

TRUSTS

E ATTIVITÀ FIDUCIARIE

2018

2

DIRETTORE SCIENTIFICO

Maurizio LUPOI

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio M. CARBONE

Ugo CARNEVALI

Giorgio DE NOVA

Augusto FANTOZZI

Andrea FEDELE

Franco GALLO

Antonio GAMBARO

David HAYTON

Nicolò LIPARI

Antonio PALAZZO

Thomas TASSANI

Anno XIX, Marzo - Aprile 2018 - Direzione e Redazione: Via dei Missaglia, 97, Edificio B3 - 20142 Milano (Mi), Italia
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano



Wolters Kluwer



www.edicolaprofessionale.com

Smetti di guardarti intorno.



No Risk Visure



L'unico portale
italiano di business
Information
per sapere tutto
e subito.

- **NoRisk Visure** offre a commercialisti, avvocati e aziende informazioni ufficiali e sicure su soggetti italiani e internazionali.

- **Un unico accesso** per visure camerali e immobiliari, protesti, falliti e pregiudizievoli di conservatoria, bilanci, dossier, rintraccio e investigativi, rapporti informativi italiani e esteri.

- **L'unico portale** con una grafica che si adatta a PC, tablet e smartphone.

- **NoRisk Visure** è garantito dall'affidabilità di Wolters Kluwer e dei migliori provider di business information.

Powered by

 Cerved. |  "InfoCamere" |  RIBES

Scopri di più su
www.noriskvisure.it

 Wolters Kluwer

SAGGI

Sviluppi del diritto delle fondazioni in common law di Paolo Panico	129
Giurisdizione italiana e forum rei sitae di Federica Persano	139
“A public office is a public trust”: il blind trust negli USA di Alberto Lupoi	147
La causa concreta del trust autodichiarato e la soggettività passiva IRES di Ottavio Nocerino	159
Imposizione sul trust autodichiarato di Mario Valenzano	167
La libertà di stabilimento del trust di Luigi Vele	173

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Notificazione del precetto al trustee senza indicarne la qualità Tribunale di Ravenna, 8 agosto 2017, n. 750, M. D. c. D. R.	179
Effetti della clausola di arbitrato irrituale Tribunale di Avellino, 14 luglio 2017, n. 1409, M. G. C. c. A.L. M., G.M. e P.M.	181
Cause di “risoluzione” del trust Tribunale di Milano, 16 giugno 2017, n. 6776, M. H. M. M. c. L. F. M. T. T., c. E. R. M. M., c. A. C., c. IME S.a.s.	183
Azione revocatoria e beneficiari del trust Corte di cassazione, ord. 25 maggio 2017, n. 13175, M.B., B.M., M.W., M.M., M.M. c. Z.E., A.L.	186
Inefficacia del trust e abuso dello strumento contrattuale Corte di cassazione, 19 maggio 2017, n. 12718, S.A. C.F., M.F. C.F. c. V.S. C.F.	189
Continuità di società pur vincolate in trust Tribunale di Treviso, 18 maggio 2017, ... c. ... e nei confronti del ... presso la Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Treviso-Belluno	193
Una azione revocatoria respinta Tribunale di Cassino, 2 maggio 2017, n. 551, Unicredit Management Bank S.p.A. c. F. S. in proprio e quale Trustee del Trust F. e F.G	197
ICI sui beni trasferiti al trustee Commissione tributaria provinciale di Alessandria, 19 luglio 2017, n. 194, Comune di Castelnuovo Bormida c. R. S.	199
Tassazione dei dividendi Commissione tributaria regionale di Milano, 25 gennaio 2017, n. 160, Agenzia delle entrate Direzione Provinciale II di Milano c. D. M.	201

La nuova linea tracciata dalla sentenza n. 21614 della Cassazione Commissione tributaria regionale di Bolzano, 10 luglio 2017, n. 67, ..., Professional Trust Company S.r.l. c. Agenzia delle entrate Direzione Provinciale Uff. Controlli-Legale Bolzano	205
Soluzione definitiva per il trust autodichiarato? Commissione tributaria regionale di Venezia, 25 ottobre 2016, n. 1153, ... e... c. Agenzia delle entrate Direzione Provinciale di Treviso	208
Commissione tributaria provinciale di Milano, 30 gennaio 2017, n. 853, Agenzia delle entrate Direzione Provinciale II di Milano c. C.R	211
Commissione tributaria regionale della Campania, 24 maggio 2017, n. 4710, Agenzia delle entrate di Benevento c ...	212

GIURISPRUDENZA ESTERA

Al beneficiario non far sapere...

Jersey - Royal Court - In the matter of the C Settlement - B Trustee Limited 28 febbraio 2017 - W. J. Bailhache, Esq., Bailiff, and Jurats Pitman and Morgan [2017] JRC035A	217
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Il trust sham a San Marino

San Marino - Corte per il trust e i rapporti fiduciari, ordinanza 5 dicembre 2017, causa n. 2017/04VG	222
-------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Libertà di stabilimento per i trust

Corte di Giustizia UE - Judgment of the Court (First Chamber) 14 September 2017 In Case C 646/15	231
--------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

LEGISLAZIONE ESTERA

Legge sulle fondazioni

Cayman Island - The foundation companies law, 2017 (law 29 of 2017)	235
---------------------------------------------------------------------	-----

Ultim'ora

- La Cassazione penale si pronuncia per la prima volta su un abuso edilizio commesso da un trustee (24 novembre 2017, n. 56289).
- In sede tributaria la Corte di cassazione fortifica l'orientamento che sposta il momento impositivo all'effettivo arricchimento dei beneficiari (17 gennaio 2018, n. 975).
- L'alta corte inglese tratta la natura "sham" di un trust istituito da un oligarca russo, il quale era disponente e beneficiario discrezionale di cinque trust neozelandesi (*Meshdunaodniy Promyshlenny Bank v Pugachev*).
- Il Tribunale di Ancona (25 gennaio 2018) ha autorizzato un trustee a resistere nel giudizio di nullità e a prelevare le spese di difesa dal fondo in trust.

Sviluppi del diritto delle fondazioni in common law

di Paolo Panico

Le fondazioni si sono originariamente sviluppate nel sistema di *civil law* come strumento di protezione patrimoniale. Una crescente attenzione verso questo istituto giuridico è stata dimostrata in questo secolo dai centri finanziari internazionali di *common law*. Nel 2017 sono state elaborate cinque nuove leggi in materia di fondazioni a Gibilterra, nelle Isole Cayman, nello Stato americano del New Hampshire, nell'Abu Dhabi Global Market e nel Dubai International Financial Centre. Queste leggi sembrano indicare un'evoluzione verso una "seconda generazione" del modello di fondazioni di *common law*. L'esperienza è ancora recente e si attende che le Corti si pronuncino per consolidarne le caratteristiche ed il funzionamento.

■ Premessa

Il 2017 ha conosciuto un importante sviluppo legislativo in materia di fondazioni private nelle giurisdizioni di *common law*. Cinque nuove leggi hanno introdotto le fondazioni in altrettante giurisdizioni, che in alcuni casi appartengono a regioni del mondo che finora avevano ignorato il fenomeno.

In ordine cronologico, le leggi del 2017 in materia di fondazioni sono le seguenti:

- Gibilterra: Private Foundations Act 2017, per il quale il *Royal Assent* è stato ricevuto l'11 aprile 2017;
- Abu Dhabi Global Market, Foundations Regulations 2017, pubblicate ed entrate in vigore il 16 agosto 2017;
- New Hampshire, Foundations Act, entrato in vigore il 1° ottobre 2017 come modifica al Trust Code dello Stato americano;
- Cayman Islands, Foundation Companies Law 2017, in forza dal 18 ottobre 2017 (1);
- Dubai International Financial Centre, Foundations Law (Law n. 8 of 2017), che alla fine del 2017

aveva completato l'iter legislativo ed era in attesa della firma del *Ruler*, l'emiro di Dubai.

Prima di commentare alcuni aspetti delle nuove leggi questo capitolo propone una breve sintesi dell'evoluzione storica della fondazione, quale istituto giuridico tipico della tradizione di *civil law*, per soffermarsi sull'interesse crescente dimostrato dai centri finanziari internazionali di *common law* negli ultimi 15 anni.

■ Fondazioni: dalle piae causae alla protezione patrimoniale

Le fondazioni sono alla base di una nozione fondamentale nella cultura giuridica occidentale: la personalità giuridica (2). La prima illustrazione del problema sembra essere stata fornita nel dodicesimo secolo da Moses, vescovo di Ravenna, con riferimento al caso di un monastero abbandonato da tutti i suoi monaci. In tale circostanza, chi era il proprietario dei beni del monastero? Il caso era tutt'altro che infrequente e la domanda apriva uno spaccato importante di protezione patrimoniale per gli ordini monastici dalle pretese del papato di Roma sulla proprietà di beni divenuti *res nullius*. La proposta di soluzione di Moses era che si considerassero i muri del monastero proprietari dei beni in essi contenuti. Su questa base, ma in modo più sofisticato, nel tredicesimo secolo il giurista Sinibaldo de' Fieschi (che dal 1243 al 1254 sarebbe stato papa con il nome di Innocenzo IV), coniò la celebre espressione "*collegium fingatur una persona*", gettando le basi della personalità giuridica dei monasteri e delle fondazioni.

Paolo Panico - Avvocato, Presidente ed Amministratore delegato di Private Trustees SA

Note:

(1) *Infra*, pag. 235.

(2) P. Panico, "Private foundations and trusts: just the same but different?", in *Trusts & Trustees*, Volume 22, Issue 1, 1 February 2016, pagg. 132-139.

Le fondazioni considerate ai fini di questa analisi erano di tipo religioso, o *piae causae*, l'equivalente continentale del *charitable trust* inglese. La loro interpretazione come "persone giuridiche" forniva loro la perennità necessaria al perseguimento delle loro finalità nonostante le turbolenze del periodo.

L'esperienza dell'Europa continentale, dapprima in Olanda nel diciassettesimo secolo e quindi in Germania nel diciannovesimo, ha visto un uso frequente delle fondazioni con finalità familiari piuttosto che genericamente benefiche. In altre parole, la fondazione ha iniziato ad essere impiegata come meccanismo di protezione e trasmissione del capitale di una famiglia alle generazioni successive, allo stesso modo del trust di famiglia nell'Inghilterra vittoriana.

La tradizione giuridica tedesca delle Pandette ha sviluppato la nozione di fondazione. Il "Sistema del Diritto Romano Odierno" del 1840 di Friederich Carl von Savigny contiene la distinzione tra due tipologie di persone giuridiche, le *Korporationen*, o società, la cui attività si basa sulle azioni dei soci, e le *Stiftungen*, o fondazioni, la cui attività si basa sulla destinazione di un patrimonio ad una finalità (3). Su questo tema il Manuale delle Pandette di Alois von Brinz ha elaborato il tema dello *Zweckvermögen*, o patrimonio dedicato ad uno scopo, che è alla base della nozione di fondazione (4).

Le fondazioni di famiglia hanno così fatto ingresso nel Codice civile tedesco, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), entrato in vigore il 1° gennaio 1900, e nell'attuale repubblica federale tedesca ciascun Land ha una sua legislazione in materia.

La nozione di fondazione di famiglia, quale strumento destinato ad una clientela fortunata internazionale, ha peraltro fatto la sua prima apparizione legislativa nel Principato del Liechtenstein, ed in particolare nel *Personen - und Gesellschaftsrecht* (PGR), Diritto delle Persone e delle Società, entrato in vigore il 19 febbraio 1926 con una codificazione del diritto delle società, dei trust, di una nuova persona giuridica - la *Anstalt* - nonché delle fondazioni di famiglia (in tedesco *Familienstiftungen*).

Il Codice civile olandese ha elaborato una propria versione di fondazione, o *stichting*, sulla cui base si è sviluppata in Olanda ed in Belgio la pratica dello *stichting administratiekantoor* (*Stak*), particolarmente utile nel caso di una fondazione che controlla una partecipazione societaria. Lo *Stak* detiene una

partecipazione di controllo in una società ed emette "certificati", ossia titoli di credito ad essa legati, cosicché i pagamenti dei dividendi della società sono trasferiti direttamente ai detentori dei "certificati". Si realizza così una separazione tra la proprietà e l'esercizio del diritto di voto in assemblea, che restano in capo alla fondazione ed al suo consiglio di amministrazione, ed il godimento, ossia la percezione dei dividendi, che sono attribuiti ai beneficiari nella loro qualità di titolari dei "certificati".

Un modello di fondazione simile a quello del Liechtenstein è stato elaborato in Austria, in cui il *Privatstiftungsgesetz*, o Legge sulle Fondazioni Private, è entrato in vigore nel 1993 con l'espressa finalità di arginare la fuoriuscita di capitali a favore del Liechtenstein e di promuovere Vienna come centro internazionale di gestione e protezione patrimoniali.

Le fondazioni sono quindi sbarcate nei Caraibi con la legge di Panama del 12 giugno 1995 "*con la cual se regulan las fundaciones de interés privado*", che ha conosciuto negli ultimi vent'anni un notevole successo.

■ Tre modelli di fondazione ed il fenomeno delle fondazioni di common law

Il successo delle fondazioni nei centri finanziari internazionali di *civil law* ha permesso il consolidamento di due modelli alternativi di fondazione, quello che in altra sede ho definito come "classico" e quello olandese (5).

Il modello "classico" delle fondazioni private è quello del Liechtenstein e dell'Austria, ripreso anche dalla Legge di Panama. Questo modello si è sviluppato a partire dalla nozione germanica della "fondazione di famiglia" o *Familienstiftung* e può essere riassunto con un confronto diretto con il trust. La fondazione di modello "classico" si presenta come l'equivalente funzionale di un trust di famiglia con un fondatore provvisto di poteri molto più ampi e beneficiari in una posizione giuridica assai più debole rispetto al disponente ed ai beneficiari del trust. Ad esempio, il fondatore in Liechtenstein si può validamente riservare i

Note:

(3) F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Veit und Comp., Berlin, 1840.

(4) Alois von Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, Deichert, 1868.

(5) P. Panico, *Private foundations and trusts* (*supra*, nota 2).

poteri di revoca della fondazione e di modifica dei suoi documenti costitutivi (6), oltre alla facoltà di essere un membro del consiglio di amministrazione ed un beneficiario. La legge del Liechtenstein è stata variata nel 2009 e considera ormai quattro categorie distinte di beneficiari ma quella austriaca è rimasta fedele al modello “classico” e prevede che il termine “beneficiario” (*Begünstigter*) si applichi esclusivamente a chi ha una pretesa azionabile (*klagbarer Anspruch*) riguardo ai beni di proprietà della fondazione (7). In altre parole, ancorché la prassi di “fondazioni discrezionali” sia estremamente diffusa, i beneficiari di tali costruzioni non hanno i diritti che l'*Equity* inglese pone in capo ai beneficiari di un trust, in particolare in materia di informazioni e di protezione da parte della Corte. In altre parole, i beneficiari di una fondazione hanno soltanto i diritti e le prerogative forniti loro dalla legge, che non conosce la nozione di poteri fiduciari (nel senso inglese di *fiduciary powers*), e dai documenti costitutivi della fondazione.

Le fondazioni olandesi e la variante sviluppata nel Codice civile delle Antille Olandesi (denominata *Stichting Particulier Fonds* o SPF), che con la loro dissoluzione il 10 ottobre 2010 è rimasto in vigore nelle isole di Curaçao e di St Maarten, si basa piuttosto sulla nozione di fondazione quale persona giuridica, con minori diritti per il fondatore e per i beneficiari. Oltre alla tecnica dello *stichting administratiekantoor*, la fondazione di modello olandese è spesso utilizzata come veicolo societario speciale (*special purpose vehicle*) in operazioni finanziarie quali la garanzia di crediti sindacati e la cartolarizzazione. La sua caratteristica essenziale è quella di essere una persona giuridica “orfana”, ovvero priva di proprietari.

Un terzo modello di fondazione è stato introdotto nel 2003 dal Foundations Act dell'isola di St Kitts, prima giurisdizione di *common law* ad aver legiferato in modo completo in materia di fondazioni private. La fondazione di *common law* si ispira in modo evidente al modello “classico”, nella sua versione del Liechtenstein e di Panama, ma combina anche elementi del diritto dei trust e di quello delle società. Negli ultimi quindici anni sostanzialmente tutte le piazze finanziarie internazionali *offshore* di tradizione di *common law*, con le sole eccezioni di Bermuda e delle Isole Vergini Britanniche, si sono dotate di legislazione in materia di fondazioni private. L'elenco della legislazione promulgata dal 2004 fino al 2016 è il seguente (8):

- Bahamas, Foundations Act 2004;
- Antigua and Barbuda, International Foundations Act 2007;
- Anguilla Foundation Act 2008;
- Foundations (Jersey) Law 2009;
- Seychelles Foundations Act 2009;
- Vanuatu, Foundation Act 2009;
- Belize, International Foundations Act 2010;
- Labuan, Foundations Act 2010;
- Isle of Man, Foundations Act 2011;
- Mauritius, Foundations Act 2012;
- Cook Islands, Foundations Act 2012;
- Foundations (Guernsey) Law 2012;
- Barbados, Foundation Act 2012;
- Samoa, Foundations Act 2016.

Non è facile stabilire il successo materiale di queste iniziative legislative, alcune delle quali sono molto recenti. Una verifica dei registri societari delle *Crown Dependencies* britanniche alla fine del mese di ottobre 2017 ha evidenziato questi numeri: a Jersey esistevano 282 fondazioni, a Guernsey 79 e nell'Isola di Man 16. In Liechtenstein, dove non tutte le fondazioni devono essere registrate in modo pubblicamente consultabile ma possono essere semplicemente “depositate”, una stima delle fondazioni in essere allo stesso periodo è di circa 33.000.

Il contesto storico in cui si collocano le nuove iniziative legislative in materia di fondazioni nei centri finanziari *offshore* di *common law*, tutte dei primi due decenni di questo secolo, e la legge del Liechtenstein del 1926 è comunque assai diverso. Nonostante l'inventività e la bellezza della legge originaria del Liechtenstein, la cui unica modifica significativa è intervenuta nel 2009, molte fondazioni sono state create in modi non sempre commendevoli dal punto di vista fiscale ed in presenza di “mandati fiduciari” in base ai quali il consiglio di fondazione era tenuto ad eseguire le istruzioni del fondatore. Una sentenza della Corte d'Appello di Stoccarda ha evidenziato come la presenza di un mandato di questo genere sia essenziale per l'esistenza e l'opponibilità della fondazione (9).

Operazioni con queste caratteristiche non sono più realisticamente realizzabili al giorno d'oggi. La

Note:

(6) Liechtenstein, PGR, art. 552, § 30.

(7) Austria, Privatstiftungsgesetz, § 5.

(8) Un'analisi dettagliata della legislazione promulgata fino all'epoca della pubblicazione si può leggere in P. Panico, *Private Foundations. Law and Practice*, Oxford University Press, 2014.

(9) Oberlandesgericht (OGH) Stuttgart, 29 giugno 2009, 5 U 40/09.

fondazioni di *common law* vedono quindi numeri minori ma operazioni di qualità più elevata, in cui la creazione di una fondazione soddisfa vere esigenze di programmazione patrimoniale di una famiglia, che trova nello strumento una soluzione più adeguata rispetto all'alternativa del trust.

■ La legislazione in materia di fondazioni di *common law* nel 2017: alcuni spunti di analisi

Le cinque nuove leggi in materia di fondazioni del 2017 sembrano indicare nuove linee di sviluppo dell'istituto in un contesto di *common law*.

La legge di Gibilterra, che era stata oggetto di consultazioni già dal 2015, completa in qualche modo il novero dei centri finanziari internazionali di tradizione di *common law*.

La legge delle Isole Cayman introduce invece una novità. Il legislatore delle isole si distacca formalmente dal modello della fondazione di *common law* e chiama la nuova persona giuridica *foundation company* ossia "società fondazione". In altre parole, la fondazione delle Isole Cayman è in realtà una società (*company*), a cui si applicano tutte le norme del locale diritto societario, fatte salve le modifiche e le variazioni dovute al suo stato particolare. Si tratta di una scelta simile a quella già praticata dal legislatore delle Isole nel 1997 con la promulgazione della Special Trust (Alternative Regime) Law, oggi ricompresa come Parte VIII della Trusts Law (2017 Revision). Le Isole Cayman hanno dunque un regime speciale di trust, lo "STAR Trust", la cui caratteristica principale è che tutti i diritti normalmente spettanti ai beneficiari di un trust ordinario competono all'*enforcer*, che può a sua volta essere o meno un beneficiario (10), ed hanno ora anche la *foundation company* quale forma societaria speciale.

Lo Stato americano del New Hampshire ha introdotto la nozione di fondazione negli Stati Uniti, adeguando al sistema giuridico americano alcune caratteristiche della fondazione di tradizione civilistica ed innestandone il trattamento fiscale su quello dei trust, che negli USA come in Italia sono *entities* tenute a presentare una dichiarazione fiscale e a pagare le imposte. L'importanza degli Stati Uniti come centro finanziario internazionale è andata crescendo negli ultimi anni per il fatto che esponenti di molte famiglie "affluenti" decidono di stabilirvisi nonché per la

parziale rinuncia degli USA ad aderire ad alcune iniziative internazionali in materia di trasparenza fiscale, quali lo scambio automatico di informazioni "mondiale" secondo il *Common Reporting Standard* (CRS) dell'OCSE od i pubblici registri dei titolari effettivi a cui stanno lavorando le istituzioni dell'Unione Europea. Non è impossibile che altri stati seguano presto il New Hampshire e si dotino di legislazione in materia di fondazioni (11).

Il Dubai International Financial Centre (DIFC) è una giurisdizione di *common law* all'interno dell'emirato, con un sistema legislativo basato sui modelli inglese ed americano e con un sistema giudiziario composto in prevalenza da esponenti dei Paesi di *common law*. L'Abu Dhabi Global Market (ADGM), creato nel 2013, ha caratteristiche analoghe. In entrambi i centri finanziari una legge sulle fondazioni è stata concepita nel corso del 2017 per completare l'offerta di strumenti di gestione patrimoniale, che nel caso del DIFC ha avuto un iter legislativo parallelo ad una revisione completa della legge sui trust, a sua volta di imminente approvazione.

Alcuni spunti delle diverse leggi promulgate nel 2017 fanno pensare che sotto alcuni punti di vista si stia assistendo ad una "seconda generazione" del modello della fondazione di *common law*. A partire da una formulazione ispirata al modello continentale "classico" e basata sul diritto locale delle società e dei trust, il modello sta evolvendo ora verso soluzioni innovative. Una disamina esaustiva delle cinque leggi del 2017 va ben oltre la portata di questo articolo. L'analisi si concentrerà quindi soltanto sui seguenti aspetti: (a) la definizione di fondazione, (b) i poteri del fondatore, (c) la posizione dei beneficiari e l'eventuale ruolo del guardiano, (d) le finalità della fondazione.

(a) *Fondazione: definizione*

Non tutte le leggi del modello di fondazione di *common law* definiscono il nuovo istituto. In molti casi la definizione è semplicemente un riferimento all'istituto regolato dalla legge in argomento. La legge del DIFC contiene all'art. 10 una definizione

Note:

(10) Cayman Islands, Trusts Law (2017 Revision), s 100(1) e (2).

(11) Dal punto di vista terminologico va notato che negli USA l'espressione *private foundation*, o semplicemente *foundation*, designa usualmente un trust caritatevole.

della natura della fondazione, i cui primi quattro paragrafi recitano quanto segue (12):

(1) una Fondazione è un ente con personalità giuridica separata da quella del Fondatore (o dei Fondatori) e di qualunque altra persona;

(2) i beni di una Fondazione non sono tenuti da essa in trust per qualunque altra persona;

(3) un Fondatore ha i diritti (eventuali) rispetto ad una Fondazione come è disposto nelle *By-laws*;

(4) una persona indicata nella *By-laws* (diversa da un Fondatore, un membro del Consiglio, l'Agente Residente o qualunque Guardiano) ha i diritti (eventuali) rispetto ad una Fondazione come è disposto nelle *By-laws*.

Il termine *By-laws* è utilizzato in molte leggi in materia di fondazioni: si tratta di uno dei due documenti costitutivi, che nel DIFC si chiamano *Charter* e *By-laws*. I documenti corrispondenti nella prassi del Liechtenstein sono denominati *Stiftungserklärung* e *Stiftungszusatzserklärung*, ossia “dichiarazione di fondazione” e “dichiarazione aggiuntiva di fondazione”. Il primo documento, che in molte giurisdizioni di *common law* è denominato *Charter*, è destinato alla pubblicazione nella sezione del registro societario riservata alle fondazioni e contiene alcuni dati di base. Le *By-laws* sono invece un documento privato e di natura operativa, che definisce tra l'altro le modalità di funzionamento degli organi di governo della fondazione ed i criteri per le distribuzioni ai beneficiari. Anche la legge dell'ADGM utilizza gli stessi termini mentre quella di Gibilterra parla di *Charter* e *Rules* e quella del New Hampshire di *Certificate of Formation* e *Bylaws*. La legge delle Isole Cayman, che regola la fondazione come un tipo speciale di società, fa invece riferimento agli usuali documenti costitutivi, il *memorandum* e gli *articles*, ma consente l'emissione di *By-laws* che non sono destinate alla pubblicazione e non fanno parte della *constitution* di una *foundation company*.

La definizione di *foundation company* si trova alla *section 4* della legge delle Isole Cayman, che definisce anche le caratteristiche in forza delle quali una società si qualifica come *foundation company* (13):

Perché una società sia una società fondazione, i requisiti (i “requisiti della società fondazione”) sono che:

(a) sia una società limitata per azioni o per garanzia, con o senza capitale sociale;

(b) abbia un *memorandum* che:

(i) dichiarare che la società è una società fondazione;

(ii) descriva generalmente o specificamente i suoi oggetti (che possono, ma non devono, essere a favore di altre persone);

(iii) regoli, direttamente o con riferimento ai suoi *articles*, la disposizione degli attivi in eccesso che la società possa avere in caso di liquidazione;

(iv) proibisca dividendi od altre distribuzioni di utili o di attivi ai suoi soci o futuri soci in quanto tali; e

(c) abbia adottato i suoi *articles*; e

(d) il suo segretario sia una persona qualificata.

Alcune di queste disposizioni sono specifiche al diritto societario inglese, che è alla base di quello delle Isole Cayman. In particolare, una “società fondazione” è in primo luogo una società e può avere una qualunque delle forme giuridiche previste dall'ordinamento: *limited by shares* o *limited by guarantee*, con o senza capitale sociale. I suoi documenti costitutivi sono il *memorandum* e gli *articles of association*. Un aspetto importante, che differenzia la “società fondazione” dalle altre forme societarie, è il divieto di distribuzione di dividendi ai soci (*members*) in quanto tali. In altre parole, una “società fondazione” delle Isole Cayman può essere costituita da soci (*members*) come qualunque altra società ma il suo *memorandum* deve contenere un divieto espresso di dividendi od altre distribuzioni di utili a questi ultimi “in quanto tali”. D'altra parte, se i soci sono anche nominati beneficiari della “società fondazione”, potranno ricevere distribuzioni in tale qualità. La presenza di soci,

Note:

(12) DIFC, Foundations Act, art. 10

1) A Foundation is a body corporate with a legal personality separate from that of its Founder(s) and any other person.

2) The property of a Foundation is not held by it upon trust for any other person.

3) A Founder has such rights (if any) in respect of a Foundation as provided for in its By-laws.

4) A person specified in the By-laws (other than a Founder, a member of the Council, the Registered Agent and any Guardian) has such rights (if any) in respect of a Foundation as provided for in its By-laws.

(13) Cayman Islands, Foundation Companies Law 2017, s 4

For a company to be a foundation company, the requirements (the “foundation company requirements”) are that-

(a) it is limited by shares or by guarantee, with or without share capital;

(b) has a memorandum that -

(i) states the company is a foundation company;

(ii) generally or specifically describes its objects (which may, but need not, be beneficial to other persons);

(iii) provides, directly or by reference to its articles, for the disposal of any surplus assets the company may have on winding-up;

(iv) prohibits dividends or other distributions of profits or assets to its members or proposed members as such; and

(c) it has adopted its articles; and

(d) its secretary is a qualified person.

che è un dato essenziale dell'architettura di governo di una società, non è invece essenziale per una "società fondazione" delle Isole Cayman. La *section 8 (5)* della legge prevede espressamente che il *memorandum* di una società fondazione possa prevedere la cessazione dei soci, nel qual caso la *governance* sarà assicurata dai suoi *supervisors* (14).

(b) Poteri del Fondatore

La "società fondazione" delle Isole Cayman, essendo *in primis* una società, non prevede la figura del fondatore. Una "società fondazione" può avere uno o più soci (*members*) che possono anche avere un ruolo di supervisione ma la loro presenza e l'ampiezza e la durata dei loro poteri sono definite dal *memorandum of association* della società, senza disposizioni vincolanti di legge.

D'altra parte, i poteri del fondatore sono stati tradizionalmente una delle ragioni di attrazione delle fondazioni per clienti affluenti con minore familiarità con l'istituto del trust. Il modello "classico" della fondazione privata, come già accennato, si può sotto alcuni punti di vista riassumere nell'equivalente funzionale di un trust il cui fondatore può avere poteri molto più ampi rispetto al disponente del trust.

La legge dello Stato americano del New Hampshire sotto questo punto di vista va oltre il modello "classico" in quanto alcuni poteri, nell'assenza di disposizioni nei documenti costitutivi della fondazione, sono attribuiti presuntivamente al fondatore. Più precisamente, la § 564-E: 7-702 (b) prevede che, in assenza di disposizioni in senso contrario, il fondatore si sia riservato i seguenti poteri e diritti (15):

- (1) modificare o riformare il *certificate of formation*;
- (2) modificare, riformare o revocare le *By-laws*;
- (3) dare istruzioni agli amministratori circa la distribuzione dei beni della fondazione;
- (4) ricevere distribuzioni dalla fondazione;
- (5) sciogliere la fondazione.

Per quanto riguarda la modificazione dei documenti costitutivi ovvero lo scioglimento della fondazione, in assenza di disposizioni diverse si tratta di poteri presuntivamente attribuiti al fondatore, che li può esercitare trasmettendo al *secretary of State* i certificati corrispondenti (16).

Anche nelle *Foundations Regulations dell'Abu Dhabi Global Market (ADGM)*, in assenza di una

disposizione espressa, il potere di modificare i documenti costitutivi compete al fondatore (17).

La riserva, in via presuntiva, al fondatore di poteri invasivi quali la modifica dei documenti costitutivi di una fondazione od il suo scioglimento può porre dei problemi al riconoscimento internazionale della fondazione, ovvero alle sue proprietà in termini di protezione patrimoniale. In altre parole, se in assenza di una disposizione espressa che escluda tale potere il fondatore può liberamente porre fine alla fondazione o modificarne i termini, è fortemente possibile che il patrimonio apparentemente trasferito alla fondazione venga attribuito al fondatore nel suo Paese di residenza, con conseguenze indesiderate quantomeno dal punto di vista fiscale e successorio.

Per questa ragione alcune tra le leggi più recenti, pur consentendo al fondatore di riservarsi alcuni poteri, ne limitano la portata e la durata. Ad esempio, la *section 23 (1)* della legge di Gibilterra prevede che gli unici poteri che un fondatore si può riservare, attraverso disposizioni espresse nel *charter* della fondazione, siano (18):

Note:

(14) Cayman Islands, *Foundation Companies Law 2017*, s 8(5): *A foundation company may cease to have members if its memorandum so permits or requires and it continues to have one or more supervisors.*

(15) New Hampshire, *Foundations Act*, § 564-E:7-702 (b) *Unless the governing documents provide otherwise, the founder retains the following powers, rights, and interests:*

- (1) *The power to amend or restate the foundation's certificate of formation;*
- (2) *The power to amend, restate, or revoke the foundation's bylaws;*
- (3) *The power to direct the directors concerning distributions of the foundation's property;*
- (4) *The right to receive distributions from the foundation; or*
- (5) *The power to dissolve the foundation.*

(16) New Hampshire, *Foundations Act*, § 564-E:3-305 (a) *Unless the governing documents provide otherwise, the founder or the directors may amend a foundation's certificate of formation by filing with the secretary of state a certificate of amendment.*

New Hampshire, *Foundations Act*, § 564-E:20-2002: *Except as otherwise provided in the governing documents, a founder may dissolve a foundation by filing with the secretary of state a certificate of dissolution.*

(17) ADGM, *Foundations Regulations 2017*, art. 10(2) *Where no provision is made for the amendment of the Charter, the Charter may still be amended in writing by the Founder during the Founder's lifetime/existence or in the case of multiple Founders, by the Founders jointly during their joint lifetimes/existences or by the surviving Founder or Founders jointly.*

(18) Gibraltar, *Private Foundations Act 2017*, s 23(1) *The Founder may not reserve any powers to himself other than those set out below-*

- (a) *a power to vary or amend the terms of the Constitutional Documents, in whole or in part;*
- (b) *a power to vary or amend the purpose of the Foundation, in whole or in part;*
- (c) *a power to remove or appoint councillors from or to the Foundation Council of the Foundation;*
- (d) *a power to remove or appoint a Guardian from or to the Foundation, and in each such case the reserved power shall be effective only if detailed in full in the Foundation Charter.*