



Il trust nel diritto sanmarinese e la fondazione e il trust nel Liechtenstein

Bolzano - Venerdì 18 Giugno 2021 - Trusts e fondazioni nel passaggio generazionale delle imprese familiari

Prof. Avv. Francesco Armando Schurr

Giudice alla Corte per il Trust e i rapporti fiduciari San Marino

Ordinario di Diritto Privato e Diritto Privato Comparato; Direttore di Dipartimento, di Diritto Italiano, Università di Innsbruck

Introduzione all'analisi comparatistica/1

- » Repubblica di San Marino e Principato del Liechtenstein sono micro-stati: somiglianze strutturali per quanto riguarda la piazza finanziaria e fiduciaria.
- » I legislatori dei piccoli stati (tra cui anche Jersey, Guernsey, Isle of Man, Bahamas ecc) non hanno delle perplessità nei confronti dell'immobilizzazione dei capitali tramite fondazioni e trusts in quanto tipicamente si tratta di patrimonio straniero.
- » L'analisi considera i risultati della ricerca comparatistica dell'Università del Liechtenstein «Trusts in Civil Law and Mixed Jurisdictions» (2015-2017): link: https://www.uni.li/en/research-transfer/old/researchprojects/projects/@@project_detail/724.67?set_language=en

Introduzione all'analisi comparatistica/2

- » Breve comparazione tra la legislazione sammarinese e liechtensteinese:
- » Entrambi gli ordinamenti rientrano nella categorie di civil law; la differenza consiste nel fatto che nel Liechtenstein è in vigore dal 1812 il Codice Civile Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (lo stesso codice era entrato in vigore nell'impero austriaco nel 1811).
- » In entrambi gli ordinamenti è stato realizzato un c.d. legal transplant, cioè l'importazione di uno strumento proveniente dal mondo giuridico anglosassone.
- » Nella Repubblica di San Marino la disciplina del trust è stata introdotta nel 2005.
- » L'attuale disciplina è contenuta nella Legge n. 42 del 1 marzo 2010 (modificata con Legge n. 194 del 22 Dicembre 2010, con Decreto Legge n. 82 del 12 luglio 2013 ratificato con Decreto Legge n. 98 del 25 luglio 2013, con Legge n. 123 del 5 agosto 2019 e con Legge n. 157 del 19 novembre 2019) ecc.

Introduzione alla disciplina liechtensteinese

- » Nel Principato del Liechtenstein la disciplina del trust e quella delle fondazioni (Stiftung) è contenuta nel Codice delle Persone e delle Società (Personen- und Gesellschaftsrecht); tale codice è entrato in vigore nel 1926.
- » Le disposizioni previste dal legislatore liechtensteinese in materia dei trusts sono rimaste quasi del tutto invariate nel corso dei decenni.
- » La Corte Suprema del Principato del Liechtenstein (Fürstlicher Oberster Gerichtshof, OGH) e della Corte d'Appello (Obergericht, OG) hanno fornito un'interpretazione estensiva delle norme.
- » Sarebbe auspicabile se anche il Liechtenstein introducesse una Corte analoga alla Corte per il Trust e i Rapporti Fiduciari (Decreto Delegato 30 settembre 2013, n. 128).

La fondazione liechtensteinese/1

- » La disciplina delle fondazioni (Stiftung) è contenuta nel Codice delle Persone e delle Società (Personen- und Gesellschaftsrecht); tale codice è entrato in vigore nel 1926.
- » La disciplina riguardante le fondazioni è stata notevolmente modificata nel 2008.
- » Il nuovo regime è entrato in vigore nel 2009, abrogando gli artt. 553-570 del codice sulle persone e società ed inserendo i paragrafi 1-41 all'art. 552 dello stesso codice.
- » Molte società di capitali europee sono controllate da fondazioni d'impresa (Unternehmensstiftungen) del Liechtenstein.

La fondazione liechtensteinese/2

- » La disciplina delle fondazioni (Stiftung) distingue tra la 1) fondazione con finalità privata («non charitable foundation») e 2) la fondazione con finalità pubblica/filantropica («charitable trust»).
- » La registrazione nel registro delle imprese è obbligatoria soltanto per la fondazione di utilità prevalentemente pubblica/filantropica.

La fondazione liechtensteinese/3

- » La distinzione tra le due categorie ha un impatto anche sulla foundation governance.
- » Soltanto le fondazioni con finalità prevalentemente pubblica sono soggette al controllo dell'ente amministrativo competente.
- » Per le fondazioni con finalità privata (tra cui la fondazione di famiglia) il sistema di controllo nell'ambito della foundation governance è affidato ai beneficiari.
- » Ma come nell'ipotesi dei trusts, i beneficiari devono rivolgersi alla corte competente (in sede di un procedimento di volontaria giurisdizione).

La fondazione liechtensteinese/4

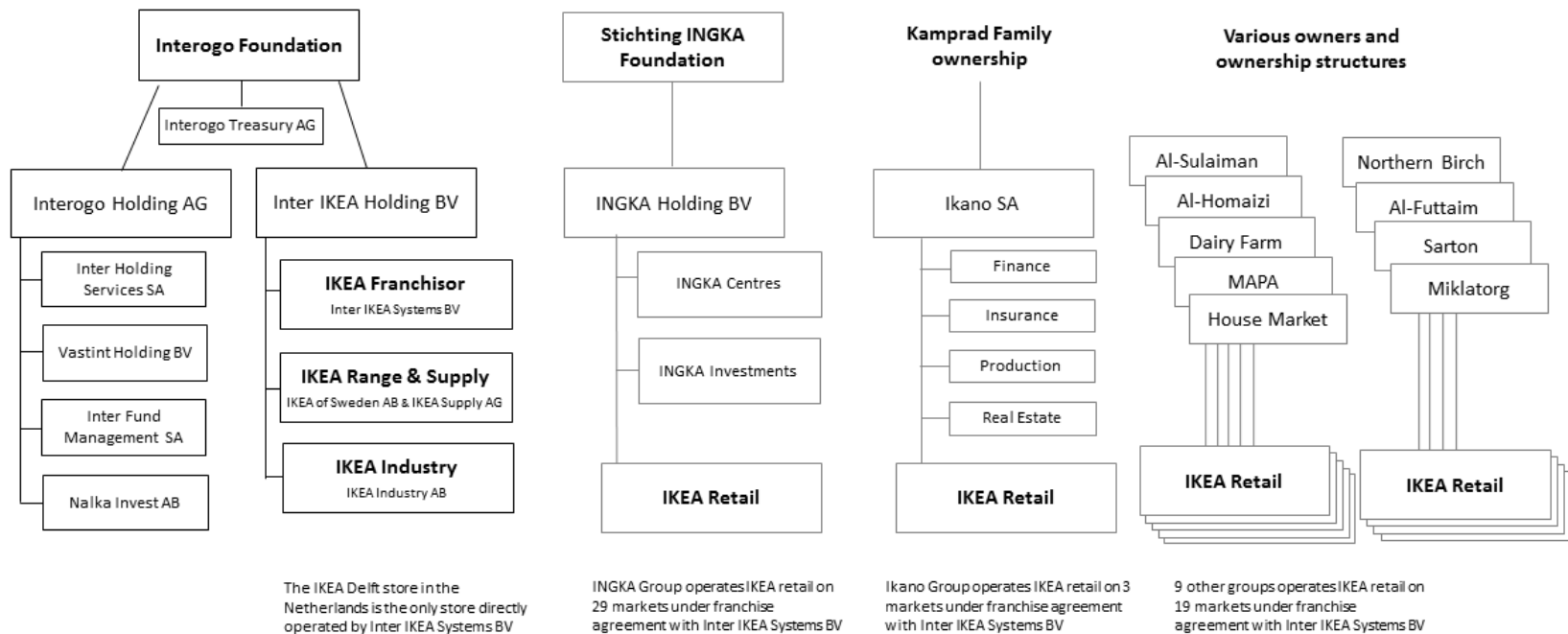
- » Non è ammissibile una fondazione d'impresa in senso stretto della parola.
- » L'attività imprenditoriale della fondazione viene esercitata sempre tramite strutture holding.
- » Quindi la fondazione liechtensteinese detiene un pacchetto controllante di società di capitali (spesso situate all'estero).
- » Anche nella realtà italiana, molte famiglie di imprenditori italiane hanno trasferito le partecipazioni sociali a fondazioni del Liechtenstein.

Case study: Fondazione e impresa/1

- » Foundation Vaduz: Fondazione d'Impresa (Unternehmensstiftung) che controlla il gruppo IKEA: <https://www.interogofoundation.com>
- » La Interogo Foundation è una fondazione registrata nel Liechtenstein. Si tratta di una c.d. Unternehmensstiftung a tutti gli effetti.
- » La Interogo Foundation è proprietaria effettiva della Inter IKEA Holding B.V. registrata nei Paesi Bassi, e quindi indirettamente (tramite la Inter IKEA Systems) controlla la proprietà intellettuale di tutto il gruppo IKEA.
- » La fondazione raccoglie le commissioni/royalties da tutti i franchise partners.

Case study: Fondazione e impresa/2

» Fonte: Thomsen, Steen, Foundation Ownership at IKEA (August 27, 2018).
 SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3243347>

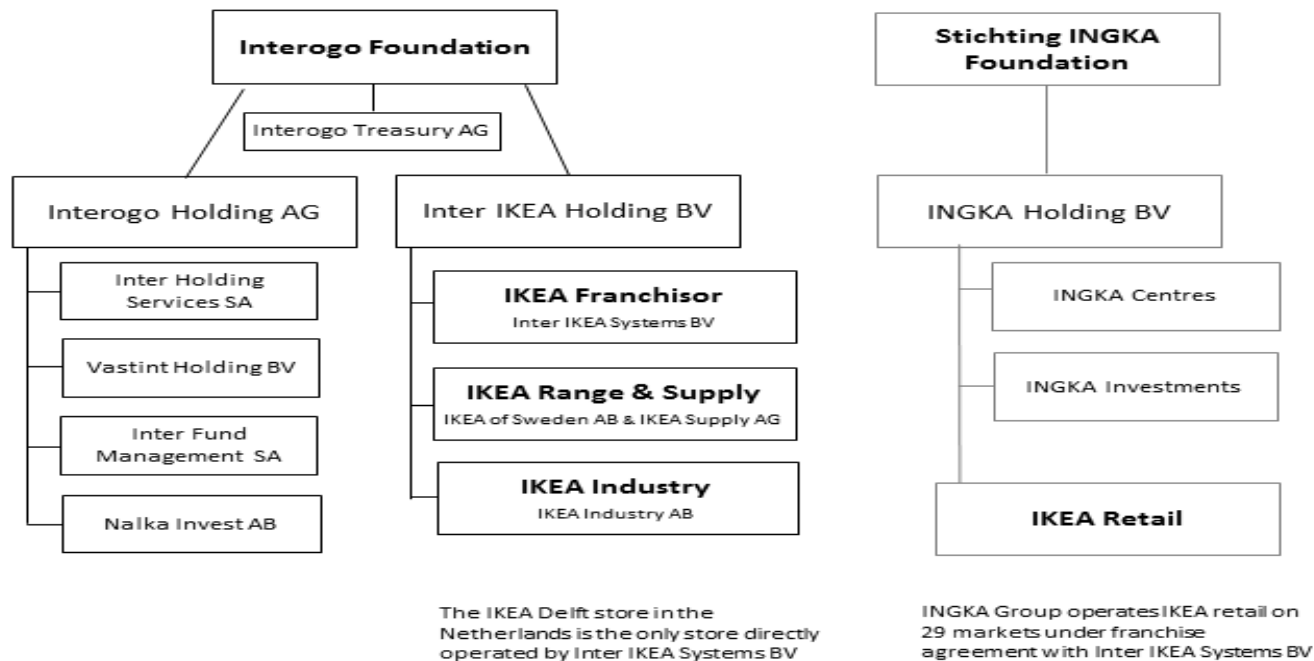


Kamprad founded businesses

The illustration is a simplification and includes some non-IKEA businesses

Case study: Fondazione e impresa/3

- » Fonte: Thomsen, Steen, Foundation Ownership at IKEA (August 27, 2018).
SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3243347>



Kamprad founded businesses

Funzioni della fondazione e del trust

- » Bisogna ricordare che la fondazione privata e il trust, pur essendo la fondazione basata sulla sussistenza di personalità giuridica ed il trust su un mero rapporto giuridico (di equity), si rassomigliano per quanto concerne la loro funzione.
- » Anche nella disciplina liechtensteinese entrambi gli strumenti sono considerati dei c.d. will substitutes.
- » Entrambi gli strumenti sono utilizzabili per realizzare una netta separazione di una parte del patrimonio dell'imprenditore (che tipicamente funge come fondatore/settlor) dal patrimonio personale di quest'ultimo.

Legal transplant/1

- » La Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985 è stata ratificata sia nel Liechtenstein, sia nella Repubblica di San Marino (vedi Decreto 20 settembre 2004, n. 119) ed è entrata in vigore in entrambi gli stati nel 2006.
- » Il Principato del Liechtenstein è stato il primo ordinamento di civil law ad inserire il trust di origine anglosassone nel proprio ordinamento, cioè negli artt. 897-932 e art. 932a par. 1-170 del Codice delle Persone e delle Società.
- » Dopo il Liechtenstein, la Repubblica di San Marino fu il secondo paese di civil law (che non ha mai sperimentato un periodo di dominazione politica oppure influsso culturale britannico) a introdurre una legge interna completa sul trust.

Legal transplant/2

- » Secondo la visione del legislatore liechtensteinese del 1926, il trust doveva fungere come alternativa ai modelli previsti nella tradizione continental-europea per il c.d. financial structuring, cioè la fondazione privata (Stiftung, private foundation), lo stabilimento (Anstalt) ecc.
- » Pare che sia nell'esperienza sammarinese che in quella liechtensteinese il trust sia stato concepito come modello «offshore»: cioè la clientela proviene prevalentemente da altre giurisdizioni.

Il concetto del «designer jurisdiction» trust

- » Le disciplina liechtensteinese in materia di trusts e fondazioni può essere considerata la prima c.d. «designer jurisdiction», cioè il primo ordinamento il quale – ispirandosi al trust degli ordinamenti anglosassoni – ha modificato alcuni elementi essenziali del trust inglese, ad es. revocabilità se previsto nell’atto istitutivo.
- » Molti elementi ideati nel Liechtenstein nel 1926 sono state riprese da altri legislatori del mondo, tra cui ad es. nel South Dakota negli Stati Uniti.

Ruolo essenziale della giurisprudenza

- » A San Marino, le pronunce della Corte per il Trust e i Rapporti Fiduciari (Decreto Delegato 30 settembre 2013, n. 128) hanno contribuito notevolmente all'affermazione del trust nella Repubblica.
- » Nel Liechtenstein, la giurisprudenza della Corte Suprema del Principato (Fürstlicher Oberster Gerichtshof, OGH) e della Corte d'Appello (Obergericht, OG) hanno fornito un'interpretazione estensiva delle norme.

Precisione normativa

- » La Legge del 1 marzo 2010, n. 42 (nella versione attuale) definisce i concetti fondamentali del trust in modo molto più dettagliato rispetto agli artt. 897-932 e art. 932a par. 1-170 del Codice delle Persone e delle Società del Liechtenstein.
- » Quindi la prassi sammarinese può appoggiarsi direttamente sulla legge, mentre nel Liechtenstein il riferimento alla giurisprudenza liechtensteinese e straniera è indispensabile.

Applicazione del trust a San Marino e nel Liechtenstein

- » Malgrado il fatto che si tratta di una replica del trust inglese, chiaramente l'uso del trust a San Marino e nel Liechtenstein è molto limitato rispetto alla realtà anglosassone.
- » A San Marino l'ambito di applicazione è limitato ai trusts istituiti per volontà del disponente (art. 3 della Legge del 1 marzo 2010, n. 42).
- » Nel Liechtenstein invece sussistono anche il c.d. «resulting trust» e il c.d. «constructive trust» (art. 898 Codice delle Persone e delle Società).
- » Sembra che ci sia una finalità simile in entrambi gli ordinamenti: affiancare l'intenzione del disponente di rendere possibile la conservazione dei beni patrimoniali (ad es. di una famiglia) tramite l'atto di trasferimento al fiduciario.
- » In entrambi gli ordinamenti devono essere rispettati i limiti posti nella disciplina civilistica (ad es. diritti alla legittima), tributaria e penale.

Effetti del trust verso terzi

- » Nel Liechtenstein, lo scopo del trust non deve risultare in modo concreto dall'atto: è sufficiente se lo scopo è definito negli allegati (schedules).
- » A differenza dell'ordinamento di San Marino (art. 6, comma 2 g) e ii) della Legge del 1 marzo 2010, n. 42) nel Liechtenstein è ammissibile un trust costituito esclusivamente a fine proprio («self serving trust»).
- » In entrambi gli ordinamenti non occorre una determinazione iniziale dei beneficiari (vedi art. 6, comma 2 g) e ii) della Legge del 1 marzo 2010, n. 42 che prevede soltanto la necessità di individuare il soggetto che ha il potere di individuare i beneficiari).
- » Quindi nel Liechtenstein il «non charitable purpose trust» è ammissibile.
- » La disciplina del Liechtenstein è più «liberale» rispetto al modello tradizionale (seguito anche a San Marino).

Ruolo del trustee e breach of trust

- » Nel Liechtenstein il trustee deve agire secondo quanto è previsto nei documenti del trust ed inoltre secondo le norme di legge del Codice delle Persone e delle Società.
- » Inoltre il trustee deve rispettare i principi elaborati dalla giurisprudenza del Liechtenstein.
- » A San Marino il trustee deve agire secondo buona fede e con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 20 della Legge del 1 marzo 2010, n. 42).
- » In caso contrario il fiduciario risponde personalmente in quanto si tratta di una situazione di «breach of trust».

Business judgement rule

- » La teoria della «business judgement rule» non è applicabile al trustee, in quanto il trust non costituisce una persona giuridica, bensì soltanto un semplice rapporto giuridico tra le parti.
- » La «business judgement rule» (disciplinata nell'ordinamento del Liechtenstein nell'art. 182, comma 2 del Codice delle Persone e delle Società) invece si applica alle persone giuridiche, anche agli organi delle fondazioni private/Stiftungen (le quali sono funzionalmente simili al trust, ma diverse per la loro struttura giuridica).

Ordinary prudent man of business

- » Visto che la «business judgement rule» (art. 182, comma 2 del Codice delle Persone e delle Società) è inapplicabile al trustee, bisogna fare riferimento ai principi del trust inglese.
- » Quindi nel Liechtenstein si applica lo standard dello «ordinary prudent man of business»: il trustee deve agire come una persona d'affari ragionevole.
- » Un trustee si può quindi opporre alle richieste di responsabilità personale secondo criteri simili agli organi delle persone giuridiche.
- » A San Marino gli artt. 42 ss. della Legge del 1 marzo 2010, n. 42 specificano tutti i dettagli della responsabilità del trustee.
- » Quindi a San Marino non sussiste la necessità di risolvere le questioni di responsabilità facendo riferimento alla giurisprudenza anglosassone.

Status giuridico dei beneficiari/1

- » Come nel diritto inglese, anche nel Liechtenstein i beneficiari si trovano al centro del trust («beneficiary principle»), cfr. ad es. *Morice v. Bishop of Durham* [1805] 9 Ves 522.
- » I beneficiari hanno il ruolo di controllare il trust e quindi sono essenziali per una trust governance equilibrata.
- » Il diritto all'informazione è necessario, perché altrimenti i beneficiari non possono controllare il trustee e prevenire eventuali abusi; vedi art. 49 della Legge del 1 marzo 2010, n. 42.
- » Il legislatore liechtensteinese ha seguito il c.d. «equitable principle» (vedi art. 932a par. 78 del Codice delle Persone e delle Società).

Status giuridico dei beneficiari/2

- » I diritti dei beneficiari nel diritto del Liechtenstein comunque sono meno pronunciati rispetto al diritto inglese.
- » La regola di Saunders v. Vautier [1841] Cr. & Ph. 240, secondo la quale i beneficiari possono sciogliere il trust contrariamente alla volontà del disponente e quella del trustee, se hanno un pieno titolo beneficiario ecc., non si applica nel Liechtenstein.
- » Nel diritto sammarinese invece l'art. 50, comma 3 della Legge del 1 marzo 2010, n. 42 prevede il contrario.

Status giuridico dei beneficiari/3

- » Nella disciplina del Liechtenstein i beneficiari hanno un diritto sussidiario per quanto riguarda l'accesso alle informazioni.

- » Quindi lo status giuridico dei beneficiari è più debole rispetto al diritto inglese e a quello sammarinese (art. 49 della Legge del 1 marzo 2010, n. 42).
 - a) Nel Liechtenstein il trustee deve fornire tutte le informazioni essenziali in prima linea alla società di revisione.
 - b) In mancanza di questa il trustee deve dare le informazioni al disponente.
 - c) Soltanto se questo non è raggiungibile oppure se questo è deceduto, nasce il diritto proprio dei beneficiari a ricevere tutte le informazioni riguardanti il trust corrispondente all'art. 49 della Legge del 1 marzo 2010, n. 42.

Status giuridico dei beneficiari/4

- » Nella giurisprudenza del Liechtenstein mancano degli orientamenti chiari riguardanti i diritti dei beneficiari.
- » La prassi del Liechtenstein quindi si orienta anche verso la giurisprudenza anglosassone, cioè in particolare i seguenti casi:
 - a) Schmid v. Rosewood Trust [2003] UKPC 26; [2003] A.C. 709, per quanto riguarda le informazioni da fornire ad un grande numero di «discretionary beneficiaries»;
 - b) Armitage v. Nurse [1997] 2 All ER 705, per quanto riguarda il ruolo del beneficiario per l'enforcement della volontà del disponente.
- » Il fiduciario può limitare le informazioni da fornire ai beneficiari soltanto nelle ipotesi in cui i scopi del trust non sarebbero realizzabili senza un livello elevato di discrezione.

Status giuridico del disponente/1

- » Si presume che il ruolo del disponente venga rivestito da colui che ha trasferito i beni al fiduciario (art. 897, art 932a par. 49, comma 1 del Codice delle Persone e delle Società, art. 6 della Legge del 1 marzo 2010, n. 42).
- » Formula generale: più è forte l'influsso del disponente, e più sussiste il rischio di uno «sham trust».
- » Sull'argomento dello «sham trust» vedi l'Ordinanza della Corte per il trust ed i rapporti fiduciari del 5 dicembre 2017, n. 4.
- » Quindi ai sensi dell'art. 8 della Convenzione dell'Aja la validità di un trust e anche la questione se il trust sia o meno uno «sham», è da chiarire dalla legge regolatrice del trust.

Status giuridico del disponente/2

- » Nell'ordinamento del Liechtenstein il disponente può riservarsi il diritto di ratifica per alcuni atti giuridici di notevole portata, ad es. la vendita di beni immobili (art. 917 del Codice delle Persone e delle Società).
- » È comunque vietato l'influsso continuo del disponente sul trustee; una situazione del genere può portare alla nullità del trust (art. 917, comma 2, del Codice delle Persone e delle Società).
- » Una situazione siffatta farebbe «degenerare» il trust a semplice rapporto di mandato.

Trusts revocabili

- » Nell'ordinamento del Liechtenstein secondo quanto previsto nell'art. 907, comma 2, del Codice delle Persone e delle Società, il trust è generalmente irrevocabile.
- » Sono comunque ammissibili le ipotesi in cui il disponente si riserva il diritto personale (e non trasferibile) di revocare il trust oppure di modificarlo successivamente (art. 910, comma 4 del Codice delle Persone e delle Società).
- » Nell'ordinamento sammarinese l'ipotesi di revoca è prevista nell'art. 14 della Legge del 1 marzo 2010, n. 42.
- » Nella prassi è comunque consigliabile inserire una clausola secondo cui la validità di ogni revoca oppure modifica dipende dal consenso di un terzo, ad es. del protector, per diminuire il rischio che un tribunale estero giudichi il «revocable trust» come negozio fittizio.

Status giuridico del fiduciario/1

- » Nel Liechtenstein, il primo articolo dedicato ai trust, cioè l'art. 897 del Codice delle Persone e delle Società, definisce il ruolo del fiduciario.
- » Nell'ordinamento sammarinese la disciplina analoga è contenuta negli artt. 17 ss. della Legge del 1 marzo 2010, n. 42.
- » Nel Liechtenstein il trustee ha il diritto nei confronti del disponente di ricevere tutti i beni i quali sono stati previsti nella costituzione del trust (art. 904 del Codice delle Persone e delle Società).
- » Immediatamente dopo l'accettazione della carica, il trustee assume un ruolo di piena autonomia nel funzionamento del trust (Clough v. Bond [1838] 3 My. and Cr. 490).
- » Quindi se nel trust sono previsti dei diritti del disponente di esercitare un notevole influsso sul fiduciario, il trust sarà considerato nullo.

Status giuridico del fiduciario/2

- » Nel Liechtenstein, per inquadrare il ruolo del trustee, bisogna partire dal principio del dovere fiduciario («fiduciary duty»).
- » Quindi il trustee ha vari doveri, ad es.:
 - a) Dovere di tenere separati gli assets del trust da quelli personali;
 - b) Dovere di tenere le scritture contabili relative a tutti i beni appartenenti al trust;
 - c) Divieto di stipulare contratti con se stesso;
 - d) Divieto di discriminazione, cioè dovere di trattare tutti i beneficiari ugualmente.

(Stephenson v. Barclays Bank Trust Co. Ltd [1975] 1 WLR 882)

- » Il legislatore sammarinese ha recepito vari principi elencati negli artt. 20 ss. della Legge del 1 marzo 2010, n. 42.

Sorveglianza/1

- » Nel Liechtenstein, il Tribunale del Principato del Liechtenstein ha la competenza per la vigilanza sui trust registrati (e una competenza ristretta per i trusts non registrati).
- » Il tribunale quindi agisce secondo la tradizione delle c.d. courts of equity.
- » Si tratta di un procedimento di volontaria giurisdizione, analogo a quello stabilito a San Marino dall'art. 12 del Decreto Delegato del 30 settembre 2013, n. 128 con riferimento agli artt. 53 ss. della Legge del 1 marzo 2010, n. 42.
- » Secondo l'art. 919, comma 6 del Codice delle Persone e delle Società, il trustee può rivolgersi al tribunale per far risolvere delle incertezze gravi:
 - a) La funzione di questa attività di «consulenza» potrebbe consistere anche nella riduzione del rischio di responsabilità professionale del fiduciario.
 - b) Comunque nella prassi tale strumento è utilizzato molto raramente.

Sorveglianza/2

- » Secondo quanto previsto dall'art. 53, comma 2 della Legge del 1 marzo 2010, n. 42, il trustee, un beneficiario, il guardiano o qualsiasi interessato possono rivolgere istanza al giudice per ottenere un provvedimento in ordine alle questioni essenziali del trust.
- » Secondo quanto disposto nella Sentenza della Corte Costituzionale (StGH) del 14 aprile 2008, StGH 2007/082, GE 2010, 446 l'atto istitutivo di trust non può disciplinare l'esclusione totale della sorveglianza che tipicamente è affidata al tribunale.
- » Nei trust che riguardano soltanto una famiglia la sorveglianza è limitata alle misure in cui il patrimonio del trust è soggetto ad un rischio concreto, ad es. esercizio abusivo dell'investimento.

Applicazione economica della teoria giuridica/1

- » Il trust sammarinese ed il trust nonché la fondazione del Liechtenstein sono degli strumenti utili per la protezione del patrimonio imprenditoriale di una famiglia, nonché per la conversazione dei valori del fondatore/settlor.
- » Spesso occorre identificare prima la sussistenza di una «family charta» oppure «family constitution» per identificare i valori della famiglia come linea guida per il trustee.
- » Il legislatore sammarinese ha delineato i dettagli del trust in modo molto più accurato e dettagliato rispetto al legislatore del Liechtenstein.

Applicazione economica della teoria giuridica/2

- » Data la lunga tradizione del trust liechtenteinese e considerando le varie pronunce giurisprudenziali si possono trarre le conclusioni di un distanziamento del trust liechtensteinese dagli ordinamenti di origine.
- » Sarebbe auspicabile che anche il Liechtenstein introducesse una Corte analoga alla Corte per il Trust e i Rapporti Fiduciari sammarinese (Decreto Delegato 30 settembre 2013, n. 128).
- » La fondazione del Liechtenstein si presta in modo particolare come struttura holding.
- » Nella realtà pratica del Liechtenstein vengono utilizzati spesso sia trusts che fondazioni per concepire un vero family office.

Conclusioni dalla prospettiva Italiana

- » Nella realtà italiana, la fondazioni liechtensteinese ha un ruolo importante in quanto molte famiglie hanno costituito delle fondazioni (già a partire dagli anni di piombo) per gestire il patrimonio familiare e per agevolare il passaggio generazionale.
- » Le leggi sui trusts di San Marino e del Liechtenstein spesso vengono scelte in applicazione della Convenzione dell'Aja per la costituzione di trusts interni in Italia.



Il trust nel diritto sanmarinese e la fondazione e il trust nel Liechtenstein

Bolzano - Venerdì 18 Giugno 2021 - Trusts e fondazioni nel passaggio generazionale delle imprese familiari

Prof. Avv. Francesco Armando Schurr

Giudice alla Corte per il Trust e i rapporti fiduciari San Marino

Ordinario di Diritto Privato e Diritto Privato Comparato; Direttore di Dipartimento, di Diritto Italiano, Università di Innsbruck