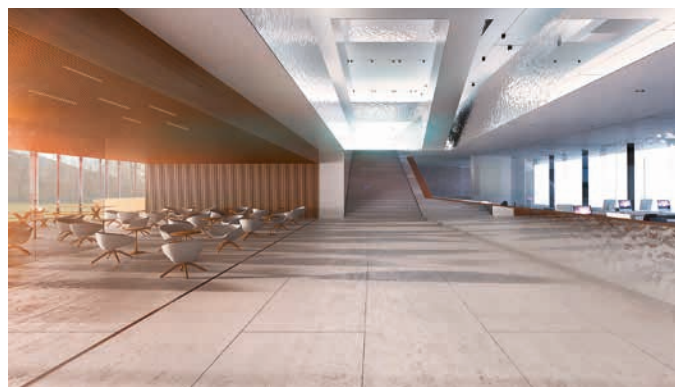


N°. 1 Giugno 2014

## Nuova sede dal 1° ottobre 2014

---

A partire dal 1° ottobre 2014, il First Advisory Group riunirà nei suoi nuovi uffici sotto lo stesso tetto tutti i collaboratori e le aziende del gruppo attivi a Vaduz.



Preghiamo Loro di annotare a partire da subito il nostro nuovo indirizzo valido dal 1° ottobre 2014: Wuhrstrasse 6, 9490 Vaduz. Il numero di telefono +423 236 30 00 e tutti gli altri recapiti resteranno invariati.

## Diritti di influire del fondatore – possibilità di impostazione e limiti

---

I diritti di influire sono sempre un'enorme fonte di contrasti nel diritto delle fondazioni. Mentre, ad esempio, il diritto austriaco denota generalmente un atteggiamento negativo riguardo alla questione legata ai diritti di influire del fondatore o del beneficiario, il diritto del Liechtenstein lascia un certo margine di manovra in proposito. Come dimostrato dal caso inerente alla problematica della distribuzione dell'intero capitale di fondazione illustrato qui di seguito, sebbene corrisponda di norma al desiderio del fondatore (in particolare nei casi in cui è destinato ad essere lui stesso il beneficiario della fondazione), questa realtà genera sovente dei conflitti tra gli interessi personali dei beneficiari, legati all'attuazione della fondazione, e gli interessi o lo scopo della fondazione.

### **La fondazione come «patrimonio di scopo privo di proprietario»**

La fondazione è spesso descritta come patrimonio di scopo privo di proprietario che, a seguito dell'istituzione, viene dissociato dal

fondatore per essere utilizzato esclusivamente allo scopo definito dallo stesso. Nonostante tutta la liberalità che contraddistingue da sempre il diritto delle fondazioni del Liechtenstein, questa concezione fondamentale della fondazione prevede comunque che *un influsso del fondatore* su questo patrimonio di scopo privo di proprietario, che si protrae *dopo l'atto di costituzione*, è ammissibile *solo con determinate limitazioni*. Con la riforma totale del diritto delle fondazioni, entrata in vigore nel 2008, sono state introdotte alcune limitazioni di sorta che saranno, tra le altre cose, tematizzate nel prosieguo.

### **Diritti ex lege del fondatore**

Il *diritto di revoca*, sancito dall'art. 552 § 30 cpv. 1 del diritto delle persone e delle società («PGR»), è senza dubbio il diritto del fondatore più incisivo, in quanto la revoca della fondazione come motivo per lo scioglimento segna pur sempre la fine di una fondazione efficacemente istituita (cfr. art. 552 §§ 39 seg.

PGR). Qualora lo statuto della fondazione contenga una rispettiva riserva di revoca e qualora il fondatore si sia autonominato come beneficiario ultimo (cosa che, in caso di dubbio, viene supposta in virtù dell'art. 552 § 8 cpv. 3 PRG), ai beneficiari vengono di conseguenza revocati i diritti di informazione e di accesso ai sensi dell'art. 552 § 9 PGR. Quest'ultimi spettano dunque esclusivamente al fondatore. Non da ultimo, a causa di questi effetti di ampia portata legati al diritto di revoca o a essa stessa, tale diritto dovrebbe spettare a un fondatore esclusivamente nel caso in cui se lo sia espressamente riservato nello statuto della fondazione. Inoltre, il fondatore può riservare tale diritto solo per se stesso e non, ad esempio, concederlo all'amministrazione della fondazione. Oltre al diritto di revoca, il fondatore di una fondazione con sede nel Liechtenstein può pertanto garantirsi la possibilità continua di influire, riservandosi *il diritto di modificare i documenti della fondazione* (cfr. art. 552 § 30 cpv. 1 PGR).

Secondo l'art. 552 § 30 cpv. 1 frase 2 PGR, i citati diritti di influire non possono essere né ceduti né lasciati in eredità ad altri. Come già menzionato, tali diritti possono competere esclusivamente al fondatore in persona ma non a terzi (come ad esempio al Consiglio di fondazione, al quale possono comunque essere concessi i diritti di modificare lo scopo della fondazione e altri contenuti ai sensi degli art. 552 §§ 31 e 32 PGR). Il nuovo diritto delle fondazioni definisce quindi chiaramente i diritti del fondatore come *diritti strettamente personali*.

---

#### ***Excursus: esercizio dei diritti del fondatore in caso di costituzione fiduciaria di una fondazione***

Si riallaccia a questa qualifica dei diritti del fondatore come diritti strettamente personali anche una delle esigenze fondamentali della riforma delle fondazioni, che prevedeva la creazione di una base legale per la *costituzione fiduciaria di una fondazione*, finora non prevista dalla legge, e di conseguenza anche per i diritti del fondatore economico. Secondo il vecchio diritto delle fondazioni, in caso di costituzione fiduciaria di una fondazione, si faceva distinzione tra fondatore giuridico e fondatore economico. Il fondatore giuridico era generalmente una società fiduciaria concessionata che nominava i consiglieri di fondazione e che, di regola, era strettamente connessa a quest'ultimi. Il fondatore economico era invece il cliente del fiduciario, ovvero colui che gli impartiva l'incarico di costituire e amministrare la fondazione. Secondo la pluriennale giurisprudenza della Corte suprema del Liechtenstein («OGH»), in caso di costituzione fiduciaria di una fondazione, doveva essere considerato come fondatore il fondatore giuridico (ovvero il fiduciario) e non il fondatore economico (ovvero il committente). Di conseguenza, gli eventuali diritti del fondatore (diritti di modifica, diritti di revoca ecc.) competevano esclusivamente al fiduciario nella misura in cui tali diritti fossero stati riservati dagli statuti della

fondazione. Inoltre, secondo tale giurisprudenza, ai fini della costituzione e della validità della fondazione, era irrilevante se fosse il fondatore giuridico o quello economico a dedicare o ad apportare il capitale di fondazione.

Tutto ciò non risulta apparentemente problematico fintanto che il fiduciario e il fondatore economico sono di opinione unanime. Nel caso in cui dovessero però sorgere delle divergenze, tale circostanza comporta de facto un'esautorazione del fondatore economico (ovvero del fondatore vero e proprio). Con la riforma delle fondazioni si voleva disinnescare tale problema.

Quest'obiettivo è poi effettivamente stato realizzato con l'art. 552 § 4 cpv. 3 PGR: secondo tale articolo, ora – a differenza della situazione giuridica precedente – in caso di costituzione di una fondazione per mano di un sostituto indiretto, deve sempre essere considerato come fondatore il fiduciante (padrone di un'azienda, mandante). Il fondatore giuridico e il fondatore economico sono un'unità unica, cosicché il nuovo principio recita: qualora la fondazione venga costituita da un sostituto indiretto, il *padrone di un'azienda (mandante)* è considerato come fondatore al quale spetta pertanto anche *l'esercizio dei diritti del fondatore* (come ad esempio la modifica dei documenti della fondazione o la revoca di quest'ultima).

In questo contesto va considerato in particolare che la Corte suprema del Liechtenstein applica la nuova disposizione, contenuta nell'art. 552 § 4 PGR, anche alle fondazioni costituite secondo il diritto precedente. Ciò nonostante la differente disposizione transitoria nella legge (art. 1 cpv. 4 frase 1 PGR).

---

#### ***Diritti «estesi» del fondatore***

Torniamo ai diritti del fondatore, che non si esauriscono alle sole riserve di revoca e di modifica citate all'inizio. Il radicamento del diritto di revoca e di modifica del fondatore nell'art. 552 § 30 PGR non va infatti inteso come *numerus clausus* dei diritti di influire, consentiti al fondatore. Nella pratica esiste tutta una serie di diritti del fondatore atipici che quest'ultimo può assicurarsi, come ad esempio l'autorità di impartire disposizioni e/o i diritti di veto nei confronti degli organi di fondazione.

Di principio, al fondatore o a un beneficiario di una fondazione non spettano diritti di partecipazione e tanto meno diritti di veto nei confronti delle misure amministrative adottate dal Consiglio di fondazione. Il fondatore e/o un beneficiario ha tuttavia la possibilità di entrare a far parte direttamente del Consiglio di fondazione e di esercitare un influsso in questo modo. Da un argomento a fortiori risulta che – se è addirittura ammissibile la *possibilità di entrare a far parte del Consiglio di fondazione* – deve essere giocoforza ammissibile anche *la riserva di autorità di impartire*

*disposizioni e/o il diritto di veto* nei confronti del Consiglio di fondazione.

Il fondatore ha parimenti la possibilità di assumere il *ruolo di organo di controllo privato* rispettivamente di un protettore. Ciò gli conferisce un'autorità di impartire disposizioni limitata nei confronti del Consiglio di fondazione.

Infine, in tale contesto va inoltre sottolineato che anche il diritto di esercitare, mediante istruzioni, un diritto di revoca nei confronti del Consiglio di fondazione, accordato a un beneficiario nei documenti della fondazione, conferisce ai beneficiari – in particolare in relazione all'ottenimento di distribuzione – solo una *possibilità d'influsso limitata*: infatti, qualora i documenti della fondazione non prevedano per i beneficiari un diritto legale a (determinati) contributi, quest'ultimi non sono legittimati a trarre benefici – nemmeno in caso di autorità di impartire disposizioni nei confronti del Consiglio di fondazione – e non possono quindi vantare diritti giuridicamente rivendicabili nei confronti della fondazione.

Questo tema sarà ulteriormente approfondito tra poco, ma soffermiamoci dapprima ancora un momento sui diritti del fondatore in relazione a un altro vettore, anch'esso largamente diffuso nella pratica, ovvero il *contratto di mandato*:

infatti, vanno distinti dai diritti di influire, limitati dal diritto delle fondazioni, i diritti che risultano da questa *relazione puramente legata al diritto delle obbligazioni* tra il fondatore economico e il Consiglio di fondazione. Il contratto di mandato può garantire al fondatore e/o al beneficiario una relativa autorità di impartire disposizioni e/o relativi diritti di revoca, mentre gli statuti possono garantire diritti potestativi o d'intervento. Questa *binarietà* tra disposizioni e obblighi statutari da un lato e dall'altro obblighi legati al diritto delle obbligazioni del Consiglio di fondazione, derivanti da un contratto di mandato, cela tuttavia un certo *potenziale di tensione e di conflitto*. Il Consiglio di fondazione è quindi tenuto a seguire le disposizioni del fondatore economico, risultanti dal diritto delle obbligazioni, esclusivamente nella misura in cui ciò sia possibile nell'ambito dell'esercizio del libero arbitrio, previsto dallo statuto della fondazione, tenendo particolarmente in considerazione lo *scopo della fondazione*. In caso contrario, il Consiglio di fondazione si vedrebbe ben presto confrontato con una responsabilità verso la fondazione dalla quale non lo potrebbero discolorare né il contratto di mandato né il fatto di aver eseguito una disposizione del fondatore.

### **Distribuzione dell'intero capitale di fondazione?**

Per finire dobbiamo ancora affrontare una problematica particolare che emerge continuamente in relazione ai diritti di influire del fondatore e/o del beneficiario: la distribuzione dell'intero capitale

di fondazione. Già nel 2010 la Corte suprema del Liechtenstein aveva specificato che sussiste un *diritto alla distribuzione dell'intero capitale di fondazione solo in presenza di una riserva di revoca* (OGH 05.03.2010, 6 CG 2005.232). Tale decisione è stata presa in base alla seguente fattispecie:

il querelante aveva investito in varie fondazioni di famiglia di costituzione fiduciaria depositate. I fondatori fiduciari e primi consiglieri di fondazione avevano assicurato al querelante che avrebbe potuto disporre in qualsiasi momento del capitale di fondazione e che avrebbe anche potuto scioglierle. Queste garanzie (verbali) e le conseguenti idee suscitate nel querelante non trovavano tuttavia conferma negli statuti e negli statuti accessori delle fondazioni querelate. Nel caso della prima fondazione querelata, il querelante figurava come beneficiario unico, mentre di fronte alla seconda vi figurava assieme alla moglie come «beneficiario senza limitazioni a vita (di lui o di lei) riguardo al patrimonio e ai rispettivi redditi».

Secondo gli statuti e gli statuti accessori, il Consiglio di fondazione era autorizzato a determinare, secondo il suo libero arbitrio, il momento, l'entità e i destinatari delle distribuzioni. Le fondazioni si sono rifiutate di effettuare distribuzioni al querelante. Quest'ultimo chiedeva che le due fondazioni venissero obbligate a distribuire l'intero capitale di fondazione (residuo), basando la sua richiesta di pagamento sulle seguenti deduzioni giuridiche e di causa:

Il querelante accusava i consiglieri di fondazione dei querelati di aver effettuato varie fuoriuscite di capitale non autorizzate. Attraverso questo comportamento, contrario allo scopo della fondazione, avrebbero abusato dei loro poteri riguardo al capitale di fondazione affidato, arrecando danni enormi. Il querelante figurerebbe come primo beneficiario di entrambe le fondazioni. Consapevoli del fatto che, nel caso specifico, i consiglieri di fondazione erano confrontati con pretese dei beneficiari nei confronti di fondazioni di diritto liechtensteiniano – che sono manifestamente investite su pretese giuridiche orientate ai beneficiari – secondo la legge, gli statuti e gli statuti accessori, sono tenuti a distribuire al querelante i redditi liberamente disponibili e il capitale di fondazione senza limitazioni di sorta. Le distribuzioni e le pretese dei beneficiari non sarebbero assolutamente sottoposti esclusivamente al libero giudizio del Consiglio di fondazione. A quest'ultimo non competerebbe inoltre nessuna competenza di giudizio sul fatto se e in che misura debba effettuare delle distribuzioni al primo beneficiario (ovvero al querelante).

Le due fondazioni querelate hanno chiesto il rigetto della querela adducendo che, secondo gli statuti, il querelante sarebbe soltanto un beneficiario discrezionale e non avrebbe nessun diritto giuridicamente rivendicabile alla distribuzione dell'intero capitale di fondazione nonché dei relativi redditi. La richiesta distribuzione

dell'intero capitale di fondazione implicherebbe lo scioglimento delle stesse, al quale il querelante non avrebbe diritto già solo per mancanza di una possibilità di revoca statutaria. Inoltre, la richiesta del querelante si scontrerebbe anche con i diritti dei creditori e degli aventi diritto di aspettative, nonché con il fatto che solo le fondazioni sarebbero legittimate all'esazione di richieste di risarcimento nei confronti dei consiglieri di fondazione.

*La Corte suprema del Liechtenstein è giunta alla conclusione che il querelante era da considerarsi unicamente come destinatario di benefici senza pretese legali riguardo alle distribuzioni derivanti dal capitale delle due fondazioni querelate. La richiesta del querelante di distribuire l'intero capitale di fondazione (residuo), che avrebbe implicitamente comportato lo scioglimento delle due fondazioni querelate, non avrebbe potuto essere accolta a causa del fatto che il querelante non si era riservato un diritto statutario di revoca.*

Nell'ambito di una decisione successiva, la Corte suprema del Liechtenstein ha inoltre stabilito che un beneficiario discrezionale, che non possiede l'autorità di impartire disposizioni nei confronti del Consiglio di fondazione, risultante da un contratto di mandato, non è autorizzato a richiedere lo scioglimento della fondazione (nemmeno lo scioglimento de facto a seguito di una distribuzione dell'intero capitale di fondazione contrario allo scopo). Ciò vale anche nel caso in cui il Consiglio di fondazione vanta un diritto di scioglimento statutario, che però non esercita, in quanto in tal caso potrebbe eludere il diritto di scioglimento del Consiglio di fondazione (OGH 10.06.2011, 01 CG.2008.210).

*Autori: Florian Zechberger, Julia Moser  
Batliner Gasser Rechtsanwälte*