanto semplice mezzo per la corretta distribuzione del carico

⁷⁹ S. MARCHESE, *Trust e imposizione sul reddito: alcune riflessioni*, cit., p. 9.

⁸⁰ La nomenclatura è comunque frutto dell'attività degli interpreti, limitandosi la norma ad indicare la disciplina che contraddistingue le due figure.

⁸¹ Così F. MARCHETTI, *La crisi della soggettività del trust e la disciplina fiscale della fiducia come possibile soluzione*, cit., p. 383.

tributario. Le discussioni in ordine alla natura di tale disposizione saranno approfondite nel proseguo del lavoro, ne paragrafo riguardante i beneficiari individuati.

1.3.2 Il trust interposto

L’Agenzia delle Entrate, nella circolare 27 dicembre 2010, 61/E, ha espresso una visione dell’istituto la quale tiene particolarmente di conto il rischio che il *trust* diventi un semplice schermo giuridico dell’attività di altri soggetti. Nella circolare L’Agenzia prende in esame i *trust* in cui emergono strutture nelle quali il potere del *trustee* risulti di fatto sterilizzato, da statuizione dell’atto istitutivo o da elementi di fatto, non in ossequio alla strumentalità del *trust* per un fine, ma da poteri effettivi riconosciuti ad altri soggetti coinvolti nella fattispecie. La circolare qualifica come soggetti fittiziamente interposti i *trust* “nelle ipotesi in cui le attività facenti parte del patrimonio del *trust* continuano ad essere a disposizione del *settlor*, oppure nella disponibilità dei beneficiari”⁸².

Secondo L’Agenzia, a titolo esemplificativo, 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;

⁸² A riguardo si legga F. GALLO, *Trust, interposizione fittizia ed elusione fiscale*, in *Rass. Trib.*, 1996 fasc. 5, pp. 1043 – 1052., in cui viene sottolineato come l’interposizione fittizia si manifesti in caso di simulazione relativa, in cui i soggetti dell’atto simulato ne disconoscano le imputazioni attraverso una controdiagnosi occulta.

- *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 beneficiario.

Si nota immediatamente l'ampiezza di tale ricostruzione, avendo di fatto l'Agenzia disconosciuto, dichiarandola inesistente, qualsiasi manifestazione dell'istituto in cui si ravvisi una ritenzione potestativa a favore di soggetto non formalmente coinvolto nella gestione. L'effetto di tale impostazione, dunque, sarebbe quello del

pieno disconoscimento di tutti i *trust* che non si rifacciano pedissequamente alla fattispecie delineata dal Fisco.

In risposta a tale attacco alla soggettività del *trust* è necessario iniziare dal concetto di interposizione fittizia in ambito tributario. Norma di riferimento è l'art. 37, comma III, del DPR 600 del 1973, in cui viene stabilito come nell'attività di accertamento si provveda ad attribuire al contribuente i redditi che questo indirettamente possiede, per il tramite di interposta persona. La norma è però, chiaramente, una norma di accertamento, non di diritto sostanziale, in cui la nozione di interposizione fittizia in campo civile anzi costituisce presupposto logico e giuridico all'applicazione della stessa⁸³. L'effetto sarebbe dunque quello di dare maggiore efficacia agli effetti civili della simulazione senza dover necessariamente esperire l'azione di simulazione⁸⁴.

In realtà il riferimento dell'art. 37 comma III ai casi di interposizione fittizia (o simulazione relativa soggettiva) è il frutto della corrente dottrinale maggioritaria⁸⁵. Effettivamente il richiamo alla "persona interposta" lascerebbe propendere per i soli casi di simulazione relativa. A tal riguardo la Cassazione, nella sentenza n. 3979 del 2000 si espressa affermando che "questa norma, stabilendo l'imputabilità al possessore effettivo dei redditi di cui appaia titolare altro soggetto in base ad interposizione di persona, inequivocabilmente si occupa del caso dell'interposizione

⁸³ Così A. VICARI, *La soggettività passiva del trust nelle imposte dirette tra interposizione fittizia, simulazione e riqualificazione*, in *Trusts e attività fiduciarie*, V, 2011. P. 477, il quale richiama la giurisprudenza della Suprema Corte che, in riferimento alla nozione di interposizione fittizia in ambito tributario, stabilisce come quest'ultimo si rifaccia pienamente all'equivalente a quella prevista nel diritto civile.

⁸⁴ Così A. LOVISOLO, "Evasione ed elusione tributaria", in *Enc. giur.*, Roma, 1989, vol. XIII.

⁸⁵ Così F. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. e prat. trib.*, 1992, I, p. 1761, F. PAPARELLA, *Primi punti fermi della Cassazione sull'articolo 37, comma III, del d.P.R. n. 600 del 1973*, in *Rass. trib.*, 2000, I, p. 1273.

fittizia in senso proprio, caratterizzata dalla divaricazione fra situazione esteriore e situazione sostanziale, rispettivamente riferibili all'interposto ed all'interponente".

Diversamente, secondo alcune interpretazioni l'art. 37, comma III, avrebbe un perimetro più ampio. Vi si potrebbe dunque ravvisare la disciplina dei fenomeni di simulazione assoluta o relativa oggettiva⁸⁶, sino ai casi di interposizione reale. Effettivamente la giurisprudenza ha talvolta ammesso la possibilità di applicare l'art. 37 comma III ai casi di simulazione oggettiva⁸⁷. Nella Sentenza citata in realtà la simulazione oggettiva celava un contratto di mandato, rendendo più agevole l'attribuzione dei redditi al mandatario, in quanto l'attribuzione degli effetti a soggetti diversi dai gerenti è parte integrante della causa del contratto in questione.

Invece con interposizione reale si intende il caso di interposizione in cui al soggetto interposto è realmente trasferita la proprietà di un bene rimanendo però vincolato in via obbligatoria alla corresponsione dei frutti della gestione. Il confronto sull'applicabilità dell'art. 37 comma III ai casi di interposizione reale è più attuale e si fonda su decisioni discordanti della Corte di cassazione. Infatti in due sentenze cronologicamente vicine la Corte ha espresso visioni apparentemente agli antipodi⁸⁸. In una prima sentenza la Corte ha escluso, in coerenza con la visione maggioritaria, che si potesse riferire l'art. 37, comma III, ai casi di interposizione reale. Questo perché disciplinando una situazione di mera apparenza deve necessariamente riferirsi al fenomeno dell'interposizione fittizia⁸⁹. Nella seconda

⁸⁶ Nel caso di simulazione assoluta il contratto è interamente sconfessato dalle parti, mentre nel caso di simulazione relativa oggettiva, il contratto è solo parzialmente disconosciuto, sottintendendo le parti la volontà di concludere un diverso contratto.

⁸⁷ Sentenza Commissione Regionale Friuli Venezia Giulia, sez. VII, 12 marzo 2007, n. 85.

⁸⁸ Trattasi delle sentenze della Corte di cassazione n. 12788 e n. 8671 del 2011.

⁸⁹ M. BASILAVECCHIA, *L'interposizione soggettiva riguarda anche comportamenti elusivi?*, in *Corr. trib.*, XXXVI, 2011, p. 2968.

decisione invece la Cassazione sembra aver mutato orientamento, asserendo che nella *ratio* dell'art. 37 si debba comprendere anche il contrasto all'elusione, e non solo quello all'evasione ed al rilevamento di comportamenti fraudolenti. L'interpretazione della Corte è stata confermata anche nella successiva sentenza n. 449 del 10 gennaio 2013, nella quale si stabilisce come la portata antielusiva non si esaurisca nella fattispecie della simulazione, essendo possibile ravvisare una fattispecie elusiva anche in situazioni reali, effettivamente sussistenti sul piano giuridico⁹⁰. Sarà così possibile far emergere gli effetti concreti dell'attività dell'interposto, sempre che l'Amministrazione ne provi gli elementi sintomatici dell'elusione, come ad esempio l'assenza di valide ragioni economiche⁹¹.

In ogni caso l'Amministrazione fa riferimento all'inesistenza del *trust*, dovendosi dunque in primo luogo ritenere che ci si riferisca ai casi di simulazione, cui la nullità è uno degli effetti. Infatti è proprio per l'effetto della nullità che la realtà giuridica sottostante emerge e può così essere presa in considerazione dal Fisco, ed eventualmente essere riportata a tassazione⁹².

Prima ancora di delineare l'effettiva portata della circolare 61/E è dunque necessario riuscire a determinare come sia ravvisabile, nell'istituto del *trust*, un caso di simulazione soggettiva, affrontando la questione sia sul piano sostanziale che sul

⁹⁰ Si legga F. MARCHETTI, *La crisi della soggettività del trust e la disciplina fiscale della fiducia come possibile soluzione*, cit., p. 389. Contrario alla qualificazione antielusiva dell'art. 37 è invece A. LOVISOLO, *Sull'imputazione del reddito nel caso di interposto reale privo di autonoma funzione economica*, in *Giurisprudenza Tributaria*, 2011, X, p. 874.

⁹¹ M. BASILAVECCHIA, *L'interposizione soggettiva riguarda anche comportamenti elusivi?*, IN *Corr. trib.*, XXXVI, 2011, p. 2968.

⁹² Si legga la sentenza della Commissione tributaria provinciale di Novara, Sez. VI, Sent. 21 maggio 2013, n. 73, citata da A. CONTRINO, *Preservata la soggettività del trust con disponenti e beneficiari dotati di ampi poteri*, in *Giurisprudenza tributaria*, I, 2014, p. 78, nella quale la Commissione si esprime per l'inutilità di un richiamo alla nozione di interposizione fittizia, essendo nel caso di specie sufficiente all'accertamento dell'imposta, la qualificabilità dei beneficiari come titolari dei redditi per trasparenza. L'equivalenza ai fini impositivi è comunque dettata dal fatto che i redditi percepiti dal *trust* e oggetto del giudizio, fossero redditi di capitale, così come sono redditi di capitale quelli percepiti dai beneficiari.

piano formale. Come è già stato scritto, presupposto per la simulazione è che vi sia una controdichiarazione con cui le parti dispongano per l'inefficacia dell'atto simulato. La prova di un secondo contratto occultato diviene dunque essenziale ai fini del disconoscimento del *trust*, non potendosi in alcun modo prevedere una simulazione che risulti dall'atto costitutivo, così come invece ha previsto l'Agenzia. Quest'ultima dovrà provare, potendosi basare anche su presunzioni gravi, precise e concordanti, l'esistenza di un accordo tra le parti nel quale queste dissimolino la produzione degli effetti nei confronti del possessore apparente. In dottrina è stato rilevato che, trattandosi di interposizione fittizia nel possesso dei redditi formalmente prodotti in *trust*, dunque è necessaria la prova di una sottostante intesa tripartite, che comprenda anche il terzo che, con i suoi atti di disposizione, arricchisca il soggetto fittiziamente interposto⁹³. In realtà, seguendo la tesi maggioritaria per cui il possesso dei redditi è consequenziale al possesso della fonte produttiva, la simulazione non potrebbe che interessare l'atto di dotazione con cui si costituisce il *trust*. Oltretutto si ravviserebbe un caso in cui non rilevarebbe il rapporto trilaterale nel *trust* autodichiarato, in cui il disponente è anche *trustee*.

Tenendo a mente quanto detto riguardo alla necessità di provare un rapporto occultato si potrebbe concludere che l'unico possibile caso di interposizione fittizia tra quelli a cui si riferisce l'Agenzia sarebbe dunque quello in cui il disponente mantenga il potere di gestire e disporre dei beni, potendosi desumere ciò o dall'atto istitutivo o elementi ulteriori. La possibilità di provare la simulazione basandosi su altri elementi di fatto permette di considerare l'idea della prova di un rapporto

⁹³ Si veda A. VICARI, *La soggettività passiva del trust nelle imposte dirette tra interposizione fittizia, simulazione e riqualificazione*, cit. ., p. 478, chi definisce quest'ultima come dottrina maggioritaria, sostenuta anche dalla giurisprudenza della Cassazione.

sottostante, così come richiesta appunto dalla simulazione. In questo caso però si deve necessariamente far riferimento ad un caso di simulazione oggettiva, in quanto ad essere simulato è l'oggetto del contratto, e cioè il trasferimento del bene dall'interponente all'interposto.⁹⁴

Si può ritenere che il richiamo all'interposizione fittizia fatto dall'Agenzia sia di fatto fuorviante. Da una parte si fa riferimento ad una nozione di interposizione fittizia che non tiene conto degli aspetti processuali della simulazione. Dall'altra l'Agenzia sostiene di individuare nell'ordinamento una sola manifestazione del *trust*, e cioè quella suscettibile di individuare lo stesso come effettivo possessore del reddito in quanto titolare esclusivo della fonte. In realtà la suscettibilità del *trust* di essere considerato come autonomo centro d'interesse non deriva da norme fiscali ma dalla Convenzione Aja.

1.3.3 Il trust nell'interpretazione dell'Agenzia delle entrate

A prescindere dalla presenza o meno di una controdi chiarazione che ponga o meno limiti alla titolarità del *trustee*, è necessario indagare in che misura eventuali limiti al potere di gestione degli affari determinino effettivamente un allontanamento dell'istituto dal suo paradigma convenzionale, tanto da ritenere che se ne sia voluto svuotare la sostanza.

La fattispecie delineata dalla legislazione fiscale ai fini del riconoscimento della soggettività passiva del *trust* è maggiormente restrittiva rispetto a quella dipinta dall'art 2 della Convenzione Aja, in quanto prende in considerazione solamente l'eventualità del *trust* "organizzazione", caratterizzato dalla presenza di un

⁹⁴ Così A. VICARI, *La soggettività passiva del trust nelle imposte dirette tra interposizione fittizia, simulazione e riqualificazione*, cit ., p. 483.

patrimonio, su cui non si ravvisi la titolarità di terzi, autonomamente organizzato per garantire un'utilità, che denoti la presenza di una capacità contributiva attuale. Diversamente la nozione di *trust* di cui si tiene conto nell'ordinamento ricomprende una fattispecie nettamente più ampia, delineando una struttura dell'istituto in cui il *trustee* è oberato della gestione di un patrimonio, a lui intestato, ma allo stesso tempo la sua gestione può essere indirizzata in favore di determinati scopi, secondo le disposizioni eventualmente previste dal *trust*. E' a questa struttura che ci si deve riferire per stabilire se le deviazioni possono permetterci di considerare l'istituto svuotato delle sue prerogative. In realtà limitazioni particolari ai poteri del *trustee* sono assolutamente compatibili, anche in ordine alla conservazione del patrimonio segregato⁹⁵. Nel caso in cui invece le caratteristiche del rapporto che si venisse a sviluppare, palesassero come la gestione del *trustee* venga di fatto svuotata da ogni funzione gestoria, ci troveremmo di fronte ad un utilizzo del *trust* non soltanto non riconducibile alla nozione *ex art. 73*, ma addirittura irriconoscibile dall'ordinamento, in quanto l'affidamento di un compito al *trustee* costituisce elemento imprescindibile della fattispecie convenzionale⁹⁶. La questione però in questo caso, non riguarderebbe la possibilità o meno per l'Agenzia di verificare l'esistenza di un rapporto sottostante al quale ridare evidenza ai fini fiscali. Si tratterebbe invece più semplicemente di un caso di incongruenza tra l'effettiva causa del contratto e *nomen iuris* attribuito dalle parti, dovendosi di fatto procedere, in maniera del tutto lecita, alla riqualificazione del rapporto basata sull'effettivo contenuto dell'accordo, che potrà consistere nell'individuazione del rapporto come

⁹⁵ D. STEVANATO, "Stretta" dell'Agenzia delle Entrate sulla fiscalità dei trusts: a rischio un serio sviluppo dell'istituto?, in *Corr. trib.*, VII, 2011, p. 541.

⁹⁶ Così F..R. LUPOI, *I professionisti e il trust*, Milano, 2009, p. 234.

contratto di agenzia oppure di mandato (*in rem propriam* o nel proprio interesse a seconda di chi sia beneficiario), a seconda dell'intensità del controllo.⁹⁷ Nel caso in cui l'attività del *trustee* fosse rilevabile in una mera attività di esecuzione si dovrebbe riqualificare il rapporto come contratto di agenzia. Invece nel caso del mandato la gestione del *trustee* verrebbe influenzata in maniera determinante da parte di altri soggetti (disponente o beneficiario). Questa influenza non consisterebbe solamente in linee di indirizzo o controlli posteriori, funzionali alla supervisione sul raggiungimento del fine oggetto del rapporto fiduciario, ma piuttosto andrebbero a determinare in maniera concreta i singoli atti giuridici da compiere nella gestione. A titolo esemplificativo si ricorda l'elencazione dell'Agenzia, nella parte in cui considera eventuali "poteri di veto" sulla gestione. Una volta riqualificati i contratti si potrebbe attribuire il presupposto d'imposta nei confronti del soggetto che sia il possessore dei redditi in base a quanto risulta dagli stessi atti istitutivi del *trust*, senza dover ricorrere allo strumento di cui all'art. 37, comma III.

Non si può però negare come in ogni caso il *trust* come soggetto tributario abbia una definizione restrittiva in confronto con quella rilevante ai fini civili, e che vi sia la possibilità di individuare una "zona grigia" tra le due fattispecie. L'errore dunque, non sta nell'aver evidenziato tale restrizione, ma nell'aver considerato come non valida, qualsiasi deviazione dalla fattispecie prevista dall'art 73. Non potendosi espungere dalla realtà giuridica il *trust* incompatibile con la nozione definita ai sensi del diritto tributario sarà necessario ricercare nell'ordinamento fiscale un'altra via

⁹⁷ Così A. VICARI, *La soggettività passiva del trust nelle imposte dirette tra interposizione fittizia, simulazione e riqualificazione*, cit ., p. 479.

per ricondurre a tassazione i redditi posseduti dal *trust* incoerente con la disciplina tributaria. Nel caso in cui dunque al disponente od al beneficiario fossero garantiti poteri di controllo sul fondo che, seppur considerati coerenti con la funzione del *trust*, finiscano per limitare l'autonomia organizzativa dello stesso, comunque il rapporto manterrebbe la struttura tipica del *trust*, continuandosi a ravvisare sia la segregazione patrimoniale in favore di un certo fine sia il controllo del *trustee*.

Per una corretta ricerca della disciplina fiscale applicabile al *trust* così strutturato dobbiamo considerare che contrattualmente il *trust* si concretizza come una serie di atti strumentali collegati da un'unica causa fiduciaria⁹⁸. Dunque l'elemento fondamentale per la conservazione dell'essenza giuridica del *trust* sta nella coerenza degli atti collegati all'affidamento fiduciario. Di fatto questa ricostruzione lo rende assimilabile al negozio fiduciario, la cui costruzione giuridica più comune consiste nel trasferimento ad efficacia reale di beni nei confronti del fiduciario ed un contestuale contratto di mandato senza rappresentanza con effetti obbligatori. Va sottolineato che in questo caso il *trustee* è effettivamente il proprietario del bene ed il mandato dovrà stabilire vincoli obbligatori che non ne inficino il diritto soggettivo. Situazione diversa da quella precedente descritta in cui la causa del mandato prevaleva su quella fiduciaria. Il *trust*, ancorché produttivo di effetti sul piano giuridico, dovrebbe essere soggetto alla disciplina fiscale del negozio fiduciario. Ci troveremmo, dunque, davanti ad un caso di interposizione reale, basata su un *pactum fiduciae*, in cui il *trustee* opererebbe, con il sostanziale obbligo di resa del conto⁹⁹, in favore del fiduciante o dell'interessato. La sentenza della

⁹⁸ Così L. SALVINI, *Le vicende del fondo in trust*, in *Teoria e pratica della fiscalità dei trust*, (a cura di) N. L. DE RENZIS SONNINO, G. FRANSONI, Milano, 2008, p. 59.

⁹⁹ F. MARCHETTI, *La crisi della soggettività del trust e la disciplina fiscale della fiducia come possibile soluzione*, cit., p. 388.

Cassazione n. 449 del 10 gennaio 2013¹⁰⁰, ha stabilito due importanti principi in relazione ai casi di interposizione reale. Il primo aspetto riguarda la possibilità di considerare l'interposizione reale come attività potenzialmente elusiva. Nel secondo aspetto trattato la Cassazione ha indicato l'art. 37, comma III come possibile strumento per l'accertamento. Quindi, in ogni caso, la maggiore imposta potrebbe essere accertata tramite l'art. 37, comma III ovvero tramite l'art. 37-bis, a seconda dell'estensione che si attribuisse data al concetto "interposta persona" ai sensi dell'art. 37, comma III.¹⁰¹.

L'impostazione descritta permetterebbe di contemperare le esigenze di intervento del Fisco nel caso in cui si manifesti un *trust* non coerente con l'ipotesi di soggetto ai fini fiscali con l'esigenza generale dell'ordinamento al preservarsi di una struttura di *trust* equivalente a quella più ampia, prevista dalle disposizioni convenzionali. In conclusione, l'Amministrazione potrebbe fare propri gli strumenti relativi al contrasto all'elusione, così da poter colpire espressioni del *trust* che siano funzionali ad un illecito risparmio d'imposta, senza però operare la riqualificazione giuridica di una struttura perfettamente suscettibile di riconoscimento dall'ordinamento generale, in quanto rispondente agli schemi convenzionali.

1.3.2 La residenza fiscale del trust

Avendo stabilito la rilevanza soggettiva al fenomeno del *trust*, sovviene un'ulteriore problematica da affrontare al fine di scongiurare distorsioni nell'uso dell'istituto. Il *trust* in quanto soggetto passivo d'imposta rientra nell'applicazione del principio

¹⁰⁰ F. MARCHETTI, *La crisi della soggettività del trust e la disciplina fiscale della fiducia come possibile soluzione*, cit., p. 389.

¹⁰¹ Si legga A. LOVISOLO, *Sull'imputazione del reddito nel caso di interposto reale privo di autonoma funzione economica*, in *Giurisprudenza Tributaria*, 2011, X, p. 874, contrario a considerare l'art. 37 come norma antielusiva

dell'universalità, per cui sarà tenuto al pagamento dell'imposta per tutti i redditi conseguiti e, in caso di *trust* non residente, solamente per quelli prodotti in nel territorio dello Stato. Il legislatore ha omesso di stabilire specifici criteri ai fini dell'individuazione della residenza del *trust*, e dunque, si dovrà fare ricorso ai normali criteri stabiliti per tutti i soggetti passivi¹⁰², anticipando che, essendo il *trust* un istituto alieno all'ordinamento solo successivamente oggetto di adattamento, sarà difficile applicare detti criteri a questo istituto¹⁰³. Nella circolare 48/E del 2007, L'Agenzia ha rilevato questa difficoltà di applicazione dei normali criteri nel caso sede legale, avendo specificato che quest'ultima non si può applicare ai *trust*, rimanendo applicabile solamente gli altri due criteri.

Per quanto riguarda la sede dell'amministrazione, l'Agenzia ha specificato come tale criterio vari a seconda del livello di organizzazione del *trust*, distinguendo tra sede amministrativa corrispondente al luogo ove siano situati gli uffici e dove prestino la loro attività i dipendenti, individuando in quest'ultimi fattori dell'organizzazione quelli strumentali al processo decisionale¹⁰⁴, e, negli altri casi di organizzazione essenziale, nel luogo di domicilio del *trustee*. Parte degli interpreti hanno però fatto notare l'ambiguità di questo criterio, dato che in realtà il concetto di domicilio si distingue ampiamente da quello di residenza, essendo possibile stabilire in Italia anche il domicilio di un soggetto non residente.¹⁰⁵ In realtà una possibile lettura potrebbe consistere nel sottolineare come il *trust* non si

¹⁰² *Ex art. 73 del T.U.I.R.* i criteri sono quello della sede legale, che per la maggior parte del periodo d'imposta sia istituita in Italia, e, alternativamente, quello della sede dell'amministrazione e dell'oggetto principale dell'attività, sempre condizionati dal criterio temporale della maggior parte del periodo d'imposta.

¹⁰³ Così G. FRANSONI, *La residenza fiscale del trust*, in *Corr. Trib.*, 2008, XXXII, p. 2582.

¹⁰⁴ Si veda G. FRANSONI, *La residenza fiscale del trust*, cit., p. 2584

¹⁰⁵ Si legga N. FASANO e G. MALINCONICO, *La residenza del trust*, in *Trusts e attività fiduciarie* 2008, IV, p. 374

limiti al rapporto proprietario tra il *trustee* ed il fondo, ma si debba ravvisare l'organizzazione nel fatto che la gestione sia volta alla finalità del *trust*. Il *trustee* in quest'ottica svolgerebbe un ruolo assimilabile a quello di un organo di gestione, e dunque, il luogo dove esso esplicasse la sua funzione sarebbe di fatto il luogo di amministrazione¹⁰⁶.

L'ultimo criterio proposto riguarda il luogo dell'oggetto di principale del *trust*. Si dovrà quindi tener conto della composizione del patrimonio che, se costituito di beni immobili, nel caso in cui l'attività del *trust* fosse di mera gestione patrimoniale, individuerà la residenza nel luogo ove questi sono siti, oppure, nel caso di beni mobili dislocati in più Stati, si dovrà tener conto della prevalenza del patrimonio in uno degli Stati¹⁰⁷. Nel caso di attività commerciale si dovrebbe tener conto del luogo in cui sono situati i beni dell'impresa, mentre nel caso di patrimoni misti occorrerà valutare l'attività effettivamente esercitata dal *trust*.

Nella citata circolare l'Agenzia ha inoltre chiarito come, a seguito dell'introduzione del *trust* nel novero dei soggetti passivi, si debbano ritenere applicabili a quest'ultimi, nel caso in cui presentino elementi di transnazionalità, eventuali convenzioni contro le doppie imposizioni. Proprio il criterio del luogo di amministrazione sembra ricalcare appunto il criterio previsto per le persone giuridiche ai sensi dell'art. 4, comma 3, del modello Ocse contro le doppie imposizioni¹⁰⁸. Ovviamente l'applicazione delle regole convenzionali prevede

¹⁰⁶ Si dimostra contrario a questa lettura G. FRANSONI, *La residenza fiscale del trust*, cit., p. 2584, in quanto la nozione di domicilio non corrisponderebbe necessariamente al luogo in cui il soggetto svolge la sua attività di *trustee*.

¹⁰⁷ Si legga N. FASANO e G. MALINCONICO, *La residenza del trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, cit., p. 374, dove si evidenzia come l'Agenzia abbia omesso di specificare se debba considerarsi di una prevalenza qualitativa o quantitativa.

¹⁰⁸ L'art. 4 stabilisce che la residenza di un soggetto ai sensi del diritto tributario vada individuata tenendo conto delle disposizioni fiscali previste dagli stati contraenti. Nel caso in cui entrambi gli

necessariamente che il *trust* sia dotato di soggettività giuridica rilevante ai fini delle imposte, con le susseguenti problematiche già esposte nel paragrafo precedente. In particolare sono sorte discussioni riguardo alla possibilità di considerare un *trust* trasparente *ex art. 73*, come soggetto *liable to tax*, ai sensi del modello Ocse¹⁰⁹, essendo invece chiaro come la il modello Ocse si applichi al *trust* senza beneficiari individuati. La questione è stata risolta dall’Agenzia delle Entrate che, nella risoluzione 167/E del 2008, ha chiarito che nel caso in cui un soggetto sia anche solo astrattamente soggetto ad imposta, a questo si possa applicare il modello contro la doppia imposizione. Questo principio è sicuramente applicabile anche al caso del *trust* trasparente¹¹⁰, in quanto, come vedremo nel capitolo successivo, è da considerarsi possessore del reddito

Avendo contezza dei possibili utilizzi distorti dell’istituto, il legislatore ha modificato parte dell’art. 73 del Tuir, inserendo due presunzioni di esteroinvestizione del *trust*, nel caso in cui quest’ultimo fosse istituito in un paese non appartenente alla categoria dei c.d. paesi *white list*. Nello specifico, la norma fa conseguire la presunzione di residenza fiscale in Italia alle seguenti condizioni:

- 1) che il *trust* abbia almeno un disponente ed un beneficiario fiscalmente residenti in Italia;
- 2) che, successivamente alla costituzione, vengano attribuiti al *trust*, da parte un soggetto fiscalmente residente in Italia, beni immobili che comportino

stati dovessero prevedere l’assoggettamento al proprio regime fiscale si dovrebbe, appunto, tener conto del luogo dove si svolge effettivamente la direzione dell’attività.

¹⁰⁹ Tratta la questione G. FRANSONI, in *Atti del IV Congresso Nazionale dell’Associazione “Il trust in Italia”*, a cura di M. LUPOI, p. 73.

¹¹⁰ Così V. UCKMAR, G. CORASANITI, P. DE’ CAPITANI DI VIMERCATE, *Manuale di diritto tributario internazionale*, Padova, 2009, p. 280.

il trasferimento della proprietà del bene oppure di altri diritti reali, nonché la costituzione di vincoli di destinazione.

Considerando quindi come preconditione l'evenienza che il *trust* venga istituito in un paese non *white list*, ci troveremmo subito dinnanzi la prima problematica interpretativa. Infatti legare l'individuazione della residenza al luogo di istituzione non segue un percorso di coerenza con quanto stabilito dal modello Ocse contro le doppie imposizioni, il quale all'Art. 4 dà rilevanza al luogo effettivo di amministrazione. Potrà quindi accadere che un *trust* venga istituito un paradiso fiscale e che poi se ne trasferisca l'amministrazione in uno stato *white list*. In questo caso è probabile che entrambi gli Stati lo considerino fiscalmente residente nel proprio territorio. Come sappiamo, in base all'art.4 del modello Ocse, nel caso entrambi gli Stati dovessero prevedere l'assoggettamento al proprio sistema fiscale prevarrebbe lo stato sede dell'effettiva amministrazione. Risulta dunque che il *trust* non possa essere considerato fiscalmente residente in Italia solo sulla base delle presunzioni in questione¹¹¹. Non a caso, nella circolare 48/E, l'Agenzia ha specificato come nella sua interpretazione, con l'espressione "istituiti in" si volesse in realtà fare riferimento all'espressione "formalmente residenti". Questa interpretazione, seppure forse troppo distante dal dato letterale, risulterebbe senza dubbio più efficace nel contrasto all'evasione fiscale.

Iniziando dalla prima presunzione, l'Agenzia¹¹² ha chiarito come per individuare la residenza del disponente si debba far riferimento alla residenza al momento della cessione dei beni in *trust*. Diversamente, per quanto riguarda invece il riferimento

¹¹¹ Così G. CORASANITI, *La residenza del trust*, in *I professionisti e il trust*, (a cura di) M. LUPOI, cit., p. 75

¹¹² Si legga circolare 8/E del 2003

ai beneficiari residenti, l' Agenzia ha ristretto l' interpretazione ai soli beneficiari che siano "individuati" ai sensi dell' art. 73 Tuir¹¹³. Come vedremo nel prossimo paragrafo, per beneficiari individuati ci si riferisce a quei beneficiari che, oltre ad essere indicati, sono titolari di un diritto attuale sul reddito prodotto dal *trust*. Sicuramente meno chiara risulta essere la seconda presunzione.

Per prima cosa la norma ha suscitato per l' utilizzo dell' espressione "successivamente". Quest' ultima potrebbe essere chiarita se si considerasse l' attribuzione patrimoniale come logicamente successiva all' istituzione dell' ente destinatario dell' attribuzione stessa¹¹⁴.

La seconda questione riguarda il trasferimento della proprietà di immobili situati all' estero. Nell' interpretazione data dall' Agenzia nella circolare 48/E si afferma come il trasferimento sia rilevante solo quando riguardi immobili situati all' estero. Secondo la dottrina una siffatta interpretazione poi in contraddizione col disposto dell' art 70, comma 2, del Tuir, il quale dispone per l' imponibilità dei redditi derivanti da immobili situati all' estero¹¹⁵. In ogni caso, come vedremo nei paragrafi successivi, non si potrebbe affermare la presenza di un aggiramento dell' imposizione sugli immobili esteri per mezzo dell' istituzione di *trust*, dovendosi comunque considerare l' ipotesi in cui, essendovi la presenza di beneficiari di reddito individuati, si proceda ad imposizione nei loro confronti.

¹¹³ Si legga G. CORASANITI, *La residenza del trust*, in *I professionisti e il trust*, (a cura di) M. LUPOI cit., p. 76, il quale sostiene che in realtà l' interpretazione della norma da parte dell' Agenzia sia caratterizzata da una particolare restrittività in riferimento all' effettiva portata del dato testuale.

¹¹⁴ F. DI CESARE, *La tassazione in Italia dei trust non residenti*, in *Rivista dottori commercialisti*, 2010, II, p. 298

¹¹⁵ G. CORASANITI, *La residenza del trust*, in *I professionisti e il trust*, (a cura di) M. LUPOI cit., p. 76

Un ultimo riferimento riguardo alle presunzioni sull'esterovestizione applicabili all'istituto è conseguenza diretta dell'assimilazione tra *trust* e società compiuta dall'Agenzia nella circolare 48/E. L'Amministrazione ha ritenuto che la presunzione di cui all'art. 73 comma 5-*bis* fosse applicabile anche al caso del *trust*. La norma in questione disciplina il caso in cui una società o un ente (e ai sensi della circolare 48/E anche un *trust*) siano controllanti di altra società od ente e sia essa stessa sotto il controllo di soggetti residenti. Il controllo apicale potrà consistere alternativamente:

- a) nel controllo, anche indiretto, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, di soggetti residenti nel territorio dello Stato;
- b) nell'amministrazione di un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

La conseguenza dell'applicazione del comma 5-*bis* sarà quella di presumere che l'effettiva sede di amministrazione della "controllante mediana" sia, salvo prova contraria, situata in Italia. Nonostante il richiamo fatto dall'Agenzia risulta molto difficile applicare detta normativa alla fattispecie del *trust*, in quanto è improbabile riuscire ad individuare un controllo sul *trust* che non corrisponda a quello del *trustee*, con l'eventualità vista sopra che, in caso contrario, sia a rischio l'effettivo riconoscimento dell'istituto. L'unico caso compatibile sarebbe quello in cui il *trustee* fosse una società. In tal caso si potrebbe ipotizzare il controllo su di essa di

soggetti residenti ed anche la prevalenza, negli organi di gestione, di consiglieri residenti¹¹⁶.

1.4. I Beneficiari individuati

1.4.1 Trust opachi e trasparenti

Come precedentemente scritto, la questione della possibilità o meno di riconoscere nel *trust* un soggetto che potesse, anche solo astrattamente, manifestare capacità contributiva, è stata risolta dal legislatore, che lo ha annoverato tra i soggetti passivi Ires. La nuova norma, introdotta con la modifica dell'art. 73, costituisce di fatto il primo intervento del legislatore nel tentativo di disciplinare un singolo aspetto dell'istituto del *trust*¹¹⁷, regolando, nello specifico, il rapporto tra beneficiari e le vicende del patrimonio.

In particolare la norma introdotta, trova il suo elemento maggiormente caratteristico nell'aver introdotto la regolazione, dal punto di vista fiscale, dell'imputazione degli effetti economici della gestione. La prima distinzione fondamentale da effettuare per la corretta comprensione dell'art. 73 consiste nella distinzione tra i diritti dei beneficiari che siano *discretionary* e quelli *vested*.

Nel primo caso le utilità del *trust* rimangono di fatto assoggettate al controllo del *trustee*, in quanto la loro determinazione ed il trasferimento ai beneficiari saranno

¹¹⁶ Così V. UCKMAR, G. CORASANITI, P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *Manuale di diritto tributario internazionale*, Padova, 2009, p. 279

¹¹⁷ Così N. L. DE RENZIS SONNINO, *Il trust e il reddito dei beneficiari*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, III, p. 361.

appunto soggetto alla discrezionalità del *trustee* stesso. I beneficiari saranno in una posizione di mera aspettativa.

Diverso è invece il caso dei *vested interests* dei beneficiari. In questo caso infatti il loro diritto è già individuato e quindi avranno titolo per la sua eventuale pretesa. La norma in realtà non definisce cosa in essa si intenda per “beneficiari”, anche se, come vedremo, è generalmente accettata l’interpretazione che li identifica nei beneficiari di reddito¹¹⁸. Dunque i fini della corretta distinzione tra *trust* opachi e trasparenti, si dovrà tener conto della differenza sostanziale che intercorre tra beneficiari di quote patrimoniali e beneficiari di reddito. Diviene allora fondamentale distinguere in maniera chiara la differenza tra reddito e patrimonio che, seppur di facile intuizione, assume caratteri più sfumati in questa particolare fattispecie, dato che non vi è una netta corrispondenza diretta tra il flusso di ricchezza percepito dal beneficiario ed il reddito del *trust*. Nonostante le possibili attribuzioni a favore dei beneficiari siano indeterminabili *a priori*, in ragione del poliformismo dell’istituto, la dottrina ha comunque tentato di approfondire la materia riuscendo a delineare i casi in cui prevalga il carattere reddituale delle stesse.

Nel caso in cui si abbia un *trust* per beneficiari, e questi siano individuati, a quest’ultimi sarà riconosciuto, appunto, un determinato beneficio. Ponendo il caso che questo beneficio sia costituito da una somma predeterminata, ci troveremo a dover considerare come patrimoniale un beneficio consistente nel riconoscimento periodico di un flusso di ricchezza. Questo perché il diritto del beneficiario non

¹¹⁸ Cfr. M. LUPOI, *Imposte dirette e trust dopo la legge finanziaria*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, I, p. 5

insiste sulle variazioni patrimoniali, ma sul patrimonio stesso, configurandosi un rapporto di provvista che, seppur condizionato nelle modalità di distribuzione, non necessita dell'impiego produttivo dei beni in *trust*¹¹⁹.

Allo stesso modo sarebbe errato affermare che qualsiasi attribuzione di un'utilità ai beneficiari, che venga "finanziata" con reddito prodotto dal *trust*, corrisponda ad un reddito dei beneficiari. Infatti nella prassi è possibile che i redditi del *trust* vengano accantonati e che il beneficiario abbia diritto ad una corresponsione periodica. In realtà è necessaria, anche in base all'interpretazione dell'Agenzia nella circolare 425/E del 2009, la corrispondenza del periodo d'imposta in cui il reddito viene prodotto e quello in cui sorge il diritto del beneficiario alla sua corresponsione¹²⁰. Detto in altri termini, è necessario che il diritto del beneficiario sia esistente *ab origine*, fin dal momento in cui il reddito vien prodotto. E' necessario che il *trustee* non goda di alcun potere riguardo la scelta della distribuzione, così che si possa affermare con certezza che la capacità contributiva si manifesti nei confronti del beneficiario. In questo caso non sarebbe possessore del reddito, in quanto non potrebbe disporre della rispettiva fonte. La capacità contributiva dunque si deve manifestare in quello che può definirsi come un "diritto di apprensione"¹²¹, che permette di assimilare la posizione del beneficiario a quella del possessore.

Anche nel caso in cui vi siano beneficiari individuati, il *trust* continuerà ad essere considerato come soggetto passivo rilevante nella determinazione dell'imposta. in

¹¹⁹ Così M. LUPOI, *Imposte dirette e trust dopo la legge finanziaria*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, I, p. 7

¹²⁰ Così N. L. DE RENZIS SONNINO, *La nozione di trust trasparente secondo l'Agenzia delle Entrate*, in *Corr. Trib.*, 2009, IV, p. 312

¹²¹ Così C. MIONE, *Le recenti modifiche alla disciplina del c.d. monitoraggio fiscale: la problematica individuazione del "titolare effettivo" del trust*, in *Dir. e pr. trib.*, III, 2014, p. 615.

quanto l'art 73, trattandosi di una norma di trasparenza, altro non fa che andare ad individuare il soggetto nei cui confronti si rileva la capacità contributiva¹²². Il fenomeno economico rilevante continuerà invece ad essere la produzione di un reddito attraverso la gestione del patrimonio detenuto in *trust*, costituendo quest'ultima il parametro di quantificazione della base imponibile.

Il reddito sarà sempre dunque individuato in capo al *trust*, con i criteri previsti dalla natura commerciale o meno dell'istituto. In caso di *trust* commerciale il reddito andrà determinato apportando le variazioni in aumento o in diminuzione al reddito civilistico, così come previsto 83 del Tuir, oppure, in caso di *trust* non commerciale, il reddito complessivo andrà ricostruito partendo dai singoli redditi. Del reddito così come individuato si dovrà indicare la quota oggetto del diritto dei beneficiari.

Ulteriore prova della conservazione della soggettività tributaria in caso di beneficiari individuati è data dal fatto che sia possibile anche il caso di un *trust* c.d. misto. Con questa espressione si qualifica il *trust* in cui i beneficiari hanno un diritto immediato alla percezione di quota del reddito, ma non nell'ammontare dell'intero reddito prodotto. Il *trust* sarà in parte opaco ed in parte trasparente e sarà difficile ipotizzare che sia da considerare soggetto passivo solo per le imposte ad esso riferite e "non soggetto" nell'altro caso¹²³.

Da quanto si è detto si evince come sia il *trustee*, nell'esplicarsi della sua attività gestoria, a dover determinare nella dichiarazione il reddito conseguito dal *trust*, con

¹²² Si legga F. GUFFANTI, *I trust nelle imposte dirette alla luce della circolare dell'Agenzia delle Entrate*, in *Corr. trib.*, 2007, IV, p. 3333, il quale, riprendendo il contenuto della circolare 48/E del 2007, afferma che il reddito è individuato in modo unitario nei confronti del *trust*.

¹²³ *Contra* S. REALI, *Soggettività del trust e imposte sui redditi: profili ricostruttivi*, cit., p. 232.

la conseguenza che sarà proprio sul *trust* che si concentrerebbe l'attività di accertamento di un maggiore reddito imponibile¹²⁴.

A conferma del fatto che il *trust* costituisca comunque un ente necessario del passaggio del reddito, si consideri che redditi imputati ai beneficiari sono qualificati redditi di capitali, caratterizzati di per sè dal conseguimento di un beneficio prodotto dall'impiego di un capitale nell'attività altrui.

Di particolare interesse risulta invece la questione dell'imputazione delle perdite, la quale consente di proporre una comparazione anche con gli altri istituti per cui è previsto il regime di trasparenza. Il mancato riferimento alle perdite è stato integrato dall'Agenzia nei modelli per l'interpretazione dei modelli UNICO¹²⁵, i quali prevedono la possibilità di attribuire ai beneficiari anche la perdita dell'esercizio, risultante dalla contabilità in regime d'impresa del *trust* e "corretta" con le relative variazioni. L'imputazione delle perdite, nell'ordinamento fiscale, è strettamente collegata al rischio per la gestione¹²⁶, ed il fatto che, in caso di *trust* che eserciti attività d'impresa, queste vengano riconosciute in capo al beneficiario¹²⁷, lascia credere che si sia voluto dare evidenza ad un legame col patrimonio del *trust* più ampio rispetto al semplice diritto ad un trasferimento monetario, riconoscendo al beneficiario una posizione di pseudo titolarità del patrimonio.

¹²⁴ Sono di questo avviso G. LEPORE, *Trust*, cit., p. 332, N. L. DE RENZIS SONNINO, *La nozione di trust trasparente secondo l'Agenzia delle Entrate*, cit., p. 312.

¹²⁵ Si legga, in quanto ultimo nell'ordine di aggiornamento, *Istruzioni modello dichiarazione UNICO per le società di capitali 2015*, p. 79 e ss.

¹²⁶ Si veda G. GENTA, *L'attribuzione per trasparenza del reddito ai beneficiari di trust*, in *Rass. Trib.*, 2011, IV, p. 932, il quale sottolinea come l'imputazione delle perdite per trasparenza corrisponda sempre al rischio d'impresa riferibile ad un soggetto. Così, in caso di società in nome collettivo, le perdite saranno interamente imputabile, mentre, ad esempio per i soci accomandanti, le perdite sono imputabili nel limite dell'apporto.

¹²⁷ In realtà, anche nel caso di *trust* non commerciale sarebbe possibile riferire al beneficiario le rispettive perdite, nel caso in cui questo fosse egli stesso imprenditore.

1.4.2 L'individuazione dei beneficiari

L'art 73 non dà un criterio definito per l'individuazione del beneficiario, e dunque, bisogna rifarsi alla prassi amministrativa. Di particolare rilevanza è la circolare 48/E del 2007¹²⁸, nella quale l'Agenzia ha chiarito che oltre ad essere "individuato", il beneficiario deve titolare di un diritto attuale alla percezione del reddito, poiché, se la facoltà di attribuire lo stesso fosse a discrezione del *trustee*, sarebbe proprio il gestore del fondo a doversi considerare pieno possessore, e la capacità contributiva attuale si manifesterebbe nei suoi confronti.¹²⁹

Per quanto riguarda la modalità d'individuazione, è importante sottolineare come ai sensi dell'art. 73 questa possa rilevarsi dall'atto costitutivo del *trust* oppure da documenti successivi.

La necessità della presenza di un dato documentale sembrerebbe delineare un limitato potere di accertamento da parte del Fisco. In realtà analizzando il contenuto della norma si evince come, nel caso fosse possibile una prova per presunzioni, si finirebbe per modificare l'applicazione della previsione. Senza una prova documentale si aggirerebbe il significato del termine "individuato" nel senso di soggetto con una forte ed autonoma relazione col reddito sulla base di un'obbligazione del *trustee*. Per quanto detto si può affermare come una prospettiva di questo tipo sarebbe inaccettabile, in quanto l'Amministrazione potrebbe accertare gli effettivi titolari dei redditi senza la presenza di un dato normativo che lo permetta¹³⁰.

¹²⁸ Successivamente richiamata in altri atti dell'Agenzia, ad esempio la risoluzione 425/E del 2008.

¹²⁹ La presente interpretazione è riportata da vari autori tra cui, a titolo esemplificativo N. L. DE RENZIS SONNINO, *La nozione di trust trasparente secondo l'Agenzia delle Entrate*, cit., p. 312.

¹³⁰ Così C. MIONE, *Le recenti modifiche alla disciplina del c.d. monitoraggio fiscale: la problematica individuazione del "titolare effettivo" del trust*, cit., p. 616.

Come indicato infatti dalla risoluzione 425/E del 2008, al *trust*, a prescindere dal fatto che sia o meno trasparente, restano comunque applicabili le norme degli articoli 37 e 37-bis del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600. Quanto detto ci permette di chiarire come la norma in questione non abbia assolutamente carattere antielusivo.

Innanzitutto, dal punto di vista sistematico, vi è una netta distinzione tra trasparenza fiscale ed elusione. Infatti l'effetto delle norme antielusive è quello di stabilire l'inapplicabilità fiscale di una situazione giuridica, non quello di definire una fattispecie impositiva, la quale invece dipenderà dalle norme generali¹³¹. Diversa è la funzione dell'art. 73, che definisce l'imponibilità dei redditi su cui verte il diritto dei beneficiari.

Entrando nel merito della questione si può notare, in ogni caso, che scopo della norma antielusiva è quella disconoscere una costruzione giuridica, non sorretta da precise ragioni economiche, ma volte soltanto al conseguimento di un risparmio d'imposta. Nel caso dell'individuazione del beneficiario non emerge il suo diretto possesso dei redditi, essendo comunque considerati come redditi di capitale, percepiti tramite un ente del quale, stando alla disposizione antielusiva di carattere generale, dovrebbe essere inopponibile l'esistenza. Se lo scopo della norma fosse stato quello di disconoscere un ingiustificato risparmio d'imposta, quest'ultima avrebbe previsto per i redditi dei beneficiari, la normale imposizione prevista dal Tuir per la categoria reddituale di appartenenza.

Si ribadisce così la semplice natura di norma di trasparenza dell'art. 73, il quale mira all'imposizione nei confronti del soggetto che manifesta la capacità

¹³¹ Così T. TASSANI, *La trasparenza tributaria*, in *Enciclopedia giuridica online Treccani*.

contributiva attuale, evitando in questo modo anche fenomeni di doppia imposizione interna. Quest'ultima precisazione potrebbe sembrare di poco conto, ma è utile specificare la reale natura della norma, al fine di evitare che la vaghezza del dato testuale lasci libero il passo ad interpretazioni influenzate dal “*fumus* di elusione” percepito in riferimento all'istituto.

1.4.3 I redditi dei beneficiari

Come noto, l'art. 73 prescrive, per i beneficiari di reddito individuati, l'imputazione del reddito, che deve avvenire in ogni caso. La terminologia usata è chiara nel non tener conto dell'effettiva percezione dei redditi, essendo sufficiente che il beneficiario siano titolare di un diritto incondizionato alla “distribuzione”. Il criterio previsto dalla norma per l'imposizione in capo ai beneficiari sarà dunque quello di competenza, che terrà conto del sorgere del diritto alla percezione¹³².

Il legislatore ha poi deciso di qualificare i redditi imputati ai *trust* come redditi di capitale¹³³. Tale scelta solleva una problematica di fondo, consistente nel fatto che i redditi di capitale sono, per loro natura, rilevanti in quanto effettivamente percepiti. Nel caso dei *trust*, come abbiamo detto, avrà invece vigenza il criterio di competenza. Questo perché è definito che i redditi vengano riferiti ai beneficiari “in ogni caso”. In ogni caso questa discrasia non avrà particolari effetti finanziari negativi per il contribuente, dato che il *trust* sarà in ogni caso sostituito nel pagamento dell'imposta.

Accanto a questa contraddizione, si pone un rilevante problema pratico, cioè quello della determinazione della base imponibile. Il richiamo ai redditi di capitale non

¹³² Così N. L. DE RENZIS SONNINO, *Il trust e il reddito dei beneficiari*, cit., p. 364

¹³³ La norma in questione è l'art 44, lettera g-*sexies*), del Tuir.

deve comunque confondere, dovendosi ricordare che la determinazione del reddito avverrà sulla base dell'attività del *trust*. L'effetto pratico più rilevante sarà quello del poter dedurre dal reddito i costi sostenuti per produrlo. Inoltre, come specificato dalle interpretazioni modelli UNICO per il 2015, nel passaggio di reddito dal *trust* al beneficiario si dovrà tener conto di eventuali ritenute applicate ai redditi in *trust* oppure ad eventuali crediti d'imposta riconosciuto allo stesso *trust*, andando così a ridurre l'imposta netta dovuta dai beneficiari.

CAPITOLO II

IL BENEFICIARIO E LA PRIMA VERSIONE DEL MONITORAGGIO

FISCALE ANTECEDENTE ALLA RIFORMA DEL 2013

2.1. La libera circolazione dei capitali e i controlli fiscali

Con lo scopo di favorire lo sviluppo del mercato unico europeo, i trattati hanno espressamente stabilito la libera circolazione dei capitali. L'art. 63 del TFUE dispone il divieto di restrizioni ai trasferimenti di capitali e di pagamenti tra gli Stati membri tra loro, ed anche ai Paesi terzi. Questa impostazione, che negli ultimi anni è certamente diventata familiare, costituiva invece una forte novità nella seconda parte del Novecento.

L'effettiva esplicazione della libertà di circolazione dei capitali è la Direttiva 88/361/CEE¹³⁴, la quale imponeva di eliminare eventuali restrizioni alla circolazione di capitali entro il 1° Luglio 1990. Nei Considerando della Direttiva si fa riferimento alla necessità di evitare che la libertà nella circolazione dei capitali comporti una inaccettabile ed illegittima erosione della base fiscale da un Paese ad un altro. Nello specifico, si indica la Commissione come l'istituzione che dovrà proporre iniziative al fine di evitare o limitare frodi o distorsioni fiscali degli scopi della direttiva¹³⁵.

Unitamente al ruolo della Commissione all'interno della procedura legislativa comunitaria, la direttiva, *ex art. 4*, conferisce anche allo Stato membro la libertà di

¹³⁴ D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, Milano, 2015, p. 3.

¹³⁵ In questo ambito può essere ricondotta la Direttiva sul risparmio del 2003. (direttiva numero?)

intervenire nel proprio ordinamento al fine di evitare distorsioni di carattere fiscale, per finalità di controllo statistico e per istituire controlli sulla stabilità degli istituti finanziari.

Il quadro normativo relativo alla circolazione di capitali in un contesto sovranazionale è completato dalla Direttiva 308/91/CEE, che costituisce il tentativo comunitario di intervenire sul rischio di utilizzo del sistema finanziario allo scopo di riciclare i proventi di attività illecite. La Direttiva ha introdotto le prime disposizioni sul controllo della clientela e delle operazioni sospette da parte degli intermediari finanziari. Il riferimento alla normativa Antiriciclaggio è di assoluta rilevanza, anticipando già da ora come le due questioni, il rischio di abusi fiscali e quello di riciclaggio, e le rispettive discipline, abbiano finito per intrecciarsi.

Il percorso tracciato dalla normativa comunitaria si è posto in antitesi col precedente assetto dei controlli che il legislatore italiano aveva stabilito per la circolazione di capitali. Tale assetto dimostrava l'evidente diffidenza che, in riferimento alla circolazione transnazionale di capitali, era vissuta nel nostro Paese. Sintomatica della generale insofferenza nei confronti della concezione di una piena libertà nella movimentazione di capitali è la rigidità che il Legislatore ha mostrato nel decreto-legge n. 31 del 1976. In tale atto si prevedevano fattispecie penali aventi ad oggetto ipotesi di circolazione e costituzione di capitali all'estero¹³⁶.

L'approccio è stato modificato proprio con l'evoluzione della normativa comunitaria in materia. Inizialmente, nell'ottica generale di eliminazione dei limiti

¹³⁶ Al riguardo si legga S. CAPOLUPO, M. CARBONE, S. BATTAGLIA, G. STURZO, *Antiriciclaggio. Obblighi per professionisti intermediari e altri soggetti*, in *Guida operativa IPSOA*, Milano, 2012, p. 62 e ss.

alla circolazione dei capitali, si è provveduto abolendo i limiti valutari. Quest'ultimi operavano ponendo un limite alla circolazione delle valute come mezzo utile alla circolazione dei capitali. Oggetto di questa modifica all'assetto normativo previgente è il decreto dei Ministri del Tesoro e del Commercio con l'Estero del 27 aprile 1990. Quest'ultimo ribadisce la rimozione dei limiti alla detenzione e al trasferimento di valuta estera per i soggetti residenti¹³⁷, eliminando anche gli ultimi limiti rimasti nel Testo Unico Valutario.

Un ulteriore passo in avanti è stato l'adozione della Direttiva n. 361 del 1988, che ha implementato la libera circolazione di capitali. Avvalendosi della clausola *ex art.4* della Direttiva 361 del 1988, il Governo ha emanato il decreto-legge n. 167 del 28 giugno del 1990. Tale decreto è stato poi convertito, con modifiche, nella legge n. 227 del 1990.

Come detto, il decreto-legge 167 del 1990 è complementare alla definitiva liberalizzazione valutaria e determina il passaggio dal monitoraggio valutario al monitoraggio fiscale. Per monitoraggio fiscale si intende il sistema di controlli dei trasferimenti da o verso l'estero di mezzi di pagamento, denaro, titoli o valori mobiliari, da parte di persone fisiche, enti non commerciali e di società semplici e associazioni equiparate ai sensi dell'articolo 5 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, che risultino residenti in Italia. Riguardo la nozione di residenza si dovrà far riferimento ai criteri utili all'individuazione della residenza ai fini fiscali, e non alle regole delle disposizioni valutarie, le quali non prevedevano il contrasto

¹³⁷ Si veda, per una puntuale disamina del contenuto del decreto G. ESCALAR, *Monitoraggio fiscale e dichiarazione delle attività estere di natura finanziaria e degli investimenti all'estero*, in *Rass. Trib.*, V, 1995, p. 841.

all'esterovestizione. Sarà dunque possibile anche l'utilizzo delle presunzioni di residenza in ambito fiscale, rendendo certamente più efficaci la normativa del monitoraggio.

E' pacifico, in dottrina¹³⁸, distinguere il monitoraggio fiscale tra controlli di carattere "non selettivo" e controlli di carattere "selettivo". Per quanto riguarda i primi, essi hanno ad oggetto, indiscriminatamente, tutti i trasferimenti di denaro, titoli o valori mobiliari da o verso l'estero, ed hanno lo scopo di permettere all'Amministrazione finanziaria di monitorare, appunto, i movimenti di ricchezza transfrontalieri i quali, correttamente elaborati, potranno fungere all'attività di accertamento¹³⁹.

Nel secondo caso, è invece oggetto di dichiarazione non la movimentazione di capitali, ma la presenza di un capitale investito all'estero. L'investimento può consistere in attività finanziarie o patrimoniali, e le rispettive movimentazioni. La dichiarazione in questione dovrà essere riportata nel quadro RW del modello UNICO.

E' stata oggetto di discussione la questione se tali capitali investiti dovessero essere dichiarati allo scopo della determinazione del reddito prodotto all'estero, oppure se (come nel caso dei controlli "non selettivi") fosse necessaria una dichiarazione indiscriminata che considerasse capitale detenuto all'estero come l'aggregato delle disponibilità trasferite al o dall'estero, a prescindere dal fatto che quest'ultimo fosse

¹³⁸ Cfr. in tal senso G. ESCALAR, *Monitoraggio fiscale e dichiarazione delle attività estere di natura finanziaria e degli investimenti all'estero*, cit., p. 842, e A. NUZZOLO, G. PEZZUTO, *il monitoraggio fiscale*, in *Il Fisco*, VII, 2005, p. 2.

¹³⁹ Così G. ESCALAR, *Monitoraggio fiscale e dichiarazione delle attività estere di natura finanziaria e degli investimenti all'estero*, cit., p. 844.

o meno produttivo di ricchezza¹⁴⁰. La questione è stata definitivamente risolta dal legislatore con il decreto-legislativo del 21 novembre 1997, n. 461, nella cui relazione illustrativa si chiarisce che "per evitare l'acquisizione di informazioni che potrebbero non rivestire alcuna utilità agli effetti dei controlli, il legislatore delegato ha cercato di individuare in maniera più circostanziata e precisa di quanto non si fosse fatto nel passato le attività estere di natura finanziaria e gli investimenti all'estero che, ai sensi dell'art. 4 del DL n. 167/1990 citato, i soggetti sottoposti a monitoraggio hanno l'obbligo di dichiarare nel quadro W della dichiarazione dei redditi"¹⁴¹.

Nei paragrafi seguenti si analizzerà in maniera più dettagliata la disciplina riferita alle varie operazioni verso l'estero, posticipando ad un momento successivo la discussione sulla *ratio* reddituale del monitoraggio fiscale.

2.2 Il monitoraggio fiscale cd. "non selettivo"

2.2.1 I trasferimenti al seguito o mediante plichi postali di denaro, titoli od altri valori mobiliari

Come anticipato, il monitoraggio "non selettivo" prende in considerazione i trasferimenti di ricchezza transfrontalieri e la sua disciplina varia a seconda che il

¹⁴⁰ Su posizioni contrapposte G. ESCALAR, *Monitoraggio fiscale e dichiarazione delle attività estere di natura finanziaria e degli investimenti all'estero*, cit., p. 849, e ORAZI, *Monitoraggio nel 740 con incognita*, in *Italia oggi*, 1993, citato dallo stesso ESCALAR, il quale afferma che gli obblighi di monitoraggio *ex art.4* potrebbero rispondere anche al fine di "imporre l'emersione di disponibilità finanziarie estere incompatibili con i redditi dichiarati precedentemente".

¹⁴¹ Relazione citata da F. RASI, "Logica reddituale" ed ambito di applicazione soggettivo della disciplina sul cd. "monitoraggio fiscale": alcune considerazioni, in *Riv. Dir. Trib.*, IV, 2011, p. 67.

trasferimento venga posto in essere direttamente dal soggetto residente oppure sia effettuato con il tramite di un intermediario.

L'originario art. 3 del decreto-legge 167 del 1990 sanciva il divieto di importazione ed esportazione, al seguito o tramite plico postale, di denaro - in qualsiasi valuta - nonché di titoli al portatore per un importo superiore agli attuali 10.329,14 euro.

Confrontando la disposizione con gli scopi della direttiva, si nota immediatamente come il divieto assoluto sancito dalla norma risulti eccessivo e non in sintonia con la previsione comunitaria. A riprova di ciò va riportato come il nostro Paese abbia di fatto rischiato di vedere emettere una sentenza sfavorevole da parte della Corte di Giustizia, evitata con la pronta correzione della disposizione nel 1997¹⁴². Il nuovo art. 3, così come modificato dal decreto-legislativo 125 del 1997, non prevedeva più il divieto di trasferimento, ma lo aveva sostituito con l'obbligo dichiarativo presso le autorità competenti, nel caso in cui si superasse la soglia da cui precedentemente stabilita¹⁴³.

Nonostante i principi generali questo tipo di controlli siano stati fatti salvi, non si fa più stretto riferimento al monitoraggio fiscale per quanto riguarda il trasporto al seguito di valuta e titoli. Difatti l'art. 3 è stato interamente riformato dalla disciplina del decreto-legislativo 19 novembre 2008, n. 195, il quale ha introdotto importanti novità riguardanti l'ambito oggettivo dell'obbligo dichiarativo, nonché nuove disposizioni riguardanti la resa della dichiarazione stessa ed il regime sanzionatorio.

¹⁴² Si veda a riguardo A. NUZZOLO, G. PEZZUTO, *Il monitoraggio fiscale*, cit., p. 3 in cui l'Autore ricorda come la Spagna abbia visto emessa nei proprio confronti una decisione analoga in quanto "la normativa spagnola prevedeva, infatti, l'obbligo di una "dichiarazione preliminare" per poter espatriare con al seguito una somma superiore a 1 milione di pesetas e di una "autorizzazione amministrativa" se la cifra superava i 5 milioni di pesetas. Con la sentenza del 1995, l'alta Corte, adita da un giudice spagnolo, ha ritenuto questa disposizione contraria al diritto comunitario, in quanto suscettibile di rendere "illusorio" il principio della libera circolazione dei capitali"

¹⁴³ Si ricorda che attualmente il limite è di 10.000, così come modificato dal decreto ministeriale del 15 giugno del 2007.

Ai sensi della rinnovata normativa, il limite dei 10.000 euro è riferito alla singola persona a prescindere che quest'ultima sia o meno proprietaria dei valori in qualsiasi modo trasportati, dovendo eventualmente indicare proprio nella dichiarazione alle autorità le generalità del soggetto per conto di cui il trasferimento è effettuato.

Per quanto riguarda l'ambito oggettivo, questo adesso fa riferimento al concetto di "denaro contante"¹⁴⁴. Per "denaro contante" si intendono le banconote e le monete aventi corso legale, gli strumenti di pagamento negoziabili al portatore e gli strumenti monetari al portatore, gli strumenti negoziabili firmati ma privi dell'indicazione del beneficiario, e gli altri strumenti negoziabili caratterizzati dalla facile circolazione¹⁴⁵. Rimangono quindi esclusi gli strumenti di pagamento emessi da istituti finanziari, non girabili e recanti la corretta indicazione del beneficiario.

La dichiarazione dovrà essere presentata all'Agenzia delle dogane e dovrà indicare i dati identificativi del dichiarante e dell'eventuale soggetto per cui conto il denaro è trasportato, la composizione e l'ammontare del denaro stesso, informazioni riguardanti l'origine e l'utilizzo che se ne prevede. Inoltre si dovrà dare evidenza del programma relativo al tragitto, compresi i Paesi che si attraverseranno nel percorso e quello di destinazione¹⁴⁶.

La dichiarazione in questione sarà oggetto degli articolati controlli previsti dal Regolamento n. 1889/2005, recepito dal decreto-legislativo n.195 del 2008. Stando agli artt. 4 e 9 del citato Regolamento, i soggetti deputati al controllo saranno

¹⁴⁴ Definizione che oltretutto può essere modificata dal Ministero dell'Economia tramite decreto.

¹⁴⁵ Per una più analitica esplicazione del concetto di "denaro contante" si veda D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit., p. 14.

¹⁴⁶ Si veda, a proposito del contenuto e della modalità di presentazione della dichiarazione, D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit., p. 19 e ss.

rispettivamente i militari della Guardia di Finanza ed i funzionari dell' Agenzia delle dogane. I controlli consistono generalmente nella verifica materiale sul bagaglio e sul mezzo del dichiarante, nonché sul dichiarante stesso. Ulteriormente, si potrà procedere anche al controllo documentale sulla veridicità della documentazione presentata. Ai militari della Guardia di finanza, nel loro ruolo di forza di polizia in materia economica e finanziaria, deputata a controllo, ricerca e repressione delle violazioni in tali ambiti, sono riconosciuti più ampi poteri di intervento, quali la possibilità di procedere a verifica nei luoghi commerciali dell'impresa o negli esercizi pubblici. Nel caso di ufficiali della Polizia tributaria si potrà inoltre procedere, nel caso di fondato sospetto, a perquisizione domiciliare.

Dal dato normativo risulta evidente come in larga parte ci si trovi dinnanzi ad una potenziale sovrapposizione tra i controlli della Guardia di finanza e quelli dell' Agenzia delle dogane. In ogni caso è possibile che le due Amministrazioni collaborino, ognuna all'interno della sua sfera di competenza, sia nei controlli presso gli spazi doganali che negli spazi esterni. Più precisamente, nel caso di controlli su violazioni doganali, la Guardia di finanza sarà tenuta a collaborare ed a prestare assistenza ai funzionari dell' Agenzia, mentre potrà agire autonomamente nel caso delle altre violazioni¹⁴⁷. Al di fuori degli spazi doganali, le Amministrazioni potranno operare autonomamente, ad eccezione del caso di ispezioni e controlli nei confronti delle persone, dei bagagli e dei mezzi, in cui ci si dovrà avvalere dell'attività dei militari della Guardia di finanza¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Così D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit., p. 19 e ss.

¹⁴⁸ Così ai sensi dell'artt. 19 e 20-*bis* del d.P.R. n. 43 del 1973 (T.U.L.D.).

Data la natura sovranazionale della materia è stabilito che le Autorità dei diversi paesi, compresi quelli extracomunitari, collaborino attraverso lo scambio delle informazioni raccolte. E' inoltre utile ribadire come, nel collaborare allo scambio di informazioni, le Amministrazioni debbano rispettare la normativa riguardante il trattamento dei dati personali¹⁴⁹. Se a seguito dei controlli effettuati si dovessero ravvisare violazioni, i pubblici ufficiali dovranno redigere un apposito verbale di contestazione in cui, oltre ai fatti accertati, si faccia riferimento alle dichiarazioni dei controllati e si richiamino gli eventuali sequestri effettuati (del sequestro del denaro contante si parlerà nel paragrafo successivo)¹⁵⁰. Una volta redatto il verbale, esso, oltre ad essere notificato al soggetto dichiarante, andrà trasmesso al Ministero dell'Economia e delle Finanze per l'inizio del procedimento sanzionatorio.

2.2.2 (segue) Profili sanzionatori delle violazioni nelle dichiarazioni per il trasporto al seguito di “denaro contante”.

La grande attenzione che il Legislatore pone sul tema del trasferimento di denaro all'estero, avendo contezza delle possibili derive illecite che esso stesso comporta, è ravvisabile anche nella severa impostazione data al sistema sanzionatorio risultante dalla normativa.

A seguito delle contestazioni, il soggetto dichiarante ha di fatto più strade da percorrere. La prima è avvalersi della facoltà oblatoria, la quale permette di estinguere la sanzione pagando in misura ridotta¹⁵¹, a seconda del tipo di

¹⁴⁹ Si veda, a proposito dello scambio di informazioni, l'art. 5 del decreto-legislativo n. 195 del 2008.

¹⁵⁰ Si veda art. 4 del decreto-legislativo n. 195 del 2008.

¹⁵¹ Il pagamento può avvenire immediatamente ovvero, in alternativa, entro dieci giorni dalla contestazione.

violazione¹⁵². Tale facoltà viene in ogni caso preclusa al soggetto che l'abbia esercitata nei cinque anni precedenti contro una contestazione per lo stesso illecito, oppure nel caso in cui i valori non dichiarati superino i 50.000 euro. Nel caso in cui il presunto trasgressore abbia pagato con l'intenzione di avvalersi della facoltà oblatoria, ma non potesse goderne a causa dei mancati presupposti, le somme da lui versate verranno trattenute ed eventualmente saranno decurtate dall'importo finale della sanzione¹⁵³.

La seconda strada cui i controlli possono condurre è l'inizio del procedimento di irrogazione della sanzione, i cui effetti si manifestano già sul luogo della contestazione. Infatti, nel caso in cui il soggetto non intenda procedere all'immediato pagamento della sanzione minima prevista per la violazione contestata - eventualmente con l'evidente convenienza di poter procedere a pagamento in misura ridotta - il personale dell'Autorità contestante procederà al sequestro del "denaro contante" nella misura del 30% per la quantità che eccede la dichiarazione, mentre in caso di superamento della soglia dei 10.000 euro il sequestro avrà ad oggetto il 50% dell'eccedenza, e tali somme andranno a costituire parte della sanzione che il soggetto dovrà andare a pagare. E' tuttavia possibile che il valore del denaro non sia di facile quantificazione. In questi casi si opererà il sequestro dell'intera somma, eventualmente restituendone parte a seguito dell'avvenuta quantificazione. La posizione del trasgressore è comunque tutelata, potendo quest'ultimo proporre opposizione al Ministero dell'economia e delle

¹⁵² Le modalità e le percentuali da corrispondere per l'oblazione sono indicate dall'art. 7 decreto-legislativo n. 195 del 2008.

¹⁵³ D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit., p.24.

Finanze entro dieci giorni dall'avvenuto sequestro, su cui si dovrà avere pronuncia con ordinanza motivata entro sessanta giorni.

Oltre al sequestro, che di fatto rappresenta il momento cautelare del procedimento, l'irrogazione della sanzione proseguirà presso gli uffici ministeriali, i quali entro il termine perentorio di centottanta giorni dalla ricezione del verbale di contestazione¹⁵⁴, dovranno determinare, con decreto motivato¹⁵⁵, la somma dovuta per la violazione ed ingiungerne il pagamento. Le sanzioni potranno variare dal 10% al 30% dei valori che si è tentato di trasferire, mentre se si superassero i 10.000 euro l'intervallo per la sanzione passerebbe dal 30% al 50%. Il procedimento prevede la partecipazione attiva del soggetto che ha subito la contestazione, il quale ha la possibilità di presentare al Ministero scritti difensivi e documenti a tutela della propria posizione.

Il ravvedimento operoso non sembra invece rientrare tra le opzioni di cui il presunto trasgressore può beneficiare¹⁵⁶. Alla base di tale esclusione ci sarebbe la visione che inquadra queste sanzioni del monitoraggio nell'alveo delle sanzioni amministrative¹⁵⁷, non potendo così avvalersi dell'istituto al fine di ottenere la riduzione della sanzione stessa, essendone possibile l'esperimento solo in caso di sanzioni fiscali.

¹⁵⁴ In caso contrario decade l'obbligazione al pagamento della sanzione.

¹⁵⁵ Il decreto potrà essere opposto presso il Tribunale del luogo dove è avvenuta la contestazione

¹⁵⁶ Così D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit., p. 25

¹⁵⁷ Di tale avviso anche R. FANELLI, *Sanzioni fiscali, previdenziali e societarie*, Milano, 2012, p. 279.

2.2.3 Il monitoraggio sugli intermediari finanziari residenti

Nella fattispecie della circolazione di denaro è chiaramente possibile che il soggetto si avvalga delle competenze e dei servizi di intermediari. In tali casi il Legislatore ha previsto particolari tipi di controlli che si discostano dall'obbligo dichiarativo cui deve sottostare colui che trasporta il denaro in prima persona, delegando il primo controllo sulle operazioni direttamente agli stessi intermediari. In particolare agli intermediari è demandato, dalla normativa dell'antiriciclaggio, il dovere di presentare dichiarazione in luogo del soggetto beneficiario del trasferimento¹⁵⁸. Inoltre, gli intermediari sono altresì tenuti al controllo sulla pericolosità delle operazioni, sintomo del più frequente collegamento tra la disciplina del monitoraggio e quella dell'antiriciclaggio.

E' necessario ora comprendere cosa si intenda per "intermediari finanziari" e quali siano le operazioni poste in essere da quest'ultimi dalle quali potrebbe derivare l'obbligo comunicativo. Per quanto riguarda il perimetro della definizione di intermediari finanziari, la normativa iniziale è stata oggetto di modifica. Infatti precedentemente si consideravano tali le banche, le società di intermediazione mobiliare, le Poste Italiane, le società finanziarie e le fiduciarie, nonché ogni altro soggetto che si ponga come intermediario per ragioni professionali. Successivamente, però, si è cercato di dare maggiore concretezza al concetto di "intermediari", anche in ragione dell'avvicinamento alle strutture dell'antiriciclaggio che, in quanto materia penale, richiede un maggior grado di

¹⁵⁸ L'obbligo è sancito dall'art. 1 del decreto-legge n. 167 del 1990, il quale prevede che gli intermediari si sostituiscano, nell'effettuare la comunicazione, ai soggetti cui fa riferimento il monitoraggio fiscale. Quindi la sostituzione opera nei confronti delle persone fisiche, degli enti non commerciali, delle società semplici e delle associazioni equiparate ai sensi dell'art. 5 del testo unico delle imposte sui redditi.

determinazione¹⁵⁹. La precedente definizione è stata dunque sostituita dalla più dettagliata elencazione, di cui all' art. 2, commi I e II, del decreto-legislativo n. 231 del 2007¹⁶⁰, espressamente richiamato dall'articolo 1 del decreto-legge n. 167 del 1990¹⁶¹.

In particolare, è interessante sottolineare come dagli obblighi di comunicazione siano di fatto esclusi i professionisti (avvocati, notai, commercialisti, ecc.), i quali, invece, sono tra i soggetti tenuti al controllo sulla clientela in base alla normativa antiriciclaggio ma, sulla base dell'articolo 2, commi III e ss., non sono richiamati dalla legge sul monitoraggio fiscale. La mancata menzione di questa categoria costituisce, senza dubbio, un punto di mancato incontro tra le due discipline.

Dopo aver chiarito la nozione di “intermediario finanziario”, è adesso necessario individuare quali siano le operazioni che, una volta eseguite, necessitino della comunicazione da parte dello stesso. Le modifiche del 2007 sono intervenute anche nell'ambito oggettivo di questo tipo di controlli. La vecchia normativa faceva riferimento al trasferimento da o verso l'estero di denaro, titoli o certificati in serie o in massa. Adesso invece si fa riferimento ai mezzi di pagamento. L'obbligo di comunicazione, quindi, scaturisce dal trasferimento per mezzo di denaro contante, assegni circolari, assegni bancari e postali, vaglia postali, ordini di accreditamento o di pagamento, carte di credito e altre carte di pagamento, polizze di pegno e quelle trasferibili, nonché “ogni altro strumento che permetta di trasferire, movimentare o

¹⁵⁹ In proposito si legga V. J. CAVALLARO, P. CORDEIRO GUERRA, *Si scrive monitoraggio ma si legge antiriciclaggio*, in *Corr. trib.*, XXXVI, 2013, p. 2850.

¹⁶⁰ Per un'elencazione dettagliata si veda D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit., p. 37.

¹⁶¹ Il decreto in questione ha tentato di avvicinare le categorie della normativa antiriciclaggio a quelle del monitoraggio fiscale

acquisire fondi valori o disponibilità finanziarie”¹⁶². Ovviamente è necessaria, oltre alla determinazione del tipo di operazione posta in essere, anche la quantificazione dei valori trasferiti. Attualmente la soglia è quella dei 15.000 euro, così come accade per il trasporto di denaro al seguito.

Parimenti, necessiterebbe di un chiarimento il rapporto tra l’obbligo di comunicazione e l’esimente precedentemente prevista dall’art. 10, comma IV, del decreto legislativo n. 461 del 1997. L’esimente riguarda i rapporti finanziari in cui i clienti hanno optato per il regime del risparmio gestito ovvero per il regime di risparmio amministrato. Secondo un’interpretazione sistematica si dovrebbe ritenere che, avendo il decreto del 2007 riscritto la disciplina del monitoraggio, queste modifiche abbiano finito per abrogare tacitamente anche le precedenti esimenti previste dall’art. 10.

Allo stesso modo, però, merita sottolineare come la precedente esimente avesse lo scopo di evitare un inutile aggravio degli obblighi amministrativi a carico dei contribuenti. Infatti, nel caso di risparmio amministrato o gestito, la comunicazione diventerebbe superflua, dal momento che comunque gli intermediari saranno implicitamente tenuti a provvedervi al momento in cui adempissero agli obblighi fiscali, in quanto dovrebbero comunicare anche l’identità del cliente. Il rischio di evasione sarebbe di fatto sterilizzato. In ragione di ciò parte della dottrina, ritiene che l’art. 10 possa in realtà convivere con la nuova impostazione del monitoraggio fiscale¹⁶³.

¹⁶² Così D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit., p. 40.

¹⁶³ Si legga in proposito V. J. CAVALLARO, *Le esimenti dagli obblighi di comunicazione per contribuenti ed intermediari*, in *Corr. Trib.*, XXXXI, 2013, p. 3280 e ss., il quale fa proprio riferimento alla poca utilità di tali controlli in un’ottica di contrasto all’evasione.

I dati oggetto della comunicazione degli intermediari dovranno essere inviati all'Agenzia delle entrate, i quali saranno anche a disposizione della Guardia di finanza (utili all'attività di contrasto al riciclaggio). Le modalità ed i termini di comunicazione sono stabiliti con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate¹⁶⁴. In base all'ultimo provvedimento, risalente al 24 aprile 2014, la comunicazione dovrà indicare:

- 1) la data, la causale, la tipologia e l'importo dell'operazione;
- 2) il rapporto continuativo movimentato, ovvero in caso di operazioni fuori conto, l'eventuale presenza di contante reale;
- 3) i dati del cliente che dispone l'ordine di pagamento, compresa l'eventuale residenza anagrafica in un altro stato;
- 4) i dati dei destinatari del pagamento, compreso lo stato estero da cui i fondi eventualmente provengano.

Il termine per la presentazione della dichiarazione corrisponde al termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuali del sostituto d'imposta. Una volta ricevuta la comunicazione, l'Agenzia sottoporà la dichiarazione al controllo formale e rilascerà una ricevuta attestante l'avvenuta ricezione. Il tema dell'utilizzo della massa di dati così acquisiti verrà trattato successivamente, quando sarà analizzato il possibile uso del suddetto materiale ai fini delle indagini sul titolare effettivo.

¹⁶⁴ Per una puntuale disamina dei particolari della disciplina si legga D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit., p. 43-46

2.3 Il monitoraggio c.d. selettivo e la figura del beneficiario effettivo

2.3.1 L'obbligo di dichiarazione nel quadro RW

Con il termine “monitoraggio selettivo” si intendono la serie di controlli che, diversamente dai controlli “non selettivi”, hanno ad oggetto l'esistenza di un investimento all'estero. Tale forma di monitoraggio è prescritta dall'art. 4 del decreto-legge n. 167 del 1990.

E' questa l'espressione del monitoraggio che più ci interessa dal momento che va ad insistere proprio sull'eventuale relazione che il contribuente intrattiene col patrimonio. Si tratta di una relazione patrimoniale che può manifestarsi in svariate forme (compresa quella del *trust*) e che finisce per coinvolgere, inevitabilmente, anche la figura del beneficiario. Ed è proprio il modo in cui viene qualificato ed assume rilevanza il rapporto tra beneficiario e patrimonio che finisce per essere la novità più rilevante introdotta nel “nuovo” monitoraggio fiscale del 2013, che sarà oggetto di analisi nel capitolo successivo.

Il primo punto su cui soffermarsi per l'analisi è la nozione di attività di natura finanziaria e d'investimento. A fronte del silenzio del Legislatore sulla questione, potrebbe risultare utile la prassi amministrativa relativa alle istruzioni del modello W, che ha fatto richiamo alla normativa valutaria quale riferimento utile alla compilazione della dichiarazione per i capitali detenuti all'estero. Si riscontrerebbe in ogni caso una concreta difficoltà a sovrapporre le varie categorie concettuali.

La normativa valutaria infatti prende in considerazione concetti ben diversi, quali quello di “investimento diretto” e quello di “operazione finanziaria”¹⁶⁵. Il primo riguarda gli investimenti effettuati con lo scopo di stabilire una “relazione stabile” con un’impresa, mentre il secondo ha ad oggetto tutte quelle attività diverse dagli “investimenti diretti” ovvero dalle “operazioni correnti”, relative alla gestione caratteristica.

Preso atto dalle considerazioni in ordine alla non perfetta sovrapponibilità delle due discipline, è chiaro che per andare a definire l’ambito oggettivo del monitoraggio fiscale si dovrebbero ricercare i concetti utili tra quelli che più si avvicinano ai termini valutari. Anche senza stabilire una connessione diretta, parte della Dottrina¹⁶⁶ ha evidenziato come la definizione di “operazioni finanziarie” possa risultare strumentale alla nostra interpretazione. Infatti essa è caratterizzata da una particolare ampiezza concettuale, potendo ricomprendere anche i concetti di “investimento” e di “attività finanziaria”.

Ed infatti, in riferimento alle “operazioni finanziarie”, la circolare n.1 del 1990 dell’Ufficio Italiano Cambi afferma che con quest’ultime si intenderebbe individuare ogni attività che comporti l’impiego di un capitale, così come l’Agenzia delle Entrate ha recentemente riconfermato¹⁶⁷. La prospettiva da cui parte l’Agenzia è però diversa, poiché nella Circolare si indica che l’elemento qualificante sia la suscettibilità a produrre redditi di capitale o redditi diversi di natura finanziaria.

¹⁶⁵ G. ESCALAR, *Monitoraggio fiscale e dichiarazione delle attività estere di natura finanziaria e degli investimenti all’estero*, cit., p. 847.

¹⁶⁶ G. ESCALAR, *Monitoraggio fiscale e dichiarazione delle attività estere di natura finanziaria e degli investimenti all’estero*, cit., pp. 847-848.

¹⁶⁷ Tale chiarimento è contenuto nella Circolare n. 38/2013.

Dunque la nozione di “attività di natura finanziaria” corrisponderebbe agli impieghi di capitale considerati come presupposto d’imposta ai fini del Tuir .

Resta, invece, incerto il concetto di “investimento”, del quale l’Agenzia nella citata circolare dà una definizione correlata alla natura patrimoniale dello stesso investimento. Nell’alveo della attività di natura patrimoniale si considereranno:

- 1) le unità immobiliari situate all’estero o i relativi diritti reali, o quota parte di essi;
- 2) gli oggetti preziosi e le opere d’arte che si trovano oltre confine;
- 3) le imbarcazioni o le navi da diporto o altri beni mobili registrati all’estero, o che comunque siano situati all’estero.

Ovviamente la natura delle attività estere non è da sola sufficiente a sancire obblighi dichiarativi in capo ai contribuenti. Oltre che dal ristretto ambito soggettivo che, ricordiamo, non prende in considerazione entità come quelle delle società o degli enti commerciali, il quadro di applicazione risultava condizionato dalla suscettibilità delle attività a produrre un reddito di fonte estera imponibile in Italia. Per quanto riguarda le attività di natura patrimoniale, sarà necessario che il bene sia effettivamente situato all’estero¹⁶⁸. Nel caso invece dei redditi di capitale, si dovrà andare a considerare la residenza fiscale del soggetto che eroghi gli interessi ovvero che distribuisca gli utili. Il vecchio art. 4 del decreto-legge n. 167 del 1990 prevedeva un ulteriore obbligo dichiarativo concernente i flussi in entrata ed in uscita che nel corso del periodo d’imposta avessero interessato i capitali detenuti all’estero. Tale previsione è stata però espunta dal legislatore nella legge europea n. 97 del 2013, col fine di evitare una sovrapposizione con gli obblighi dichiarativi che già sussistono per i trasferimenti di ricchezza da e verso l’estero.

Sempre nell'ottica di una maggiore semplificazione dell'onere dichiarativo, è esonerato dalla dichiarazione nel quadro RW il contribuente le cui attività finanziarie siano affidate in gestione ad intermediari finanziari, qualora i redditi percepiti siano in ogni caso soggetti ad imposta sostitutiva o a ritenuta a titolo d'imposta. L'esonero poi si estende anche ai depositi o conti correnti bancari il cui valore raggiunto non superi i 15.000 euro.

2.3.2 La “tassazione presuntiva” e la prima procedura di regolarizzazione (c.d. scudo fiscale)

Lo scopo del monitoraggio sui patrimoni è il controllo finalizzato al contrasto all'evasione fiscale. Nello specifico, i patrimoni non dichiarati vengono considerati come possibile frutto di redditi evasi al fisco e, allo stesso tempo, potenzialmente produttivi di redditi di difficile accertamento, essendone occultata la fonte.

Per quanto riguarda l'evasione fiscale prodromica alla formazione dei capitali, bisogna specificare come tale accertamento sia regolato dalle normali disposizioni previste dal d.P.R. n. 660 del 1973, salvo il caso di attività che siano detenute in Paesi a fiscalità privilegiata, per le quali è prevista la presunzione di costituzione con redditi sottratti all'imposizione¹⁶⁹.

Per quanto invece concerne l'evasione dei redditi esteri, le attività estere non dichiarate si presumono fruttifere in misura corrispondente al tasso ufficiale di riferimento. Questa forma di “tassazione presuntiva” è prevista dall'art. 6 sulla legge del monitoraggio fiscale. Quest'ultima presunzione è comunque da considerarsi come relativa, in quanto la stessa disposizione prevede la prova

¹⁶⁹ Così all'art 12 del decreto-legge n. 78 del 2009.

contraria¹⁷⁰. Il contribuente dunque, a titolo esemplificativo, avrà la possibilità di dichiarare in dichiarazione che tali attività:

- non sono produttive di redditi;
- producono redditi che sono però percepiti in altro periodo d'imposta;

Il legislatore ha previsto, nel decreto-legge n. 350/2001 e nuovamente nel decreto-legge n. 78/2009, la possibilità dell'emersione delle attività per cui non si sia precedentemente provveduto alla dichiarazione. Lo "scudo fiscale" permetteva la riemersione delle attività, in forma anonima, attraverso la dichiarazione di soggetti intermediari unitamente al pagamento di un'imposta straordinaria sul valore delle attività. Le banche italiane, società di intermediazione mobiliare, società di gestione del risparmio, agenti di cambio, Poste Italiane S.p.A. e stabili organizzazioni in Italia di banche e di imprese di investimento non residenti ed anche le società fiduciarie sono indicati come i soggetti tramite cui provvedere alla dichiarazione riservata di emersione ed al pagamento dell'imposta.

Ai sensi della circolare 43/E del 2009 la procedura di regolarizzazione della propria posizione può esplicarsi attraverso le seguenti modalità:

- il rimpatrio materiale delle attività. Ovviamente questa modalità di applicazione dello "scudo" sarà possibile solo per le attività finanziarie e per gli investimenti all'estero in beni mobili, rimanendo così esclusi i beni immobili. Ovviamente i valori dovranno anche essere oggetto della dichiarazione per il trasporto di valori al seguito.

¹⁷⁰ Così D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit., p. 53.

- il rimpatrio giuridico delle attività. Questa modalità di emersione, diversamente dal rimpatrio materiale, non necessita del materiale trasferimento delle attività, essendo sufficiente che il contribuente le “incorpori” in una società e provveda al rimpatrio materiale delle quote sociali. In alternativa al conferimento in società, il titolare delle attività potrà affidarle alla gestione ad una fiduciaria.

Il richiamo alla fiduciaria apre la questione sul tipo di rapporto fiduciario che dovrebbe instaurarsi. A tal proposito l’Agenzia, nella circolare 49/E del 2009, ha chiarito come nel caso di fiducia c.d. romanistica il contribuente non potrebbe regolarizzare la propria posizione in quanto sarebbe il soggetto fiduciario ad essere a tutti gli effetti proprietario. A questo punto si dovrebbe ritenere che il contribuente debba optare per uno schema di fiducia c.d. germanistica, in cui il fiduciante rimane effettivo proprietario dei beni amministrati e l’intestazione del fiduciario è puramente formale. Tuttavia, tale tipo di fiducia non è ammissibile nel nostro ordinamento, in quanto vige il principio del *numerus clausus* dei diritti reali. L’Agenzia ha comunque proposto che tale intestazione fiduciaria sia possibile almeno nel caso delle attività finanziarie, sulla base della disposizione del R.D.L. 239 del 1942, in quanto per quest’ultime sarebbe in ogni caso obbligatoria la nominatività dei titoli, a prescindere dal titolo giuridico¹⁷¹. Quindi, almeno per le attività finanziarie, si potrà procedere al rimpatrio giuridico tramite intestazione fiduciaria. Negli altri casi si ritiene che il rimpatrio debba essere fatto tramite lo schema del mandato senza rappresentanza.

¹⁷¹ Si veda F. RASI, *Le società fiduciarie e lo scudo fiscale ter*, in *Trusts e attività fiduciarie*, IV, 2010, p. 401-402.

- la regolarizzazione, consistente nella possibilità di sanare gli inadempimenti dichiarativi senza la necessità di rimpatrio. Tale procedura sarà però possibile solo nel caso in cui le attività siano situate in Paesi dell'Unione Europea ovvero in Paesi che intrattengano con l'Italia rapporti di collaborazione nello scambio di informazione.

Il principale effetto dello “scudo fiscale” sarà quello di inibire l'accertamento fiscale relativo alle attività rimpatriate o regolarizzate. In realtà, proprio in riferimento ai successivi accertamenti, sorgono alcune problematiche che si ricollegano alla reale portata dell'istituto. Nello specifico i problemi maggiori si riscontrano nell'applicazione dell'istituto agli accertamenti IVA ed agli accertamenti sintetici.

In campo IVA, i problemi sorgono dall'impossibilità, stabilita dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, di procedere a condoni fiscali delle imposte armonizzate¹⁷².

Data la preclusione a successivi accertamenti per gli importi oggetto dell'emersione, si può senza dubbio affermare che l'istituto abbia le caratteristiche di un condono fiscale¹⁷³. Dunque, nel silenzio del Legislatore, è plausibile immaginare che i limiti all'attività di accertamento non si debbano estendere al caso degli accertamenti IVA, sulla base del principio espresso dalla Corte di Giustizia, per cui, nel caso delle imposte armonizzate, “*gli Stati membri sono obbligati ad accertare le dichiarazioni fiscali dei contribuenti*”. Si noti come, data la stretta correlazione tra l'imposta sul valore aggiunto ed il giro d'affari dell'attività svolta,

¹⁷² Si legga la sentenza C-132/06 della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

¹⁷³ I. DE PASQUALE, *Lo “scudo” fiscale: problemi interpretativi e riflessioni sulla natura giuridica dell'istituto*, in *Riv. trim. dir. trib.*, IV, p 889 e ss.

la possibilità di procedere ad accertamenti IVA possa costituire il veicolo per l'accertamento delle maggiori imposte sul reddito¹⁷⁴.

La preferenza per l'esclusione dell'IVA dall'ambito di applicazione dello scudo fiscale è stata ribadita dalla giurisprudenza, nella sentenza del 21 febbraio 2014 della Commissione Tributaria Provinciale di Sondrio, in cui si afferma che la portata dell'istituto vada letta in un'ottica funzionale "all'evitare una procedura d'infrazione".

Altra questione è quella relativa alla possibilità di procedere ad accertamenti sintetici basati sull'eventuale consumo dei valori rimpatriati, fondato su presunzioni e non sulla contestazione di singole voci reddituali. In questo caso la giurisprudenza ha stabilito che "la preclusione degli accertamenti per effetto dell'adesione allo scudo fiscale opera automaticamente, senza necessità di prova specifica da parte del contribuente, in tutti i casi in cui sia possibile, anche astrattamente, ricondurre gli imponibili accertati alle somme o alle attività costituite all'estero e oggetto di rimpatrio"¹⁷⁵.

Nei paragrafi successivi sarà di estrema rilevanza l'analisi della prassi amministrativa relativa alle procedure di rimpatrio, così da poter porre a confronto le visioni dell'Agenzia e quelle della giurisprudenza.

2.3.3 Il beneficiario effettivo nell'ambito soggettivo del monitoraggio fiscale

Il monitoraggio fiscale, come è stato più volte constatato, è stato introdotto con il fine ultimo di evitare che la liberalizzazione dei cambi, data la facilità nello

¹⁷⁴ Così L. SALVINI, *Uno scudo bucato?*, su www.nelmerito.com

¹⁷⁵ Così Comm. Trib. Prov., sez. II, sent. n. 14 del 21 gennaio 2013.

spostamento di ingenti quantità di denaro che ne consegue, potesse assurgere a strumento utilizzabile per finalità evasive da parte di alcuni contribuenti.

Nell'interpretare la normativa non si può non notare che il monitoraggio altro non sia che una procedura volta a far emergere il fenomeno impositivo sottostante (dei trasferimenti o del patrimonio). Nella prima fase di sviluppo del monitoraggio, questa impostazione è stata evidente, e se ne può avere la controprova nella modifica all'art. 4 successiva all'emanazione del decreto-legislativo n. 461 del 1997. L'art. 4, così come modificato, come è stato già osservato nel precedente paragrafo, subordina l'obbligo dichiarativo alla condizione che l'investimento sia potenzialmente produttivo di reddito estero imponibile in Italia per un contribuente nazionale. Questa "correzione" al monitoraggio, unitamente alla previsione di un esonero dalla dichiarazione nel caso in cui non vi sia produzione di redditi da indicare nella dichiarazione, può far ammettere con tranquillità che in questo frangente fosse il reddito l'oggetto del monitoraggio, e non, in primo luogo, i patrimoni¹⁷⁶. Quest'ultimi assumono rilevanza nel caso in cui non ne venissero dichiarati i frutti all'Amministrazione finanziaria, ovvero nel caso in cui si rilevasse che a tali giacenze non corrispondano movimenti transfrontalieri sufficienti a giustificare la capienza.

Dato che, ai sensi dell'art.1 del Tuir, il presupposto d'imposta è costituito dal possesso dei redditi, sarà il possessore dei redditi ad essere tenuto alla dichiarazione. A questo punto è giusto ricordare, seppur brevemente, quanto scritto nel primo capitolo in relazione alla definizione di possessore del reddito

¹⁷⁶ A tal proposito si ricordano G. ESCALAR, *Monitoraggio fiscale e dichiarazione delle attività estere di natura finanziaria e degli investimenti all'estero*, cit., p. 849 e L. ROSSI, P. ANGELUCCI, *Spunti in tema di monitoraggio fiscale-valutario*, in *Bollettino tributario di informazioni*, XIV, 2008. P. 1132.

rammentando, le principali interpretazioni del termine “possesso”. Secondo una prima interpretazione il termine “possesso” farebbe riferimento alla relazione giuridica che il soggetto intrattiene col bene “reddito”. Tuttavia questa visione, che poggia sul concetto di possesso del diritto civile, è ritenuta non applicabile in quanto il reddito non sarebbe suscettibile di essere considerato come una *res* in senso proprio¹⁷⁷.

La seconda impostazione, tenendo conto della particolare natura che può assumere il reddito, qualifica il possessore di reddito come colui che, a seguito di un effettivo incremento patrimoniale, abbia la disponibilità finanziaria per il pagamento del tributo. Si dà così maggiore rilievo alla materialità del possesso.¹⁷⁸

E’ però la terza impostazione, la quale fa leva sulla titolarità della fonte del reddito, che è risultata preferibile per la maggior parte degli studiosi della materia. Secondo tale prospettiva, il possesso del reddito trova la propria origine nella titolarità della sua fonte, cosicché sarà considerato possessore colui che possa, in virtù della titolarità della fonte, “incidere positivamente sulle caratteristiche del reddito stesso, contribuendo alla sua esistenza materiale o giuridica”.

Il concetto del “possesso di reddito” si affianca, nel fenomeno impositivo, al principio dell’universalità dell’imposizione, per cui tutti redditi posseduti da un contribuente anche se di fonte estera, sono sottoposti al prelievo fiscale¹⁷⁹. Il monitoraggio è dunque strumentale alla corretta individuazione del possessore dei redditi. In special modo in riferimento a strutture sovranazionali fittizie, costituite

¹⁷⁷ Così G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2013, p. 453

¹⁷⁸ Così F. RASI, “Logica reddituale” ed ambito di applicazione soggettivo della disciplina sul cd. “monitoraggio fiscale”: alcune considerazioni, cit., p. 68

¹⁷⁹ Così D. MAJORANA, *Il monitoraggio fiscale a carico dei beneficiari di un trust non residente*, in *Trusts e attività fiduciarie*, V, 2013, p. 510.

per l'illegittimo risparmio d'imposta. Questa interpretazione è oggetto di ripetute conferme anche dalla prassi amministrativa, come ad esempio la Circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 168 del 1997, nella quale si afferma che "può ritenersi ormai chiarito che gli obblighi di dichiarazione delle consistenze e dei trasferimenti non sussistono per le attività estere di natura finanziaria e gli investimenti attraverso i quali non possono essere conseguiti redditi di fonte estera ovvero attraverso il quali possono essere esclusivamente conseguiti redditi di fonte estera di cui non è prevista l'imponibilità in Italia", definendo così indirettamente quale sia il fine ultimo della norma. Si ricorda, inoltre, il commento del Secit sulla normativa del monitoraggio fiscale, nel quale si sostiene che "consistendo l'obbligo sancito dall'art.4 della legge n. 227/1990 nella dichiarazione di un dato economico di fatto e non nell'evidenziazione di una mera imputazione formale, non può ritenersi esentato dall'obbligo la persona fisica che effettivamente gode dei risultati dell'operazione finanziaria all'estero"¹⁸⁰. Quest'ultima interpretazione è stata più volte accolta anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale, negli ultimi anni, ha più volte ribadito come gli obblighi dichiarativi sussistano in capo a colui che è l'effettivo beneficiario dell'investimento¹⁸¹, individuato nel soggetto che, nella sostanza, è il destinatario degli effetti di una certa realtà giuridica. A ben vedere, come hanno fatto notare alcuni autori (chi? autori in nota), è proprio il beneficiario effettivo degli investimenti a rappresentare la figura tipica cui le

¹⁸⁰ Si legga a riguardo V. FICARI, "Disponibilità" e "titolarità" di fondi esteri fra detenzione e possesso ai fini del monitoraggio fiscale, in *Corr. trib.*, XLII, 2014, p. 3432.

¹⁸¹ Trattasi della sentenza della Cassazione 1° giugno 2003, n. 9320, la quale ha per prima indicato la figura del beneficiario effettivo nel monitoraggio fiscale. Si leggano le note a sentenza di G. GAMBOGI, *L'inutilizzabilità delle prove nel processo tributario*, in *Corr. trib.*, XXII, 2003, p. 1821, e di O. MAZZA, *Utilizzabile nel processo tributario la confessione dell'imputato*, in *GT-Giur. Trib.*, III, 2004, p. 230. L'orientamento è stato poi ribadito nelle sentenze n. 10332 del 7 maggio 2007 e nn. 17051/17052 del 2010.

indagini del monitoraggio si rivolgono. In realtà, la Corte ha elaborato un'interpretazione più articolata, ed allo stesso tempo controversa, in quanto ha di fatto generalizzato l'obbligazione dichiarativa in capo a tutti i soggetti anche solo relazionabili alle attività estere. L'ambiguità delle pronunce, che sarà evidenziata a breve, trova probabilmente origine nella poca chiarezza del dato testuale della norma.

Nonostante sia stato infatti chiarito come la *ratio* della normativa sia quella di dare rilevanza all'emersione del dato sostanziale su quello meramente formale, il dato testuale genera non pochi dubbi interpretativi, in quanto all'art. 4 si parla di "detenzione" delle attività estere, e non - come sarebbe più appropriato - di possesso. Il concetto di detenzione risulta assolutamente insufficiente all'individuazione di un reddito imponibile, in quanto essa descrive una situazione di mera relazione materiale, che per definizione esclude la presenza in capo al detentore di un diritto reale, secondo il principio per cui il detentore mantiene il bene in assenza del *animus rem sibi habendi*¹⁸².

A voler ben vedere, in realtà, il riferimento alla detenzione non sembra poter richiamare la posizione giuridica di cui all'ambito civile. Una possibile soluzione sarebbe quella di considerare il riferimento alla detenzione come l'uso atecnico della terminologia giuridica¹⁸³, che sembrerebbe rispondere ai canoni del possesso, e non come una vera e propria qualificazione¹⁸⁴.

¹⁸² Così L. ROSSI, P. ANGELUCCI, *Spunti in tema di monitoraggio fiscale-valutario*, cit., p. 1134.

¹⁸³ Così V. FICARI, "Disponibilità" e "titolarità" di fondi esteri fra detenzione e possesso ai fini del monitoraggio fiscale, cit., p. 3437.

¹⁸⁴ Parte della Dottrina ha anche attribuito al termine "detenzione" un significato equivalente a quello di possesso, in ossequio all'art. 12 delle preleggi. A tal riguardo si legga L. ROSSI, P. ANGELUCCI, *Spunti in tema di monitoraggio fiscale-valutario*, cit., p. 1134.

Invece, nella sua interpretazione dell'art. 4, la Cassazione ha tenuto conto del vago riferimento alla detenzione compiuto dal Legislatore, estendendo l'ambito soggettivo della disciplina. La Corte, nella citata sentenza del 2007 ha in proposito ritenuto che "l'obbligo di dichiarazione in questione riguardi non solo gli effettivi beneficiari o i detentori occulti dei conti in questione ma anche coloro che ne hanno disponibilità e possibilità di movimentazione: diversamente, verrebbe ad essere vanificato lo scopo stesso della legge sul c.d. monitoraggio fiscale, quale invece espressamente enunciato nel preambolo del decreto legge e cioè la straordinaria necessità ed urgenza di adottare disposizioni di natura fiscale atte a consentire la possibilità di controllo di talune operazioni finanziarie da e verso l'estero, anche in vista della predisposizione di meccanismi di cooperazione e di scambio di informazioni tra i paesi comunitari, nonché di talune importazioni ed esportazioni al seguito di denaro, titoli o valori per contenere l'uso del contante". I giudici di legittimità giungono quindi al principio di diritto per cui sono tenuti all'obbligo di dichiarazione non solo "l'intestatario formale e/o il beneficiario effettivo di investimenti o attività di natura finanziaria all'estero, ma anche, tenuto conto della *ratio* della previsione normativa, colui che, all'estero, abbia la detenzione e/o la disponibilità di fatto di somme e di denaro non proprie, eventualmente col compito fiduciario di trasferirle all'effettivo beneficiario o di utilizzarle per conto dell'effettivo titolare". La Corte ha chiarito che questo sia possibile in quanto non è in nessun modo escluso il riferimento ai soggetti non beneficiari, potendo quindi estendere il significato del termine "detenzione"¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Si legga V. FICARI, "Disponibilità" e "titolarità" di fondi esteri fra detenzione e possesso ai fini del monitoraggio fiscale, cit., p. 3433.

Dalla pronuncia della Corte si delinea quindi un quadro generale d'incertezza in cui gli obblighi di monitoraggio derivano da una variabile interpretazione del termine “detenzione”, la quale, piegandosi alle necessità del Legislatore, finisce per definire un ambito soggettivo al suo interno contraddittorio¹⁸⁶. L'ambito soggettivo del monitoraggio, così come definito dalla Cassazione, riguarderà i seguenti soggetti:

- 1) il beneficiario effettivo, possessore del reddito;
- 2) il soggetto mandatario, inteso come colui che ha “la detenzione e/o la disponibilità di fatto di somme di denaro non proprie, eventualmente col compito fiduciario di trasferirle all'effettivo beneficiario o di utilizzarle per conto dell'effettivo titolare”. In tale fattispecie rientrerebbe anche la figura del semplice *nuncius*¹⁸⁷;
- 3) il soggetto interposto, reale o fittizio, indicato dalla Corte come “l'intestatario formale delle attività”.

Nell'ultima ipotesi è giusto ricordare come l'interposizione fittizia di persona si distingua nettamente dalla non fraudolenta interposizione reale. Nel primo caso infatti, il soggetto interposto sarà spogliato dei poteri decisionali relativi alla sua posizione di titolare apparente, essendo la disponibilità del bene soggetta alla volontà del soggetto interponente. Nel secondo caso, invece, il rapporto tra il soggetto interposto e l'interponente è di carattere obbligatorio, senza che l'interponente goda di alcun diritto reale sul bene.

Ovviamente è bene sottolineare che la Corte, nell'individuare l'obbligo dichiarativo, non intenda pronunciarsi sull'attribuzione vera e propria

¹⁸⁶ L. ROSSI, P. ANGELUCCI, *Spunti in tema di monitoraggio fiscale-valutario*, cit., p. 1134, in cui gli Autori arrivano a ritenere l'intervento punitivo nei confronti dei contribuenti “sospetti”.

¹⁸⁷ Inteso come colui che riporta esclusivamente la volontà del rappresentato.

dell'obbligazione tributaria. In quanto norma relativa all'accertamento e non afferente al diritto tributario sostanziale, l'attribuzione dell'obbligo dichiarativo va necessariamente calata nel contesto procedimentale retto dal principio del contraddittorio. Infatti, ai sensi dell'art. 6 del decreto-legge n.167 del 1990, nello stabilire la tassazione presuntiva dei redditi prodotti dall'attività estera, si fa salva la possibilità che il soggetto provi di non essere l'effettivo possessore dei redditi. Tale prova, però, potrebbe risultare estremamente gravosa per i soggetti che abbiano avuto solo la disponibilità materiale dei beni su incarico del effettivo titolare¹⁸⁸. Oltretutto, una presunzione così indiscriminata finirebbe per aumentare la necessità, per l'Amministrazione, di effettuare controlli probabilmente inutili, in netto contrasto col proposito della Corte di voler rendere più agevole l'individuazione di redditi non dichiarati¹⁸⁹.

Oltre alle difficoltà che una siffatta elencazione pone nei confronti dell'interprete, ad indebolire ulteriormente la "logica reddituale" interviene la previsione della Corte per cui per la stessa attività potrebbero individuarsi contemporaneamente più soggetti tenuti alla dichiarazione del quadro RW¹⁹⁰. Nonostante l'ambiguità della pronuncia, si può con ogni certezza affermare che, ai sensi dell'ordinamento tributario, non possa sussistere l'eventualità di un possesso che non sia esclusivo. Soltanto uno dei soggetti indicati sarà tenuto all'adempimento dell'obbligazione tributaria¹⁹¹.

¹⁸⁸ Così F. RASI, "Logica reddituale" ed ambito di applicazione soggettivo della disciplina sul cd. "monitoraggio fiscale": alcune considerazioni, cit., p. 67, nel quale l'Autore pone l'esempio della problematica figura del *nuncius*.

¹⁸⁹ Così L. ROSSI, P. ANGELUCCI, *Spunti in tema di monitoraggio fiscale-valutario*, cit., p. 1136, i quali parlano di un possibile "intralcio" all'attività di accertamento.

¹⁹⁰ Si legga F. RASI, "Logica reddituale" ed ambito di applicazione soggettivo della disciplina sul cd. "monitoraggio fiscale": alcune considerazioni, cit., p. 69.

¹⁹¹ Ancora F. RASI, si veda *supra*.

Dando per chiarito come la figura del beneficiario effettivo costituisca l'ipotesi fisiologica interessata dal monitoraggio, è opportuno verificare come nella pratica la decisione della Suprema Corte risulti incoerente con la prassi amministrativa e con l'ordinamento tributario.

Partendo dall'ipotesi dell'interposizione fittizia, si delineerebbe l'ipotesi della presenza di un intestatario formale ed anche fittizio, il quale si interporrebbe rispetto all'effettivo titolare. In questo caso il tentativo di individuare nel soggetto fittiziamente interposto il soggetto deputato all'obbligazione tributaria è in netto contrasto con quanto previsto dall'ordinamento nel caso in cui ci si trovasse dinanzi ad una simulazione della realtà fattuale. Ai sensi dell'art 37 del d.P.R. 600 del 1973 è infatti previsto che non si tenga in considerazione la situazione apparente, cosicché possa emergere il soggetto interponente. I redditi sono riconosciuti in capo all'interponente e non all'interposto.

Nella fattispecie di interposizione reale, il soggetto interposto assumerà l'effettiva titolarità del bene, ma al contempo sarà vincolato a gestirla nell'interesse dell'interponente. In questo caso non è ancora chiaro a chi siano da attribuire i redditi. A fronte di chi sostiene che, in caso di interposizione reale, i redditi vadano imputati in capo al soggetto che detiene il bene e può disporre della fonte della loro produzione¹⁹², vi è un'altra linea di interpretazione, che propende per l'emersione della posizione dell'interponente in quanto beneficiario effettivo dei flussi reddituali¹⁹³. Quest'ultima impostazione si basa sulla sentenza n. 12788 del 2011, in cui la Cassazione si è pronunciata a favore di una lettura ampia in chiave

¹⁹² Si legga F. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusive*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, 1763;

¹⁹³ Così F. MARCHETTI, *La crisi della soggettività del trust e la disciplina fiscale della fiducia come possibile soluzione*, cit., p. 389.

antielusiva dell'art. 37, affermando come la fattispecie prevista dall'articolo non ricomprendesse esclusivamente comportamenti fraudolenti, ma anche le costruzioni giuridiche che, seppur consentite, qualificano come possessore del reddito il soggetto che non ne è l'effettivo titolare. In questo caso la nozione di beneficiario effettivo risulterebbe più ampia rispetto a quella che lo indica come possessore dei redditi sulla base del titolo giuridico che lo lega alla fonte (sia esso effettivo o fittiziamente occultato). Infatti, in questo caso, sarebbe superata l'effettività del titolo dell'interposto reale. Si rischierebbe una distorsione della "logica reddituale" del monitoraggio fiscale, che non avrebbe come fondamento il possesso dei redditi, rilevante i fini impositivi, ma l'indagine del soggetto utilizzatore finale dei redditi prodotti.

In realtà, se da una parte non si può negare come questo tipo di approccio darebbe maggiore efficacia al contrasto agli abusi, dall'altra non si può negare come il condizionamento dell'uso economico della fonte da parte dell'interponente non possa comunque far venir meno la posizione dell'interposto. Quest'ultimo infatti, data la validità del titolo, rimane a tutti gli effetti proprietario dei beni. Provando a rendere più chiara la problematica, si ipotizzi che l'interposto sposti in beni in un altro Stato: l'interponente non avrebbe titolo per esercitare l'azione di rivendicazione, e non potrebbe in nessun modo essere in grado di compilare correttamente il quadro RW.

L'ultima fattispecie da prendere in considerazione è quella del mandatario che agisca per conto del beneficiario. In questo caso, i suoi eventuali atti dispositivi del bene sono solamente un'emanazione del diritto reale di cui gode il mandante, nei cui confronti il mandatario è legato da un rapporto di natura obbligatoria. Non

essendoci un effettivo controllo sulla fonte reddituale, si dovrebbe escludere - diversamente da quanto affermato dalla Corte - la possibilità di ricomprendere il detentore mandatario nell'ambito soggettivo del monitoraggio, ravvisandosi un comportamento inidoneo a instaurare il presupposto d'imposta¹⁹⁴.

Nonostante queste perplessità la Cassazione ha più volte ribadito tale interpretazione in pronunce successive. Nella recentissima sentenza n. 16404 del 8 agosto 2015 la Corte ha confermato che la dichiarazione nel quadro RW da parte di colui che abbia la materiale disponibilità delle attività è fondamentale ai fini del controllo sulle operazioni finanziarie all'estero. Prendendo alla lettera questa affermazione, si potrebbe concludere che nell'ottica della Cassazione la compilazione del quadro RW da parte del materiale detentore sia da considerarsi come una dichiarazione di terzo utile all'accertamento di altri contribuenti. A tal proposito è giusto ricordare come, ai sensi della sentenza della Corte Costituzionale n.18/2000, le dichiarazioni rese da terzi siano utilizzabili ai fini dell'accertamento e dell'eventuale processo tributario, ma debbano in ogni caso mantenere carattere indiziario, essendo di per sé insufficienti a sostenere la tesi dell'Amministrazione. Questa impostazione si è confermata anche nella giurisprudenza della Cassazione e, in ultimo, nella sentenza della Cassazione n. 11630 del 2015. Tuttavia in detta sentenza si afferma come "le dichiarazioni del terzo possono, nel concorso di particolari circostanze ed in specie quando abbiano valore confessorio, integrare non un mero indizio, ma una prova presuntiva, ai sensi dell'art 2729 c.c.". Dunque diventerebbe fondamentale riuscire a determinare se la dichiarazione nel quadro

¹⁹⁴ Si legga F. RASI, "Logica reddituale" ed ambito di applicazione soggettivo della disciplina sul cd. "monitoraggio fiscale": alcune considerazioni, cit., p. 69.

RW possa avere natura confessoria e se le particolari circostanze, che consistono nel rischio di tassazione presuntiva delle attività unitamente a sanzioni tributarie, possano attribuirle la natura di prova presuntiva.

In conclusione, alla luce delle considerazioni qui esposte, il quadro soggettivo così come dipinto dalla Corte nelle sentenze va considerato assolutamente censurabile. Infatti, nel voler indicare varie figure di obbligati in relazione allo stesso reddito, si spinge così oltre da attribuire presunta capacità contributiva anche a chi, per dato normativo, non la manifesta in alcun modo.

2.3.4 Il trust ed il monitoraggio fiscale

Il tema della “detenzione” di attività estere si ripropone, ovviamente, nel caso del *trust*. Avendo chiarito in più occasioni come il *trust* abbia soggettività giuridica in quanto centro autonomo di imputazione, è chiaro che ai fini del monitoraggio sia quest’ultimo il soggetto da considerare titolare dell’attività all’estero.

Nel caso di *trust* esteri, è ovvio che questi non saranno in alcun modo tenuti alla compilazione del quadro RW in quanto soggetti non residenti. Diversamente, i *trust* residenti in Italia saranno obbligati ad indicare le attività estere nella dichiarazione, sempre che non esercitino un’attività commerciale.

A fronte di questa ovvia constatazione, si devono necessariamente considerare le possibili criticità proprio in tema di residenza del *trust*. Infatti la residenza del *trust*, ai sensi dell’art. 73 del Tuir, è nella pratica da individuarsi nel luogo effettivo dell’amministrazione, dovendosi quindi tenere conto anche del luogo in cui il *trustee* amministra il *trust*. Oltre alla normale individuazione della residenza fiscale, si dovrà tener conto anche degli eventuali aspetti patologici della fattispecie. Saranno quindi applicabili le presunzioni di esteroinvestizione e di residenza in Italia

previste dall'art. 73¹⁹⁵. La residenza del *trust* non sembra invece avere particolari conseguenze nel caso in cui vi siano beneficiario determinati, essendo irrilevante ai fini del loro inserimento nel novero nel ambito soggettivo.

E' utile riproporre nuovamente la distinzione tra beneficiari di reddito o di patrimonio. Nel caso di beneficiari di patrimonio, è possibile che questi non siano titolari di una mera aspettativa, essendo possibile che questi siano titolari (evita ripetizione: poiché gli stessi potrebbero essere titolari) di una pretesa giuridica nei confronti di una parte dei beni facenti parte del *trust*.¹⁹⁶ In questo caso sarebbe da ritenere che essi siano tenuti alla dichiarazione nel Quadro RW per le attività su cui vantino un diritto attuale.

Diverso è il caso dei beneficiari individuati ai sensi dell'art. 73. In questo caso, i beneficiari avranno diritto all'immediata alla sola attribuzione del reddito prodotto dal *trust* o a (una) parte di esso. Relativamente a tale fattispecie, alcuni autori hanno sottolineato come in realtà, pur avendo diritto all'attribuzione degli utili prodotti, essi non siano titolari di alcun diritto sui beni del *trust*¹⁹⁷. Infatti, seppur non si possa negare che il beneficiario sia colui nei cui confronti si manifesta la capacità contributiva, non si può allo stesso modo ritenere che intrattenga col patrimonio una relazione qualificata che lo ponga come (designi) titolare dei beni. La titolarità delle attività, seppur orientata secondo una "logica reddituale", è elemento necessario per determinare gli obblighi dichiarativi.

¹⁹⁵ Per un'esposizione delle presunzioni di residenza si veda il capitolo I.

¹⁹⁶ Così D. MAJORANA, *Trust esteri con beneficiari residenti: le precisazioni dell'agenzia delle entrate*, cit., p. 318.

¹⁹⁷ Così D. MAJORANA, *Trust esteri con beneficiari residenti: le precisazioni dell'agenzia delle entrate*, cit., p. 318, L. MIELE, *Ambito soggettivo e oggettivo di applicazione dello scudo fiscale*, in *Corr. trib.*, XXXVIII, 2009, p. 3087, V. UCKMAR, G. CORASANITI, P. DE' CAPITANI DI VIMERCATI, *Manuale di diritto tributario internazionale*, cit., p. 280.

Nonostante il citato punto di vista fosse largamente condiviso in dottrina, l’Agenzia delle Entrate, nella circolare 43/E del 2013, ha stabilito che la procedura dello “scudo fiscale” andasse a regolarizzare le mancate dichiarazioni da parte dei beneficiari di reddito individuati. In realtà dalla circolare sembra emergere la difficoltà nel delineare una qualsivoglia relazione tra i beneficiari ed il patrimonio. Infatti l’Agenzia, nonostante affermi che saranno i beneficiari a godere dei benefici dello “scudo”, definisce il *trustee* come colui che debba accedere alla procedura tramite la dichiarazione di emersione. E’ evidentemente contraddittorio definire i beneficiari come i soggetti deputati alla dichiarazione ed al contempo ammettere, tramite il richiamo alla figura del *trustee*, che il beneficiario non abbia alcuna disponibilità delle attività all’estero.

Infine, bisogna considerare la situazione patologica in cui si possa ravvedere nel *trust* un caso di intestazione formale. In questo caso giova distinguere nuovamente tra casi di interposizione fittizia e casi di interposizione reale. Nel primo caso, infatti, il *trust* verrebbe considerato come inesistente nella realtà giuridica, emergendo così l’effettivo titolare delle attività estere. Nella circolare 43/E del 2009 l’Agenzia indica che in tutti i casi in cui l’influenza sulla gestione del disponente o del beneficiario siano tali da ritenere che i beni siano già nella loro disponibilità, siano quest’ultimi a dovere provvedere alla dichiarazione di emersione.

Per quanto riguarda l’interposizione reale, invece, emerge dalla prassi amministrativa un approccio diverso. Difatti, già nella circolare 99/E del 2001 l’Agenzia aveva affermato che, nel valutare l’irregolarità dell’interposizione, si dovesse tener conto delle caratteristiche e delle modalità organizzative dell’interposto. Infatti, nel caso del *trust*, la limitazione dei poteri del *trustee* è

assolutamente da considerarsi come situazione fisiologica, in quanto perfettamente coerente con gli elementi essenziali dell'istituto indicati all'art. 2 della Convenzione dell'Aja. A conferma di tale interpretazione, è intervenuta nuovamente la Amministrazione finanziaria nella circolare 43/E del 2010, stabilendo che nel caso di *trust* non fittiziamente interposti sono quest'ultimi i soggetti tenuti alla dichiarazione delle attività¹⁹⁸.

2.3.5 Confronto con la nozione di beneficiario effettivo ai fini comunitari e convenzionali

Il monitoraggio trova la sua vera funzione una volta inserito in un contesto di circolazione internazionale dei capitali, in cui è sempre più comune la presenza di relazioni economico finanziarie che travalicano i confini nazionali. E' così inevitabile che nell'individuazione del possessore del reddito prodotto da una fonte estera si debba andare a considerare anche come i due Stati coinvolti abbiano definito l'attribuzione della potestà impositiva al fine di evitare la doppia imposizione. Colui il quale, nello Stato di residenza, non venga considerato obbligato d'imposta per una previsione convenzionale, dovrebbe essere escluso dagli obblighi dichiarativi.

Al contempo, anche in ambito internazionale, è ben noto che non basti individuare staticamente il soggetto che si ritiene percettore del reddito imponibile, ma che sia necessario individuarne una nozione dinamica della relazione tra il soggetto ed il reddito imponibile, che possa scavalcare il dato apparente. La volontà di permettere l'emersione della realtà effettiva sulla situazione apparente è rappresentato dalla

¹⁹⁸ Si legga F. RASI, "Logica reddituale" ed ambito di applicazione soggettivo della disciplina sul cd. "monitoraggio fiscale": alcune considerazioni, cit., p. 69.

clausola anti-abuso del *beneficial owner*. La clausola del “beneficiario effettivo” è stata inserita per la prima volta nel Commentario OCSE nel 1977, con lo scopo di chiarire meglio il significato da attribuire al termine “*paid to*”, utilizzato negli articoli riguardanti il regime convenzionale degli interessi e dei dividendi. Successivamente si è andata affermando tra gli autori una nozione “antiabusiva” di tale clausola, avente il fine di arginare il fenomeno del cd. *treaty shopping*¹⁹⁹. Sarà così possibile determinare se un soggetto residente sia o meno tenuto al pagamento delle imposte (e di conseguenza alla dichiarazione nel quadro RW). Chi, ai fini convenzionali, non viene considerato come beneficiario effettivo dei redditi prodotti da una fonte estera non dovrebbe neanche essere tenuto alla dichiarazione, essendo implicito che esso percepisce i beni a vantaggio dell’effettivo beneficiario. In realtà non si è riusciti ad individuare una generale nozione di *beneficial owner*, atta ad essere utilizzata ai fini dell’interpretazione delle clausole convenzionali. Il principale ambito di “scontro” tra gli interpreti è quello riguardante la possibilità di rilevare un autonomo concetto di *beneficial owner* nel modello OCSE, piuttosto che negli ordinamenti dei singoli Stati. Infatti, parte della dottrina ha inteso riconoscere al termine *beneficial owner* un significato autonomo rispetto ad eventuali legislazioni interne degli Stati. A sua volta, questa corrente di pensiero si divideva tra chi riteneva che il “beneficiario effettivo” indicasse l’obbligato d’imposta, e chi invece intravedeva nell’individuazione del beneficiario la ricerca del soggetto con piena disponibilità dei redditi²⁰⁰.

¹⁹⁹ Si legga, in proposito, D. AVOLIO, B. SANTACROCE, *Il «discussion draft» ocse sul beneficiario effettivo e le questioni ancora aperte*, in *Corr. trib.*, XXXVIII, 2011, p. 3110.

²⁰⁰ Così F. AVELLA, *Il beneficiario effettivo nelle convenzioni contro le doppie imposizioni: prime pronunce nella giurisprudenza di merito e nuovi spunti di discussione*, in *Riv. dir. trib.*, IV, 2011, p. 15.

Al contrario, si potrebbe ritenere che il “beneficiario effettivo” vada individuato avendo come riferimento la legislazione interna degli Stati contraenti. Tale tesi ha la sua base giuridica nell’art.3, comma 2, del modello OCSE, che prevede che le definizioni non previste dal modello debbano essere riprese dalle legislazioni interne degli Stati contraenti, a meno che il contesto non ne richieda una diversa interpretazione²⁰¹.

Il *Discussion draft* del 2003 potrebbe essere stato risolutore. Infatti, il paragrafo 12 del commentario OCSE del 2003 all’art. 10 afferma che al termine non debba essere attribuita una definizione restrittiva, ma vada calato nella realtà concreta al fine di evitare la doppia imposizione o l’abuso delle clausole convenzionali.

Sarebbe quindi preferibile la tesi che vede nel termine *beneficial owner* una nozione la cui interpretazione vada necessariamente riscontrata nel contesto internazionale, senza uno stretto riferimento alla legislazione interna²⁰². Una nozione che non faccia riferimento a previsioni normative risulterebbe sicuramente più ampia di quella che era stata precedente prospettata nelle corti di molti Stati, senza la necessaria riferibilità a concetti tecnico giuridici di attribuzione del reddito.

Risulta dal *Discussion draft* che per l’individuazione del beneficiario effettivo si debba tener conto dell’effettiva disponibilità del reddito di cui gode il percettore dello stesso. Questa impostazione è stata confermata in due pronunce della Commissione Tributaria Provinciale di Torino (C.T.P. Torino sentenza n. 14/7/10 del 11 febbraio 2010 e sentenza n. 124/9/2010 del 19.10.2010). I Giudici hanno

²⁰¹ Così F. AVELLA, *il beneficiario effettivo nelle convenzioni contro le doppie imposizioni: prime pronunce nella giurisprudenza di merito e nuovi spunti di discussione*, in *Rass. dir. trib.*, IV, 2011, p. 14 e ss.

²⁰² D. AVOLIO, B. SANTACROCE, *Il «discussion draft» ocse sul beneficiario effettivo e le questioni ancora aperte*, cit., p. 3111.

affermato che l'espressione "beneficiario effettivo" debba andare ad individuare non solo chi risulta titolare del reddito, ma anche chi ne abbia la piena disponibilità economica, intesa come libertà di deciderne l'utilizzo. Inoltre, nella sentenza dell'11 febbraio 2010, la Commissione Tributaria ha stabilito che in questo caso i benefici convenzionali dovessero essere riconosciuti direttamente in capo al beneficiario effettivo²⁰³, scavalcando il soggetto percettore.

Confrontando questa nozione con quella di beneficiario effettivo risultante dalle sentenze della Cassazione sul monitoraggio fiscale, risulta che tra le due nozioni vi sia una possibile assimilazione. Risulterebbe, allora, ancora più contraddittoria l'interpretazione della Cassazione secondo la quale, a prescindere dal soggetto che risulta essere possessore dei redditi, l'obbligo di dichiarazione spetti anche a quei soggetti che si pongono come meri intermediari nella percezione delle utilità. Infatti che senso avrebbe imporre ad un soggetto l'inserimento delle attività estere nella propria dichiarazione quando, allo stesso tempo, potrebbe accadere che una convenzione tra lo Stato della fonte e l'Italia prevedano che non sia lui il soggetto destinatario dei benefici Convenzionali e di conseguenza, il soggetto passivo d'imposta?

A tal riguardo, si ricorda come la Commissione Tributaria Provinciale di Torino, nella sentenza dell'11 febbraio 2011, abbia ribadito che ai fini impositivi si dovrà dare rilievo alla figura del beneficiario in quanto, se fosse disposto diversamente, "si potrebbe giungere alla situazione in cui né il materiale percettore, né il beneficiario effettivo, possono invocare utilmente i benefici di una convenzione per

²⁰³ Così F. AVELLA, *il beneficiario effettivo nelle convenzioni contro le doppie imposizioni: prime pronunce nella giurisprudenza di merito e nuovi spunti di discussione*, cit., p. 14 e ss.

quanto riguarda la limitazione del potere impositivo dello Stato della fonte. Una tale conclusione sarebbe il frutto di un'interpretazione eccessivamente formalistica e non può essere condivisa; il contesto in cui è applicata la convenzione, in altri termini, sembra richiedere diversamente²⁰⁴. Dalla giurisprudenza citata emerge come la figura del beneficiario effettivo costituisca il superamento, nell'individuazione dell'obbligazione d'imposta, della rilevanza del materiale percezione delle utilità. Sarebbe quindi necessario che la Cassazione rivedesse la propria interpretazione, nella parte in cui non prevede l'alternatività tra il beneficiario effettivo ed i detentori delle attività. Giova però ricordare che, in ogni caso, lo stesso riferimento che la Cassazione fa al beneficiario effettivo risulti comunque criticabile nella sua estendibilità, dovendosi sottolineare il riferimento alla "detenzione" effettuato dalla legge del monitoraggio fiscale.

Al fine di completare il quadro di riferimento soprannazionale in cui inserire le regole del monitoraggio, è necessario tener conto anche della disciplina comunitaria. Il riferimento sarà la Direttiva sul risparmio del 2003. Anche in questa fonte si fa espressa menzione del termine beneficiario effettivo. Nonostante il limitato ambito oggettivo della direttiva, che riguarda solamente il pagamento di interessi a persone fisiche residenti in Unione Europea, non si può negare che assuma particolare rilievo in qualità di fonte comunitaria. Infatti anche la normativa da cui ha origine la disciplina del monitoraggio rientra nell'alveo delle fonti comunitarie.

²⁰⁴ Così F. AVELLA, *il beneficiario effettivo nelle convenzioni contro le doppie imposizioni: prime pronunce nella giurisprudenza di merito e nuovi spunti di discussione*, cit., p. 14 e ss.

Diversamente dalla direttiva sulla liberalizzazione dei cambi, la quale dispone la previsione di controlli adatti al contrasto dell'evasione, la direttiva 2003/48/CE prevede la predisposizione di una serie di adempimenti amministrativi volti all'imposizione degli interessi percepiti nello Stato di residenza del soggetto. Nonostante non vi sia un'interdipendenza diretta, è chiaro che le due strutture di controlli siano comunque connesse all'interno del processo impositivo. Infatti lo scambio di informazioni tra le autorità fiscali degli Stati membri potrà benissimo essere utilizzato anche ai fini del monitoraggio fiscale, con lo scopo di far emergere eventuali investimenti non dichiarati nel quadro RW²⁰⁵.

Non sarebbe quindi assurdo affermare che la nozione di beneficiario effettivo della direttiva sul risparmio possa avere una qualche influenza sulla definizione dell'ambito soggettivo del monitoraggio. Forse potrebbe essere stato(a) proprio sulla base del (cancella) l'impostazione definita (proposta?) dalla direttiva sul risparmio ad aver influenzato la Cassazione nel definire l'ambito soggettivo del monitoraggio. Alcuni spunti in tal senso si potrebbero trarre dalla sentenza 17882/2007, nella quale Corte afferma che, a suo avviso, la *ratio* del monitoraggio sia quella di rispondere “alla straordinaria necessità ed urgenza di adottare disposizioni di natura fiscale atte a consentire la possibilità di controllo di talune operazioni finanziarie da e verso l'estero, anche in vista della predisposizione di meccanismi di cooperazione e di scambio di informazioni tra i paesi comunitari, nonché di talune importazioni ed esportazioni al seguito di denaro, titoli o valori per contenere l'uso del contante”²⁰⁶.

²⁰⁵ Così A. DRAGONETTI, *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2008, p. 1110, P. COSTA, *Il monitoraggio fiscale dei trasferimenti di capitale e la compilazione del quadro RW*, Milano, 2010, p. 29.

²⁰⁶ Così L. ROSSI, P. ANGELUCCI, *Spunti in tema di monitoraggio fiscale-valutario*, cit., p. 1136.

Ai sensi dell'art. 2 della direttiva sul risparmio, si definisce beneficiario effettivo qualsiasi persona fisica che percepisce il pagamento di un interesse a meno che non dimostri di non aver ricevuto il pagamento a proprio vantaggio. Quindi sarà il percettore ad essere considerato beneficiario effettivo, salvo che questi non dimostri di ricevere il pagamento a vantaggio di un'altra persona²⁰⁷. E' chiaro che in questa impostazione prevalga una definizione di beneficiario incentrata sulla materiale percezione del pagamento, senza alcun riferimento effettivo all'obbligazione. In realtà, questa sembra essere una definizione negativa, la quale definisce come beneficiario qualsiasi persona fisica che riceva un pagamento tranne chi agisca in qualità di intermediario²⁰⁸. Nel recepire la direttiva, lo stesso legislatore italiano ha disposto, nell'art. 1, comma 1, del decreto-legislativo n. 84 del 2005, che il beneficiario effettivo sarà colui che riceve il pagamento come "beneficiario finale". Nel proseguo della norma, il "beneficiario finale" viene definito come colui al quale è pagato o attribuito un pagamento.

Nel definire l'ambito soggettivo del monitoraggio, la Corte di Cassazione ha fatto riferimento, oltre al beneficiario effettivo in quanto effettivo possessore del reddito, anche a soggetti quali l'intestatario formale e colui che "abbia la detenzione e/o la disponibilità di fatto di somme di denaro non proprie, eventualmente col compito fiduciario di trasferirle all'effettivo beneficiario o di utilizzarle per conto dell'effettivo titolare". Come è stato già ampiamente sottolineato, una siffatta interpretazione avrebbe l'effetto di moltiplicare i soggetti deputati, anche qualora

²⁰⁷ Si legga B. BAGNARDI, *Il concetto di "beneficiario effettivo" nella direttiva sulla tassazione del risparmio.*, in *Dir. e pr. trib. internazionale*, 2003, I, p. 193.

²⁰⁸ A tal proposito F. AVELLA, *il beneficiario effettivo nelle convenzioni contro le doppie imposizioni: prime pronunce nella giurisprudenza di merito e nuovi spunti di discussione*, cit., p. 14 e ss.

non fossero possessori dei redditi. L'interpretazione si spinge fino a prospettare come per la stessa utilità vi possano essere più soggetti tenuti all'esposizione delle attività estere in dichiarazione dei redditi²⁰⁹. Questo allargamento dell'obbligo dichiarativo, comunque, non avrà l'effetto della doppia imposizione economica in quanto, ai sensi dell'art. 6 dall'art D.L. n. 167/1990, essi possono dimostrare, secondo un'interpretazione dell'articolo nell'ottica di considerarne la disposizione come presunzione relativa, secondo un'interpretazione dell'articolo che consideri la disposizione in esso contenuta come presunzione relativa, "non tanto che in quel periodo di imposta non sono stati percepiti redditi relativi alle attività estere, ma piuttosto che tali redditi siano posseduti da un altro soggetto²¹⁰".

Così come nel caso della direttiva sul risparmio, anche il soggetto intermediario sarà ritenuto beneficiario, a meno che non dichiari l'identità dell'effettivo beneficiario. Così il soggetto materialmente possessore dei redditi sarà considerato anche come possessore fiscale di quest'ultimi, a meno che non dichiari aver percepito i pagamenti a vantaggio dell'effettivo beneficiario.

In ogni caso, anche se si volesse ritenere la procedura di individuazione del beneficiario effettivo nella direttiva sui risparmi come il parametro utilizzato dalla Cassazione per evitare abusi fiscali, non si potrebbe al contempo negare che essa creerebbe in capo ai contribuenti oneri dichiarativi assolutamente sproporzionati.

CAPITOLO III

IL TITOLARE EFFETTIVO NELL'ANTIRICICLAGGIO E

L'INCONTRO COL MONITORAGGIO FISCALE

²⁰⁹ Si legga F. RASI, "Logica reddituale" ed ambito di applicazione soggettivo della disciplina sul cd. "monitoraggio fiscale": alcune considerazioni, cit., p. 69.

²¹⁰ Così L. ROSSI, P. ANGELUCCI, *Spunti in tema di monitoraggio fiscale-valutario*, cit., p. 1136.

3.1 Introduzione all'antiriciclaggio

Come abbiamo già anticipato nel capitolo precedente, lo scopo di questa parte dell'elaborato è individuare come la nozione di "titolare effettivo" sia stata posta come categoria ordinante per due diverse discipline: quella dell'antiriciclaggio e quella del monitoraggio.

Il reato di riciclaggio consiste nell'attività di trasferimento o sostituzione di denaro, beni od altre utilità, ovvero nell'attività volta ad impedirne la provenienza delittuosa.

Con la liberalizzazione dei mercati si è fatta più pressante la necessità di contrastare fenomeni di riciclaggio a livello internazionale. Infatti, la maggiore facilità nel trasferire quantità di denaro su piazze finanziarie estere, senza un preventivo controllo valutario, facilita l'attività di occultazione di proventi illeciti. In ottica europea si è fatta avanti anche la considerazione che l'iniezione di denaro di provenienza illecita potesse inquinare la logica concorrenziale su cui si regola il mercato degli strumenti di finanziamento²¹¹. Anche in ambito internazionale si è diffusa la nuova preoccupazione riguardante il finanziamento di attività terroristiche, che spesso si nasconde dietro entità *no profit* fittizie.

Il contrasto a tali illeciti si è sviluppato sia a livello internazionale che, nello specifico, in ambito comunitario²¹². A tal proposito, nel 1989 è stato istituito il GAFI²¹³, un organo tecnico che provvede ad emanare linee guida non vincolanti in tema di contrasto internazionale al riciclaggio.

²¹¹ Così G. MARINO, "Titolare effettivo" e possessori di reddito: sovrapposizioni innesti e mutazioni genetiche, cit., p. 183

²¹² Si ricorda la Direttiva n. 308/91/CEE, recepita nel decreto-legge n. 143 del 1991.

²¹³ Acronimo di *groupe d'action financière*.

Tale organizzazione ha emanato una raccolta di quaranta raccomandazioni volte alla definizione di criteri e procedure utili al contrasto al riciclaggio, di particolare interesse sono le raccomandazioni nn. 24 e 25, nelle quali si afferma la necessità di valutare con attenzione l'utilizzo di schermi giuridici quali le società ovvero i negozi fiduciari.

Per quanto riguarda invece l'ordinamento italiano, il decreto-legislativo n. 231 del 2007 ricopre un ruolo fondamentale in tema di contrasto all'uso dei canali finanziari per il compimento di attività criminose. Il decreto, che recepisce la terza direttiva sull'antiriciclaggio, indica all'art. 2 quali siano l'operatività e lo scopo della normativa.

Va sottolineato come ai sensi della lettera C) dell'art. 2 di tale decreto, vengano considerate attività di riciclaggio anche l'acquisto, la detenzione e l'utilizzo dei beni provenienti da attività criminosa. Dalla inclusione di queste due fattispecie si può concludere che la nozione di "riciclaggio" a cui si faceva riferimento nella direttiva è certamente più ampia rispetto al reato di riciclaggio di cui al Codice Penale. La fattispecie così delineata avrebbe compreso, infatti, pure la condotta tipica della ricettazione ed anche, non facendosi distinzione tra il soggetto che ottiene illegalmente le utilità e quello che pone in essere la condotta oggetto della direttiva, quella dell'autoriciclaggio, solo di recente introdotta nel nostro ordinamento, tramite la previsione dell'art. 648 *ter* 1²¹⁴.

²¹⁴ Così M. LONGHI, *Trust e nuova legge antiriciclaggio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, III, 2008, p. 2.

La disciplina antiriciclaggio che si ricava dal succitato decreto, ha il proprio elemento principale nell'obbligo di verifica da parte degli intermediari, volto al controllo della clientela e delle eventuali operazioni sospette.

In particolare, la verifica della clientela consiste nell'individuazione di colui che sia il titolare effettivo dei beni oggetto di movimentazione.

Iniziando dal controllo delle operazioni sospette, si deve far riferimento all'art. 41 del decreto. Qui si sancisce l'obbligo, per intermediari e professionisti, della segnalazione alle autorità competenti ogni volta in cui questi abbiano la conoscenza, il sospetto ovvero il fondato motivo di ritenere che l'operazione posta in essere sia di fatto un'operazione volta al riciclaggio oppure al finanziamento del terrorismo.

Si può subito notare come il testo della disposizione sia poco chiaro e preveda, implicitamente, il caso di un sospetto non fondato. Un obbligo così inquadrato sembra assolutamente poco coerente con il diritto penale. Infatti, oltre a prevedere la segnalazione nel caso in cui non vi sia alcuna evidenza del reato, l'art. 41 richiede l'applicazione della procedura di segnalazione anche quando vi sia la conoscenza quasi certa (il caso in cui gli intermediari "sanno") che sia stato commesso un reato²¹⁵. In questo caso sarebbe preferibile che si desse immediata notizia del reato, ai sensi dell'art. 333 del Codice di Procedura Penale.

Ad ausilio degli intermediari e dei professionisti devono in ogni caso essere predisposti dalle autorità schemi di comportamenti anomali a cui fare riferimento.

²¹⁵ Così M. LONGHI, *Trust e nuova legge antiriciclaggio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, III, 2008, p. 4.

Nel caso dei trust, la Banca d'Italia ha indicato una serie di situazioni in cui la stessa costituzione del trust è da ritenersi sospetta²¹⁶.

In particolare, in riferimento al profilo soggettivo della costituzione, si ritiene sospetto il caso in cui il trust venga istituito da un disponente in gravi difficoltà finanziarie ovvero che sia sottoposto ad indagine. Allo stesso modo è da considerarsi sospetta l'attribuzione dei poteri di *trustee* a soggetti non qualificati con il tipo di attività svolta. Da ultimo è ritenuta suscettibile di segnalazione l'eventualità per cui il disponente sia al tempo stesso beneficiario.

Gli elementi oggettivi di sospetto sono invece individuati nelle seguenti situazioni: l'istituzione del trust in paesi a rischio tramite una scrittura privata autenticata ovvero tramite atto pubblico e successiva modifica tramite diversa forma giuridica dell'atto; la collocazione del trust al vertice di una complessa catena di partecipazioni; la presenza di particolari clausole ovvero la segregazione in trust di beni la cui natura risulti incoerente con gli scopi dell'istituto o di cui non sia certa la provenienza.

In ogni caso, la segnalazione delle operazioni sospette costituisce un'eventualità rispetto ai generali controlli sulla clientela previsti della disciplina antiriciclaggio²¹⁷. Nel caso del trust, le operazioni sospette altro non sono che possibili sintomi di un abuso dell'istituto. Invece, per ciò che interessa nel presente lavoro, è importante verificare quale sia il concreto impatto della normativa antiriciclaggio sulla disciplina dell'istituto. In particolare dovremo verificare come, agli effetti dei controlli sul trust, si possa giungere all'individuazione del titolare

²¹⁶ Si fa riferimento allo schema pubblicato nel dicembre 2013 dall'Unità d'informazione Finanziaria (UFI) citato da B. TORRINI su www.directio.it.

²¹⁷ Così G. MARINO, "Titolare effettivo" e possessori di reddito: sovrapposizioni innesti e mutazioni genetiche, cit., p. 183.

effettivo, col rischio di limitare la soggettività giuridica dell'istituto, anche quando quest'ultimo fosse da considerarsi pienamente legittimo ai sensi dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja sui trust.

3.1.1 I controlli sul trust

Ai sensi dell'art. 18 del decreto-legge n. 231 del 2007, gli obblighi di adeguata verifica della clientela consistono:

- nell'identificare il cliente e verificarne correttamente l'identità;
- identificare l'eventuale titolare effettivo e verificarne l'identità;
- ottenere informazioni sullo scopo e sulla natura prevista del rapporto continuativo o della prestazione professionale²¹⁸;
- svolgere un controllo costante nel corso del rapporto;

La prima questione su cui soffermarci è quella relativa a chi sia da considerarsi cliente nel caso del trust. Una volta identificato il cliente, si dovrà procedere alla corretta individuazione del titolare effettivo.

Ai sensi dell'art. 1, II comma, lett. e) il "cliente" è colui il quale intrattenga rapporti continuativi con gli intermediari o per il quale è effettuata una prestazione professionale. La nozione di cliente così delineata sembrerebbe essere caratterizzata da un certo grado di materialità, definendo il soggetto che concretamente intrattiene rapporti con gli intermediari od i professionisti. Partendo da questa impostazione

²¹⁸ Ai sensi delle definizioni riportate all'art. 1 il termine "rapporto continuativo" riguarda l'attività degli intermediari finanziari di cui all'art. 11 e corrisponde ad un rapporto di durata che non deve consistere in una sola operazione. Invece, con il termine "prestazione professionale" si intende l'attività professionale e/o commerciale svolta dai professionisti, revisori legali e gli altri soggetti indicati dall'art. 14.

alcuni autori²¹⁹, hanno sostenuto che, nel caso in questione, il cliente andrebbe identificato nella persona del *trustee*

In realtà dalla normativa è chiaro che ci riferisca al trust in quanto cliente; Ad esempio nell'art. 19, I comma, lett. b) del decreto, nel quale si demandano controlli accurati sul trust in quanto cliente, al fine di individuarne l'effettiva struttura di proprietà e controllo. Dal dato testuale emergerebbe dunque la propensione, in ambito comunitario, di una visione per cui il trust è da considerarsi in tutto e per tutto un soggetto di diritto²²⁰.

Gli intermediari od i professionisti che dovessero svolgere la propria attività nei confronti del *trust* dovrebbero procedere alla verifica della sua struttura organizzativa e proprietaria. In particolare, il soggetto deputato al controllo dovrà provvedere a reperire l'atto istitutivo del trust e gli atti dai quali deriva la rappresentanza²²¹.

Le prime difficoltà nei controlli sorgono proprio da reperimento della documentazione riguardante la costituzione ed il potere gestorio del *trustee*. Infatti ai sensi della Convenzione dell'Aja sui trust quest'ultimo può essere istituito con semplice atto scritto e l'utilizzo della forma giuridica dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata è solo funzionale alla trascrizione del trust stesso ed al rafforzamento della segregazione patrimoniale nel caso di beni immobili. Dunque, anche se è probabile che si abbia la possibilità di rivenire la documentazione

²¹⁹ Di tale avviso A. VICARI, *Dal beneficiario del trust al suo titolare effettivo: percorsi nella disciplina antiriciclaggio del trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, VI, 2009, p. 615.

²²⁰ Non parrebbe invece con questa impostazione la disposizione dell'allegato tecnico in cui, all'art. 2, il trust è definito semplicemente come "istituto".

²²¹ Così M. LONGHI, *Trust e nuova legge antiriciclaggio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, III, 2008, p. 5.

necessaria dagli estratti dei pubblici registri, il lavoro di adeguata verifica sarebbe sicuramente un aggravio burocratico ai danni degli operatori.

Al fine di ovviare a queste difficoltà il legislatore europeo ha previsto, all'art. 29 della IV Direttiva antiriciclaggio, che i trust debbano essere tenuti alla comunicazione dei dati relativi alla propria struttura. Tali dati dovrebbero essere raccolti in un registro nazionale in cui siano contenute le informazioni utili all'adeguata verifica della clientela²²². La portata dichiarativa del registro in realtà sarebbe molto più estesa rispetto alle sole informazioni utili, divenendo strumento per la trasparenza delle persone giuridiche (compreso il trust). Questo aspetto sarà ripreso successivamente in relazione all'indagine sul titolare effettivo.

Sulla base di quanto detto la posizione del *trustee* sarebbe quella di mero esecutore per conto del cliente (il trust). Nella sua attività l'esecutore materiale è deputato di particolari obblighi che saranno di ausilio nella verifica della clientela. Infatti dovrà innanzitutto qualificarsi come *trustee* e successivamente fornire le informazioni agli operatori sulle "generalità" del trust per il cui conto opera²²³. L'obbligo informativo a carico del *trustee* è rafforzato dalla previsione della sanzione di cui all'art. 55, II comma, ai sensi del quale *"l'esecutore dell'operazione che omette di indicare le generalità del soggetto per conto del quale eventualmente esegue l'operazione o le indica false e' punito con la reclusione da sei mesi a un anno e con la multa da 500 a 5.000 euro"*.

²²² A tal proposito si veda D. PAPPADA', *Trust e lotta al riciclaggio: tendenze in Francia e Unione Europea. E in Italia?*, in *Trusts e attività fiduciarie*, I, 2015, p. 40.

²²³ Così M. LONGHI, *Trust e nuova legge antiriciclaggio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, III, 2008, p. 5.

Non sarà inoltre possibile procedere ad alla verifica semplificata della clientela di cui all'art 25 del decreto-legge n. 231 del 2007. Infatti la normativa prevede la possibilità di derogare alla verifica della clientela con l'unico obbligo di segnalazione delle operazioni sospette. Tale possibilità è riconosciuta quando il cliente sia un intermediario finanziario, un ente creditizio comunitario soggetto alla direttiva ovvero un ente creditizio estero soggetto a obblighi di controllo analoghi a quelli della direttiva.

3.1.2 Il titolare effettivo.

Il tema centrale dei controlli cui ci siamo riferiti è in ogni caso quello dell'individuazione del titolare effettivo dell'operazione. Esso, ai sensi dell'art. 1, II comma, lettera u) del decreto-legge n. 231 del 2007 è la persona fisica per conto della quale si realizza l'operazione ovvero, in caso di entità giuridiche, la persona fisica che le controlla o che ne è beneficiario ai sensi della definizione riportata nell'allegato tecnico²²⁴. La *ratio* della normativa antiriciclaggio è, dunque, quella di identificare l'effettivo titolare di un patrimonio quando quest'ultimo, essendo controllato tramite persone giuridiche ovvero enti, garantisca al *dominus* un alto livello di anonimato.²²⁵

Ai sensi di quanto indicato nell'allegato tecnico bisogna distinguere tra il caso in cui i patrimoni siano controllati da società oppure il caso in cui siano amministrati da entità giuridiche.

Nel caso delle società il titolare effettivo sarà individuato:

²²⁴ Questa nozione di titolare effettivo è a sua volta ispirata a quella contenuta nelle "40 raccomandazioni" del GAFI.

²²⁵ Così C. MIONE, *Le recenti modifiche alla disciplina del c.d. monitoraggio fiscale: la problematica individuazione del "titolare effettivo" del trust*, cit, p. 4.

- nella persona o nelle persone fisiche che, in ultima istanza, controllino o possiedano un'entità giuridica attraverso il possesso ovvero il controllo diretto o indiretto di una quota di capitale sociale oppure di diritti di voto. Tale deve essere corrispondente almeno al 25% del capitale sociale;

- nella persona fisica o nelle persone fisiche che esercitino in qualsiasi altro modo il controllo su un'entità giuridica;

Nel caso invece di entità giuridiche quali le fondazioni ed i trust, il titolare effettivo sarà individuato:

- se i futuri beneficiari sono già stati determinati, nella persona fisica o nelle persone fisiche beneficiarie di almeno 25% del patrimonio;

- se i beneficiari dell'entità giuridica non sono stati determinati, nella categoria di persone nel cui interesse agisce l'ente giuridico;

- in ogni caso, nella persona o nelle persone fisiche che esercitano il controllo su almeno il 25% del patrimonio dell'entità giuridica;

Emerge chiaramente la contraddittorietà della norma nel definire la figura del "titolare effettivo". Quest'ultimo, in quanto *dominus*, dovrebbe godere di una posizione caratterizzata da esclusività (essendo comunque possibile che tale posizione sia condivisa da altre persone fisiche che svolgano la medesima attività nell'operazione) mentre, dalle indicazioni fornite dal legislatore, sembrerebbe che tale "posizione" possa essere ricoperta, nel caso delle società, anche da chi abbia la detenzione del capitale sociale²²⁶. Ancora maggiori saranno le difficoltà applicative nel caso dei trust, come si verrà a dimostrare nel paragrafo successivo.

²²⁶ Questo perché, ai fini dell'applicazione della norma penale, con il termine possesso ci si riferisce anche alla situazione di mera detenzione.

Alla base delle difficoltà che si incontrano nell'interpretare la lettera della normativa vi è l'utilizzo di termini appartenenti a varie famiglie giuridiche. Infatti la nozione di controllo non è conosciuta nel diritto penale, essendo riconducibile alla figura del possesso. Inoltre, la stessa nozione di possesso è diversa a seconda che si inserisca in un contesto penalistico ovvero in quello del diritto civile²²⁷. Si necessiterebbe, allora, di un'interpretazione delle previsioni dell'allegato coerente con l'ordinamento del diritto privato, così da poter giudicare la posizione del titolare effettivo alla luce degli effettivi poteri di cui esso gode, valutando la posizione di quest'ultimo rispetto alla struttura giuridica oggetto di controllo.

3.1.3 (segue). Il titolare effettivo del *trust*

In tema di *trust* si sono segnalate notevoli difficoltà interpretative, specialmente riguardo la nozione di beneficiario “determinato”. Infatti il vago riferimento al patrimonio non chiariva quale dovesse essere il beneficio rilevante. Non era infatti chiaro se tale beneficio potesse essere anche solo potenziale, oppure se fosse necessario un diritto caratterizzato da una certa attualità.

Buona parte della dottrina ha sostenuto che la “determinazione” non potesse consistere nella mera indicazione nominale²²⁸, essendo necessario che il beneficiario goda di un diritto *vested*. Tale assunto è confermato anche dalle autorità fiscali ed amministrative, italiane ed estere²²⁹, che richiedono che la posizione beneficiaria, oltre che non subordinata alla discrezionalità del *trustee*, debba essere

²²⁷ Così G. MARINO, “Titolare effettivo” e possessori di reddito: sovrapposizioni innesti e mutazioni genetiche, cit., p. 184.

²²⁸ Così M. LONGHI, *Trust e nuova legge antiriciclaggio*, cit., p. 6, A. VICARI, *Dal beneficiario del trust al suo titolare effettivo: percorsi nella disciplina antiriciclaggio del trust*, cit., p. 618.

²²⁹ Ai sensi della circolare 48/E del 2007, seppur in riferimento ai redditi, è stato affermato che la posizione beneficiario rileva in quanto attuale e disponibile per il beneficiario. Allo stesso modo, in Regno Unito, le *Money Laundering Regulations* stabiliscono che il *vested interest* del beneficiario deve essere necessariamente attuale, senza la presenza di alcuna pre-condizione.

attuale. Dunque il diritto del beneficiario al patrimonio deve essere pieno ed attuale per essere rilevante ai fini della verifica sulla clientela. Tale diritto non dovrà essere sottoposto né a condizione né a termine²³⁰. Questa impostazione è del tutto coerente con la definizione generale di “titolare effettivo” di cui all’art. 2 del decreto-legislativo n. 231 del 2007.

Resterebbero così esclusi i beneficiari del reddito prodotto dal trust²³¹. In realtà bisogna fare attenzione proprio alla qualificazione del termine “beneficiario di reddito”. Come abbiamo visto, non tutte le erogazioni monetarie costituiscono l’equivalente di un diritto attuale sui redditi prodotti. E’ possibile che le attribuzioni periodiche siano di fatto la mera distribuzione del patrimonio²³². A questo punto è bene ricordare che l’allegato si riferisce a “trust e fondazioni che amministrano o distribuiscono patrimoni”, e dunque, la previsione di erogazioni periodiche, senza che queste siano condizionate dalla produzione di un reddito da parte del trust, corrisponde ad una distribuzione di patrimonio.

L’allegato tecnico poi considera il caso in cui non sia la determinazione dei beneficiari del patrimonio. In dottrina si è ritenuto che questa previsione costituisca un complemento della fattispecie precedente²³³, differente da altre legislazioni²³⁴, ove questa disposizione costituisce regola generale in tutti i casi in cui il trust non

²³⁰ Così A. VICARI, *Dal beneficiario del trust al suo titolare effettivo: percorsi nella disciplina antiriciclaggio del trust*, cit., p. 618. Non va confuso il termine per la costituzione di un diritto, con il termine per la sua esecuzione.

²³¹ In effetti, ai fini del contrasto al riciclaggio, ciò che rileva è l’attività del soggetto che va ad operare sul patrimonio frutto di un reato, non rilevando ai fini della qualificazione criminosa della condotta l’eventuale produttività dell’impiego. Stesso ragionamento può essere riproposto nel caso di finanziamento del terrorismo, dove l’attività assolutamente necessaria è la distribuzione di fondi, non la sua percezione. Così A. VICARI, *Dal beneficiario del trust al suo titolare effettivo: percorsi nella disciplina antiriciclaggio del trust*, cit., p. 617, nota n. 5

²³² Così M. LUPOLI, *Imposte dirette e trust dopo la legge finanziaria*, cit., p. 7.

²³³ Così A. VICARI, *Dal beneficiario del trust al suo titolare effettivo: percorsi nella disciplina antiriciclaggio del trust*, cit., p. 620.

²³⁴ Si vedano nuovamente le *Money Laundering Regulations* del Regno Unito.

operi per beneficiari. Il dato letterale, in effetti, non prevede l'assenza di beneficiari, ma solo la loro mancata determinazione. A rigore di logica, la seconda disposizione dovrebbe essere solo l'alternativa nell'attribuzione del beneficio del trust; Nello specifico, un diritto *vested* su una quota corrispondente almeno al 25% del patrimonio segregato. La disposizione troverà applicazione, dunque, nel caso in cui non siano indicati i singoli beneficiari, ma il diritto sia riferito ad una determinata categoria.

La regola in questione, operando come alternativa al caso di determinazione dei singoli beneficiari, non sarà applicabile nel caso in cui ci si trovi davanti la determinazione di una categoria "chiusa", in cui i beneficiari siano comunque chiaramente determinabili²³⁵. Infatti la categoria, dal punto di vista concettuale prevede la necessaria pluralità ed indeterminatezza dei soggetti appartenenti alla stessa, essendo sempre possibili ulteriori ingressi²³⁶.

Quindi il diritto, nel caso in cui venga attribuito direttamente ai membri della categoria, sarà da considerarsi definitivo ed attuale nei confronti di quest'ultimi, e non della categoria, essendo applicabile la regola relativi ai beneficiari determinati. In questo caso il *trustee* svolgerebbe una mera attività custodiale, essendo di fatto privo della facoltà di utilizzare e disporre i beni al fine di perseguire lo scopo del trust. La sua attività si limiterà alla conservazione del patrimonio in attesa della futura distribuzione.

²³⁵ Ad esempio la regola in questione non sarà applicabile nel caso in cui la il beneficio sia riconosciuto agli studenti del quinto anno che al momento sono seguiti dall'Avvocato Rasi nella stesura della tesi di laurea in diritto tributario.

²³⁶ Ad esempio il caso di soggetti che soffrano di una determinata patologia.

Alcuni autori²³⁷ hanno sottolineato come nel caso della categoria si ponga la questione della difficoltà di poter efficacemente “individuare” una categoria. Infatti la determinatezza del concetto di “individuazione” contrasta con la vaghezza del concetto di “categoria”.

La regola di cui alla lettera c) dell’allegato, è invece una regola di applicazione generale, e non solo una regola residuale. Infatti essa sarà sempre applicabile, anche nel caso in cui vi sia un titolare effettivo determinato sulla base delle precedenti regole. Lo scopo della normativa sembra infatti essere quello dell’individuazione del titolare effettivo come colui che effettivamente controlla, ed indirizza l’amministrazione del patrimonio. In quest’ottica è inevitabile prendere in considerazione anche le manifestazioni patologiche dell’istituto²³⁸.

Non ci si potrà limitare ad evidenziare solo i casi in cui il controllo risulti dalle posizioni beneficiarie del trust, ma si dovrà anche tener conto dei casi in cui il controllo sia esercitato tramite prestanome ovvero tramite clausole del trust che sterilizzano il poter del *trustee* di amministrare. In questi casi dunque si dovrà tener conto di chi, in “ultima istanza, possiede o controlla il cliente”. In questo senso la terza regola si limita a individuare il titolare effettivo nella persona o nelle persone fisiche che controllino il 25% o più del patrimonio in trust.

Innanzitutto il controllo, nel caso in cui vi siano beneficiari di patrimonio, risulta in modo evidente in quanto, con l’attribuzione di un diritto attuale ed esclusiva alla percezione della loro quota patrimoniale, essi sono i gli unici titolari di quei beni.

Di fatto verrebbe meno la segregazione patrimoniale del trust per quella quota

²³⁷ Così M. LONGHI, *Trust e nuova legge antiriciclaggio*, cit., p. 7.

²³⁸ Così C. LICINI, *La persona fisica “titolare effettivo in ultima istanza” nel D.lgs 231/2007 in attuazione della III direttiva antiriciclaggio*, in *Notariato*, 2008, II, p. 179.

patrimoniale, divenendo quest'ultima parte del patrimonio personale del beneficiario.

Ma la regola in questione ha, come anticipato, portata indubbiamente più ampia. Infatti, il controllo sul patrimonio, rilevante per il contrasto al riciclaggio, può definirsi come la facoltà di disporre, investire, lasciar godere ed amministrare i beni del trust²³⁹. Il controllo può aversi solamente se tali facoltà sono esercitabili anche senza il necessario consenso o la possibilità di veto di soggetti terzi. In assenza di beneficiari di patrimonio, il caso fisiologico sarebbe quello in cui il controllo sul patrimonio venga esercitato dal *trustee*.

Però, come abbiamo detto, la portata di questa disposizione è di fatto illimitata. Dunque si andrà ad individuare il titolare effettivo anche nel soggetto che il trust individui come il controllore dell'attività gestoria del *trustee* (il guardiano), quando questi abbia di fatto il potere di determinare la gestione del patrimonio. Allo stesso modo si dovrà tener conto dei casi in cui il disponente, ovvero i beneficiari, siano titolari di poteri tali da considerare non effettiva l'autonomia del patrimonio, facendoli così emergere come effettivi titolari.

La concreta qualificazione dei poteri dei beneficiari o del disponente è già stata oggetto di discussione nel paragrafo riguardante la soggettività fiscale del trust. Nella circolare 61/E del 2010 l'Agenzia ha stabilito che, nella sua interpretazione, non si debbano ritenere operanti i trust in cui il *trustee* non goda dell'esclusivo potere di amministrare i beni. Alcuni autori si sono opposti a questa

²³⁹ Così A. VICARI, *Dal beneficiario del trust al suo titolare effettivo: percorsi nella disciplina antiriciclaggio del trust*, cit., p. 622.

impostazione²⁴⁰, sottolineando come in ogni caso, l'avvenuto spossessamento del disponente dovesse, a meno di rari casi di simulazione, ritenersi efficace e produttivo di un autonomo rapporto fiduciario.

E', però, diversa l'ottica con cui si deve approcciare la questione, in quanto nel caso della circolare dell'Agenzia era importante verificare come il trust fosse autonomo nell'impiego dei beni come fonte produttiva dei redditi. Nel caso del riciclaggio o del finanziamento del terrorismo con il termine "controllo" si dovrebbe intendere in un'accezione vicina al concetto di possesso. Questa concezione di controllo certamente comprende l'eterodirezione sull'attività del *trustee*, ma anche il diritto attuale di poter apprendere il patrimonio.

Per chiarire meglio si può fare l'esempio del trust revocabile con successiva attribuzione del patrimonio, in cui ad un soggetto terzo rispetto al *trustee* è riconosciuta la potestà di porre fine al trust e godere della distribuzione del patrimonio. Per quanto riguarda gli aspetti fiscali si è ritenuto che in ogni caso i redditi prodotti dal trust non andassero imputati, contrariamente all'interpretazione dell'Agenzia, al titolare di questa facoltà, ma piuttosto al trust stesso. Questo perché il fatto che la gestione del *trustee* sia sottoposta a condizione risolutiva non significa che sia a tutti gli effetti libero nella gestione²⁴¹. Invece nel caso in cui il disponente ovvero i beneficiari abbiano il diritto di appropriarsi del patrimonio del trust, come abbiamo visto nel caso del diritto *vested* su una quota patrimoniale, quest'ultimi andranno considerati quali titolari effettivi²⁴².

²⁴⁰ Ad esempio F. MARCHETTI, *La crisi della soggettività del trust e la disciplina fiscale della fiducia come possibile soluzione*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2013, IV, p. 387

²⁴¹ Così A. VICARI, *La soggettività passiva del trust nelle imposte dirette tra simulazione, interposizione fittizia e riqualificazione, parte II*, cit., p. 602.

²⁴² Così M. LONGHI, *Trust e nuova legge antiriciclaggio*, cit., p.

Proprio riguardo all'individuazione del titolare effettivo come colui che ha diritto ad essere il percettore definitivo del patrimonio, parte della dottrina ha stabilito un parallelo col concetto di *beneficial owner*. In ogni caso è utile sottolineare come il concetto di *beneficial owner* nelle convenzioni contro le doppie imposizioni è da riferirsi al beneficiario finale di un reddito. Nell'ambito a cui ci stiamo riferendo è invece essenziale andare ad individuare il soggetto che possiede effettivamente i beni col tramite dello schermo di entità giuridica, al fine di nascondere la provenienza illecita. Si tratta di far emergere comunque una realtà statica quale il patrimonio frutto di reato, così come si evince dalla definizione di riciclaggio all'art. 2 del decreto-legislativo n. 231 del 2007. Il riferimento al "controllo", dunque, richiede un'interpretazione dell'allegato coerente con la disciplina del trust, dato che solo basandosi su di essa si potrà definire la posizione di controllo.

3.2 Il titolare effettivo come soggetto del monitoraggio fiscale

3.2.1 La Legge europea del 2013

La struttura del monitoraggio così come descritta nel capitolo II è stata sostanzialmente modificata dalla Legge europea del 2013. Alla base di questa "riforma" del monitoraggio vi era la necessità di scongiurare la prosecuzione di una procedura d'infrazione avviata nei confronti dell'Italia²⁴³. La Commissione Europea contestava allo Stato Italiano la mancanza di ragionevolezza dell'obbligo di compilazione del Quadro RW. Le contestazioni si basavano su due aspetti del monitoraggio fiscale.

²⁴³ Caso *EU Pilot1711/11/TAXU*.

La prima questione riguardava l'eccessiva onerosità della dichiarazione nel quadro RW, in presenza di strumenti meno onerosi per i contribuenti, quali gli accordi per lo scambio di informazioni e per la collaborazione fiscale²⁴⁴.

La seconda questione riguardava il regime sanzionatorio conseguente al mancato adempimento della compilazione in dichiarazione. Infatti, la mancata dichiarazione di patrimoni esteri prevedeva un regime sanzionatorio estremamente gravoso per il contribuente. Si trattava di una sanzione pari al 50% dei valori non dichiarati, unitamente alla sanzione accessoria della confisca di beni di valore equivalente ai patrimoni non dichiarati. Tale regime sanzionatorio risultava nettamente sproporzionato rispetto a quello previsto per gli investimenti effettuati in Italia²⁴⁵.

In risposta alla procedura di infrazione il legislatore ha in, primo luogo, modificato l'ambito soggettivo del monitoraggio, cumulando l'obbligo dichiarativo per i soggetti che abbiano la disponibilità dei patrimoni, anche l'obbligo per coloro i quali siano i "titolare effettivi" dei patrimoni stessi. Peraltro con poca coerenza rispetto ai rilievi della Commissione, come in seguito si verrà a dimostrare. Infatti, a fronte dell'allargamento dell'ambito soggettivo, non sembra essere stata modificata la vecchia impostazione reddituale del monitoraggio, la quale, piuttosto che perseguire la ricerca di patrimoni non dichiarati tramite un obbligo dichiarativo di carattere meramente amministrativo, continua ad imporre la segnalazione patrimoniale nell'ambito della dichiarazione dei redditi. Infatti la dichiarazione è funzionale alla liquidazione dell'imposta e, di conseguenza, ne deriva che il soggetto dichiarante sia il presunto possessore dei redditi frutto del patrimonio,

²⁴⁴ C. MIONE, *Le recenti modifiche alla disciplina del c.d. monitoraggio fiscale: la problematica individuazione del "titolare effettivo" del trust.*, cit., p. 1.

²⁴⁵ D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit., p. 77.

ponendo il contribuente nella complicata situazione di dover dimostrare la mancata percezione di redditi. L'ultimo assunto si basa sull'art. 6 della legge sul monitoraggio fiscale, il quale dispone, si ricorda, per la tassazione in capo al dichiarante, dei redditi che si presumono prodotti dall'attività estera.

Dunque, essendo stata mantenuta la "logica reddituale" del monitoraggio fiscale sugli investimenti all'estero, viene da chiedersi come si possa adattare al sistema attuale una categoria concettuale, quella del titolare effettivo, appartenente ad un sistema basato su una diversa *ratio*. Infatti, mentre la logica del monitoraggio è appunto quella di individuare i soggetti che, avendo disponibilità della fonte, sono da considerarsi possessori di redditi imponibili, diversa è la finalità dell'antiriciclaggio. Tale normativa è funzionale alla rilevazione di patrimoni frutto di attività illecita, individuando il soggetto che in "ogni caso" ne è il possessore sulla base dell'effettivo controllo.

L'elemento principale dell'incompatibilità tra le discipline che il legislatore ha inteso riunire consta proprio nel criterio di individuazione del "titolare effettivo". Infatti quest'ultimo viene individuato sulla base della nozione di controllo, la quale non trova diretta applicazione nel contesto dell'imposizione reddituale. L'imposizione diretta è invece basata sul concetto di "possesso del reddito" il quale, come abbiamo già visto, non contempla il caso in cui la relazione con la fonte produttiva non sia diretta ed immediata ma, al contrario, sia "spezzata" dall'interposizione di un altro soggetto²⁴⁶.

²⁴⁶ Si legga F. RASI, "Logica reddituale" ed ambito di applicazione della disciplina sul c.d. "monitoraggio fiscale: alcune considerazioni, cit., p. 68.

L’Agenzia delle Entrate, nella circolare 38/E del 2013, ha confermato che il riferimento al “titolare effettivo” quale soggetto deputato alla dichiarazione non sia da considerarsi alternativo a quello del soggetto possessore del reddito, ma costituisca un allargamento dell’ambito soggettivo. Ne risulta che al quadro soggettivo così delineato dalla giurisprudenza²⁴⁷, si debba aggiungere anche la figura del “titolare effettivo”. Ma come deve articolarsi questo allargamento?

Una mera trasposizione della “logica patrimoniale” nel monitoraggio fiscale potrebbe avere l’effetto di snaturare l’iniziale *ratio* della disciplina²⁴⁸. Dovrebbe quindi ritenersi necessaria un’interpretazione della nozione di “titolare effettivo” orientata alla “logica reddituale”. Infatti, ipotizzare che l’inversione dell’onere probatorio di cui all’art. 6 possa derivare dal semplice controllo su un’entità giuridica, potrebbe risultare eccessivamente gravoso per il contribuente, in quanto non troverebbe riscontro nei generali criteri di imputazione del reddito. Non potrebbe certamente essere quest’ultimo l’effetto di un intervento legislativo volto a semplificare l’onere dichiarativo nel quadro RW.

Dunque, al fine di mantenere l’iniziale finalità del monitoraggio, e cioè quella di evitare l’evasione d’imposta per redditi derivanti da attività estere, la nozione di “titolare effettivo” dovrebbe andare ad integrare la figura del “beneficiario effettivo”, chiarendo le posizioni incerte. Infatti, proprio l’individuazione di quest’ultimo soggetto, infatti, aveva sollevato varie problematiche di natura pratica.

²⁴⁷ Si ricorda la sentenza della Cassazione n. 16404 del 2015.

²⁴⁸ Così C. MIONE, *Le recenti modifiche alla disciplina del c.d. monitoraggio fiscale: la problematica individuazione del “titolare effettivo” del trust.*, cit., p. 10.

Il dato testuale che, seppur in forma atecnica²⁴⁹, faceva riferimento alla detenzione dei beni (e dunque il possesso non mediato della fonte produttiva del reddito), non permetteva di individuare altro presupposto quale appunto il possesso dei redditi. Nel vecchio monitoraggio, dunque, rimanevano “scoperti” i contribuenti che, pur essendo potenzialmente tenuti al pagamento dell’imposta, non avessero la piena disponibilità della fonte produttiva. Trattasi, nello specifico, del caso dell’interposizione reale, in cui l’interponente non può essere in ogni caso considerato detentore dei beni, anche se, come abbiamo visto, la recente giurisprudenza lo consideri soggetto passivo dell’obbligazione d’imposta sulla base dell’art. 37, comma III, del d.P.R. n. 600 del 1973²⁵⁰.

La questione riguarderebbe anche la posizione dei beneficiari individuati del reddito del trust. Infatti l’imputazione dei redditi nei loro confronti è frutto di una norma di trasparenza che dà loro evidenza in quanto soggetti in cui concretamente si manifesta la capacità contributiva, a prescindere dal fatto che essi siano possessori dei redditi²⁵¹. La necessità di dar loro rilievo nella compilazione del Quadro RW è stata sottolineata dall’Amministrazione, che li ha voluti annoverare tra i soggetti beneficiari dello “scudo fiscale”. Tale interpretazione, seppur accettabile proprio in ragione dell’evidente “logica reddituale” del monitoraggio, ha trovato pareri contrari in dottrina, proprio in ragione della non qualificabilità del beneficiario individuato come possessore dei redditi²⁵². La coerenza del “nuovo” soggetto deputato alla dichiarazione potrebbe proprio consistere nel dare

²⁴⁹ Così V. FICARI, “Disponibilità” e “titolarità” di fondi esteri tra detenzione e possesso ai fini del monitoraggio fiscale, cit., p. 3435.

²⁵⁰ Sentenza della Corte di cassazione, sez. tributaria, n. 449 del 2013.

²⁵¹ Al tal proposito si legga anche G. SEMINO, D. STEVANATO, R. LUPI, *Trust trasparenti e imputazione dei redditi ai beneficiari*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2005, XII, p. 1611 e ss.

²⁵² L. MIELE, *Ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione dello scudo fiscale*, cit., p. 3088.

concretezza legale alla necessità di considerare come titolari di redditi imponibili non soltanto i possessori degli stessi redditi, ma anche coloro i quali sono individuati dal legislatore fiscale sulla base di criteri alternativi, quale quello della trasparenza fiscale²⁵³.

Pur sposando la tesi secondo la quale i beneficiari di redditi non possano essere qualificati come possessori di reddito (si noti la differenza rispetto al caso delle società di persone, in cui i soci, tassati per trasparenza, siano in ogni caso considerabili come i possessori del reddito, sulla base della loro potestà, attraverso i poteri amministrativi di cui sono titolari, di determinare la gestione economica dell'ente), si dimostrerà, nel proseguo dell'elaborato, come una diversa interpretazione della titolarità effettiva possa essere risolutiva anche nel ricollegare l'obbligo dichiarativo nel quadro RW al possesso dei redditi.

3.2.2. “Titolare effettivo”, beneficiario di patrimonio e beneficiario “individuato” di redditi del trust: profili di sovrapposizione

E' adesso necessario, ai fini della corretta definizione della figura del titolare effettivo, andare a vedere come in concreto sia stato modificato l'ambito soggettivo in relazione all'istituto del trust, avendo contezza del mantenimento della *ratio* del monitoraggio. Lo scopo principale della dichiarazione delle attività estere infatti continua ad essere in ogni caso la ricerca di patrimoni produttivi di redditi imponibili in Italia.

²⁵³ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, in *Riv. not.*, 1988, I, 553 ss

Nel mettere ordine nel quadro del monitoraggio fiscale, così come rinnovato dalla legge europea del 2013, l’Agenzia ha definito gli effetti che²⁵⁴, nella sua interpretazione, conseguono alla individuazione del “titolare effettivo” del trust.

E’ stata definita la seguente casistica:

- qualora non siano verificati i requisiti per l’individuazione del “titolare effettivo” ai sensi della normativa antiriciclaggio, la fondazione o il trust sono tenuti a monitorare direttamente gli investimenti o le attività estere, sempreché si tratti di enti non commerciali residenti;

- qualora siano, invece, verificati i requisiti dell’antiriciclaggio, e sia individuabile il titolare effettivo, il contribuente è tenuto a dichiarare il valore complessivo degli investimenti detenuti all’estero dall’entità e delle attività estere di natura finanziaria ad essa intestate²⁵⁵, nonché la percentuale di patrimonio nell’entità stessa. In tale ipotesi rilevano, in ogni caso, sia gli investimenti e le attività estere detenuti da entità ed istituti giuridici residenti in Italia, sia quelli detenuti da entità ed istituti giuridici esteri, indipendentemente dallo Stato estero in cui sono istituiti. In sostanza, si applica l’approccio look through anche se il trust o la fondazione sono istituiti in un Paese collaborativo.

Risulta evidente come non si faccia alcun riferimento al beneficiario di reddito.

Ribadiamo però come nella disciplina regolata dal precedente art. 4 l’Amministrazione avesse stabilito come, a suo avviso, nel caso di trust trasparenti il soggetto deputato alla compilazione del Quadro RW fosse il beneficiario

²⁵⁴ Circolare 38/E del 2013.

²⁵⁵ E’ importante sottolineare che nella circolare l’Agenzia identifichi il “titolare effettivo” nel contribuente.

individuato di redditi²⁵⁶. Questa interpretazione risultava in contrasto con il dato testuale²⁵⁷, il quale prevedeva come condizione la “detenzione” di attività patrimoniali o finanziarie estere. In ogni caso, e soprattutto coerentemente con la “logica reddituale” alla base del monitoraggio fiscale, l’Amministrazione aveva preferito dare evidenza all’impostazione derivante dall’Art. 73 del Tuir.

Infatti, pur non avendo la disponibilità della fonte produttiva secondo quanto richiesto dall’interpretazione prevalente del concetto di “possesso di redditi”, ai beneficiari individuati, in quanto soggetti a cui è attribuito il reddito per specifica previsione legislativa, era stato attribuito l’obbligo di dichiarazione nel quadro RW. Con la modifica del monitoraggio successiva alla legge europea del 2013 l’interpretazione dell’Agenzia sembra dunque essere stata modificata. Nella circolare 38/E del 2013 l’Amministrazione ha subordinato l’obbligo dichiarativo del beneficiario individuato al fatto che quest’ultimo sia allo stesso tempo anche il titolare effettivo del trust. La precisazione è estremamente rilevante, proprio alla luce del fatto che l’Agenzia aveva in precedenza “forzato” l’interpretazione del monitoraggio, così da ricomprendervi anche il beneficiario individuato di redditi che, in una situazione non patologica²⁵⁸, non ha la disponibilità del fondo in trust. Poiché adesso la sua rilevanza viene subordinata ad una concezione che a prima vista appare prettamente patrimoniale, si potrebbe pensare che la “logica reddituale” sia passata in secondo piano.

²⁵⁶ Si legga la circolare 99/E del 2001 riguardante lo “scudo fiscale”. L’Amministrazione ha previsto la possibilità che fosse proprio il beneficiario individuato ad accedere alla regolarizzazione permessa dall’istituto.

²⁵⁷ Esprime dubbi su questa interpretazione L. MIELE, *Ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione dello scudo fiscale*, cit., p. 3088.

²⁵⁸ Si rimanda a quanto già scritto in riferimento ai poteri eccessivi rispetto alla posizione beneficiaria.

In realtà è la stessa Amministrazione, nella citata circolare, a chiarire come la figura del “titolare effettivo” si aggiunga a quella del possessore formale delle attività e di chi ne ha la disponibilità (i possessori di reddito). E’ difficile pensare che solamente nel caso del *trust* si sia voluto mettere definitivamente da parte la logica “reddituale”, accantonando l’interpretazione che includeva il beneficiario individuato tra i soggetti del monitoraggio, dando esclusiva rilevanza all’elemento patrimoniale. E’ dunque necessario indagare sulle relazioni che intercorrono tra “titolare effettivo” e reddito, e delle possibili sovrapposizioni tra quest’ultimo e il beneficiario individuato di redditi.

Consideriamo come primo caso quello del titolare di patrimonio che sia titolare di un diritto *vested* almeno sul 25% dei beni in trust, ed abbia maturato il diritto alla distribuzione. In questo caso, in realtà, la relazione del soggetto con i beni è diretta ed immediata. Egli è già individuato come titolare della sua quota e ne ha la piena disponibilità. I beni non fanno più parte del trust, essendo venuto meno l’elemento della segregazione, che costituisce uno dei presupposti per il riconoscimento dell’istituto ai sensi dell’art. 2 della convenzione dell’Aja. Il beneficiario di patrimonio sarà considerato beneficiario effettivo in quanto possessore dei redditi frutto dalle attività patrimoniali di cui è proprietario che egli detiene tramite il trust, e sarà conseguentemente tenuto alla dichiarazione nel Quadro RW.

A sostegno di questa tesi si sottolinea come la stessa Amministrazione, nella circolare 38/E del 2013, definisca il trust come “trasparente” anche nel caso in cui vi siano beneficiari individuati di patrimonio. In questo caso la stessa Amministrazione evidenzia come i beni siano solamente detenuti dal trust.

Si può constatare come l’Agenzia, nel trattare la posizione del beneficiario di patrimonio non prenda in considerazione l’eventualità che il beneficiario di patrimonio sia “determinato” ma, al tempo stesso, non sia titolare della pretesa all’immediata distribuzione. Da ciò sembrerebbe potersi evincere che l’Amministrazione abbia voluto fornire un’interpretazione sistematica del rapporto tra monitoraggio fiscale, normativa antiriciclaggio e disciplina delle imposte sui redditi²⁵⁹, non ricomprendendo nella nozione di titolare effettivo il beneficiario di patrimonio che non manifesti alcuna capacità contributiva sulle quote ad esso spettanti, in quanto non ancora distribuite. Una siffatta impostazione costituirebbe il chiaro segnale di una non perfetta coincidenza tra il titolare effettivo rilevante ai fini del contrasto del riciclaggio (nella normativa di settore, infatti, il diritto incondizionato alla distribuzione è sempre rilevante, anche quando questo di soggetto ad un termine iniziale).

Diventa maggiormente problematico sovrapporre la figura del beneficiario individuato di redditi con quella del “titolare effettivo” ai sensi dell’allegato del decreto-legislativo n. 237 del 2007²⁶⁰.

Il primo e più semplice caso di possibile sovrapposizione è ovviamente quello in cui il beneficiario di reddito goda anche dell’incondizionato diritto all’attribuzione di una certa quota di patrimonio. In questo la sua qualificazione come titolare effettivo del trust risulterebbe pacifica., sulla base di quanto esposto nel punto precedente.

²⁵⁹ S. MASSAROTTO, *Quadro RW: individuazione del “titolare effettivo” de trust.*, in *Il Fisco*, XXXVI, 2014, p. 3433.

²⁶⁰ Si ricorda che nell’interpretazione data dall’Agenzia nella circolare 38/E del 2013 è fondamentale, ai fini dell’individuazione del soggetto tenuto alla dichiarazione, che il beneficiario di reddito possa essere anche considerato “titolare effettivo”.

Il secondo caso è quello del beneficiario di reddito che non eserciti il “diritto di apprensione” di cui gode in relazione ai redditi e li mantenga nella materiale disponibilità del *trustee*²⁶¹. Il reddito non è altro che un incremento patrimoniale. Il beneficiario individuato dei redditi avrebbe un diritto *vested* sul nuovo patrimonio che viene a formarsi e del quale è però venuta meno la segregazione. In questo caso il beneficiario sarebbe tenuto alla dichiarazione del quadro RW in quanto effettivo proprietario di una certa quota di patrimonio, anche se detenuta dal trust.

Sulla base delle constatazioni precedenti si evince come la rilevanza del diritto al patrimonio, di cui alla lettera a) dell’allegato tecnico della legge sull’antiriciclaggio, permetta una qualche intersezione tra la figura del beneficiario di reddito e quella del titolare effettivo, senza però poter fornire una soluzione sistematica che permetta di ricondurre il beneficiario di reddito nell’alveo del “titolare” effettivo.

Allo stesso modo, nel definire le sovrapposizioni tra le due figure, non assume alcuna rilevanza il secondo criterio, stabilito dalla normativa antiriciclaggio, per l’individuazione del titolare effettivo. Quest’ultimo stabilisce che, nel caso in cui i beneficiari del trust non siano ancora stati determinati, ma siano determinabili mediante riferimento ad una categoria, la “titolarità effettiva” è riconosciuta in capo ai soggetti appartenenti alla stessa categoria. Infatti il riferimento alla “categoria di persone”, essendo di per sé generico, non permette la chiara individuazione dei soggetti deputati alla dichiarazione nel Quadro RW²⁶².

Una possibile chiave di interpretazione, che permetta la definizione della posizione del beneficiario di reddito nel rinnovato monitoraggio fiscale, potrebbe essere

²⁶¹ In questo caso il beneficiario individuato sarà comunque il soggetto passivo d’imposta per i redditi prodotti dal trust, essendo indifferente che avvenga o meno la materiale percezione. A tal proposito si veda N. L. DE RENZIS SONNINO, *Il trust ed il reddito dei beneficiari*, cit., p. 364.

²⁶² Si veda la circolare 38/E del 2013.

l'applicazione del terzo criterio, di cui alla lettera c) dell'allegato tecnico del D. Lgs. N. 231 del 2007. Il criterio in questione stabilisce che in caso di trust il titolare effettivo è la persona fisica che "in ogni caso" controlli il 25% del patrimonio del trust.

Quest'ultimo, infatti, sembrerebbe costituire un criterio di applicazione generale e, dunque, suscettibile di fornire una soluzione utile a definire il rapporto intercorrente tra la figura del titolare effettivo e quella del beneficiario individuato di reddito²⁶³. E', quindi, necessario indagare circa la presenza di un rapporto, definibile "di controllo", tra il beneficiario di reddito ed il trust-

Innanzitutto, giova sottolineare come la nozione di controllo riferita al trust non possa essere quella di cui all'art 2359 c.c., la quale viene poi ripresa dalle norme tributarie, nelle quali non vi è riferimento ad un autonomo concetto di "controllo". Infatti la nozione civile di controllo risulta applicabile solo al caso delle società²⁶⁴. Nel caso del trust dunque la nozione di controllo deve necessariamente consistere in una relazione di fatto tra il beneficiario ed i beni segregati²⁶⁵. Un aiuto nell'individuazione del concetto di controllo ci viene fornito proprio dall'Amministrazione finanziaria. Quest'ultima, nella già citata circolare 38/E del 2013, afferma come il trustee non possa essere qualificato come "titolare effettivo",

²⁶³ Favorevole ad un'applicazione generalizzata del terzo criterio dell'allegato è A. VICARI, *Dal beneficiario del trust al suo titolare effettivi: percorsi nella disciplina antiriciclaggio del trust.*, cit., p. 621. *Contra* C. MIONE, *Le recenti modifiche alla disciplina del c.d. monitoraggio fiscale: la problematica individuazione del "titolare effettivo" del trust.*, cit., p. 9, in cui l'Autrice ritiene che il terzo criterio sia invece di applicazione residuale.

²⁶⁴ Così C. MIONE, *Le recenti modifiche alla disciplina del c.d. monitoraggio fiscale: la problematica individuazione del "titolare effettivo" del trust.*, cit., p. 9

²⁶⁵ Così G. MARINO, *"Titolare effettivo" e possessori di reddito: sovrapposizioni, innesti e (probabili) mutazioni genetiche*, cit., p. 187. Oltretutto si ricorda come sia assolutamente possibile interpretare il concetto di "controllo" al fine di adattarlo alla questione di fatto. Infatti, non essendo il monitoraggio fiscale una disciplina che determina di per sé il soggetto passivo dell'imposta, ma piuttosto una norma di accertamento, non è soggetta al principio di legalità operante nel diritto tributario sostanziale.

in quanto non titolare del controllo sui beni segregati. Il trustee infatti, pur essendo proprietario dei beni in trust, li amministra secondo il regolamento del trust, e non nel proprio interesse²⁶⁶.

Dunque la nozione di controllo potrebbe essere ricostruita tenendo conto di chi sia il soggetto che è titolare dell'interesse nella gestione. Il beneficiario dei redditi, essendo il soggetto destinato a godere della gestione operata dal trustee gode certamente di un effettivo interesse nella gestione²⁶⁷. Tale interesse nella gestione non è oggetto di un rapporto obbligatorio tra il trustee ed il beneficiario²⁶⁸, ma è inerente alla stessa struttura del trust²⁶⁹. La particolarità della relazione che il soggetto intrattiene col bene è stata precedentemente confermata dalla giurisprudenza e dalla stessa amministrazione finanziaria.

La prima, nella sentenza n. 16022 del 2008, si è espressa per la revocabilità del trustee nel caso in cui la sua gestione risultasse lesiva degli interessi che il trust mira a tutelare. Da questa pronuncia risulta che la posizione proprietaria del trustee è comunque vincolata al diritto dei beneficiari.

Per quanto riguarda l'Amministrazione, si ricorda come nei modelli per la redazione dei modelli UNICO²⁷⁰, quest'ultima abbia stabilito come sia possibile l'imputazione delle perdite direttamente in capo ai beneficiari individuati di reddito. Tale indicazione, chiarisce come l'interesse del beneficiario di reddito non si limiti al diritto all'eventuale reddito prodotto, ma come assuma rilevanza anche la sua

²⁶⁶ Così, *Le recenti modifiche alla disciplina del c.d. monitoraggio fiscale: la problematica individuazione del "titolare effettivo" del trust.*, cit., p. 10.

²⁶⁷ L. SALVINI, *Il trust in Italia oggi*, cit., p. 344

²⁶⁸ Si ricorda come, in ogni caso, il controllo possa avere a proprio fondamento rapporti obbligatori. Si menziona il controllo "obbligatorio" ai sensi dell'art. 2359, comma I, n. 3) del c.c.

²⁶⁹ Si veda A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, cit., p. 75.

²⁷⁰ Si veda, *Istruzioni modello dichiarazione UNICO per le società di capitali 2015*, p. 79 e ss.

relazione col patrimonio, tale da potergli fiscalmente attribuire anche gli eventuali decrementi patrimoniali.

Da quanto detto si può affermare che il beneficiario di reddito goda di una posizione di controllo sui beni²⁷¹, seppur funzionale al corretto esercizio dei poteri da parte del *trustee*. E' necessario ricordare come si tratti di un controllo "indiretto", funzionale alla tutela della posizione beneficiaria, e non sintomatico della facoltà di determinare la gestione.

Seppur quanto esposto possa permettere di escludere l'individuazione, in capo al beneficiario di redditi, del presupposto impositivo del possesso della fonte produttiva, è necessario, per esigenza di tuziorismo giuridico, evidenziare come l'individuazione della titolarità effettiva nella presenza del beneficio reddituale, risulti coerente anche con l'impostazione che consideri i beneficiari reddito quali possessori del reddito in questione.

Infatti, secondo una diversa lettura, la trasparenza fiscale potrebbe evidenziare, almeno in alcune fattispecie, una particolare manifestazione del "possesso" di redditi. Ad avviso di alcuni autori²⁷², "lo schema della titolarità giuridica della fonte produttiva esprime il "possesso" del reddito solo in termini generali, perché la sua specificazione è lasciata alla disciplina delle singole categorie reddituali, ciò che diviene rilevante è piuttosto l'esistenza di un criterio di collegamento con la situazione giuridica-fonte."²⁷³. Dunque, nel caso del trust trasparente, sarebbe possibile riferire il possesso dei redditi direttamente in capo i beneficiari, in quanto,

²⁷¹ Così G. MARINO, "Titolare effettivo" e possessori di reddito: sovrapposizioni, innesti e (probabili) mutazioni genetiche, cit., p. 187, il quale addirittura afferma che "pare verosimile che il 25 per cento stabilito dal legislatore sia un parametro riferibile più alla commisurazione della quantità di reddito ritratto da una persona fisica dal patrimonio in trust."

²⁷² F. PAPARELLA, *Possesso dei redditi ed interposizione fittizia*, Milano, 2000. P. 172.

²⁷³ T. TASSANI, *Trasparenza in diritto tributario (voce)*, in *www.Treccani.it*

in base alle regole del trust, la posizione beneficiaria potrebbe costituire un idoneo criterio di collegamento con la fonte produttiva²⁷⁴.

E' utile sottolineare come, in ogni caso, la possibilità di riferire gli obblighi del monitoraggio fiscale al beneficiario di reddito sarebbe preclusa dal dato testuale dell'art. 4 del D.L. n. 169 del 1990. Nella norma, infatti, si fa riferimento alla "detenzione" delle attività estere. Non potendosi qualificare come "detenzione" il criterio di collegamento tra beneficiario del reddito e trust, risulta evidente come il riferimento alla titolarità effettiva (nello specifico, la lettera c) dell'allegato tecnico) possa risultare utile a dare soluzione all'incertezza della normativa.

3.2.3 Il "titolare effettivo" e l'interposizione reale nel trust

Sempre in riferimento al trust, l'aver mutuato la nozione di titolare effettivo renderebbe possibile risolvere la questione della sussistenza o meno dell'obbligo dichiarativo in capo al soggetto interponente reale.

Nel caso di interposizione reale del trust il trustee è effettivamente proprietario dei beni e ne ha la disponibilità, ma allo stesso tempo la sua gestione sia meramente formale in ragione di particolari poteri attribuiti al disponente od ai beneficiari. In questi casi l'orientamento prevalente è quello di considerare in capo al soggetto interponente i redditi prodotti dal patrimonio²⁷⁵. Tale orientamento ha alla base un'estensione del campo applicativo dell'art. 37, comma III, per cui lo si ritiene applicabile anche ai casi di interposizione "non fraudolenti", in cui la costruzione, seppur realmente esistente, produce l'effetto di imputare i redditi in capo al soggetto che non il reale titolare della capacità contributiva. In questi casi, comunque, è stato

²⁷⁴ A. CONTRINO, *Recenti indirizzi interpretativi sul regime fiscale di trust trasparenti, interposti e transnazionali: osservazioni critiche*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, II, p. 319.

²⁷⁵ Si veda la sentenza della Cassazione n. 12788 del 2011.

evidenziato come l'effettività del diritto del trustee sui beni impedisse di qualificare l'interponente come possessore della fonte produttiva²⁷⁶.

Nei casi di trust realmente interposto sarebbe possibile ravvisare la presenza di un soggetto "titolare effettivo", in quanto l'influenza dominante del soggetto diverso dal trustee potrebbe essere tranquillamente considerata come una situazione di controllo.

In conclusione, l'interpretazione esposta fornirebbe una lettura dell'introduzione della figura del "titolare effettivo" che sia coerente con la ratio del monitoraggio fiscale. La nozione di beneficiario effettivo, inteso come il soggetto individuato dalle norme fiscali come colui deputato al pagamento dell'imposta, potrebbe divenire pienamente operante, in ragione del venir meno di una lettera della norma strettamente ancorata al criterio tecnico di possesso di reddito.

Né sembrerebbe utile sostenere che l'allargamento dell'ambito soggettivo sia, in riferimento al trust, funzionale al contrasto all'evasione che starebbe alla base della costituzione dell'investimento. Esclusi casi particolari in cui il costituente è allo stesso tempo beneficiario, non è utile confrontare le precedenti dichiarazioni dei redditi dei beneficiari, così da verificare se la capienza dei redditi precedentemente dichiarati fosse tale da sostenere la capienza dell'investimento. Alla base dell'inaffidabilità di tali verifiche vi è la considerazione per cui, nella fattispecie tipo, le utilità vincolate nel fondo in trust sono originalmente estranee al patrimonio dei futuri beneficiari.

²⁷⁶ Così F. RASI, "Logica reddituale" ed ambito di applicazione soggettivo del c.d. monitoraggio fiscale: alcune considerazioni, cit., p. 69, seppur in riferimento ai casi di interposizione reale in generale.

In ogni caso, l'interpretazione proposta non sembra essere quella generalmente portata avanti dalla dottrina²⁷⁷, che continua a far riferimento alle categorie della disciplina antiriciclaggio.

3.3 I nuovi poteri di indagine dell'Amministrazione finanziaria

3.3.1 L'Archivio Unico Informatico e la fishing expedition

Dopo aver visto gli effetti, in ambito soggettivo, dell'incontro tra normativa antiriciclaggio e monitoraggio fiscale (ed aver indicato un'interpretazione coerente con la "logica reddituale" del monitoraggio), si intende procedere all'analisi degli effetti che l'incontro tra le due discipline ha prodotto nei poteri d'indagine dell'Amministrazione finanziaria.

Già nel regime antecedente alla modifica intervenuta con la Legge europea del 2013, era possibile l'utilizzo, a fini fiscali, dei dati ottenuti dagli intermediari nella loro attività di controllo disposta dalla disciplina antiriciclaggio²⁷⁸. Senza però una norma che disponesse esplicitamente il "passaggio" delle informazioni, era opinione comune che l'utilizzo dei dati da parte delle Autorità fiscali potesse essere solamente incidentale.

Più precisamente, era consentito che i dati ottenuti dalla Guardia di Finanza, relativamente all'attività di contrasto al riciclaggio esercitata da quest'ultima, fossero utilizzabili anche ai fini dell'accertamento²⁷⁹. Non era infatti prevista la

²⁷⁷ C. MIONE, *Le recenti modifiche alla disciplina del c.d. monitoraggio fiscale: la problematica individuazione del "titolare effettivo" del trust.*, cit., G. SEPIO, *La figura del "beneficiario effettivo" del trust ai fini del monitoraggio fiscale*, in *Corr. trib.*, XXI, 2014, p. 1659 e ss.

²⁷⁸ Art. 36 decreto-legislativo n. 231 del 2007.

²⁷⁹ Si legga al riguardo V. J. CAVALLARO, P. CORDEIRO GUERRA, *Si scrive monitoraggio ma si legge antiriciclaggio*, cit., p. 2855.

disponibilità dei dati per attività istruttorie che fossero totalmente indipendenti da procedimenti penali in corso.

La modifica, disposta dalla legge europea del 2013, all'articolo 2 del decreto legge n. 167 del 1990 ha mutato radicalmente l'assetto precedente.

I nuovi poteri d'indagine riconosciuti all'Agenzia delle Entrate ed alla Guardia di Finanza vedono un allargamento della possibilità di chiedere agli intermediari finanziari indicati all'art. 2, commi I e II, del decreto legislativo antiriciclaggio²⁸⁰, di comunicare i dati conservati nell'Archivio Unico Informatico. L'archivio costituisce lo strumento di raccolta e conservazione dei dati e della documentazione in possesso degli intermediari nella loro attività di verifica della clientela²⁸¹.

Più precisamente, la novità costituita dal nuovo art. 2 del decreto sul monitoraggio fiscale consiste nel fatto che le Autorità fiscali possano chiedere la comunicazione di informazioni, relative ad operazioni con l'estero, anche per masse di contribuenti e per periodi di tempo determinati. La novità, dunque, consta nel fatto che la richiesta di informazioni non verterà necessariamente su un contribuente specifico, ma potrà riguardare anche masse di contribuenti al fine di effettuare controlli “a monte” sulle dichiarazioni degli stessi²⁸².

Oltretutto, parte della dottrina sostiene che tali indagini possano svolgersi solo alle movimentazioni riguardanti soggetti diversi da quelli già soggetti al monitoraggio fiscale²⁸³, questo perché l'Amministrazione finanziaria non potrebbe richiedere dati già formalmente in suo possesso, ai sensi dell'art. 1 del D.L. n. 167 del 1990.

²⁸⁰ Restano quindi esclusi dall'obbligo di fornire i dati all'Amministrazione finanziaria, gli altri soggetti esercenti attività finanziaria, i professionisti ed i revisori contabili.

²⁸¹ Art. 37 decreto-legislativo n. 231 del 2007.

²⁸² Così D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio e voluntary disclosure.*, cit., p. 95.

²⁸³ Così D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio e voluntary disclosure.*, cit., p. 98.

In aggiunta, escluso il riferimento al contribuente od a gruppi di contribuenti, le richieste delle Amministrazioni sono prive di limitazioni di sorta, prospettando così il possibile ricorso alle c.d. *fishing expedition*²⁸⁴. Tale pratica, solitamente vietata nelle convenzioni fiscali²⁸⁵, prevede la possibilità di richiedere informazioni senza una stretta correlazione con indagini fiscali in corso.

Ai fini del coordinamento dei nuovi poteri stabiliti dalla novella dell'art. 2 del D.L. n. 167 del 1990, le due Autorità interessate (Agenzia delle Entrate e Guardia di Finanza), hanno emesso un provvedimento congiunto che dispone le modalità di richiesta e comunicazione dei dati²⁸⁶.

Il provvedimento dispone che le Autorità operino secondo le procedure dell'art. 32 del d.P.R. n. 600 del 1973, dunque l'Agenzia delle Entrate e la Guardia di Finanza potranno ordinare l'esibizione dei documenti previa autorizzazione dall'organo competente²⁸⁷.

Ci si è interrogati sul valore del suddetto ordine, specialmente quando esso riguardi masse di contribuenti. Infatti, mentre è plausibile ritenere che l'ordine di esibizione riguardante un singolo contribuente costituisca semplicemente una fase endoprocedimentale dell'accertamento, lo stesso non può dirsi della *fishing expedition*. Infatti, è stato sottolineato che quest'ultima attività d'indagine

²⁸⁴ Così V. TAMBURRO, *Gli obblighi: rafforzati gli interventi per le indagini finanziarie: intermediari e professionisti obbligati alla trasparenza sul reale beneficiari*, su www.ilsole24ore.it

²⁸⁵ Si veda art. 26 del modello di convenzione fiscale dell'Ocse.

²⁸⁶ Provvedimento congiunto del Direttore dell'Agenzia delle Entrate e del Comando Generale della Guardia di Finanza dell'otto agosto 2014.

²⁸⁷ Direttore regionale per l'Agenzia delle Entrate ed il Comando regionale per quanto riguarda la Guardia di Finanza.

“comprima” altre situazioni soggettive del contribuente, quale la riservatezza, non relative al rapporto tributario, necessitando così di autonoma impugnabilità²⁸⁸.

Ai fini dell’impugnabilità dell’ordine di esibizione, è importante fare riferimento alla motivazione dell’ordine in questione. Essa, in primo luogo, costituirebbe comunque elemento necessario, in ossequio del principio di cui all’articolo 7 dello Statuto del Contribuente, confermato anche dalla giurisprudenza della Cassazione²⁸⁹, in ordine del quale ogni atto tributario produttivo di effetti deve essere adeguatamente motivato.

In secundis il contenuto della motivazione potrebbe giustificare la deroga al generale divieto di *fishing expeditions*. Infatti, secondo quanto previsto dall’art. 26 della *Model Tax Convention*, in deroga al generale divieto, sarebbe possibile procedere alla richiesta di informazioni su operazioni poste in essere da una massa di contribuenti nel caso in cui vi sia la possibilità (*foreseeable relevance*) che questi dati siano rilevanti per l’accertamento di violazioni tributarie. La motivazione, dunque, dovrebbe dare evidenza della precisa identificazione della massa di contribuenti con l’esposizione dei motivi a fondamento della richiesta. Tali motivi, sia normativi che fattuali, dovranno dimostrare la probabilità di violazioni tributarie in capo alla massa di contribuenti e, di guisa, l’utilità dei dati stessi ai fini delle indagini fiscali²⁹⁰. E’ probabilmente a questo tipo di richiesta che il legislatore si riferisce quando parla di richiesta “anche per masse di contribuenti”. L’interpretazione prospettata, oltre a risultare coerente con la cooperazione fiscale internazionale e con il generale divieto di *fishing expeditions*, renderebbe

²⁸⁸ Così V. J. CAVALLARO, P. CORDEIRO GUERRA, *Si scrive monitoraggio ma si legge antiriciclaggio*, cit., p. 2855.

²⁸⁹ Si veda la sentenza del Corte di Cassazione n. 21564 del 2013.

²⁹⁰ Così D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio e voluntary disclosure.*, cit., p. 98.

accettabile la compressione della riservatezza del contribuente, la quale deve essere necessariamente limitata a specifici casi di esigenza d'indagine.

Concludendo, si può affermare che dare evidenza del rispetto delle prescrizioni dettate dall'Ocse per le richieste di informazioni per masse di contribuente, costituisca il contenuto minimo della motivazione dell'ordine di esibizione.

3.3.2 Le indagini sul titolare effettivo

Oltre alla possibilità di ordinare l'esibizione dei dati contenuti nell'Archivio Unico Informatico, alle Amministrazioni è riconosciuto il potere di richiedere informazioni riguardo all'identità del titolare effettivo di specifiche operazioni con l'estero.

Il provvedimento congiunto dell'8 agosto 2014 ha disposto che le richieste non possano essere inoltrate da qualsiasi articolazione territoriale delle Amministrazioni. Infatti, ai sensi del citato provvedimento, per quanto riguarda l'Agenzia delle Entrate, il soggetto deputato è l'Ufficio Centrale per il contrasto degli illeciti fiscali internazionali. Per quanto invece riguarda la Guardia di Finanza sono deputati alla richiesta di informazioni sul titolare effettivo i reparti speciali indicati dall'art. 6, comma II, del decreto del d.P.R. n. 34 del 1999²⁹¹.

L'obbligo di fornire i dati richiesti, diversamente dalle informazioni detenute nell'Archivio Unico Informatico, interessa tutti i soggetti tenuti all'adeguata verifica della clientela.

In riferimento al trust, è evidente che il potere d'indagine indicato rischia di avere un'efficacia limitata in ragione delle difficoltà che l'intermediario incontra nella

²⁹¹ Così D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio e voluntary disclosure.*, cit., p. 98.

ricostruzione dell'assetto di controllo dell'entità. Non è quasi mai agevole ravvisare ipotesi di interposizione ovvero riuscire a definire correttamente le posizioni beneficiarie coinvolte dall'istituto del trust. E', infatti, plausibile credere che l'intermediario, legittimato dalle effettive difficoltà di indagine sulla struttura del trust, si astenga dal procedere ad indagini dettagliate.

Ad ausilio dell'attività di adeguata verifica della clientela la recente direttiva EU/849/2015 (IV direttiva antiriciclaggio), ha disposto per particolari obblighi dichiarativi in capo al *trustee* e per la costituzione di un registro nazionale dei titolari effettivi²⁹².

Ai sensi dell'articolo 31 della IV direttiva antiriciclaggio il *trustee* è tenuto ad ottenere e mantenere informazioni adeguate ed attuali in riferimento all'effettiva titolarità del trust. Tra le informazioni da considerarsi rilevanti, la norma considera anche l'identità di tutti i soggetti coinvolti nel trust.

Il quarto comma dell'articolo 31 dispone come gli Stati debbano predisporre un registro centrale nazionale, in cui conservare i dati sulla titolarità effettiva, nel caso in cui dal trust derivino "obblighi fiscali". Tale registro sarà disponibile per la libera consultazione delle Amministrazioni finanziarie autorizzate.²⁹³

Data l'utilizzabilità dei dati da parte dell'Amministrazione finanziaria, è necessario concentrarsi sull'effettiva portata della disposizione, in quanto l'individuazione dell'oggetto delle indagini permetterebbe di chiarire definitivamente la necessità di un reinterprete (in ottica reddituale) della nozione di "titolare effettivo" ovvero, in caso contrario, avvalorare la tesi per cui gli obblighi di dichiarazione nel

²⁹² V. VALLEFUOCO, *IV Direttiva antiriciclaggio: in un registro i nomi dei titolari effettivi*, su www.ilsole24ore.it

²⁹³ Art. 31, IV comma, della direttiva 849 del 2015.

Quadro RW riguardino i soggetti titolari effettivi ai sensi della normativa antiriciclaggio .

Innanzitutto, giova evidenziare come il fatto che le informazioni ottenute dal *trustee* vadano conservate in un registro disponibile alle Autorità fiscali, solamente quando queste abbiano “rilevanza fiscale”, può lasciar credere che non tutte le informazioni riguardanti la “titolarità effettiva” possano avere riflessi fiscali. Oltretutto la norma, ponendo l’attenzione sugli obblighi fiscali generati dal trust, sembra riferire la disposizione alla produzione dei redditi frutto dei beni in trust.

Proprio in ragione del collegamento intercorrente tra i redditi prodotti dal trust e la predisposizione di questo elenco pubblico, la norma dell’art. 31 potrebbe costituire uno strumento efficace ai fini della corretta compilazione del quadro RW da parte dei soggetti individuati come “titolari effettivi” secondo una logica reddituale, ed un altrettanto utile strumento volto a dare evidenza, tramite l’incrocio dei dati, a irregolarità nella compilazione delle stesse dichiarazioni.

Una diversa interpretazione sarebbe senza dubbio ambigua e discriminatoria verso i contribuenti.

In primo luogo, cristallizzare la nozione di “titolare effettivo” secondo i criteri propri dell’Antiriciclaggio (che riconduce il titolare effettivo a chi ha il controllo sul patrimonio), senza la necessaria interpretazione adeguatrice, creerebbe una dissonanza tra contenuto del registro dei titolari effettivi e la rilevanza fiscale delle informazioni. Infatti, nel caso in oggetto, non avrebbe senso logico indicare alle Autorità fiscali i titolari di un patrimonio, in quanto potenzialmente fruttifero, senza avere riguardo anche all’effettiva imputazione dei flussi reddituali. Si rischierebbe

di rendere totalmente superflua la specificazione del legislatore europea, il quale sottolinea che il registro vada istituito per i trust che generano obblighi fiscali.

In secondo luogo, i potenziali rischi per il contribuente derivano dall'incoerenza tra la pubblicità del contenuto del registro e l'utilizzabilità dei dati a fini delle indagini fiscali. Ai sensi della citata disposizione dell'articolo 31, è prevista infatti la facoltà indiscriminata del Fisco di consultare il registro nazionale dei titolari effettivi dei trust, senza che i soggetti interessati dall'istituto vengano in alcun modo informati.

In questo caso non si ravviserebbe il "filtro" costituito da una richiesta motivata agli intermediari, preceduta da un'apposita autorizzazione degli organi competenti. La procedura descritta è quella che gli uffici devono seguire per la richiesta di informazioni contenute nell'Archivio Unico Informatico ovvero riguardanti i "titolari effettivi". In questi casi la potenziale utilità delle informazioni ai fini delle indagini è prodromica alla richiesta di esibizione. In caso di libero accesso al registro nazionale dei trust la situazione potrebbe di fatto essere capovolta.

La verifica dell'effettiva rilevanza dei dati ai fini dell'accertamento non potrebbe che essere successiva all'espletamento di ulteriori indagini sul contribuente, nel corso delle quali quest'ultimo potrebbe chiarire la propria posizione in ossequio al principio del contraddittorio.

E' emblematico il caso del controllo documentale sulle dichiarazioni nel quadro RW, presupponendo che quest'ultime debbano esprimere la titolarità dei redditi prodotti dal trust. In questo caso infatti sarebbe probabile la dissonanza tra i soggetti considerati titolari effettivi ai fini dell'antiriciclaggio e la dichiarazione di redditi prodotti all'estero e percepiti dal trust.

Il rischio conseguente ad una semplice trasposizione, nel registro dei titolari effettivi del trust, delle informazioni rilevanti per le indagini sul riciclaggio e sul finanziamento del terrorismo, sarebbe quello di porre la lente di ingrandimento del Fisco anche su soggetti che non manifestino nessuna capacità contributiva in relazione ai redditi prodotti dal trust²⁹⁴.

Invece, dare maggiore evidenza alla relazione tra titolarità effettiva e possesso dei redditi potrebbe chiarire preventivamente la posizione dei soggetti coinvolti nella vicenda del trust, scongiurando l'avviarsi di inutili indagini fiscali²⁹⁵.

Quanto ipotizzato potrebbe trovare chiarimento nella Legge europea del 2015, attualmente al vaglio delle camere.

A proposito del registro dei titolari effettivi dei trust, la legislazione francese ha anticipato le disposizioni della IV direttiva Antiriciclaggio.

Nello specifico la previsione di un registro, contenente le informazioni rilevanti in riferimento al trust, è stata inserita nell'ordinamento francese dall'articolo 1649 AB del *Code general des impots*. La disposizione in questione onera il *trustee* della comunicazione dell'identità dei soggetti coinvolti nella fattispecie. Analogamente a quanto predisposto dall'articolo 31 della IV direttiva antiriciclaggio l'elencazione dei soggetti da indicare è caratterizzata da una certa ampiezza. Essa comprende, oltre ai beneficiari (a prescindere dalla posizione beneficiaria) anche l'indicazione del costituente. Questo non perché il legislatore francese intendesse avere la più alta quantità di informazioni possibili sul trust, ma perché quest'ultime sono funzionali

²⁹⁴ Si ricorda che, al comma VII dell'articolo 31, gli stati membri dovranno stabilire le modalità per rendere disponibili le informazioni del registro dei titolari effettivi anche ad altri stati membri.

²⁹⁵ Si evidenzia come la specificazione dell'Art. 31 sia esclusivamente riferita ai trust e ad agli enti analoghi.

all'applicazione dell'imposta. Vi è infatti una diretta corrispondenza tra obblighi dichiarativi del *trustee* e la definizione fiscale della fattispecie.

Si sottolinea come nel sistema francese intercorrano evidenti differenze nell'applicazione dell'imposta, date dal fatto che il legislatore francese considera il costituente come il principale soggetto passivo della fattispecie. Nello specifico i redditi prodotti dal trust non sono soggetti ad imposizione²⁹⁶ (ad eccezione dei redditi distribuiti ai beneficiari²⁹⁷) venendo, dunque, patrimonializzati, mentre le eventuali plusvalenze conseguite rispetto al patrimonio originario sono imputate in capo al costituente, il quale viene considerato titolare del patrimonio, al momento in cui le utilità sono definitivamente trasferiti ad altri²⁹⁸.

Dunque è la persona fisica che ha costituito il trust ad essere oggetto di individuazione nel registro dei titolari effettivi, unitamente al valore dei beni che compongono il patrimonio. L'elemento di maggiore interesse è che, in ogni caso, la finalità principale della costituzione del registro dei trust è quella di contrasto all'evasione fiscale. L'uso delle informazioni ai fini del contrasto del riciclaggio è meramente eventuale, essendo le informazioni del registro, in ogni caso, utili al fine di tenere sotto controllo determinate operazioni²⁹⁹.

Anche se la previsione di un registro basato su un'interpretazione fiscalmente orientata della "titolarità effettiva", in cui sia individuato il soggetto deputato al pagamento delle imposte sui redditi, potrebbe costituire un gravoso onere a carico del *trustee*, è indubbio che permetterebbe una maggiore chiarezza nel regime fiscale

²⁹⁶ Si veda l'art.120, n. 9 del *Code generale des impots*.

²⁹⁷ In questo caso i redditi percepiti da beneficiari saranno soggetti ad imposizione diretta.

²⁹⁸ Si legga a riguardo D. PAPPADA', *Il trust in Francia: nuovi profili fiscali*, in *Trusts e attività fiduciarie*, III, 2013, p. 251-252.

²⁹⁹ D. PAPPADA', *Trust e lotta al riciclaggio: tendenze in Francia e in Europa. E in Italia?*, cit., p. 38.

del trust, in particolare per ciò che concerne le indagini fiscali e le contestazioni riguardanti la compilazione del quadro RW.

3.3.3 L'utilizzabilità dei dati in ambito fiscale

In conclusione dobbiamo andare a vedere come, a seguito della modifica dell'art. 2 del decreto-legge n. 167 del 1990, sia stata modificata anche l'utilizzabilità dei dati riguardanti la titolarità effettiva e le singole operazioni. Come abbiamo visto, le novità introdotte hanno comportato la possibilità di accesso diretto alla massa di informazioni pertinente al contrasto del riciclaggio.

Dunque, prima della modifica intervenuta con la legge europea del 2013, i poteri esercitabili dall'Amministrazione finanziaria al fine delle indagini sulla corretta compilazione del quadro RW andavano necessariamente distinti in due categorie: i poteri d'indagine attribuiti dalla normativa tributaria e quelli "derivati" da altre discipline.

Tra i primi, data la natura prettamente finanziaria dei rapporti rilevanti per il monitoraggio degli investimenti esteri, assumevano particolare rilevanza le indagini finanziarie. Il quadro generale della disciplina in tema di indagini finanziarie è costituito dall'art. 32 del d.P.R. n. 600 del 1973 e dall'art. 7 del d.P.R. n. 605 del 1973, relativo all'anagrafe tributaria. L'art. 32, comma I, n. 7, dispone la possibilità, per gli Uffici delle Amministrazioni finanziarie, di richiedere ad istituti finanziari e società fiduciarie le informazioni inerenti ai rapporti intrattenuti con la clientela. Inoltre la disciplina è arricchita dalla previsione della raccolta, all'interno dell'anagrafe tributaria, delle informazioni relative alla generalità dei rapporti finanziari³⁰⁰.

³⁰⁰ Si veda articolo 6 del d. P. R. n. 605 del 1973.

La massa di dati disponibili al fisco non sembra essere però soggetta ad un utilizzo indiscriminato ai fini dell'accertamento. Infatti l'articolo 7, comma XI, del d.P.R. n. 605 del 1973, indica che i dati raccolti nell'anagrafe tributaria debbano essere utilizzate ai fini delle richieste dell'art. 32, comma I, numero 7, del d. P. R. n. 605 del 1973. Non sembrerebbe che si possa procedere direttamente all'accertamento basato sulle rilevanze dell'anagrafe tributaria, ma piuttosto che esse possano costituire un *input* per indirizzare le indagini fiscali sui singoli rapporti previste dall'art. 32. Altro utilizzo di particolare rilievo che il legislatore indica è la possibilità di usare i dati per stilare liste di contribuenti a rischio di evasione³⁰¹.

Analizzando nello specifico il caso del monitoraggio fiscale si sottolinea come i rapporti finanziari "tracciati" riguardino esclusivamente gli operatori finanziari residenti. Non si potrebbe ottenere l'immediato riscontro degli investimenti esteri. Dunque l'utilizzo dei dati dell'anagrafe tributaria sarebbe in ogni caso limitato a strumento per l'avvio del procedimento di accertamento.

Per quanto invece riguarda i controlli "derivati", la normativa antiriciclaggio stabiliva come le informazioni ottenute dagli intermediari nell'esercizio del controllo a loro demandato³⁰², ovvero nel possesso delle Autorità interessate, fossero coperte dal segreto d'ufficio, anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Il legislatore aveva fatte salve ipotesi espresse di comunicazione. Ai fini dell'accertamento era comunque necessario seguire la procedura dell'art. 32, comma I, n. 7, prevista per le indagini finanziarie, e dunque richiedere l'autorizzazione all'organo competente³⁰³. Dunque non era possibile la diretta

³⁰¹ Si veda articolo 11, comma IV, del decreto legge n. 201 del 2011.

³⁰² Art. 9, comma I, del decreto legislativo n. 231 del 2007.

³⁰³ Nel caso della Guardia di Finanza si tratta del Comando Regionale.

acquisizione dei dati relativi alla titolarità effettiva. Ma soltanto un'acquisizione subordinata ai controlli di carattere penalistico³⁰⁴.

E' importante sottolineare come tale controllo si basasse non solo sulla necessaria autorizzazione ai sensi dell'art. 32, comma I, n. 7, la quale andava a definire la rilevanza fiscale delle informazioni, ma anche su precedenti attività ispettive, correlate eventualmente da evidenze probatorie, le quali davano maggiore garanzia in riferimento alla veridicità delle stesse informazioni.

Occorre puntualizzare come l'utilizzo dei dati raccolti ai fini del contrasto del riciclaggio fosse di difficile attuazione, in quanto prima del 2013 non vi era nella normativa il riferimento ad una corrispondenza tra le categorie concettuali delle due discipline.

Il precedente assetto delle indagini è stato sostanzialmente modificato dalle novità introdotte con la legge europea del 2013. Da una parte è stata creata una correlazione concettuale, seppur criticabile, tra gli elementi rilevanti per l'antiriciclaggio e quelli rilevanti per il monitoraggio fiscale, dall'altra si è stabilita la commistione della fase istruttoria delle due discipline³⁰⁵. Il risultato è stato quello di attribuire effetti fiscali alla disciplina dell'antiriciclaggio.

Per quanto riguarda le indagini sui contribuenti, la novità principale consta nella possibilità dell'Amministrazione di richiedere informazioni riguardanti masse di contribuenti. Infatti per l'Amministrazione finanziaria sarà possibile raccogliere i dati dell'Archivio Unico Informatico e confrontarli con i controlli effettuati dagli intermediari in riferimento alla titolarità effettiva³⁰⁶. I risultati di un'indagine

³⁰⁴ Così D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio e voluntary disclosure.*, cit., p. 100.

³⁰⁵ Articolo 2 decreto-legge n. 167 del 1990.

³⁰⁶ Così D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio e voluntary disclosure.*, cit., p. 101.

finanziaria così rivolta ad una massa indeterminata di contribuenti permetterebbe di immagazzinare i dati relativi alla titolarità effettiva e di confrontarli con le dichiarazioni del quadro RW. Come abbiamo già fatto notare nei paragrafi precedenti, dato il contrasto tra la rilevanza patrimoniale dell'entità giuridiche per l'antiriciclaggio e la rilevanza reddituale dei fenomeni giuridici rilevanti per la dichiarazione nel quadro RW, si riscontrerebbe una fisiologica discrepanza tra l'identità del titolare effettivo "in possesso" del fisco e la dichiarazione di redditi derivanti dalle attività all'estero.

Arrivati a questo punto è fondamentale ricordare come alla mancata indicazione dei redditi relativi agli investimenti esteri consegua l'applicazione di una presunzione di redditività degli stessi³⁰⁷. Dunque è necessario verificare se si possa incorrere nel rischio che si proceda all'accertamento della maggiore imposta solo sulla base delle risultanze relative alla normativa antiriciclaggio, paragonabile al controllo formale sulle dichiarazioni.

Infatti rispetto al vecchio sistema dei controlli, manca il "filtro" costituito dal passaggio dell'informazioni dalla fase istruttoria del contrasto al riciclaggio al suo utilizzo come impulso all'avvio di specifiche indagini finanziarie sul singolo contribuente. In aggiunta, rispetto alla generalità di indagini finanziarie, è adesso possibile avere il quadro completo dei rapporti finanziari aventi ad oggetto investimento all'estero, senza il necessario avvio di indagini volte a completare il quadro probatorio atto all'individuazione del patrimonio non dichiarato. In realtà si tratterebbe di un caso di doppia presunzione: il titolare effettivo sarebbe il presunto possessore di redditi, a loro volta presunti.

³⁰⁷ Articolo 7 del decreto-legge n. 167 del 1990.

Il risultato che ne consegue è che diviene possibile per l'Amministrazione emettere l'accertamento per i redditi esteri non dichiarati sulla base delle informazioni rilevanti per la disciplina antiriciclaggio. Si assisterebbe ad un'inversione dell'onere della prova estremamente afflittivo per il contribuente, in base al quale si ritiene possessore dei redditi il titolare effettivo risultante dalle verifiche degli intermediari, oberando quest'ultimo dell'onere di dichiarare, e successivamente provare, di non essere il beneficiario dei redditi prodotti dall'investimento.

Provando a trasporre la problematica nel campo dei trust, un assetto delle indagini così organizzato, porrebbe il beneficiario di 25% del patrimonio, in quanto titolare effettivo ai sensi della normativa antiriciclaggio, nella difficile situazione di dimostrare che non esistano atti del disponente che gli arrogino anche il diritto anche sui redditi prodotti. Si aggiunga come il trust non trovi necessariamente la propria fonte negoziale in atti dispositivi del beneficiario di patrimonio, il quale può benissimo non coincidere con il soggetto disponente, e dunque potrebbe non conoscere l'effettivo beneficiario dei redditi. La posizione del contribuente non potrebbe dunque essere chiarita attraverso l'indicazione del reale possessore dei redditi.

Un'indagine così impostata si tradurrebbe di un caso di doppia presunzione: il titolare effettivo sarebbe il presunto possessore di redditi, a loro volta presunti. Sia in dottrina che in giurisprudenza³⁰⁸, seppur non recenti, si è spesso ritenuto che l'accertamento basato su queste presunzioni fosse da ritenersi non sufficientemente motivato³⁰⁹, nei casi in cui l'inversione dell'onere della prova non trovasse un

³⁰⁸ Si veda la sentenza Cass. n. 6033 del 1994, nella quale si esprime il divieto delle c.d. "presunzioni a catena". In aggiunta si vedano le sentenze della Corte di Cassazione n. 1628 del 1995, n. 7931 del 1996, ovvero la sentenza.

³⁰⁹

presupposto solido in presunzioni caratterizzate da gravità precisione e concordanza. L'elemento presupposto (l'essere l'effettivo beneficiario delle attività estere), da cui far conseguire la percezione di redditi imponibili, dovrebbe essere a sua volta avvalorato da una presunzione caratterizzata da un alto grado di certezza. Stando a questo orientamento, l'accertamento dei redditi prodotti all'estero in capo al soggetto individuato come titolare effettivo sarebbe da considerarsi come annullabile.

L'individuazione del possessore dei redditi in questione non potrebbe discendere automaticamente da un'indicazione di soggetti terzi rispetto all'Amministrazione finanziaria. Indicazione che oltretutto, come abbiamo più volte sottolineato, ha come scopo quello di individuare il soggetto che detenga il controllo sui beni. E' dunque necessario che l'Amministrazione provveda a relazionare la nozione di titolarità effettiva a quella di "possesso dei redditi". Questo perché la rilevanza del controllo ai fini dell'imposizione è sempre strumentale alla corretta individuazione del possesso di redditi.

Nel caso contrario si assisterebbe alla individuazione del controllo quale presupposto dell'applicazione dell'imposta, e non come elemento costitutivo del possesso dei redditi. E' dunque necessario che nell'atto di accertamento l'Amministrazione dimostri che il titolare effettivo è anche possessore del reddito. Il regime fiscale del trust comporta un'ulteriore complicazione della questione.

Data la netta distinzione tra la figura del beneficiario di patrimonio e del beneficiario di reddito non si potrebbe in alcun modo presumere dal diritto alla distribuzione dei beni anche un diritto in relazione ai redditi³¹⁰.

Infatti, nel caso di un trust trasparente, abbiamo visto come l'individuazione per trasparenza del beneficiario di redditi come debitore d'imposta, seppur non conseguente alla sua qualificazione come possessore dei redditi, indichi il soggetto che, in ultima istanza, ne beneficia e manifesta la relativa capacità contributiva. Una presunzione che andasse in senso contrario, mancherebbe certamente di certezza, in quanto contrastante col regime fiscale previsto per il trust.

La possibilità di utilizzo dei dati ottenuti con i nuovi poteri indicati dall'articolo 2 del decreto-legge n. 167 del 1990 verrebbe di fatto sterilizzata (almeno in riferimento ai trust).

L'impossibilità di procedere all'accertamento dei redditi sulla base delle informazioni relative alla disciplina antiriciclaggio dimostra come sia necessaria una rilettura della nozione di titolarità effettiva, in modo da renderla coerente con la logica reddituale alla base della dichiarazione nel quadro RW.

³¹⁰ Fatto salvo il caso in cui un soggetto sia indicato sia quale beneficiario di reddito che come beneficiario di patrimonio.

CAPITOLO IV

LA VOLUNTARY DISCLOSURE ED I BENEFICIARI DEL TRUST

4.1. L'istituto della *voluntary disclosure*

Fino ad ora l'elaborato si è occupato di delineare le misure (relative, in prevalenza, al c.d. monitoraggio fiscale) di contrasto alla illecita costituzione di patrimoni esteri. Illeciti nella loro "sostanza", in quanto frutto di accumulo di redditi precedentemente sottratti all'imposizione, ovvero non correttamente dichiarati, così da poter aggirare la tassazione degli eventuali redditi prodotti.

La correzione delle violazioni degli obblighi di monitoraggio fiscale non può non tener conto delle concrete difficoltà sin qui incontrate rispetto all'effettiva individuazione dei soggetti obbligati. Infatti la normativa si basa fundamentalmente sulla "fedeltà" dei soggetti di volta in volta coinvolti. E' necessaria non solo la collaborazione del contribuente che dia evidenza delle proprie disponibilità estere³¹¹, ma anche la collaborazione degli intermediari e dei professionisti ai fini

³¹¹ Collaborazione che non è certamente resa agevole dalla poca chiarezza sugli obblighi dichiarativi. Su tutte si ricorda la difficoltà relativa alla corretta individuazione del titolare effettivo.

della condivisione con gli uffici dell'Amministrazione delle risultanze dei controlli stabiliti dalla normativa antiriciclaggio.

Nello specifico, la normativa risulta di difficile attuazione nel caso in cui le operazioni di trasferimento e detenzione di capitali all'estero siano riferite a Stati che non intrattengano rapporti collaborativi col Fisco italiano³¹².

E' dunque necessario che il contrasto internazionale all'evasione fiscale operi su due fronti.

Il primo coincide, come accennato precedentemente, nel rafforzamento della trasparenza nei rapporti finanziari e professionali rispetto alle amministrazioni fiscali dei singoli Stati.

Il secondo coincide con la necessità che le amministrazioni finanziarie provvedano a predisporre delle strutture tali da garantire l'effettiva conoscibilità delle informazioni relative ai contribuenti con interessi all'estero³¹³. Tali procedure, al fine di essere considerate pienamente efficaci, devono essere caratterizzate da incisività sia nel merito della richiesta (ad esempio il superamento del c.d. segreto bancario) sia nella modalità di risposta alla richiesta, che dovrebbe essere caratterizzata da un apprezzabile grado di automatismo.

Le esigenze precedentemente esposte sono stato oggetto della decisione del Consiglio dell'OCSE³¹⁴, che il 15 luglio 2014 ha approvato il nuovo *standard* sullo scambio di informazioni³¹⁵.

³¹² I c.d. Paesi non *white list*.

³¹³ Come risulta dalla circolare Assonime n. 16 del 19 Maggio del 2015, p. 6.

³¹⁴ Per quanto invece riguarda i paesi europei, la collaborazione fiscale è stata implementata con l'introduzione della direttiva 2011/16/UE.

³¹⁵ Così F. TINELLI, *Voluntary disclosure*, cit, p. 9

Il documento pone una particolare enfasi sull'ampiezza dello scambio, in particolare sotto tre profili: quello "oggettivo" (le informazioni oggetto di scambio riguardano qualsiasi tipologia di reddito, compresi interessi, dividendi e altri redditi di natura finanziaria, e includono i saldi periodici dei conti nonché i redditi derivanti dal disinvestimento delle attività), quello soggettivo (le informazioni acquisite non sono solo quelle relative alle persone fisiche, ma anche quelle di società ed enti, compresi trust e fondazioni), nonché quello relativo agli intermediari (verranno, infatti, acquisite informazioni non solo da banche e soggetti depositari di attività finanziarie, ma anche da broker, organismi di investimento collettivo, talune imprese assicurative ecc). Le procedure previste nel documento prevedono (soprattutto per i conti bancari ancora da aprire) l'obbligo per le banche di assumere specifiche informazioni sui soggetti non residenti (nome, indirizzo, data di nascita, codice fiscale.), da inviare automaticamente all'Amministrazione finanziaria dello Stato di residenza fiscale del titolare³¹⁶.

E' stato, da ultimo, proprio il progresso nella collaborazione fiscale tra gli Stati ad aver creato le condizioni per la predisposizione della procedura di *voluntary disclosure*³¹⁷. In particolare negli ultimi anni si è assistito alla predisposizione di accordi fiscali con molti degli Stati generalmente considerati "paradisi fiscali"³¹⁸.

³¹⁶ Così F. TINELLI, *Voluntary disclosure*, Milano, 2015, p. 11

³¹⁷ Ovviamente il profilo oggetto di evoluzione riguarda i paesi *extra* Ue, con i quali i rapporti fiscali sono regolati da accordi bilaterali, generalmente secondo gli *standards* definiti dalle linee guida OCSE. In ambito europeo la cooperazione fiscale è inerente al più generale principio di leale cooperazione, di cui all'art. 4 del Trattato sull'Unione Europea.

³¹⁸ L'espressione, seppur atecnica, individua i paesi la cui fiscalità è caratterizzata dalla presenza di un regime fiscale estremamente favorevole e dall'assenza di collaborazione fiscale con altri Stati.

Anche il Governo Italiano si è reso partecipe di questo passo in avanti nelle relazioni bilaterali in ambito fiscale. Nello specifico si è provveduto alla ratifica di accordi fiscali con alcuni dei principali Paesi rientranti nella categoria dei c.d. *black list*³¹⁹. La sostanza degli accordi può essere racchiusa in un richiamo generalizzato al contenuto dello *standard* OCSE. Come evidenziato dall’Agenzia delle Entrate, nella circolare n. 10/E del 2015, l’elemento di maggiore interesse consta nel superamento del c.d. segreto bancario.

L’effetto della ratifica dei suddetti trattati si è esplicato nella futura prospettiva, per paesi firmatari controparte, del riconoscimento di Stati non appartenenti alla c.d. *black list*.

Ma la conseguenza principale della ratifica è stata quella di far cadere un sistema, opaco nei controlli e pure sul fronte della cooperazione fiscale, che è stato la base dell’evasione fiscale internazionale a cui si è assistito negli scorsi decenni. Ovviamente la possibilità di un “porto sicuro” per il contribuente estero costituiva, incidentalmente, anche un aggiramento degli obblighi derivanti dalla normativa sul monitoraggio fiscale.

La caduta del muro del segreto bancario negli Stati firmatari dei sopracitati accordi, vista in combinato alle linee guida dell’OCSE in riferimento al contrasto internazionale all’evasione fiscale, costituisce il fondamento concettuale della proposta di una procedura di rientro per i capitali illegalmente detenuti all’estero.

Nel documento *Offshore Voluntary Disclosure*, l’OCSE ha evidenziato come fosse auspicabile la previsione di misure non occasionali per la regolarizzazione, con

³¹⁹ Si vedano gli accordi conclusi con la Federazione Svizzera (23 febbraio 2015), con il Principato di Monaco (2 marzo 2015), con il Lichtenstein (26 febbraio 2015).

l'integrale pagamento delle imposte dovute, delle disponibilità frutto di evasione fiscale³²⁰. Alla base della proposta vi è la considerazione che la dichiarazione volontaria del contribuente, la cui posizione, sulla base dell'implementazione dei controlli internazionali, risulta più facilmente accertabile, possa garantire maggiore efficienza nell'accertamento, e ridurre al minimo il contenzioso tributario. Allo stesso modo, la previsione dell'obbligo di dichiarazione nel quadro RW delle disponibilità estere, fa sì che il contribuente adempia con maggiore regolarità nei periodi d'imposta successivi. Infatti, una volta che il contribuente abbia optato per la *voluntary disclosure*, dovrà necessariamente provvedere alla corretta compilazione del quadro RW nei periodi d'imposta successivi.

Dall'ottica del contribuente, non si può che sostenere che quest'ultimo sia senza dubbio incentivato a provvedere all'emersione, così da scongiurare un probabile accertamento.

Ovviamente la deterrenza dei probabili controlli fiscali è subordinata proprio alla presenza di un efficace regime di cooperazione fiscale, sulla base del quale lo Stato di residenza del contribuente possa ricevere dal paese terzo informazioni utili a definire la posizione fiscale del contribuente medesimo.

Secondo quanto raccomandato dalla stessa OCSE è però necessario che alla procedura di *voluntary disclosure* si affianchi una concreta attività di contrasto all'evasione fiscale, che dia attuazione agli strumenti che lo *standard* OCSE attribuisce.

Nel quadro generale sopra delineato si è assistito alla previsione di una possibilità di emersione.

³²⁰ D.SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit., p. 138.

Prima ancora che da un atto di legge, la possibilità della riduzione delle sanzioni a fronte dell'autodenuncia era stata presa in considerazione dall'Amministrazione finanziaria.

Nella circolare n. 38/E del 2013 l'Agenzia delle Entrate aveva introdotto la possibilità della riduzione, fino alla metà del minimo edittale, delle sanzioni per la mancata dichiarazione delle attività estere nel quadro RW.

Alla base di questa decisione vi era l'art.7, comma IV, del decreto legislativo n. 472 del 97³²¹. La norma stabilisce che la riduzione delle sanzioni sia possibile quando "circostanze eccezionali" rendano manifesta la proporzione tra la sanzione e l'entità del tributo cui la violazione si riferisce. La condotta del contribuente che procede all'emersione di attività illecitamente detenute all'estero viene quindi ritenuta una "circostanza eccezionale", tale da giustificare una riduzione della sanzione, riferita ad una violazione che comunque lo stesso contribuente contribuisce a sanare³²².

La *voluntary disclosure* "amministrativa" è stata in ogni caso superata dall'intervento del legislatore che, anticipando l'attuale procedura per l'emersione volontaria, ha emendato il decreto legge n. 167 del 1990, introducendovi gli articoli 5-*quater* e 5-*septies*³²³. L'esigenza di disciplinare legalmente l'emersione dei capitali era indicata innanzitutto dalla mancanza di coordinamento con le altre misure che riconoscevano un trattamento attenuato al contribuente che tenesse una condotta collaborativa.

³²¹ Si legga V. J. CAVALLARO, *Voluntary disclosure*, Milano, 2013, p. 15.

³²² D.SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit., p. 137.

³²³ Si veda decreto legge n.4 del 2014, non convertito.

In ogni caso, l'*iter* parlamentare del decreto legge n. 4/2014 ha visto la parziale abrogazione del contenuto dell'atto³²⁴, al quale si è affiancata l'iniziativa parlamentare in riferimento ad un nuovo disegno di legge, definitivamente promulgato nella legge n. 186 del 2014, la quale reca la disciplina odierna della *voluntary disclosure*.

Volendo fotografare in modo conciso la disciplina della *voluntary disclosure* attualmente in vigore, si può dire che quest'ultima consista nella possibilità per il contribuente, che detenga illecitamente attività all'estero, di poter regolarizzare la propria posizione attraverso l'integrale pagamento delle imposte, ottenendo così una significativa riduzione delle sanzioni. La riduzione riguarderà sia le sanzioni per il mancato pagamento delle imposte in riferimento ai redditi prodotti dalle attività estere³²⁵, sia quelle per la violazione dell'obbligo di dichiarazione nel quadro RW della dichiarazione dei redditi.

La particolarità della *voluntary disclosure* prevista dalla normativa è quella di prevedere, oltre ad una procedura per l'emersione dei capitali esteri, anche la possibilità di procedere all'emersione di attività illecitamente detenute in Italia. Questa procedura viene nominata come *voluntary disclosure* domestica.

La *voluntary disclosure* domestica è caratterizzata dalla possibilità generalizzata di accedere alla riduzione delle sanzioni³²⁶. Si assiste ad un allargamento sia dell'ambito oggettivo che dell'ambito soggettivo, così da non determinare

³²⁴ Le censure parlamentari facevano riferimento in special modo al mancato coordinamento delle sanzioni nel loro complesso, con particolare riferimento al profilo sanzionatorio nei confronti dei professionisti, considerato eccessivamente afflittivo. Per un ulteriore approfondimento dell'*iter legis* si consiglia la consultazione di D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit., pp. 143-144.

³²⁵ La procedura potrebbe interessare inoltre i redditi evasi a monte della costituzione dei capitali detenuti all'estero, con conseguente interessamento anche delle sanzioni collegate.

³²⁶ Si legga F. TINELLI, *Voluntary disclosure*, cit., pp. 23-24.

discriminazioni in favore dei contribuenti che evadono le imposte trasferendo le proprie attività all'estero.

Per quanto riguarda l'ambito oggettivo, si può provvedere all'emersione di attività ricollegabili ad ogni tipo di imposizione domestica.

Nel caso dell'ambito soggettivo, la platea dei contribuenti che può accedere alla regolarizzazione non si limita ad i soggetti che la normativa del monitoraggio fiscale indica come i soggetti obbligati alla dichiarazione, ma ricomprende tutti i soggetti passivi d'imposta, comprese le società (c.d. *voluntary* domestica)

Per quanto invece riguarda la natura della collaborazione volontaria essa non è da considerarsi come una semplice dichiarazione di scienza, ma costituisce l'ammissione, da parte del contribuente, delle violazioni commesse in riferimento alla disciplina del monitoraggio fiscale.

Dal punto di vista dell'ordinamento giuridico³²⁷, essa costituisce, nei fatti, una confessione stragiudiziale.

L'art. 2735 del Codice Civile equipara il valore probatorio della confessione stragiudiziale a quello della confessione giudiziale.

L'effetto per il contribuente consiste nel fatto che la confessione non possa essere ritirata e che essa costituisca prova legale per eventuali successivi accertamenti (in caso di incompletezza o non corretto svolgimento della procedura) e pure in caso di contenzioso dinnanzi le commissioni tributarie³²⁸.

³²⁷ Infatti essa null'altro è che la dichiarazione di fatti a se sfavoreli, liberamente resa dal contribuente sulla base di un *animus confitendi*. La volontarietà, ad avviso di chi scrive, non è inficiata dal rischio di un successivo accertamento fiscale, che non può comunque comportare affettivi coercitivi di alcuna sorta.

³²⁸ Così F. TINELLI, *Voluntary disclosure*, cit., p. 24.

Quanto detto assumerà particolare rilievo nell'analisi degli eventuali conseguenze negative a carico dei beneficiari di un *trust* estero, nell'esplicarsi della procedura di *voluntary disclosure*³²⁹.

Prima di iniziare una più puntuale analisi della procedura per la regolarizzazione delle violazioni nel quadro del monitoraggio fiscale è utile evidenziare le differenze con le altre procedure di regolarizzazione cui sin qui abbiamo assistito³³⁰.

Le precedenti esperienze dei c.d. “scudi fiscali” si concretizzavano nel pagamento di un'imposta sostitutiva proporzionale, e solitamente in percentuale irrisoria riferita al valore degli *assets*, alle attività illecitamente detenute all'estero.

La prima differenza consiste proprio nel fatto che la base imponibile dell'aliquota sostitutiva fosse esclusivamente il valore patrimoniale delle attività estere. Diversamente, la *voluntary disclosure*, anche in ossequio alla *ratio* reddituale del monitoraggio fiscale, si concentra prevalentemente sui flussi di ricchezza derivanti attività non dichiarate.

Un'ulteriore profilo di differenza consiste nel fatto che le precedenti procedure di regolarizzazione riguardassero solamente i soggetti tenuti agli adempimenti del monitoraggio fiscale.

La procedura di emersione, invece, manifesta una similitudine con i precedenti condoni fiscali, che avevano lo scopo di sanare anche le violazioni domestiche commesse dalla generalità dei contribuenti³³¹.

³²⁹ In particolare sarà necessario approfondire il potenziale effetto della dichiarazione del contribuente che aderisce all'emersione nei confronti dei terzi. Per una chiara esposizione della problematica, che sarà in ogni caso ripresa nei paragrafi successivi, si legga S. LOCONTE, *Voluntary disclosure*, cit., p. 86.

³³⁰ Trattasi di precedenti condoni fiscali ovvero dei cosiddetti “scudi fiscali” precedentemente approvati.

³³¹ Così D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit., pp. 143-144.

In realtà non è possibile tracciare un netto parallelismo tra la *voluntary disclosure* e le altre procedure di regolarizzazione, in quanto è totalmente diversa l'ottica che muove la procedura di emersione. In questo caso infatti, è dovuto il pagamento, per intero, dell'ammontare delle imposte evase, senza forfettari età alcuna. Il tratto favorevole al contribuente è assolutamente meno pronunciato, anche alla luce della pubblicità della dichiarazione. Infatti non sarà in ogni caso garantito l'anonimato del contribuente.

La *ratio* della riduzione delle sanzioni è, in ultima istanza, riferita a determinare in ogni caso una convenienza nell'autodenuncia, così da risultare appetibile per il contribuente che volesse regolare la propria posizione, nell'ottica di una maggiore efficacia dei controlli internazionali.

4.2 La procedura per il rientro

4.2.1 L'ambito soggettivo

Dopo aver brevemente delineato quali siano gli aspetti generali della disciplina è necessario approfondirne alcuni aspetti, partendo dall'ambito soggettivo della procedura³³².

³³² L'ambito soggettivo della *voluntary disclosure* "internazionale" è definito dall'art. 1, comma I, della legge n. 186 del 2014, il quale richiama all'ambito soggettivo del monitoraggio fiscale.

Come abbiamo anticipato, la *voluntary disclosure*, pur essendo nata in riferimento alle violazioni relative al monitoraggio fiscale, ha visto il proprio ambito allargato anche alle violazioni domestiche³³³, determinando di guisa anche un ampliamento dell'ambito soggettivo.

In realtà le prospettive dell'allargamento della procedura sono state definite incerte, sulla base del dato testuale della norma.

Infatti la legge n. 186 del 2014 non fa espresso richiamo a particolare soggetti, eccezion fatta per coloro i quali sono tenuti alla dichiarazione nel quadro RW, ma solo alla generalità delle imposte nazionali³³⁴.

Alcuni autori hanno quindi preferito considerare anche un'interpretazione restrittiva della portata soggettiva della *voluntary disclosure* "domestica"³³⁵, ipotizzando che la preconditione per poter aderire alla procedura di emersione violazioni domestiche fosse, in ogni caso, l'aver violato gli obblighi relativi al monitoraggio fiscale.

Al contrario, la maggior parte della dottrina è concorde nel ritenere che la previsione della procedura domestica non possa che consistere in una possibilità di adesione alla stessa anche per gli altri contribuenti³³⁶.

Oltretutto la già citata circolare di Assonime³³⁷, oltre a sposare la linea dell'ampliamento dei possibili contribuenti interessati dalla procedura, sostiene che, nel caso di contribuente che debba sanare la propria posizione in riferimento

³³³ Art. 1, commi II, III, IV, della legge n. 186 del 2014

³³⁴ Nello specifico, imposte sui redditi e relative addizionali, imposte sostitutive, imposta regionale sulle attività produttive ed imposta sul valore aggiunto.

³³⁵ D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit., pp. 143-144.

³³⁶ Ad esempio F. SQUEO, *Voluntary disclosure*, cit., p. 58, oppure D. LIBURDI, *Voluntary disclosure*, cit., p. 31.

³³⁷ Circolare Assonime n. 16 del 2015, p. 19.

ad attività estere, la procedura di emersione debba necessariamente interessare anche le eventuali violazioni interne. Il rischio sarebbe quello del non perfezionamento della procedura.

Nei capoversi precedenti è stata indicata la platea di contribuenti interessati, così come risulta da una lettura lineare della normativa. Approfondendo però la disciplina è necessario analizzare le eccezionalità che si possono incontrare. Il riferimento è ai casi di estero vestizione ed ai casi di interposizione soggettiva, sia fittizia che reale.

Come chiarito dall' Agenzia delle Entrate nella circolare 10/E del 2015, la procedura di emersione è utilizzabile anche per i soggetti formalmente residenti all'estero, la cui residenza fiscale è però ricondotta in Italia sulla base dell'art. 73 del Tuir³³⁸.

La conseguenza di ciò è che anche un soggetto estero vestito dovrebbe essere un soggetto passivo d'imposta in Italia. La procedura di emersione attuabile sarebbe quella per le violazioni domestiche, in quanto il soggetto esterovestito avrebbe fittiziamente mascherato la propria sede effettiva al fine di eludere imposte nel nostro paese.

Partendo dai casi di esterovestizione legalmente presunta, ci si deve riferire all'art 73 del Tuir, il quale prevede una presunzione di esterovestizione nei seguenti casi:
- nel comma 5-*bis*, per effetto del quale, facendo salva ogni prova contraria, la sede dell'amministrazione di un soggetto passivo d'imposta, sia esso una società od un ente, è da ritenersi esistente nel territorio dello Stato italiano se esso detiene partecipazioni di controllo, nei termini, molto vasti, di cui all'articolo 2359, primo comma, del codice civile, in società di capitali, società cooperative e di mutua

³³⁸ C.d. presunzione di esterovestizione.

assicurazione residenti nel territorio dello Stato, nonché in enti commerciali, pubblici e privati, diversi dalle società, anch'essi residenti nel territorio dello Stato, purché sussista anche una sola delle seguenti condizioni:

1) controllo, anche indiretto, delle società detentrici le partecipazioni, ai sensi del predetto articolo 2359, primo comma, del codice civile, da parte di soggetti residenti nel territorio dello Stato;

2) consiglio di amministrazione, o equivalente organo deputato alla gestione, delle società detentrici formato in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello Stato;

- nel comma 5-*quater*, secondo cui, salvo prova contraria, si considerano residenti nel territorio dello Stato le società o enti il cui patrimonio sia investito in misura prevalente in quote o azioni di organismi di investimento collettivo del risparmio immobiliari, e siano controllati direttamente o indirettamente, per il tramite di società fiduciarie o per interposta persona, da soggetti residenti in Italia.

In ogni caso, secondo quanto stabilito dall'Agenzia³³⁹, l'accesso alla procedura non è di per sé precluso ai soggetti residenti all'estero. Volendo chiarire il punto, si sostiene che l'esterovestizione sia, invero, una delle modalità tramite cui è possibile evitare l'obbligo dichiarativo nel quadro RW. Non è quindi sufficiente limitarsi alla presunzione legale prevista delle fattispecie di cui all'art. 73 del Tuir, ma è necessario tenere le porte aperte anche all'emersione di strutture solo formalmente estere, ma sostanzialmente esistenti in Italia³⁴⁰. L'accesso alla procedura di emersione, per l'Agenzia delle Entrate, consisterebbe nella confessione di aver

³³⁹ Si veda la circolare n 10/E del 2015, p. 9.

³⁴⁰ Si richiama, a titolo di esempio, il caso di stabile organizzazione occulta.

costruito una fattispecie di esterovestizione non coperta dalla presunzione *ex art* 73³⁴¹.

4.2.2 (segue) Il trust e l'ambito soggettivo della voluntary disclosure

Anche per i *trust* esteri che si presumono residenti in Italia è possibile aderire alla procedura della *voluntary disclosure*.

Come già indicato, il “decreto mille proroghe” del 2005 ha emendato la precedente versione dell'art. 73 del Tuir³⁴², introducendo specifiche presunzioni di estero vestizione per l'istituto del *trust*.

Il nuovo testo dell'articolo dispone che i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, in cui almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del trust siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato.

Viene inoltre considerato residente in Italia il *trust* istituito in uno Stato diverso da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis (paesi c.d. *black list*³⁴³), nel caso in cui, successivamente alla sua costituzione, un soggetto residente in Italia effettua in favore del *trust* un'attribuzione che comporti il trasferimento di proprietà di beni immobili o la

³⁴¹ Il *trait d'union* che rende logica la convivenza della procedura domestica e di quella relativa alle violazioni del quadro RW è proprio il fatto che, in entrambi i casi, le violazioni hanno l'effetto di sottrarre ad imposizione dei redditi, essendo secondario ai fini della procedura che questi vengano prodotti all'estero ovvero in Italia.

³⁴² Articolo 39- *novies* del decreto legge n. 273 del 2005.

³⁴³ Si tenga conto ai fini dell'individuazione dei paesi cd. *black list*, dei nuovi accordi fiscali conclusi con alcuni dei paesi considerati “paradisi fiscali”.

costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi³⁴⁴.

Da quanto indicato risulta che anche il *trust* (non commerciale) estero che si presume residente (o che lo sia sostanzialmente sulla base di fatti secondari) in Italia è abilitato all'adesione alla procedura di emersione dei capitali illecitamente detenuti all'estero, così da poter sanare le violazioni relative al quadro RW della dichiarazione.

Diversa la situazione che si profila nel caso di *trust* formalmente e sostanzialmente residente all'estero. La fattispecie è infatti contemplata dall'art. 4 della legge n. 167 del 1990.

Nel caso in cui vi sia la presenza di titolari effettivi del *trust*³⁴⁵, sono quest'ultimi, almeno secondo la prassi amministrativa³⁴⁶, i soggetti deputati alla compilazione del quadro RW della dichiarazione dei redditi. Nello specifico il soggetto titolare effettivo del *trust* dovrà indicare nella dichiarazione l'intero ammontare dei beni detenuti dal *trust*, con specifica indicazione della quota di patrimonio a lui spettante. Questa prospettiva è sintomatica dell'approccio *look through*, che tende a superare la struttura di detenzione del patrimonio dando risalto al controllo effettivo. Il tema del superamento dello schermo del *trust* sarà approfondito successivamente, nel paragrafo dedicato ai casi di interposizione nella procedura di emersione.

³⁴⁴ Per una maggiore accuratezza nell'esposizione del tema della residenza dei *trust* si invita a fare riferimento, oltre che a questa trattazione, anche alla prassi amministrativa rinvenibile nella circolare dell'Agenzia n. 48/E del 2007.

³⁴⁵ La definizione di "titolarità effettiva" si ritrova nell'allegato tecnico del decreto legislativo n. 231 del 2007

³⁴⁶ Circolare dell'Agenzia dell'Entrate n. 38/E del 2013.

Seppur sia chiaro il senso della procedura che, così come prospettato dall'OCSE ed anche dalla rubrica della legge n. 186 del 2014³⁴⁷, viene intesa come strumento di contrasto all'evasione, non è chiaro se i beneficiari di reddito ne possano o meno beneficiare.

Infatti la stessa Agenzia, nella circolare n. 43/E del 2009, nella parte in cui non li considera come potenziali fruitori dello scudo fiscale, non annovera i beneficiari individuati di reddito tra i soggetti tenuti alla compilazione del quadro RW, ne sembra propendere per la necessità di dichiarazione nella più attuale circolare 38/E del 2013.

Più precisamente, anche quando prevede l'esigenza di dichiarazione per il beneficiario che non sia titolare effettivo, l'Agenzia fa espresso riferimento al diritto sul patrimonio del *trust*³⁴⁸.

L'incongruenza riscontrata sembra anticipare già dalla fase iniziale dell'analisi, come la definizione di titolare effettivo, letta in combinato disposto con la normativa per l'emersione volontaria, sia di fatto poco compatibile col sistema fiscale.

Il paradosso sarebbe quello di permettere la regolarizzazione solamente al contribuente che abbia diritto ad una quota del patrimonio, la qual cosa però non costituisce il presupposto per individuazione di un reddito imponibili. Sarebbe invece escluso dalla procedura, ad esempio, il contribuente che, pur avendo diritto ad attribuzioni reddituali da parte di un *trust* estero, non ne dia corretta evidenza nella modello UNICO della dichiarazione dei redditi³⁴⁹.

³⁴⁷ Oltretutto in perfetto ossequio alla logica prettamente reddituale del monitoraggio fiscale.

³⁴⁸ Circolare n. 38/E del 2013, p. 15.

³⁴⁹ Per una maggiore chiarezza si ricorda come in ogni caso questa incongruenza fosse meno evidente nella lettura del monitoraggio data dalla circolare n. 43 del 2009. Infatti, stando a quanto

Si ricorda come un'interpretazione della titolarità effettiva non come mera qualificazione giuridica del diritto patrimoniale sui beni del *trust*, ma come parametro per l'individuazione dell'effettiva influenza sulla gestione del *trustee*, possa in realtà attribuire maggiore incisività all'obbligo dichiarativo previsto dal monitoraggio fiscale, dando maggiore rilievo alla godibilità potenziale dei frutti del *trust*, così come avviene nei casi di trasparenza espressamente individuati dal legislatore. Allo stato attuale, almeno da quanto risulta dalla prassi amministrativa, la disciplina del monitoraggio fiscale, seppur in una logica di costante ampliamento dell'alveo soggettivo³⁵⁰, continua ad essere ancorata al possesso diretto dei beni.

La platea dei contribuenti comprende anche il soggetto che si sia fittiziamente interposto, in quanto in quel caso lo schermo giuridico risulta inconsistente. Sarà proprio il soggetto interposto, in quanto deputato alla compilazione del quadro RW, ha dover procedere all'emersione³⁵¹.

Diverso il caso dell'interponente reale che, parallelamente a quanto avviene per il beneficiario di reddito, dovrebbe procedere all'emersione solamente quando fosse inquadrabile come "titolare effettivo"³⁵².

In realtà la normativa sulla *disclosure* potrebbe anche contemplare anche l'interposizione reale³⁵³, ed è necessario chiedersi come la previsione si coordini con l'assenza di una determinazione equivalente nel testo dell'art. 5 del decreto-legge n. 167 del 1990. L'analisi anticipata verrà affrontata nel proseguo del lavoro.

la stessa Agenzia afferma alla pagina 11 della circolare, i redditi generati dal *trust* percepiti dal beneficiario sono comunque presi in considerazione, in quanto i benefici della procedura attuata dal *trustee* si propagano anche alla posizione del beneficiario individuato.

³⁵⁰ Si ricorda la presunzione di evasione a carico di chi abbia la disponibilità della movimentazione.

³⁵¹ Circolare 38/E dell'Agenzia delle Entrate.

³⁵² Tenendo sempre a mente come la giurisprudenza della Cassazione propenda per l'attribuzione dell'obbligo dichiarativo, genericamente, ai casi di interposizione.

³⁵³ L'art. 4-ter della legge sul monitoraggio parla di attività detenute per interposta persona"

4.2.3 Ambito oggettivo

Dopo aver approfondito l'ambito soggettivo della procedura di emersione, procediamo a delineare l'ambito oggettivo della medesima.

Iniziando l'analisi dal caso della *voluntary disclosure* internazionale si ricorda che, ai sensi del nuovo art. 5- *quater*, introdotto dalla legge n. 186 del 2014, includa nell'ambito oggettivo della procedura di emersione anche le violazioni non correlate alla provvista estera interessata dalla procedura³⁵⁴. Così risulta dalla circolare n. 10/E del 2015, nella quale l'Agenzia ha optato per l'interpretazione della norma meno favorevole per il contribuente³⁵⁵. L'inclusione delle violazioni domestiche nel procedimento di emersione internazionale non sarebbe dunque una facoltà, ma in un obbligo, per il contribuente che intenda sanare violazioni estere.

In tale ottica, la mancata *disclosure* di parte delle violazioni potrebbe condizionare la produzione degli effetti tipici dell'emersione. Il rischio per il contribuente potrebbe consistere nel non riconoscimento del trattamento favorevole nella determinazione delle sanzioni.

La *ratio* che sembra aver mosso l'Amministrazione è determinata dal fatto che la *voluntary disclosure* dovrebbe basarsi sulla resipiscenza del contribuente³⁵⁶, che tenga un atteggiamento realmente collaborativo con l'Agenzia. Non si ravviserebbe un reale *animus collaborendi* nel caso in cui il contribuente manifestasse il proprio "pentimento" solo per una parte delle violazioni commesse.

Ai fini dell'eshaustività della domanda di accesso alla procedura, si ribadisce come il contribuente debba indicare anche quale sia l'origine delle attività estere, a

³⁵⁴ Infatti, per la *voluntary* internazionale, l'articolo parla sia di violazioni relativi ad attivi esteri, sia di violazioni "non connesse" alle attività estere.

³⁵⁵ V. J. CAVALLARO, *Voluntary disclosure*, cit., p. 21.

³⁵⁶ Così V. J. CAVALLARO, *Voluntary disclosure*, cit., p. 21.

prescindere dal fatto che per tali violazioni sia o meno trascorso il termine utile per l'accertamento.

La circolare ha anche chiarito il punto relativo all'effettiva ubicazione delle attività nel caso in cui, al fine di celarne la titolarità, esse siano intestate a soggetti non residenti. L'Agenzia ritiene che "Il principio generale valorizza la localizzazione delle attività ove sono ubicate le stesse. Qualora, però, venga utilizzato un veicolo per garantire l'occultamento della reale disponibilità, allora il luogo rilevante per la localizzazione è quello dello schermo stesso"³⁵⁷.

Per quanto riguarda invece l'ambito oggettivo della *voluntary* domestica, si ricorda come non sia praticabile una distinzione tra la procedura internazionale e quella domestica basandosi solo sulla fonte estera o meno del reddito.

Infatti, per il principio generale della *worldwide income taxation* anche i redditi prodotti all'estero hanno una rilevanza generale ai fini del sistema impositivo interno. Infatti anche in caso di mancata dichiarazione nel quadro RW della dichiarazione l'effetto potrebbe essere, in astratto, quello di evadere le imposte nazionali. Dunque, la scriminante tra le due diverse procedure di emersione è da rinvenirsi nel fatto che il soggetto che ne fa richiesta sia o meno obbligato al monitoraggio

Per concludere, la reale distinzione tra le due procedure consta nel carattere residuale della *voluntary* domestica, che di fatto ricomprende ogni violazione non rientrante nell'ambito oggettivo o soggettivo della *voluntary* internazionale.

4.2.4 La richiesta di accesso alla procedura

³⁵⁷ Circolare Agenzia delle Entrate n. 10/E 2015.

La *voluntary disclosure* è oggetto di un'articolata disciplina che il legislatore ha predisposto al fine di accedere ai benefici della procedura.

Il termine ultimo per la presentazione della richiesta era stato inizialmente previsto per il 30 settembre 2015. Tale termine è stato successivamente prorogato, dal decreto-legge n. 153 del 2015, al 30 novembre, con la possibilità di integrare la richiesta entro il 30 dicembre³⁵⁸.

La legge n. 186 del 2015 ha limitato la facoltà di accesso alla procedura, prevedendo particolari clausole ostative alla regolarizzazione del contribuente.

La collaborazione volontaria non sarà ammessa nel caso in cui l'istanza venga presentata dopo che il contribuente (o i soggetti con cui è solidalmente obbligato in via tributaria) abbia avuto conoscenza del fatto che siano state svolte attività di accertamento in riferimento agli attivi che si intendano "sanare". Le attività tipiche di accertamento che non devono essere conosciute possono essere, a titolo esemplificativo, gli accessi, le verifiche e le ispezioni, ma anche attività che coinvolgano direttamente il contribuente e i possibili obbligati in solido, quali l'invio di questionari od inviti dell'Agenzia.

La reale portata delle cause ostative è stata chiarita dalla circolare n. 10/E del 2015.

La circolare spiega che nel caso di soggetti fiscalmente obbligati in solido, la conoscibilità delle attività relative all'accertamento non deve essere necessariamente riferita al soggetto che propone istanza di adesione alla procedura, ma risulta sufficiente che vi sia la conoscibilità da parte di uno solo degli obbligati in solido.

³⁵⁸ Recentemente la Legge di stabilità per il 2016 ha previsto la proroga del termine al 18 gennaio 2016, ma solo in caso di domanda di accesso alla procedura che sia stata scartata per errori formali.

Allo stesso tempo l’Agenzia chiarisce la portata ristretta delle attività di accertamento, che si riferiscono necessariamente a tributi ed anni fiscali necessariamente specificati. Quindi, nel caso di avviata attività istruttoria, l’accesso alla *voluntary disclosure* non potrà essere genericamente precluso, ma il limite andrà riferito alla sanabilità di violazioni di singole norme fiscali in specifiche annualità.

Se invece non dovessero sussistere le cause ostative individuate dalla legge il contribuente dovrebbe presentare l’istanza entro il termine ultimo del 30 novembre, seguendo il modello predisposto dall’Amministrazione finanziaria.

Il modello per l’istanza di adesione alla *voluntary disclosure*, è stato predisposto dall’Agenzia, con il provvedimento direttoriale n. 13193 del 30 gennaio 2015³⁵⁹, così come stabilito dall’art. 1, comma IV, della legge n. 186 del 2014.

Il contribuente dovrà indicare nell’istanza:

- il dettaglio delle attività di natura finanziaria e degli investimenti costituiti o detenuti all’estero, anche per interposta persona, fornendo i documenti utili alla determinazione dei redditi che servono a costituirli e dei redditi derivanti dalla loro dismissione od impiego;
- i documenti e le informazioni necessari a determinare i maggiori imponibili, non connessi alle attività estere, agli effetti delle imposte sui redditi, delle imposte sostitutive e delle addizionali, dell’Irap, dell’Iva e dei contributi previdenziali. Si può notare come al contribuente sia richiesta un’autodenuncia piena, con tutte le

³⁵⁹ Per una puntuale analisi del modello di adesione si veda F. SQUEO, *Voluntary disclosure*, cit., pp. 44 e ss.

informazioni utili all'attività di verifica e quantificazione delle imposte da parte dell'Amministrazione finanziaria;

- i dati dei soggetti collegati. Tale categoria consiste nei soggetti a cui deve essere parzialmente riferita la disponibilità delle attività finanziarie ovvero la disponibilità delle attività estere comunque soggette ad emersione³⁶⁰.

L'indicazione dei redditi che hanno costituito la provvista estera merita un'ulteriore osservazione.

Infatti, nel caso in cui fosse trascorso il termine per l'accertamento, l'Agenzia non potrebbe in ogni caso calcolare correttamente l'ammontare delle relative imposte non pagate.

Alla luce di questa considerazione alcuni autori hanno ritenuto che l'omissione di tale indicazione non avesse effetti pratici sull'esito della procedura³⁶¹.

Dall'altra parte l'Agenzia, anche alla luce dell'approccio meno favorevole al contribuente che essa ha mantenuto nell'interpretazione dell'art. 5- *quater* del decreto legge n. 168 del 1990³⁶², sembra considerare la completezza della domanda come condizione per la ricevibilità dell'istanza³⁶³.

Infatti l'Agenzia considera la compilazione dell'istanza di adesione, come anche il pagamento delle imposte, come uno degli adempimenti che permette il concludersi della procedura.

Si può capire l'importanza della questione se la si riferisce al caso del *trust*. Sarebbe infatti estremamente difficile per il beneficiario riuscire a fornire le informazioni

³⁶⁰ F. SQUEO, *Voluntary disclosure*, cit., p. 46.

³⁶¹ D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit. p.150.

³⁶² Il riferimento è relativo all'obbligo o meno per il contribuente aderente alla *voluntary* internazionale, di procedere anche all'emersione delle violazioni domestiche.

³⁶³ Circolare n. 10/E del 2015, p. 17

utili ed i documenti necessari ad approfondire la formazione del capitale oggetto di disposizione da parte del soggetto che ha istituito il *trust*.

Anche se in ogni caso si ritiene che la questione richieda un chiarimento ulteriore da parte dell'Amministrazione, si può comunque provare ad escludere la possibilità che questa difficoltà nel ricostruire puntualmente le genesi degli attivi detenuti nel *trust* possa costituire per il beneficiario una causa ostativa *de facto* all'accesso alla procedura.

Infatti, se la *ratio* della procedura è quella di premiare il comportamento collaborativo, non si può immaginare che lo spirito collaborativo del contribuente debba ricomprendere anche un'attività d'indagine sull'attività del disponente.

Nella più recente circolare n. 30/E del 2015, l'Amministrazione ha considerato sanabili eventuali incompletezze nell'istanza, ed ha concluso che “una carenza nella produzione documentale, in buona fede, rilevate dall'Ufficio nel corso dell'esame della documentazione e della relazione accompagnatoria, non danno necessariamente luogo ad effetti negativi sul prosieguo della procedura”.

La buona fede del contribuente si ravviserà nel caso il suo atteggiamento collaborativo nei confronti dell'Amministrazione fosse comunque volto a fornire più informazioni utili possibili, ancorchè non esaustive.

Il mezzo per un “dialogo” proficuo in termini di corretta valutazione delle informazioni ricevute è dato dalla relazione di accompagnamento.

La relazione d'accompagnamento, redatta dal professionista, rappresenta la “bussola del procedimento”³⁶⁴. Essa ha la funzione di indirizzare correttamente l'attività dell'Amministrazione, permettendo una facile ricostruzione della

³⁶⁴ F. SQUEO, *Voluntary disclosure*, cit., p. 48.

situazione che l'enorme mole di informazioni e documenti contribuiscono a descrivere.

Una corretta ricostruzione dei rapporti giuridici relativa alle attività oggetto di emersione è di fondamentale importanza in tutti quei casi in cui vi sia una struttura proprietaria complessa.

In particolar modo nel caso dei *trust*, l'attività del professionista potrebbe chiarire la reale posizione che il beneficiario intrattiene col patrimonio, agevolando (ed in altro modo anticipando) l'attività esegetica che in ogni caso l'Agenzia dovrebbe rivolgere all'istituto. Attività che ben sappiamo può non essere di soddisfacente conclusione per il contribuente beneficiario.

Il professionista potrebbe un utile ausilio agli uffici dell'Agenzia al fine della corretta, e per niente agevole, ricostruzione dell'assetto proprietario, ed alla corretta qualificazione della posizione rivestita nell'istituto dai singoli individui.

L'incertezza dell'Agenzia in riferimento all'individuazione della titolarità effettiva si evince dalla "timidezza" espressa nella circolare 38/E del 2013, nella quale l'Amministrazione si è limitata a riprodurre i casi specifici individuati dalla normativa antiriciclaggio, senza fornire un criterio ordinante della fattispecie.

4.2.5. (segue) I soggetti collegati

Merita un approfondimento la questione riguardante i "soggetti collegati".

Con il termine "soggetti collegati" ci si riferisce a quei soggetti terzi rispetto alla procedura di emersione che è stata avviata dal contribuente.

Possono essere soggetti che esprimano un collegamento con le attività oggetto di emersione (ad es. il cointestatario del conto) ovvero con la fonte che ha prodotto i

redditi evasi “a monte” delle attività (ad es. una società quando è il socio a procedere all'emersione).

La questione dei soggetti collegati è puntualmente specificata dalla circolare 10/E del 2015, che definisce i soggetti collegati come:

- coloro che, pur non avendo collegamenti con le attività estere, presentando collegamenti con il richiedente in relazione ai redditi sottratti ad imposizione che formano oggetto di emersione;
- coloro che hanno una posizione rilevante ai fini del monitoraggio fiscale in riferimento alle attività oggetto di emersione, cioè coloro i quali hanno avuto la disponibilità anche solo di movimentare le attività finanziarie, pur non essendone i beneficiari effettivi (si tratta dei soggetti che, per consolidata giurisprudenza, sono tenuti al monitoraggio fiscale, quali i delegati ed i cointestatari³⁶⁵).

Ma qual è l'efficacia dell'indicazione dei soggetti collegati nei confronti di quest'ultimi? Come abbiamo visto è fondamentale definire la portata della dichiarazione nei confronti dei soggetti terzi.

Infatti è pacifico che l'indicazione di un contribuente tra i soggetti collegati non costituisca in alcun modo una causa ostativa alla procedura, in quanto una previsione in tal senso sarebbe da considerarsi discriminatoria per il contribuente “ritardatario”.

Ma nel caso in cui non si sia aderito alla *voluntary* entro il termine ultimo, è possibile che l'Agenzia possa procedere all'accertamento basandosi esclusivamente sulle risultanze della procedura principale?

Vi sono varie interpretazioni riguardo all'utilizzabilità delle informazioni ottenute.

³⁶⁵ Si vedano le sentenze della Cassazione, Sezione tributaria, dell'11/06/2003, n. 9320 e del 21/07/2010, nn. 17051 e 17052.

Innanzitutto, una prima interpretazione predilige il carattere meramente informativo, in quanto non sono suscettibili di efficacia diretta neanche per la quantificazione delle imposte che il contribuente che aderisce deve provvedere a pagare³⁶⁶. Alla base di questa impostazione vi sarebbe anche la prassi amministrativa in riferimento allo “scudo fiscale”³⁶⁷, in cui l’Agenzia confermava come l’utilizzo degli elementi a sfavore del contribuente non potesse essere esteso anche ai soggetti ad esso riconducibili.

Non si può però non tener conto del fatto che lo scudo fiscale fosse un istituto estremamente più favorevole ai contribuenti. Infatti, la maggior parte degli osservatori ritiene che le informazioni ottenute tramite l’istanza di *voluntary* sarebbero pienamente utilizzabili anche per emettere l’accertamento nei confronti un contribuente terzo³⁶⁸.

E’ innegabile infatti che l’accuratezza documentale che si richiede caratterizzi l’emersione dei soggetti collegati renda il materiale assolutamente suscettibile di utilizzo ai fini del procedimento di accertamento.

Nel caso del trust la questione potrebbe coinvolgere la posizione dei soggetti beneficiari. L’analisi della posizione di questi ultimi sarà, in ogni caso, analizzata nel paragrafo dedicato alla loro relazione con la *voluntary disclosure*.

4.2.6 La conclusione della procedura

Una volta ricevuto tutto il materiale necessario l’Agenzia provvede a quantificare le imposte da pagare ed a determinare le sanzioni.

³⁶⁶ S. LOCONTE, *Voluntary disclosure*, cit., p. 86.

³⁶⁷ Circolare n. 43/E del 2009.

³⁶⁸ A. DIANI, *La voluntary disclosure in caso di più soggetti collegati*, su www.quagliarella.com.

L'autodenuncia non può in alcun modo eludere il principio del contraddittorio, che l'Amministrazione attiverà con l'invito a comparire ai sensi dell'articolo 5, comma I, del decreto legislativo n. 218 del 1997. A tale invito il contribuente potrà prestare adesione fino al termine del quindicesimo giorno antecedente la data prevista per la comparizione. In caso di adesione all'invito a comparire le sanzioni saranno ridotte di un sesto.

L'alternativa è la conclusione del procedimento tramite un accertamento di adesione e versamento della somma entro venti giorni dalla redazione dell'atto. In questo caso la riduzione delle sanzioni sarà ridotta di un terzo.

Ovviamente il riferimento alla riduzione delle sanzioni tiene anche conto della riduzione del limite edittale prevista per la sola adesione alla procedura di emersione.

In conclusione si deve chiarire come la presentazione della domanda di accesso alla procedura, non inibisce definitivamente la possibilità per il Fisco di procedere all'accertamento. Infatti tra la presentazione della domanda da parte del contribuente e lo scadere dei termini per l'accertamento devono trascorrere almeno novanta giorni, nel caso in cui il contribuente presenti istanza dopo il novantesimo giorno antecedente il termine per l'accertamento, quest'ultimo viene prorogato in misura corrispondente. La *ratio* è quella di evitare che il contribuente persegua l'intento di sospendere l'attività dell'Agenzia con una richiesta di adesione fittizia, così da far decorrere i termini per l'accertamento³⁶⁹.

4.3 Gli effetti premiali della voluntary disclosure

³⁶⁹ D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit. p.151.

L'elemento premiale della procedura di emersione si ritrova nella riduzione delle sanzioni. Ulteriori effetti premiali riguardano la possibilità del pagamento forfettario delle imposte e l'esclusione della punibilità per i reati di riciclaggio e falsa esibizione di documenti³⁷⁰. In ogni caso il profilo penale non verrà approfondito, in quanto non inerente all'oggetto della trattazione.

Per quanto riguarda la riduzione delle sanzioni, è opportuno riferirsi sia alle sanzioni per la mancata dichiarazione nel modulo RW sia alle sanzioni previste per il mancato pagamento delle imposte.

Iniziando dalla violazione dell'obbligo dichiarativo delle attività estere, si ricorda come ad esse corrisponda una sanzione pecuniaria dal 3 al 15% dell'ammontare degli importi non dichiarati³⁷¹. Le sanzioni sono raddoppiate nel caso in cui le attività siano detenute in paesi *black list*.

A riguardo, il nuovo articolo 5- *quinquies*, comma IV, del decreto-legge n. 167 del 1990, dispone per la possibilità che le sanzioni vengano dimezzate al ricorrere di una delle seguenti condizioni:

- il trasferimento delle attività in Italia od in altri Stati membri od aderenti allo Spazio Economico Europeo. In aggiunta le attività potranno essere trasferite in Stati che garantiscano un adeguato scambio di informazioni, ai sensi del decreto ministeriale del 4 settembre del 1996³⁷².

- le attività fossero effettivamente detenute in Italia

³⁷⁰ L'esclusione della punibilità non riguarda invece i reati di falsa fatturazione e di fraudolenta sottrazione al pagamento delle imposte.

³⁷¹ Articolo 5, comma II, del decreto-legge n. 167 del 1990.

³⁷² D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, cit. p.153.

- il contribuente autorizzi l'intermediario finanziario a comunicare tutti i dati relativi alle attività oggetto di emersione³⁷³.

Qualora non ricorra almeno una delle suddette condizioni la riduzione delle sanzioni sarà nell'ordine di un quarto della sanzione edittale. La riduzione di un quarto riguarderà, in ogni caso, le sanzioni relative al mancato pagamento delle imposte.

In aggiunta alla riduzione delle sanzioni, il contribuente può altresì accedere alla determinazione forfettaria delle imposte da pagare. Infatti, al comma VII, articolo 5-*quinquies*, decreto-legge n. 167 del 1990, si dispone come nel caso di attività finanziarie che siano state detenute in paesi con un regime fiscale privilegiato, sia possibile, nel caso che questi ultimi stipulino un accordo di collaborazione fiscale con l'Italia entro 60 giorni dall'entrata in vigore del decreto che dispone per la *voluntary disclosure*, accedere ad una tassazione del 27% su un rendimento delle attività calcolato nel 3% annuo.

4.4 I beneficiari del *trust* e la *voluntary disclosure*

Giunti a questo punto è necessario andare a vedere come si espliciti l'opzione dell'emersione volontaria nei confronti dei beneficiari di un *trust*.

³⁷³ L'articolo 5- *quinquies*, comma VI, disciplina il caso in cui, in un secondo momento, le attività venissero trasferite in uno Stato non *white list*. In questo caso il contribuente dovrà provvedere ad autorizzare l'intermediario estero alla comunicazione dei dati all'Amministrazione, e ad inviare tale autorizzazione entro sessanta giorni alle autorità finanziarie. In caso contrario la sanzione inflitta verrebbe maggiorata di un ulteriore 50%.

Innanzitutto riproponiamo la distinzione tra trust trasparenti e trust opachi. I primi sono quelle manifestazioni dell'istituto in cui i beneficiari del reddito sono individuati e dunque l'ordinamento ne dispone la trasparenza fiscale ai sensi dell'art. 73 del Tuir.

I trust opachi sono invece tutte le altre strutture che non prevedono l'indicazione specifica di un'attribuzione reddituale, chiarendo, in ogni caso che con trust opaco non ci si riferisce all'assenza di beneficiari. In questi casi il beneficiario potrebbe comunque essere presente, ma non come assegnatario di una parte del reddito prodotto, non rilevando ai fini delle imposte sui redditi.

Ai fini del monitoraggio fiscale, e di guisa, della *voluntary disclosure*, la presenza di beneficiari diversi da quelli di reddito è comunque rilevante.

Anzi, stando all'interpretazione della figura del "titolare effettivo" così come viene definita dall'Agenzia nella circolare n. 38/E del 2013, è fondamentale l'individuazione di beneficiari del patrimonio, intesi come coloro i quali godono di un diritto certo di attribuzione di parte del fondo del trust.

Accettando per il momento l'impostazione dell'Amministrazione, vediamo come la procedura di emersione possa far emergere alcune criticità e se eventualmente possa essere possibile trovare nella disciplina della *voluntary* gli elementi necessari ad un'interpretazione della titolarità effettiva più coerente con l'ordinamento tributario.

Rifacendosi all'allegato tecnico n. 2, del decreto legge 231 del 2007, il quale è stato quasi interamente trasposto nella disciplina del monitoraggio fiscale³⁷⁴, nel caso di

³⁷⁴ Nella circolare 38/E del 2013 l'Agenzia ha escluso dai casi di individuazione dei titolari effettivi quello dei beneficiari di patrimonio non ancora individuabili, di cui alla lettera b) dell'Allegato tecnico.

trust con beneficio definito in attribuzioni certe di patrimonio, saranno i titolari di un diritto equivalente al 25% del patrimonio a poter procedere all'emersione.

Sempre ai sensi della circolare 38/E del 2013, i soggetti considerati come titolari effettivi dovrebbero procedere alla dichiarazione nel quadro RW, di tutto il patrimonio, specificando solo successivamente il valore della propria quota.

Un'interpretazione letterale della normativa potrebbe concludere che, essendo tenuto alla preliminare dichiarazione dell'intero ammontare delle attività estere, il valore di riferimento per sanare la violazione sia proprio quest'ultimo. L'effetto sarebbe quello di comportare un esborso eccessivamente gravoso per il contribuente. Infatti quest'ultimo sarebbe oberato del pagamento delle sanzioni, seppur ridotte, calcolate sull'ammontare dell'intero patrimonio e non solo sulla sua quota. L'interpretazione proposta può certamente sembrare sproporzionata all'eventuale violazione commessa dal contribuente, ma in realtà lo è solo se si afferma, come chi scrive condivide, che la dichiarazione nel quadro RW debba continuare ad essere strumentale all'individuazione dei redditi di fonte estera, e che le obbligazioni dichiarative previste dal monitoraggio fiscali non debbano ridursi alla raccolta di informazioni necessarie principalmente al contrasto del riciclaggio. Il risultato di questa eccessiva onerosità delle sanzioni potrebbe indubbiamente far risultare la procedura di emersione non appetibile nell'ottica del titolare effettivo. Per quanto riguarda invece la possibilità per i beneficiari individuati di aderire alla procedura internazionale, è pur sempre necessario che quest'ultimi siano qualificabili come titolari effettivi ai sensi dell'art. 9, comma I, della legge n. 97 del 2013³⁷⁵.

³⁷⁵ Per la nozione di titolare effettivo si riporta all'art. 1, comma II, lett. U), del decreto legislativo n. 231 del 2007.

Secondo l'approccio *look through* seguito dall'Agenzia, la procedura di emersione è attuabile dal beneficiario "titolare effettivo" sia nel caso di *trust* residente che non residente. Questo perché si tende ad imputare appunto la titolarità dei beni esteri direttamente alla persona fisica, aggirando lo schermo del trust, sia esso estero o residente.

Oltretutto, nel caso in cui il titolare effettivo sia allo stesso tempo un beneficiario individuato di reddito, le possibili conseguenze negative dell'emersione sono molteplici.

Accanto alla problematica sollevata riguardo la definizione delle sanzioni, si aggiungerebbe una questione ulteriore.

Infatti, come emerge dalla circolare 49/E del 2009, l'Agenzia ha sostenuto che, poiché i finanziamenti a favore di società estere sono suscettibili di produrre redditi di capitale, essi andrebbero dichiarati nel quadro RW, nonostante si possano rivelare infruttiferi³⁷⁶. La conseguenza di tale impostazione potrebbero essere quella di ritenere sussistente in capo al beneficiario di reddito individuato di un trust estero, l'obbligo dichiarativo nel quadro RW delle somme a lui riferite ma allo stesso tempo non dichiarate³⁷⁷.

Ne risulterebbe che i redditi non dichiarati, oltre a costituire la base dell'accertamento delle imposte non corrisposte all'Erario, costituirebbero anche la maggiorazione del patrimonio da far emergere con la *voluntary*, con ulteriore

³⁷⁶ In realtà la prassi è caratterizzata da una ancor più rigida interpretazione, arrivando ad ipotizzare una potenzialità *reddituale* per ogni tipo di attività patrimoniale, comprese le opere d'arte od i preziosi.

³⁷⁷ P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *La voluntary disclosure per trust e fondazioni*, in *Dir. Prat. Trib. Internaz.*, IV, 2014. p. 1121.

aggravio delle sanzioni. Questo perché la tassazione per trasparenza dei redditi dei beneficiari prescinde dall'effettiva percezione.

Ma la posizione del beneficiario di reddito nei confronti della procedura di emersione non si esaurisce nel caso al caso "tipico" della *voluntary* internazionale. E' ben possibile che possa essere interessato alla procedura anche il beneficiario di reddito di un trust residente che non sia titolare effettivo. Una possibile soluzione che permetterebbe anche a quest'ultimi di accedere alla *voluntary disclosure* è l'adesione a quella domestica.

Nella circolare 10/E del 2015 l'Agenzia ha chiarito come la procedura domestica, che come ricordiamo riguarda la sanabilità delle violazioni non riferite alle attività oggetto di monitoraggio fiscale, costituisca una procedura autonoma rispetto alla procedura internazionale. Dunque non sarebbe necessario che la violazione domestica dichiarata fosse affiancata da una violazione relativa al monitoraggio fiscale.

Abbiamo visto le possibili difficoltà nell'individuare i soggetti che, nel caso del *trust*, possono accedere alla procedura di emersione, avendone evidenziato l'effettiva opportunità alla luce della disciplina.

In realtà la *voluntary disclosure* potrebbe avere effetti anche sui soggetti che non intendano accedere all'emersione, ma vengano in ogni caso coinvolti nell'attività di accertamento degli Uffici, quando il contribuente manifesti un collegamento con le entità oggetto di *disclosure* da parte di un altro contribuente.

4.4.1 I beneficiari del trust come soggetti "collegati"

Come abbiamo anticipato in precedenza, è necessario approfondire la qualificazione giuridica del rapporto tra trust e beneficiari, così come assume rilevanza ai fini della *voluntary disclosure*.

La “categoria” caratterizzata dall’estensione nel proprio ambito soggettivo degli effetti dell’emersione cui abbia provveduto altro contribuente è quella dei soggetti collegati.

Il riferimento ai soggetti collegati è inserito nella disciplina della *voluntary disclosure* ma, in assenza di chiari riferimenti normativi, l’individuazione precipua della categoria è opera dell’attività interpretativa dell’Amministrazione finanziaria.

La questione dei soggetti collegati è puntualmente specificata dalla circolare 10/E del 2015, che definisce i soggetti collegati come:

- coloro che, pur non avendo collegamenti con le attività estere, presentando collegamenti con il richiedente in relazione ai redditi sottratti ad imposizione che formano oggetto di emersione;
- coloro che hanno una posizione rilevante ai fini del monitoraggio fiscale in riferimento alle attività oggetto di emersione, cioè coloro i quali hanno avuto la disponibilità anche solo di movimentare le attività finanziarie, pur non essendone i beneficiari effettivi.

Iniziando l’analisi dal caso dei beneficiari individuati di reddito, si può notare come essi non rientrino in alcuna delle fattispecie individuate come una situazione di collegamento rispetto all’emersione.

I beneficiari di reddito, escludendo il caso in cui questi siano al contempo i soggetti che hanno disposto l’istituto, non palesano nessun rapporto diretto con la costituzione della provvista estera.

Allo stesso modo essi non vengono alcun modo ricondotti in via automatica alle categorie del monitoraggio fiscale, essendo piuttosto necessario che essi siano caratterizzati dalla qualità di “titolari effettivi”³⁷⁸.

Risulta invece essere diverso il caso in cui il beneficiario di reddito coincida col soggetto disponente. Anche se, come è stato più volte sottolineato nel corso della trattazione, non si può ravvisare in questo caso una situazione di interposizione fittizia, la fattispecie è sicuramente qualificabile come una situazione di interposizione reale³⁷⁹.

Nel capitolo precedente abbiamo sottolineato come, seppur non si possa intervenire con gli strumenti del monitoraggio fiscale, in quanto mancherebbe l'elemento giuridico della detenzione della fonte produttiva, l'Amministrazione Finanziaria abbia inopinatamente sostenuto la necessità di sottoporre al regime dichiarativo anche la posizione del beneficiario di reddito.

E' innegabile come, secondo la fallace prassi amministrativa, ci si trovi d'innanzi un caso che rientrerebbe nella fattispecie delle di collegamento con la procedura di emersione eventualmente proposta dal trust. E' probabile che, nell'incertezza della normativa, il soggetto che procede all'emersione includa il beneficiario di reddito tra i soggetti collegati, così da non incorrere nel rischio di vedersi negare i benefici della *voluntary* per incompletezza della domanda.

³⁷⁸ Circolare n. 10/E del 2013.

³⁷⁹ L'elemento discriminante è infatti costituito dalla effettività e dalla stabilità del trasferimento del diritto soggettivo.

Il beneficiario, in tal caso, dovrebbe essere indicato tra i soggetti collegati e l’Agenzia potrebbe usare ai fini dell’accertamento la documentazione proposta dal *trustee* per conto del *trust*³⁸⁰.

Passando all’analisi del caso in cui il beneficiario di reddito ricopra allo stesso tempo la posizione di titolare effettivo, si può subito affermare con certezza come quest’ultimo rientri nell’alveo dei soggetti collegati.

La posizione di soggetto collegato verrà allo stesso modo riconosciuta nei confronti del soggetto titolare effettivo, a prescindere dalla caratteristica reddituale del beneficio³⁸¹.

Oltre agli effetti distorsivi nell’ambito sanzionatorio che già abbiamo visto, è utile vedere se la posizione del soggetto “evidenziato” dalla *disclosure* altrui possa subire effetti negativi nell’ambito dell’accertamento di imposte

Un possibile contrasto potrebbe derivare dall’applicazione della presunzione di redditività degli *assets*³⁸².

Iniziando dal caso in cui il beneficiario percepisca realmente un reddito, dobbiamo vedere quale sia l’efficacia della norma sulla tassazione presuntiva. La posizione di beneficiario individuato consegue, appunto, all’individuazione del diritto ad una quota dei redditi prodotti. Tale riferimento al diritto, ai sensi dell’art. 73, deve risultare dall’atto istitutivo ovvero da documenti successivi. Può quindi risultare dal modulo per l’emersione, nella parte indicante i soggetti collegati. Essendo proprio

³⁸⁰ Accertamento che potrebbe anche portare al disconoscimento del fenomeno interpositivo ai sensi dell’art. 37, comma III del d.P.R. n. 600 del 1973.

³⁸¹ Ovviamente l’analisi è basata sulla definizione di titolare effettivo così come risulta dalla circolare n. 38/E del 2013.

³⁸² Art. 6 della legge n. 196 del 1990.

la documentazione in questione la fonte produttiva degli effetti dell'art. 73³⁸³, non è applicabile una presunzione, quale quella dell'art. 6³⁸⁴ della legge sul monitoraggio fiscale, che mira a disconoscere l'effettività della redditività risultante dai documenti oggetto di istruttoria. Non dovrebbe dunque essere possibile non riconoscere la veridicità della documentazione anche nella quantificazione del reddito imponibile, e non solo nella mera individuazione del beneficiario. Questo perché, lo ribadiamo, l'individuazione del beneficiario di reddito non può prescindere dalle modalità di attribuzione dello stesso³⁸⁵, che ne ricomprendono implicitamente la quantificazione.

Invece, nel caso di titolari effettivi non beneficiari di reddito, è teoricamente possibile un'ipotesi di tassazione presuntiva.

La documentazione risultante dalla modulistica del trust ai fini dell'emersione può essere utilizzata ai fini dell'accertamento nei confronti dei contribuenti terzi. Essendo possibile l'utilizzo fiscale dei dati ottenuti con l'emersione si può affermare che questi possano costituire l'elemento su cui si basare l'applicazione dell'art. 6 della legge sul monitoraggio fiscale.

In realtà, a parere di chi scrive, si può escludere il ricorso alla presunzione, sulla base della qualità confessoria della dichiarazione di emersione

Infatti la portata negativa della dichiarazione non potrebbe avere effetti negativi diretti nei confronti di un soggetto terzo. La confessione si limita alla comunicazione di fatti a proprio svantaggio e non a svantaggio di terzi.

³⁸³ A proposito della possibilità di individuazione del beneficiario prescindendo dalla "fonte documentale" si legga C. MIONE, *Le recenti modifiche alla disciplina del c.d. monitoraggio fiscale: la problematica individuazione del "titolare effettivo" del trust.*, cit. p. 11.

³⁸⁴ La norma stabilisce che nel caso in cui non siano dichiarati i redditi relativi alle attività, questi sono determinati in misura equivalente al tasso ufficiale di riferimento.

³⁸⁵ Circolari dell'Agenzia delle Entrate nn. 48/E del 2007 e 61/E del 2010.

Nello specifico caso della *voluntary disclosure* la confessione riguarda infatti essenzialmente le proprie violazioni, mentre la denuncia dei soggetti collegati costituisce elemento necessario in quanto imposto dalla normativa ai fini della validità della domanda, ma assolutamente superflua per la determinazione dell'*animus confitendi* del dichiarante. Non costituendo un elemento volontario all'interno della dichiarazione, non gli si può estendere l'efficacia della valutazione di illegittimità dei comportamenti. Si potrebbe in altro modo dire che lo "sfavore" della dichiarazione si limita ai fatti inerenti la situazione del soggetto dichiarante, mentre nei confronti del soggetto collegato sono semplici fatti.

Le informazioni in tal modo pervenute all'Agenzia possono essere utilizzate ai fini dell'accertamento, ma non lo si potrà fare aggirando la fase istruttoria del procedimento.

Mentre nel caso del dichiarante è sufficiente verificare la coerenza della dichiarazione nel quale è ammessa la violazione di una norma fiscale, nel caso dei soggetti terzi non si potrà prescindere dal dare evidenza nella motivazione dell'*iter* logico e giuridico alla base dell'atto di accertamento.

Nello specifico le maggiori imposte accertate al titolare effettivo non potranno basarsi semplicemente sulla presunzione legale prevista dalla legge sul monitoraggio fiscale. Questo perché l'automatismo che comporterebbe l'utilizzo di una presunzione legale basata su elementi ottenuti incidentalmente finirebbe col compromettere l'effettività dell'attività istruttoria dell'Agenzia.

Infatti, la motivazione dell'accertamento nei confronti del soggetto di cui è ravvisata la posizione beneficiario effettivo, non potrà non tener conto della procedura di *disclosure* sui cui si basa l'individuazione del beneficiario.

La posizione del beneficiario dovrà necessariamente essere ricostruita nel contesto della dichiarazione volontaria prodotta dal *trustee* per conto del *trust*. L'esercizio di una tale contestualizzazione comporterebbe la necessaria individuazione del beneficio come utilità non reddituale. In caso diverso si assisterebbe alla doppia imposizione economica del reddito prodotto dal trust.

Risulterebbe dunque inapplicabile la presunzione legale dell'art. 6 della legge sul monitoraggio fiscale, in quanto incoerente con l'*iter* logico che porta all'estensione degli effetti della *voluntary disclosure* al beneficiario.

4.5 Profili evolutivi dell'individuazione del “titolare effettivo” del *trust* a seguito delle innovazioni introdotte dalla *voluntary disclosure*

Nei paragrafi precedenti abbiamo esaminato l'applicabilità della procedura di *voluntary disclosure* alla figura del titolare effettivo, così come risulta dalla circolare n. 38/E del 2013. Già nel precedente capitolo abbiamo tentato di ricostruire la qualificazione del titolare effettivo, così da renderla applicabile ai casi di flussi reddituali gestiti per il tramite di schermi giuridici, nell'ottica reddituale del monitoraggio fiscale, per i quali meriterebbe porre l'attenzione sul controllo, piuttosto che sulla quota percentuale di assegnazione del patrimonio.

La questione riguarda in particolar modo le figure del beneficiario di reddito e del soggetto realmente interponente che, *rebus sic stantibus*, non sembrano rientrare nell'ambito soggettivo della *voluntary disclosure*.

E' dunque necessario verificare se la normativa sull'emersione volontaria possa in qualche modo comportare una diversa interpretazione della figura del beneficiario

effettivo, così da poter dare evidenza al controllo sulla gestione. La soluzione del problema può essere ritrovata nell'analisi del caso dell'interposizione reale, in cui l'elemento del controllo è preponderante.

Come abbiamo visto, la fattispecie richiede, ai fini della corretta applicazione della disciplina, una precisa qualificazione giuridica. Il percorso di discernimento giuridico può portare verso due giudizi sulla qualificazione della struttura: essa può infatti costituire ipotesi di interposizione fittizia, ovvero di interposizione reale.

Ricordiamo che la distinzione tra le due figure di interposizione consiste nel fatto che, mentre nell'interposizione fittizia l'atto di trasferimento del diritto non è considerato efficace dalle parti (facendo dunque sì che il diritto reale permanga occultamente nella disponibilità del cedente apparente), nel caso di interposizione reale il trasferimento è effettivo, ed il rapporto tra cedente e cessionario è meramente obbligatorio.

Per quanto riguarda l'ordinamento fiscale, gli effetti tributari dell'interposizione sono disciplinati dall'art. 37, comma III, del d. P. R. n. 600 del 1973. La norma stabilisce che, in caso di interposizione, il soggetto tenuto a corrispondere le imposte sia il soggetto interponente.

La norma ha lo scopo di dare evidenza ai fini fiscali, dell'effettivo mantenimento della titolarità della fonte produttiva, così da individuare il soggetto realmente possessore dei redditi prodotti.

Ribadiamo come l'effettiva portata dell'articolo 37, comma III, sia stata oggetto di un acceso dibattito dottrinale.

L'interpretazione meno recente aveva precisato come l'articolo in questione fosse necessariamente ricollegato all'inesistenza della situazione apparente³⁸⁶, così come stabilito dall'art. 1414 del Codice Civile. Secondo questa impostazione, l'imposizione nei confronti del soggetto interponente sarebbe una derivazione dell'inesistenza dell'atto, secondo quanto stabilito dall'ordinamento generale.

L'interpretazione maggiormente espansiva della norma, che ha trovato la legittimazione definitiva nella giurisprudenza della Cassazione³⁸⁷, tende a ritenere che l'applicazione dell'art. 37, comma III, debba estendersi in chiave antielusiva a tutti i casi in cui l'attività dell'effettivo titolare del diritto è comunque diretta da un altro soggetto.

Nello specifico, la Cassazione, nella sentenza del 2011, ha quindi voluto affermare il principio antielusivo dell'imputazione diretta in capo al contribuente “dei 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”.

Nonostante gli effetti fiscali delle due qualificazioni possano essere considerati come analoghi, è importante ricordare come esse si discostino sostanzialmente nella determinazione dell'obbligo dichiarativo. Infatti nel caso di imposizione in capo all'interponente reale non si dovrebbe ravvisare alcun obbligo dichiarativo³⁸⁸, in quanto in assenza di correzione da parte dell'Amministrazione finanziaria sarebbe comunque il soggetto interposto ad essere deputato al pagamento delle imposte e, di conseguenza, alla dichiarazione nel quadro RW della dichiarazione dei redditi.

³⁸⁶ A tal proposito si ricorda F. GALLO, *Trusts, interposizione ed elusione fiscale*, cit.

³⁸⁷ Cassazione civile, sent. N. 12788 del 2011

³⁸⁸ Così F. RASI, “*Logica reddituale*” ed ambito di applicazione soggettivo della disciplina del c.d. “*monitoraggio fiscale*”: alcune considerazioni., cit., p. 66.

Il problema della corretta qualificazione dell'interposizione è ulteriormente complicato nella fattispecie del *trust*, in cui è inevitabilmente ravvisabile una chiara *causa fiduciae*.

Come è stato ampiamente ricordato nel primo capitolo della trattazione, l'Agenzia delle Entrate ha fissato criteri estremamente rigidi per l'individuazione di una fattispecie riconducibile all'alveo dell'interposizione fittizia³⁸⁹.

Nella circolare n. 61/E sono reputati insussistenti nell'ordinamento tutti i *trust* nei quali un soggetto diverso dal *trustee* è titolare di poteri in grado di determinare la gestione e la "vita" del *trust* stesso.

Parte della dottrina ha contestato l'impostazione data dall'Agenzia³⁹⁰, in quanto essa non sarebbe coerente con la fattispecie dell'istituto così come delineata dalla Convenzione dell'Aja per il riconoscimento del *trust*, la quale costituisce un nucleo imprescindibile di caratteristiche³⁹¹.

Il risultato di un'interpretazione incentrata sul mantenimento delle caratteristiche principali del *trust* porta a prefigurare una soluzione della questione in cui, valutando caso per caso l'incisività dei poteri del disponente o del beneficiario, si opti piuttosto per l'individuazione di un caso di interposizione reale, senza disconoscere la sostanza dell'istituto del *trust* indicata dalla Convenzione.

Come detto in precedenza, l'individuazione di un caso di interposizione reale non affligge in realtà la potestà impositiva dello Stato, potendosi in ogni caso superare

³⁸⁹ Circolare n. 61/E del 2010.

³⁹⁰ A titolo esemplificativo A. VICARI, *La soggettività passiva del trust nelle imposte dirette tra interposizione, riqualificazione e simulazione*, cit.

³⁹¹ All'art. 2 la convenzione indica il *trust* come una fattispecie in cui un reale spossessamento è finalizzato ad un certo scopo.

il dato fattuale ed evidenziare la manifestazione effettiva della capacità contributiva nel contribuente che risulta destinatario dei benefici della gestione³⁹².

La complessità dell'istituto, dunque, non è stata pienamente presa in considerazione dal legislatore nel definire l'obbligo dichiarativo nel quadro RW.

Anche in questo caso potrebbe essere risolutiva, ad avviso di chi scrive, una definizione fiscale di "titolare effettivo" che andasse ad individuare i casi in cui il contribuente beneficiario risulti essere il soggetto titolare della gestione, colui il quale è in grado di esercitare un'influenza dominante sull'attività del *trustee*. Il potere di determinare l'attività del *trustee* troverebbe il proprio fondamento nelle particolari clausole che il disponente ha predisposto per la vita del *trust*³⁹³.

Diversamente dal caso dei beneficiari di reddito, il legislatore sembra aver colto le difficoltà nell'individuare correttamente il soggetto che nel caso di interposizione reale è oberato dell'obbligo di dichiarare i beni nella dichiarazione dei redditi.

Nell'art. 1, comma I, lettera a), della legge n. 186 del 15 dicembre 2014, è stato stabilito che è tenuto (o meglio, è legittimato) ad aderire alla procedura di emersione anche colui che detenga attività all'estero indirettamente ovvero per interposta persona, senza nessuna distinzione tra quella fittizia e quella reale.

La norma sembra un'apertura alla possibilità di ricondurre il contribuente realmente interponente tra i soggetti di cui all'art 4, ma anche la base per una diversa interpretazione della nozione di "titolare effettivo".

Volendo argomentare meglio, è intuitivo immaginare che i soggetti che il legislatore ritiene legittimati all'adesione siano inevitabilmente corrispondenti ai

³⁹² Si ricorda come nel caso in cui il beneficio sia costituito da flussi reddituali l'effettiva capacità contributiva è in ogni caso invidiata *ex lege* dall'art. 73 del Tuir.

³⁹³ L'allegato tecnico della legge sull'antiriciclaggio infatti individua, alla lettera c, come criterio per la definizione di titolarità, la possibilità di esercitare il controllo su almeno il 25% del patrimonio.

soggetti allo stesso modo tenuti all'obbligo dichiarativo di cui al monitoraggio fiscale. Non a caso la normativa sulla *voluntary disclosure* va ad integrare quella sul monitoraggio fiscale, emendandone la vecchia versione. Si aggiunga che, anche se la prassi amministrativa e l'orientamento giurisprudenziale avevano già da tempo ipotizzato la possibilità di prevedere una dichiarazione nel quadro RW da parte dell'interponente³⁹⁴, in alcun modo, almeno nel caso di quella reale, era possibile trovare un fondamento testuale a questa interpretazione³⁹⁵.

Ogni riferimento a determinate categorie di contribuenti non può essere letto come un'eccezione volta ad ampliare *una tantum* la platea dei contribuenti interessati della procedura internazionale, ma come un espresso richiamo ai soggetti individuati dall'art. 4 della legge n. 167 del 1990. Oltretutto si noti come l'aver inserito la procedura di emersione nella normativa sul monitoraggio fiscale lascia aperta la porta per *disclosure* future.

Ad avviso di chi scrive, non può neanche essere considerata come un'ulteriore ipotesi di contribuente interessato dalla disciplina, in quanto se questa fosse stata la volontà del legislatore, si sarebbe provveduto ad indicarlo nella parte della legge che dispone per l'obbligo dichiarativo, non certo nella parte della legge che corregge l'evento patologico della non dichiarazione.

Se, come detto, nella platea dei soggetti individuati dal monitoraggio fiscale non vi è espresso richiamo alla interposizione, si deve necessariamente procedere all'interpretazione sistematica della terminologia utilizzata.

³⁹⁴ Si vedano le sentenze gemelle della Cassazione nn. 17051 e 17052 del 2011.

³⁹⁵ F. RASI, "Logica reddituale" ed ambito di applicazione soggettivo della disciplina del c.d. "monitoraggio fiscale": alcune considerazioni., cit., p. 66.

L'unica figura di possibile estensione è proprio quella del titolare effettivo. E' nella titolarità effettiva che possono essere ricondotti i contribuenti che detengono le attività per interposta persona a cui la legge sulla *voluntary disclosure* fa espresso riferimento³⁹⁶.

Il risultato potrebbe essere quello di rivedere la definizione di titolare effettivo, che è strettamente legata all'esigenza il soggetto beneficiario finale di un patrimonio, per adattarla al sistema fiscale, che è invece volto all'individuazione della capacità contributiva.

L'impostazione definita dalla circolare n. 38/E del 2013, che sembra dare esclusivo rilievo all'obbligo dichiarativo nei confronti del soggetto che sia titolare di un diritto sul patrimonio, senza che vi consegua alcun effetto reddituale rilevante per l'ordinamento tributario, risulta insufficiente ad accogliere la disposizione che specifica quale sia il soggetto tenuto agli obblighi di monitoraggio nel caso di interposizione reale.

L'aver "esportato" il tecnicismo della normativa antiriciclaggio al monitoraggio, che di per sé ha invece assunto proprio lo scopo di superare la rigidità delle strutture giuridiche al fine di far emergere il contribuente che sia beneficiario effettivo delle stesse strutture, ha determinato un risultato incoerente con la flessibilità che il legislatore ha ricercato nel riepilogare i soggetti "passivi" del monitoraggio.

La titolarità così risultante non corrisponderebbe più all'attribuzione di un certo diritto patrimoniale, ma potrebbe essere letta come la qualificazione di una particolare condizione rispetto alla proprietà altrui³⁹⁷. Almeno nel *trust*, la titolarità effettiva potrebbe corrispondere alla particolare qualificazione della "titolarità

³⁹⁶ E che godono del controllo sul patrimonio, inteso come facoltà di determinarne la gestione.

³⁹⁷ Si ricorda il concetto di *beneficial ownership* proprio degli ordinamenti di *common law*.

dell'interesse da perseguire nella gestione”³⁹⁸, nei casi in cui questa determini una situazione di interposizione reale.

Porre l'accento sulla titolarità della gestione, permetterebbe di determinare la qualifica di titolare effettivo anche per i beneficiari di reddito. Infatti, nel caso in cui ad un soggetto vengano attribuiti i risultati reddituali della gestione del patrimonio, quest'ultimo potrà in ogni caso condizionare la gestione del *trustee*. L'aspettativa giuridica ai redditi del trust non potrà non costituire il metro di valutazione della correttezza della gestione del *trustee*.

All'evidente influenza del beneficiario di reddito sulla gestione può ben corrispondere l'individuazione della una posizione di controllo rilevante per l'individuazione dei beneficiari effettivi³⁹⁹.

Una siffatta individuazione del titolare effettivo porterebbe risolvere a principale questione che attualmente riguarda la *disclosure* nel trust, quella per cui il beneficiario del 25% del patrimonio dovrebbe far emergere l'intero valore degli *assets* detenuti dall'istituto. L'eccessiva gravosità della dichiarazione risulterebbe affievolita nel caso in cui si tendesse ad evidenziare l'influenza sulla gestione, che non può ovviamente essere parziale. Ovviamente, nel caso in cui la posizione di controllo fosse condivisa con altri soggetti, il titolare effettivo dovrebbe darne evidenza nella sezione riguardante i soggetti collegati.

In ogni caso, il nuovo testo di legge, così come emendato dalla legge n. 186 del 2014, richiederebbe un ulteriore intervento chiarificatore riguardo all'individuazione del soggetto titolare effettivo.

³⁹⁸ Espressione utilizzata da alcuni autori per definire, in ottica civilistica, lo sdoppiamento proprietario che caratterizza l'istituto del *trust*. A tal proposito si legga L. SALVINI, *Il trasferimento degli interessi beneficiari*, cit., p. 343.

³⁹⁹ Si veda la lettera c) dell'allegato n. 2 della legge antiriciclaggio.

BIBLIOGRAFIA

A. CONTRINO, *Preservata la soggettività del trust con disponenti e beneficiari dotati di ampi poteri*, in *Giurisprudenza tributaria*, I, 2014, pp. 78-87

A. DRAGONETTI, *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2008

- A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939
- A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, in *Riv. not.*, 1988, I, pp. 549-576
- A. GIOVANNINI., *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996
- A. LOVISOLO, *Sull'imputazione del reddito nel caso di interposto reale privo di autonoma funzione economica*, in *Giurisprudenza Tributaria*, 2011, X, pp. 872-877
- A. NUZZOLO, G. PEZZUTO, *il monitoraggio fiscale*, in *Il Fisco*, VII, 2005, pp. 2-11
- A. PAROLINI, *Il requisito soggettivo delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni con specifico riferimento al trust*, in *Riv. Dir. Trib.*, IV, 2013, pp. 34-44
- A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, Milano, 2004
- A. VICARI, *Dal beneficiario del trust al suo titolare effettivo: percorsi nella disciplina antiriciclaggio del trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, VI, 2009, pp. 614-623
- A. VICARI, *la scelta della legge regolatrice del trust : una questione di principia beneficiari*, in *Trusts e attività fiduciarie*, IV, 2011, pp. 364-376
- A. VICARI, *La soggettività passiva del trust nelle imposte dirette tra interposizione fittizia, simulazione e riqualificazione*, in *Trusts e attività fiduciarie*, V, 2011. pp. 364-376
- B. BAGNARDI, *Il concetto di "beneficiario effettivo" nella direttiva sulla tassazione del risparmio.*, in *Dir. e pr. trib. internazionale*, 2003, I, pp. 185-198

- C. LICINI, *La persona fisica “titolare effettivo in ultima istanza” nel D.lgs 231/2007 in attuazione della III direttiva antiriciclaggio*, in *Notariato*, 2008, II, pp. 179-186
- C. MIONE, *Le recenti modifiche alla disciplina del c.d. monitoraggio fiscale: la problematica individuazione del “titolare effettivo” del trust*, in *Dir. e pr. trib.*, III, 2014, pp. 601-617
- D. AVOLIO, B. SANTACROCE, *Il «discussion draft» ocse sul beneficiario effettivo e le questioni ancora aperte*, in *Corr. trib.*, XXXVIII, 2011, pp. 3109-3114.
- D. MAJORANA, *Il monitoraggio fiscale a carico dei beneficiari di un trust non residente*, in *Trusts e attività fiduciarie*, V, 2013, pp. 510-521
- D. PAPPADA', *Il trust in Francia: nuovi profili fiscali*, in *Trusts e attività fiduciarie*, III, 2013, pp. 247-253
- D. PAPPADA', *Trust e lotta al riciclaggio: tendenze in Francia e Unione Europea. E in Italia?*, in *Trusts e attività fiduciarie*, I, 2015, p. 37-43
- D. SOPRANZETTI, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, Milano, 2015
- D. STEVANATO, *“Stretta” dell’Agenzia delle Entrate sulla fiscalità dei trusts: a rischio un serio sviluppo dell’istituto?*, in *Corr. trib.*, VII, 2011, pp. 537-543
- E. BARLA DE GUGLIELMI, *Trust: opinioni a confronto*, Milano, 2008
- E. NUZZO, *e luce fu sul regime fiscale del trust*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2002, I, pp. 244-269

- F. AVELLA, *Il beneficiario effettivo nelle convenzioni contro le doppie imposizioni: prime pronunce nella giurisprudenza di merito e nuovi spunti di discussione*, in *Riv. dir. trib.*, IV, 2011, pp. 14-50
- F. DI CESARE, *La tassazione in Italia dei trust non residenti*, in *Rivista dottori commercialisti*, 2010, II, pp. 295-305
- F. DI CIOMMO, *Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario* (nota a Cass, 22 gennaio 1999, n. 591), in *Foro it.*, 1999, I, pp. 1470-1472
- F. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. e prat. trib.*, 1992, I, pp. 1761-1787
- F. GALLO, *Trust, interposizione fittizia ed elusione fiscale*, in *Rass. Trib.*, 1996 fasc. 5, pp. 1043-1052.,
- F. GUFFANTI, *I trust nelle imposte dirette alla luce della circolare dell’Agenzia delle Entrate*, in *Corr. trib.*, 2007, IV, pp. 3332-3340
- F. MARCHETTI, *La crisi della soggettività del trust e la disciplina fiscale della fiducia come possibile soluzione*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2013, IV, pp. 383-390
- F. PAPARELLA, *Primi punti fermi della Cassazione sull’articolo 37, comma III, del d.P.R. n. 600 del 1973*, in *Rass. trib.*, 2000, I, pp. 1273-1303
- F. RASI, "Logica reddituale" ed ambito di applicazione soggettivo della disciplina sul cd. "monitoraggio fiscale": alcune considerazioni, in *Riv. dir. trib.*, IV, 2011, pp. 66-86
- F. RASI, *Le società fiduciarie e lo scudo ter*, in *Trusts e attività fiduciarie*, IV, 2010, pp. 396-407
- F. TINELLI, *Voluntary disclosure*, Milano, 2015

- F.R. LUPOI, *I professionisti e il trust*, Milano, 2009
- G. ESCALAR, *Monitoraggio fiscale e dichiarazione delle attività estere di natura finanziaria e degli investimenti all'estero*, in *Rass. Trib.*, V, 1995, pp. 840-864
- G. FRANSONI, *La residenza fiscale del trust*, in *Corr. Trib.*, 2008, XXXII, pp. 2582-2588
- G. GAMBOGI, *L'inutilizzabilità delle prove nel processo tributario*, in *Corr. trib.*, XXII, 2003, pp. 1821-1824
- G. GENTA, *L'attribuzione per trasparenza del reddito ai beneficiari di trust*, in *Rass. Trib.*, 2011, IV, pp. 924-945
- G. LEPORE, *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, Torino, 2010
- G. MARINO, "Titolare effettivo" e possessori di reddito: sovrapposizioni innesti e mutazioni genetiche, in *Riv. dir. trib.*, II, 2011, pp. 183-212
- G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2013
- G. PUOTI, *La tassazione del reddito del trust*, in *I trusts in italia oggi*, Milano, 1996
- G. SEMINO, D. STEVANATO, R. LUPI, *Trust trasparenti e imputazione dei redditi ai beneficiari*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2005, XII, pp. 1611-1624
- G. SEPIO, *La figura del "beneficiario effettivo" del trust ai fini del monitoraggio fiscale*, in *Corr. trib.*, XXI, 2014, pp. 1659 -1666
- I. DE PASQUALE, *Lo "scudo" fiscale: problemi interpretativi e riflessioni sulla natura giuridica dell'istituto*, in *Riv. trim. dir. trib.*, IV, pp 889-910
- I. VALAS, *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, Torino, 2010

- L. MIELE, *Ambito soggettivo e oggettivo di applicazione dello scudo fiscale*, in *Corr. trib.*, XXXVIII, V, 2009, pp. 3083-3090
- L. ROSSI, P. ANGELUCCI, *Spunti in tema di monitoraggio fiscale-valutario*, in *Bollettino tributario di informazioni*, XIV, 2008. pp. 1131-1135.
- L. SALVINI, *Il trasferimento degli interessi beneficiari*, in *Il trust in Italia oggi*, (a cura di) I. BENEVENTI, Milano, 1996
- L. SALVINI, *Le vicende del fondo in trust*, in *Teoria e pratica della fiscalità dei trust*, (a cura di) N. L. DE RENZIS SONNINO, G. FRANSONI, Milano, 2008
- M BIANCA, *Atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Atti del Convegno su Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.*, Milano, 2006
- M BIANCA, *Atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Atti del Convegno su Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.*, Milano, 2006
- M. BASILAVECCHIA, *L'interposizione soggettiva riguarda anche comportamenti elusivi?*, in *Corr. trib.*, XXXVI, 2011, pp. 2968-2973
- M. LONGHI, *Trust e nuova legge antiriciclaggio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, III, 2008, pp. 249-261
- M. LUPOI, *Atti del IV Congresso Nazionale dell'Associazione "Il trust in Italia"*, in *I professionisti e il trust*, Milano, 2008
- M. LUPOI, *Imposte dirette e trust dopo la legge finanziaria*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, I, pp. 5-9
- M. LUPOI, *The sapeless trust. Il trust amorfo*, in *Vita notarile*, 1995, pp. 51-60
- M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001
- M. SNICHELOTTO, *La tassazione dei dividendi percepiti dai trusts*, in *Corr. trib.*, VI, 2015, pp. 431-435

- N. FASANO e G. MALINCONICO, *La residenza del trust*, in *Trusts e attività fiduciarie* 2008, IV, pp. 372-381
- N. L. DE RENZIS SONNINO, *Il trust e il reddito dei beneficiari*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, III, pp. 361-368
- N. L. DE RENZIS SONNINO, *La nozione di trust trasparente secondo l'Agenzia delle Entrate*, in *Corr. Trib.*, 2009, IV, pp. 310-314
- O. MAZZA, *Utilizzabile nel processo tributario la confessione dell'imputato*, in *GT- Giur. Trib.*, III, 2004, pp. 230-235
- P. COSTA, *Il monitoraggio fiscale dei trasferimenti di capitale e la compilazione del quadro RW*, Milano, 2010
- P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *La voluntary disclosure per trust e fondazioni*, in *Dir. Prat. Trib. Internaz.*, IV, 2014. pp. 1121-1128
- P. LAROMA JEZZI, *La fiscalità del trust aspettando il "trust di diritto italiano"*, in *Riv. Dir. Trib.*, VI, 2012, pp. 585-668
- P. MATTHEWS, *Il problema di un'eccessiva classificazione della disciplina del trust*, in *Trusts e att. fid.*, IV, 2001, pp. 534-539
- P. MATTHEWS, *Il Trustee Act 2000*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, pp. 1-12
- P. MATTHEWS, *La collocazione del trust nel sistema legale: contratto o proprietà?*, in *Trusts e attività fiduciarie.*, IV, 2004, pp. 522-533
- R. FANELLI, *Sanzioni fiscali, previdenziali e societarie*, Milano, 2012
- S. CAPOLUPO, M. CARBONE, S. BATTAGLIA, G. STURZO, *Antiriciclaggio. Obblighi per professionisti intermediari e altri soggetti*, in *Guida operativa IPSOA*, Milano, 2012

- S. MARCHESE, *Trust e imposizione sul reddito: alcune riflessioni*, in *Trusts e attività fiduciarie*, I, 2001, pp. 5-15
- S. MASSAROTTO, *Quadro RW: individuazione del “titolare effettivo” del trust.*, in *Il Fisco*, XXXVI, 2014, p. 3433-3444
- S. REALI, *Soggettività del trust e imposte dirette: profili ricostruttivi*, in *Riv. dir. trib.*, II, pp. 227-266
- V. FICARI, *“Disponibilità” e “titolarità” di fondi esteri fra detenzione e possesso ai fini del monitoraggio fiscale*, in *Corr. trib.*, XLII, 2014, p. 3432-3437
- V. J. CAVALLARO, P. CORDEIRO GUERRA, *Si scrive monitoraggio ma si legge antiriciclaggio*, in *Corr. trib.*, XXXVI, 2013, pp. 2850-2855
- V. J. CAVALLARO, *Voluntary disclosure*, Milano, 2015
- V. UCKMAR, G. CORASANITI, P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *Manuale di diritto tributario internazionale*, Padova, 2009

