

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CATTEDRA DI DIRITTO PRIVATO.

**LE FONDAZIONI DI PARTECIPAZIONE E LA LORO OPERATIVITÀ DOPO
LA RIFORMA DEGLI ENTI DEL TERZO SETTORE.**

RELATORE

CHIAR.MO PROF.

MICHELE TAMPONI

CORRELATORE

CHIAR.MO PROF.

SILVIO MARTUCCELLI

LAUREANDO

DIEGO LABRIOLA

Matricola 148433

INDICE

INTRODUZIONE: NOZIONE DI ENTE E IL RICONOSCIMENTO DELLE PERSONE GIURIDICHE.

CAPITOLO 1: LA FONDAZIONE NEL CODICE CIVILE.

1.1: DISTINZIONE ASSOCIAZIONE E FONDAZIONE.

1.2: PANORAMICA GENERALE SULL'ISTITUTO DELLA FONDAZIONE.

1.3: ATTO COSTITUTIVO DELLA FONDAZIONE, ATTO DI DOTAZIONE E STATUTO.

1.4: LA REVOCA DELLA FONDAZIONE E L'IPOTESI DELLA FONDAZIONE NON RICONOSCIUTA.

1.5: LO SCOPO E IL PATRIMONIO DELLA FONDAZIONE.

1.6: L'ORGANIZZAZIONE DELLA FONDAZIONE E IL CONTROLLO SULL'AMMINISTRAZIONE.

1.7 LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI E LE LIMITAZIONI DEL POTERE DI RAPPRESENTANZA.

1.8: L'ESTINZIONE DELLA FONDAZIONE E LA DEVOLUZIONE DEI BENI.

1.9 LA TRASFORMAZIONE DELL FONDAZIONE.

CAPITOLO 2: LA FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE.

2.1 PREMESSE ALLA NASCITA DELL'ISTITUTO: DALLE LEGGI SPECIALI ALLA PRASSI.

2.2 IL FONDAMENTO E LA NATURA GIURIDICA DELL'ISTITUTO.

2.3 L'ELEMENTO PATRIMONIALE NELLA FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE.

2.4 GLI ORGANI DELLA FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE: IL PROBLEMA DELL'ASSEMBLEA.

2.5 LA PRESENZA DI ENTI PUBBLICI NELLA FONDAZIONE.

2.6 IL RECESSO DALLA FONDAZIONE E L'APPLICAZIONE ANALOGICA DELL'ARTICOLO 24 C.C

CAPITOLO 3: OPERATIVITÀ DELL'ISTITUTO A SEGUITO DELL'ENTRATA IN VIGORE DELLA RIFORMA DEL TERZO SETTORE.

3.1 PANORAMICA GENERALE SUGLI ENTI DI TERZO SETTORE .

3.2 EVENTUALE ATTIVITÀ COMMERCIALE SVOLTA DAGLI ENTI DI TERZO SETTORE.

3.3 IL REGISTRO UNICO NAZIONALE DEL TERZO SETTORE.

3.4 FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE E.T.S. E IL PRINCIPIO DELLA "PORTA APERTA".

3.5 MODELLO DI STATUTO DI FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE ETS.

INTRODUZIONE

NOZIONE DI ENTE E IL RICONOSCIMENTO DELLE PERSONE GIURIDICHE.

All'interno dei vari ordinamenti giuridici del diritto moderno vengono riconosciuti come soggetti di diritto non solo le "persona fisiche", intese come singolo, ma anche gli "enti", che rappresentano una categoria imprescindibile per la realizzazione di una serie di interessi della collettività, sia di tipo economico, sia sociale.¹ Evidente appare la differenza intrinseca che intercorre: le persone fisiche sono gli uomini, corpi naturali dotati di intelletto e volontà, mentre gli enti hanno una finalità puramente ideale e sono un prodotto dell'ordinamento giuridico. ²Il termine "ente", derivante dal sostantivo latino "ens", di genere neutro, indica "ciò che è" ovvero "ciò che esiste" e si connota per un amplissimo significato di origine filosofico.

Successivamente, grazie all'influsso della tradizione canonistica, il termine ente è stato trasferito all'interno della terminologia giuridica, dove l'espressione ha un significato più ristretto, seppur suscettibile di ampie accezioni. In senso lato si parla di enti per identificare le organizzazioni o le istituzioni all'interno delle quali si accentrano determinati interessi.³ Agli enti viene attribuita "soggettività giuridica", tale da renderli distinti per identità e ruolo dai loro componenti. Per il raggiungimento di detti scopi, che prescindono da quelli delle persone fisiche, è necessaria l'unione tanto di elementi personali, quanto materiali.

Partendo dal concetto vastissimo ed eterogeneo che il termine "ente" rappresenta, la prima distinzione riguarda "enti pubblici" e "enti privati".

Tra i primi vanno inclusi senza dubbio: lo Stato, gli altri enti territoriali quali regioni, comuni e città metropolitane, ma anche un ampio novero di altri enti con finalità e strutture differenti. Basti pensare, ad esempio, alle Università o alla Agenzia dell'Entrate.⁴

¹F. LOFFREDO, *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica*, Milano, 2016, p. 12.

²F. FERRARA SR. *Le persone giuridiche*, Torino, 1956, p. 7.

³G. LANDI, *Ente*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 961.

⁴A. TORRENTE, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 2021, p. 156.

Da sempre vige un “incerto confine” sulla distinzione tra ente pubblico o privato. È acclarato che le disposizioni del codice civile possano applicarsi anche agli enti pubblici, i quali sono pertanto titolari anche della capacità di diritto privato. La giurisprudenza più recente riconosce una nozione di ente pubblico funzionale e mutevole, che comporta la possibilità di avvalersi tanto di strumenti pubblicistici, quanto privatistici, come ad esempio la sottoscrizione di un contratto.

Per quanto riguarda gli “enti privati” invece, la nostra indagine si focalizzerà sulle persone giuridiche: nello specifico sulle fondazioni.

Il termine persona giuridica nasce nel diritto romano all’interno dello *ius privatorum*, come soggetto che godeva di una propria capacità patrimoniale.⁵ Il diritto romano contrapponeva nettamente lo *ius privatorum* allo *ius publicum*, vale a dire il diritto degli individui a quello dello Stato e quest’ultimo era sempre sovrano rispetto al diritto privato.

A somiglianza dello Stato sorsero i municipi, città straniere conquistate dallo Stato romano, cui venne concessa la capacità patrimoniale e anche una propria rappresentanza processuale. Da qui ricaviamo l’essenza della personalità privata nel diritto romano: una cassa propria e la capacità di stare in giudizio.

Capacità però, considerata intrinseca all’esistenza stessa del corpo pubblico.

Sarà merito del diritto canonico, in epoca successiva, l’aver coniato il concetto di istituto, connotato di spiritualità. Ogni ufficio ecclesiastico dotato di un proprio patrimonio verrà considerato come un ente. Proprio da questo concetto si sviluppa per la prima volta l’idea della fondazione autonoma.⁶

All’elaborata dottrina canonista si contrappose il più materialista diritto germanico, che non concepiva propriamente un ente distinto dalla collettività degli individui. Con l’avvento del medioevo, l’orientamento che emerse risentì delle varie influenze (canonista e germanica) dando origine a un pensiero eterogeneo che non trovò mai un punto di incontro.

Nella vita moderna invece le istituzioni e le associazioni hanno assunto un rilievo sempre crescente, grazie ad un’evoluzione ed un ampliamento del concetto di persona giuridica, non più una figura propria solo del diritto privato, ma dai connotati universali . La persona giuridica quindi è sia di diritto pubblico sia di diritto privato.

⁵F. FERRARA SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 9 richiama il concetto di “*corpus habere*”, proprio della tradizione romanistica.

⁶F. FERRARA SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 11: “*L’universitas è un corpus mysticum, un nomen iuris: est imago quaedam, quae magis intellectu, quam sensu precipitur.*”

L'espressione tradizionale più antica di persona giuridica si rinviene all'interno del vecchio Codice civile del 1865 , dove si parla di "corpi morali", non delineando una disciplina specifica, ma limitandosi ad una disposizione di carattere generale:

" i comuni, le provincie, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici, ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, sono considerati come persone, e godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico".⁷

Sarà invece nella legge sulle Casse di risparmio che inizierà a parlarsi propriamente di persona giuridica e di personalità giuridica⁸. L'attuale codice civile ,invece, dedica alle persone giuridiche il titolo secondo del primo libro (articolo 11-42bis), ma negli ultimi articoli il legislatore ha operato una c.d. "riforma per sottrazione" destinata agli enti senza scopo di lucro, consistente in una progressiva abrogazione della disciplina dei controlli.⁹ La trasformazione normativa è avvenuta in prima istanza con l'abrogazione dell'art 17 c.c, in materia di acquisto di immobili e accettazione di eredità e legati per gli enti, ad opera della legge 127/1997, successivamente con l'abrogazione dell'articolo 12 c.c ad opera del d.p.r 361/2000 ed infine con l'abrogazione degli articoli 600, 782 e 786 del c.c con la legge 192/2000.

Prima della riforma vi era un sistema "concessorio" previsto dal legislatore del 1942, nel quale il riconoscimento era concesso per atto amministrativo ad ogni singolo ente con piena discrezionalità da parte dell'autorità governativa, che valutava quindi l'opportunità dell'iniziativa ed il merito dell'operazione del privato. Il d.p.r 361/2000 ha invece sancito il definitivo superamento del previgente sistema concessorio in favore di un nuovo sistema di carattere normativo, funzionale a limitare il ruolo dell'autorità governativa ad un mero controllo di legalità.

L' articolo 1 del suddetto d.p.r dispone che: "Le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento determinato dall'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, istituito presso le prefetture." Tale previsione normativa comporta il passaggio da un'iscrizione di natura dichiarativa ad un

⁷Art. 2 del Codice civile del 1865.

⁸Citando quanto disposto dal R.D. 967/1929 in materia di Casse di risparmio: "Gli istituti che si propongono di raccogliere depositi a titolo di risparmio, conservano od acquistano la personalità giuridica con le forme ed alle condizioni stabilite dal presente testo unico."

⁹In tal senso A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e fondazioni in diritto privato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, p. 365.

iscrizione di natura costitutiva, similmente a quanto previsto in tema di società di capitali ex articolo 2331 c.c.

Pertanto, se anteriormente alla riforma l'atto amministrativo di riconoscimento aveva carattere costitutivo¹⁰, con l'entrata in vigore del nuovo d.p.r. 361/2000 l'iscrizione non presenta più una finalità dichiarativa, bensì è la registrazione stessa a determinare l'acquisto della personalità giuridica.¹¹ Oggi alla pubblica autorità è richiesto il compito di verificare l'esistenza di eventuali circostanze ostative alla registrazione dell'ente, in particolare valutando l'adeguatezza patrimoniale funzionale al perseguimento dello scopo.

Parte della dottrina¹² ,difatti, rinviene nell'odierno modus operandi una natura tutt'oggi concessoria del riconoscimento, data la valutazione discrezionale dell'autorità governativa in merito alle ragioni ostative all'iscrizione.

L'opinione preferibile, in ogni caso, resta quella di considerare il riconoscimento della persona giuridica inserito nell'area di discrezionalità dell'autorità governativa, ma con la differenza sostanziale costituita dalla natura costitutiva della pubblicità nel nuovo registro delle persone giuridiche.¹³ Il potere discrezionale dell'autorità prefettizia oggi consiste nel verificare che l'attività condotta non sia *contra legem*, che il patrimonio sia congruo allo scopo e che i fini dell'ente perseguano un'utilità sociale.

L'articolo 3 del d.p.r. 361/2000 disciplina la struttura del registro nel quale vanno indicati: la data dell'atto costitutivo, la denominazione, lo scopo, il patrimonio, la durata, qualora sia stata determinata, la sede della persona giuridica, il cognome, il nome e il codice fiscale degli amministratori, le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto, il trasferimento della sede, l'istituzione di sedi secondarie e la sostituzione degli amministratori.

Sarà possibile inoltre tanto l'annullamento, quanto la revoca del riconoscimento: il primo farà venir meno tutti quanti gli effetti ad esso collegati, mentre la revoca, di competenza prefettizia, comporterà la perdita di efficacia della personalità giuridica precedentemente acquisita.

¹⁰Secondo quanto disposto dall'abrogato articolo 12 del Codice civile.

¹¹Sul punto M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, Milano, 2018, p. 78.

¹²M.V. DE GIORGI, *La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti senza scopo di lucro*, in *Studium Iuris*, 2000, p. 502.

¹³Così M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 80.

In ultimo si segnala un recente tentativo di riforma ad opera della legge 106/2016, la quale aveva delegato al governo, tra le altre cose, la revisione e la semplificazione dell'iter per il riconoscimento della personalità giuridica. Oggi però, l'unica modifica sostanziale compiuta in materia attiene agli Enti del Terzo settore (E.T.S). In particolare l'articolo 22 del nuovo codice del Terzo settore¹⁴ contempla una nuova regolamentazione del riconoscimento della personalità giuridica da parte di associazioni e fondazioni che rientrano nel novero degli enti del Terzo settore, prevedendo numerose deroghe a quanto previsto dal d.p.r 361/2000.

Importante, inoltre, è la previsione di un registro unico nazionale del Terzo settore, nel quale gli enti riconosciuti saranno iscritti. Tale riforma, seppur limitata al novero del Terzo settore, delinea un più accentuato passaggio dall'oramai farraginoso regime concessorio a un sistema di riconoscimento automatico.

¹⁴L'articolo 22 del nuovo d.lgs. 117/2017 recita che: "Le associazioni e le fondazioni del Terzo settore possono, in deroga al decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361, acquistare la personalità giuridica mediante l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore ai sensi del presente articolo."

1.1: DISTINZIONE ASSOCIAZIONE E FONDAZIONE

La disciplina generale delle fondazioni e delle associazioni si trova nel titolo secondo del primo libro del codice civile.

Possiamo definire la fondazione come una “stabile organizzazione predisposta per la destinazione di un patrimonio ad un determinato scopo di pubblica utilità.”¹⁵

Prima di evidenziare i tratti caratteristici dell’istituto è opportuno operare un breve confronto con la diversa figura dell’associazione, esaminando i tratti distintivi.

La tradizionale denominazione di fondazione è quella di “Universitas bonorum”, vale a dire il complesso di beni destinati ad uno scopo comune e si contrappone a quella di “Universitas personarum” concetto proprio delle associazioni, gruppi di persone riunite per il perseguimento di uno scopo. Nella prima a prevalere sarà l’elemento patrimoniale, mentre nella seconda sarà quello personale.

Ambedue gli istituti prendono vita da un negozio giuridico.

Per le associazioni l’atto costitutivo sarà sempre un contratto, di regola pluripersonale, anche tra due soli associati e sarà volto al perseguimento di uno scopo comune. Di conseguenza si può senz’altro ascrivere quest’ultimo nella categoria dei contratti con “comunione di scopo”¹⁶, identificando il concetto di “scopo comune” non come l’interesse, bensì il risultato cui gli associati aspirano.

La Fondazione invece viene costituita con un atto giuridico unilaterale non ricettizio che produce i suoi effetti in virtù della sola dichiarazione di volontà del fondatore.¹⁷

Appare importante precisare anche che, a seguito dell’atto costitutivo, nell’associazione l’esecuzione dello stesso compete agli associati medesimi, mentre nella fondazione ciò non avviene, poiché l’attuazione dello scopo resta affidata a persone diverse dal fondatore.

Riguardo allo scopo invece, mentre nell’associazione sarà interno all’ente e determinato dagli stessi associati, nelle fondazioni sarà esterno, determinato dal fondatore, poiché vi è l’intento di realizzare un vantaggio a favore di soggetti estranei.

¹⁵G. DINACCI, *Delle Persone*, in A. BARBA – S. PAGLIANTINI (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, Milano, 2014, p. 27.

¹⁶C. St. 20/3/2012, n.1574 in *Foro amm.* 2012., Vol. 4, p.273.

¹⁷P. RESCIGNO, *Fondazione (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XVII, Milano, 1968.

Inoltre, se nella fondazione la finalità determinata è immutabile nel tempo e specificatamente prefissata all'interno dell'atto costitutivo, nell'associazione vige il principio opposto: piena governabilità e modificabilità di quest'ultima da parte degli associati.

Peculiare è inoltre la differente disciplina in merito alla modificabilità dell'atto costitutivo e dello statuto: nell'associazione essa è di competenza assembleare, che ha libera scelta in merito, mentre per le fondazioni autorevole dottrina ritiene che non possono essere modificati nei loro elementi originari, salvi i casi espressamente previsti dalla legge e tantomeno dallo stesso fondatore.¹⁸

Ancora poi occorre soffermarsi sulla diversa funzione assolta dal patrimonio: nell'associazione esso garantisce l'adempimento delle obbligazioni assunte dai rappresentanti dell'ente ed è ritenuto essenziale unicamente per l'associazione riconosciuta, ove assistiamo ad una piena scissione tra il patrimonio dell'ente e quello dei singoli associati e ciò differentemente dall'associazione non riconosciuta nella quale, a causa dell'assenza di personalità giuridica, vi è un'autonomia patrimoniale imperfetta, e di conseguenza una non totale scissione del patrimonio dell'ente da quello dei singoli associati.

Nella fondazione, al contrario, il patrimonio ha sempre "importanza dominante"¹⁹ e viene ritenuto elemento indispensabile per assicurare la realizzazione del fine prescelto dal fondatore.²⁰ Le distinzioni relative agli organi dei due differenti enti verranno esaminate al successivo capitolo due, introducendo la figura della "Fondazione di Partecipazione".

¹⁸P. RESCIGNO, *Le fondazioni, prospettive e linee di riforma*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1969, p. 803, e F. GALGANO, *Delle Persone Giuridiche: art. 11-35*, Bologna, 1968.

¹⁹C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, Milano, 1987, Volume 1, p. 222 e A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, 1986, p. 107.

²⁰G. DINACCI, *Delle Persone*, cit., p. 27.

1.2 PANORAMICA GENERALE SULL'ISTITUTO DELLA FONDAZIONE.

Come già illustrato, è possibile rinvenire la disciplina generale delle fondazioni nel titolo secondo del primo libro del codice civile, in particolare negli articoli che vanno dal 14 al 35 c.c. Poiché la maggior parte di queste disposizioni si riferisce alla sola figura dell'associazione, saranno qui analizzate le disposizioni comuni ad ambedue gli istituti e i rimanenti articoli del codice propri delle sole fondazioni. La fondazione si colloca tra le istituzioni di carattere privato (già articolo 12 del codice civile oggi abrogato dal d.p.r. 361/2000) e tramite l'iscrizione al registro delle persone giuridiche ottiene il riconoscimento e quindi la personalità giuridica. In mancanza di riconoscimento si avrà la figura della "fondazione non riconosciuta", sulla quale torneremo in seguito.

La fondazione trae origine da un atto costitutivo, l'atto di fondazione, disciplinato dall'art 14 del codice civile, che potrà essere tanto "inter vivos" rivestendo la forma di atto pubblico, quanto "mortis causa", in quanto contenuto in un testamento.

Gli elementi essenziali della fondazione sono lo scopo, il patrimonio e la volontà del fondatore. Possiamo evincerne il carattere di essenzialità sia dall'art 16 del nostro codice civile, che li identifica come elementi da indicare obbligatoriamente all'interno dell'atto costitutivo, sia dalla concreta rilevanza che hanno all'interno della vita della fondazione.

Difatti, il raggiungimento o l'impossibilità dello scopo costituiscono causa di estinzione dell'ente ai sensi dell'articolo 27 del codice civile, mentre in caso di insufficienza patrimoniale sarà possibile per l'autorità governativa procedere alla trasformazione dell'ente, ai sensi dell'articolo 28 c.c.²¹

Per quanto riguarda l'organo principale della fondazione, esso è costituito dagli amministratori la cui disciplina è anch'essa contenuta all'interno dell'atto costitutivo e dello statuto.

Non costituiscono organi della fondazione né i beneficiari di quest'ultima, né la persona del fondatore, che in quanto tale non potrà avere ingerenza alcuna. Sarà inoltre possibile, per mezzo di un'apposita previsione statutaria, introdurre all'interno del consiglio di amministrazione un "comitato esecutivo", o la previsione di un organo di controllo e di un collegio arbitrale chiamato alla risoluzione delle controversie insorte nell'applicazione dello statuto

²¹P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit. p.804

1.3 ATTO COSTITUTIVO DELLA FONDAZIONE, ATTO DI DOTAZIONE E STATUTO.

L'atto di fondazione è un atto unilaterale, non recettizio, che contiene ed esprime la volontà del fondatore di dar vita all'ente. La struttura unilaterale del negozio giuridico viene preservata anche quando quest'ultimo venga costituito da più persone.²²

Lo statuto invece, regola e disciplina il funzionamento dell'ente.

La distinzione tra atto costitutivo e statuto è frutto della "prassi notarile", e tale distinzione opera sul piano formale, attraverso la predisposizione e redazione di due documenti separati.²³

In realtà si tratta di una separazione "non necessaria", tanto che gli elementi previsti dall'articolo 16 del codice civile, potranno esser contenuti tanto nell'atto costitutivo, quanto nello statuto. Prevale in giurisprudenza la tesi che i due documenti costituiscano un unico negozio giuridico.²⁴ L'articolo 14 del nostro codice civile dispone che le fondazioni vengono disposte con atto pubblico, tanto "inter vivos", quanto "mortis causa" tramite testamento.

Nelle costituzione di fondazione per atto tra vivi la forma dell'atto pubblico è prescritta a pena di nullità, a differenza che nell'associazione dove la mancanza di quest'ultima precluderà unicamente il riconoscimento dell'ente. Inoltre il rogito notarile dovrà avvenire alla presenza di due testimoni, come previsto dall'art. 48 della L.89/1913.²⁵ e ciò in relazione all'attribuzione patrimoniale gratuita insita nell'iniziale dotazione. Opinione quest'ultima di

²²Sul punto F. FERRARA SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 234, secondo il quale: "Anche quando i fondatori sono più, si ha sempre un atto unilaterale emanante da più persone, un fascio di volontà convergenti in una unica direzione".

²³M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni*, in P. RESCIGNO (a cura di) *Trattato di diritto privato*, Torino, 1999.

²⁴F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 218.

²⁵Citando F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 196: "L'esigenza dell'atto pubblico imposta per la costituzione della fondazione sarà adempiuta mediante la formazione, ad opera del notaio, di un documento che riproduca il contenuto del programma e menzioni l'entità dei fondi raccolti con l'indicazione dei documenti, (ad esempio, gli estremi del deposito bancario), che comprovino l'esistenza dei fondi stessi".

recente messa in discussione dalla giurisprudenza.²⁶La ratio di questa scelta da parte del legislatore è quella di fornire garanzie adeguate alla Prefettura, che andrà poi a valutarne l'iscrivibilità nel registro delle persone giuridiche.

La peculiarità, invece, della costituzione per testamento, comporta che essa sarà improduttiva di ogni effetto fino alla morte del testatore e sarà inoltre possibile la revoca dell'atto fino al momento dell'apertura della successione.

Inoltre il suddetto atto, non producendo alcun tipo di attribuzione patrimoniale, è riconducibile al c.d. "contenuto atipico del testamento", assieme ad altre disposizioni come ad esempio il riconoscimento di un figlio naturale o la nomina dell'esecutore testamentario.²⁷

Da segnalare anche l'art. 3 delle disposizioni attuative al Codice Civile che prevede la possibilità di costituire una fondazione attraverso "donazioni o lasciti a favore di enti da Istituire". Per la dottrina maggioritaria²⁸ questa disposizione integra un'ipotesi di "costituzione indiretta" di fondazione, la quale si verifica quando il fondatore pone in essere soltanto gli elementi che devono provenire necessariamente da lui, come la destinazione e l'enunciazione del patrimonio. Gli elementi mancanti invece potranno essere integrati da un apposito soggetto, ai sensi dell'articolo 1349 del codice civile, che andrà a completare la volontà del fondatore.²⁹

Per quanto riguarda il contenuto dell'atto di fondazione possiamo dire che esso è duplice: in primo luogo si tratta di un atto di organizzazione con il quale il fondatore predetermina la struttura organizzativa che dovrà provvedere a realizzare lo scopo e in secondo luogo si configura come un atto di disposizione patrimoniale ove un soggetto si priva di un bene e lo destina ad uno scopo di pubblica utilità.

Questo atto di disposizione patrimoniale prende il nome di atto di dotazione, la cui configurazione è da sempre molto discussa in dottrina.

²⁶Da segnalare in tal senso una recente pronuncia di Cassazione civile, sez. II, 04/07/2017, n. 16409 nella quale viene statuito che "il negozio di fondazione non richiede l'assistenza dei testimoni, in quanto atto che, pur comportando una dotazione patrimoniale, non può essere ricondotto ad un vero e proprio atto di donazione".

²⁷Sul concetto richiamato, si rinvia al noto studio di G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954.

²⁸In tal senso A. PALAZZO, *Le Successioni*, Milano, 2000 p. 97 e F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit. p.197.

²⁹A. PALAZZO, *Le Successioni*, cit. p. 99.

La tesi tradizionale³⁰ distingue l'atto di fondazione, con cui si dà impulso alla costituzione dell'ente, dall'atto di dotazione che invece mira a conferire unicamente i mezzi patrimoniali. Pertanto, unicamente il secondo atto avrebbe contenuto patrimoniale.

La distinzione quindi, sempre secondo la tesi tradizionale, permane anche in caso di contestualità tra i due negozi, andando questi a rappresentare un'unica manifestazione di volontà, fermo restando che tra i due atti vi sarà sempre una forte reciprocità, giacché la nullità dell'uno comporterà quella del secondo e la nullità dell'atto di dotazione renderà impossibile la realizzazione del negozio di fondazione.³¹

Se la dottrina, come detto, è propensa a considerare l'atto di fondazione come negozio unilaterale non recettizio, non vi è univocità sulla natura dell'atto di dotazione: ad avviso di alcuni si tratta di un atto unilaterale di destinazione dei beni, altri lo considerano un vero e proprio contratto di donazione.

Alla tesi tradizionale si contrappone la "tesi unitaria", secondo la quale i due negozi vanno considerati come elementi inscindibili dell'atto costitutivo che formano l'unico negozio di fondazione.³²L'atto di dotazione difatti non ha in sé una propria causa, ma trova quest'ultima all'interno dell'atto di fondazione. Non andrà dunque considerato come un autonomo negozio giuridico, bensì come un elemento che va ad integrare una tipologia negoziale complessa, la cui disciplina è preordinata alla destinazione di beni funzionale all'esercizio di un'attività che mira a perseguire uno scopo di pubblica utilità.³³

Sia che si opti per la tesi tradizionale, che parla di due negozi distinti o per quella unitaria, occorre precisare che l'atto di fondazione concretamente si presenta come un negozio giuridico unitario. Pertanto, la dottrinale scomposizione in due distinti atti è "solo un artificio teorico, il quale tende a soddisfare un'esigenza di economia di pensiero tipica del ragionamento dei giuristi,

quella di ricondurre, alla tipologia giuridica tradizionale le figure da essa difformi".³⁴

Per la tesi della scomposizione della fattispecie in esame l'atto di fondazione sarà un negozio per mezzo del quale creare un nuovo centro di imputazione giuridica mentre l'atto di

³⁰P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., p. 806

³¹Cass. 4 Luglio 1959 n. 2130, in *Giust.Civ.*, 1959, I, p. 169 ss. In tal modo è orientata la giurisprudenza di legittimità.

³²G. IORIO, *Le fondazioni*, in P. CEDON (a cura di) *Il diritto privato oggi*, Milano, 1997, p. 75.

³³P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., p. 801.

³⁴F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 205.

dotazione patrimoniale sarà una donazione se contenuta in un atto tra vivi o un'istituzione di erede o legato se all'interno di un testamento. Tutto ciò finisce per costituire una mera qualificazione nominale, visto e considerato che poi all'atto di dotazione autonomamente considerato non potranno applicarsi gran parte delle disposizioni in materia di donazioni o di successioni. Basti pensare che la fondazione disposta per atto tra vivi non dovrà esprimere alcuna accettazione, come avviene invece da parte del donatario nella donazione, né il fondatore potrà revocare la dotazione patrimoniale come accade nei casi previsti per la donazione dagli articoli 800 e seguenti del nostro codice civile.

Anche in caso di fondazione disposta per testamento non si potrà rinunciare in alcun modo alla dotazione patrimoniale, facoltà prevista sia per l'erede che per il legatario. È possibile quindi affermare che le norme sull'istituzione di erede o sul legatario o sulla donazione non potranno essere applicate all'atto di dotazione in quanto questo non ha la medesima causa di quei negozi: si tratta difatti di un'attribuzione patrimoniale priva di un'autonoma causa, bensì direttamente collegata all'atto di fondazione.

Trattandosi di negozio giuridico che include in sé un atto di disposizione patrimoniale, andrà applicata per il negozio di fondazione la disciplina prevista dall'articolo 1324 del Codice Civile in materia di "atto unilaterale avente contenuto patrimoniale" e più in generale la disciplina generale dei contratti.³⁵

È importante sottolineare inoltre che, nonostante l'art 1324 c.c richiami espressamente gli atti unilaterali inter vivos, rientrerà a pieno titolo in questa fattispecie anche la fondazione disposta mediante testamento: quest'ultima infatti, come detto, a differenza dell'istituzione di erede e del legato, non è un atto mortis causa, bensì un'attribuzione post mortem. Ciò significa che l'esecuzione di tale disposizione, al pari del mandato post mortem, è differita al momento della morte del testatore. Il negozio quindi, che sia contenuto in un atto tra vivi o in un testamento, non cambierà in alcun modo la propria fisionomia.³⁶

I singoli elementi che andranno a comporre l'atto costitutivo e lo statuto della fondazione vengono elencati all'articolo 16 del codice civile, relativo anche alle fondazioni e tali elementi dovranno essere tutti quanti presenti affinché l'ente possa ottenere il riconoscimento ai sensi dell'art 1 del d.p.r 361/2000. Ai sensi del comma 1 dell'articolo 16 c.c.: "L'atto

³⁵ In questo senso cfr. Sent n. 654/1968 Cass: "L'atto di fondazione, in quanto espressione di autonomia privata, non si sottrae ad alcuna delle regole che, sancite per i contratti, siano compatibili con lo specifico contenuto dell'atto medesimo, come è espressamente previsto dall'articolo 1324 c.c.", con nota di P. RESCIGNO, in *Giur. it.* 1968, I, 1, 1353.

³⁶F. FERRARA SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 242.

costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, nonché le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione "Devono anche determinare, quando trattasi di fondazioni, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite."

Il comma 2 dell'articolo 16 invece recita che: "l'atto costitutivo e lo statuto possono inoltre contenere le norme relative all'estinzione dell'ente e alla devoluzione del patrimonio, e, per le fondazioni, anche quelle relative alla loro trasformazione."

Prendendo in esame singolarmente gli elementi appena elencati, occorre in via preliminare soffermarsi sulla denominazione, vale a dire l'elemento che consente di identificare l'ente, fornendogli l'idoneità a distinguersi nel mondo esterno. È possibile quindi senz'altro attribuire alla denominazione una funzione identificativa, tale da non poter essere formata da parole generiche in grado di generare confusione e privarla della sua attitudine distintiva. La tutela della denominazione non è più collegata alla registrazione: sarà sufficiente ormai la mera denominazione per determinare l'insorgenza di un diritto tutelato opponibile ai terzi. Occorre però ricordare che la denominazione non potrà confliggere con altri interessi protetti. Sarà pertanto illegittimo intitolare una fondazione al nome di un defunto senza che vi sia stata la preventiva autorizzazione dei suoi eredi.³⁷ La denominazione inoltre non potrà ingannare in alcun modo i terzi rispetto alle caratteristiche e alle finalità dell'ente.

Dalla denominazione dell'ente emerge la sua qualificazione giuridica e di conseguenza la disciplina applicabile.³⁸

Il secondo elemento dell'articolo 16 c.c da considerare è quello della sede dell'ente, che è il luogo fisico dove opera l'organo amministrativo.

Questa risulta non solo dall'atto costitutivo della fondazione, ma anche dal Registro delle persone giuridiche, come disposto dall'art 4 del d.p.r 361/2000, va parificata la funzione svolta dalla sede per gli enti a quella del domicilio e della residenza per le persone fisiche.

Importante sottolineare che, dal punto di vista processuale, in caso di divergenza tra la sede legale e la sede effettiva dell'ente, è possibile effettuare la notifica degli atti anche presso la

³⁷M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p.179-180.

³⁸V. Consiglio di Stato sez. II, 04/12/1996, n.2738: Il riconoscimento della personalità giuridica presuppone la sussistenza di una "universitas personarum" o di una "universitas bonorum" e la denominazione dell'ente deve specificatamente indicare la propria appartenenza all'una od all'altra "universitas".

seconda. È prevista inoltre la possibilità di istituire ed indicare apposite sedi secondarie dell'ente. La sede assume rilievo anche in ordine alla nazionalità delle persone giuridiche.

Ai sensi dell'articolo 25 della legge 218/1995, si applicherà la legge italiana se la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale di tali enti sono situati in Italia.³⁹ I successivi elementi dell'articolo 16 c.c saranno oggetto di trattazione specifica nel prosieguo di questo capitolo.

Infine, occorre soffermarsi sull'ipotesi in cui l'atto di fondazione sia invalido o inefficace.

Le controversie relative alla validità e all'efficacia dell'atto di fondazione sono di competenza del giudice ordinario, anche se successive al riconoscimento della personalità giuridica.

Sono state elaborate due differenti tesi in merito: la prima, di natura giurisprudenziale,⁴⁰ ritiene che una volta accertata l'inefficacia o l'invalidità dell'atto, trattandosi di espressione di un'autonomia privata, il giudice ordinario potrà restituire i beni agli aventi diritto in quanto il vincolo di destinazione proprio della fondazione viene meno per la sola inefficacia o invalidità dell'atto.

La seconda invece, supportata da autorevole dottrina,⁴¹ sostiene che l'invalidità dell'atto di fondazione, così come quella del contratto associativo, se accertata successivamente al riconoscimento dell'ente e all'inizio dell'attività, è sorretta da principi diversi da quelli del contratto in generale e in particolare si potrà applicare per analogia l'articolo 2332 c.c, in materia di "nullità delle società". Di conseguenza ammettere la restituzione dei beni agli aventi diritto andrebbe a privilegiare l'interesse di questi a discapito dei creditori dell'ente a cui verrebbe sottratta la propria garanzia patrimoniale. Soltanto applicando per analogia l'articolo 2332 c.c alle fondazioni sarà possibile dar luogo ad un procedimento di liquidazione che permetta ai creditori della fondazione di concorrere con gli aventi diritto alla restituzione dei beni.⁴²

I soggetti legittimati a proporre l'azione per dichiarare l'invalidità dell'atto non devono avere interesse ad agire. Pertanto vengono esclusi i legittimi eredi del fondatore, mentre potranno proporre la relativa azione, anche successivamente al riconoscimento della personalità

³⁹M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 184.

⁴⁰Così Cass. Sez. Un. 10/07/1984, n.4024.

⁴¹In tal senso: F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 210; M.V. DE GIORGI, *Le fondazioni da Erode a Pilato*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, p. 444 ss.; P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit. p.808.

⁴²F. LOFFREDO, *Le Persone Giuridiche*, cit., p. 49.

giuridica tanto i creditori del fondatore che agiranno tramite azione revocatoria ai sensi dell'articolo 2901 del Codice civile, quanto i legittimari lesi o pretermessi dal relativo atto di fondazione i quali potranno esperire l'azione di riduzione. Ricorrendone i presupposti, in ambedue i casi, l'apertura della fase di liquidazione consentirà ai creditori e ai legittimari di esercitare i propri diritti e le relative azioni esecutive.

1.4. LA REVOCA DELLA FONDAZIONE E L'IPOTESI DELLA FONDAZIONE NON RICONOSCIUTA.

L'atto costitutivo della fondazione pone un vincolo di destinazione ai beni che ne andranno a costituire l'oggetto, i quali saranno funzionali al raggiungimento dello scopo che il fondatore si è prefigurato. Tali beni, successivamente al riconoscimento, si distaccheranno in maniera definitiva dalla sfera giuridica del fondatore e gli amministratori saranno obbligati ad assicurarne la oramai definitiva destinazione.⁴³ Pertanto la revocabilità, propria di tutti quanti gli atti unilaterali e che quindi corrisponde ad un principio generale, è ammessa solo fino al riconoscimento della personalità giuridica della fondazione ovvero fino a che il fondatore non abbia fatto iniziare l'attività dell'opera da lui voluta.

Così è disposto dal primo comma dell'articolo 15 del nostro Codice civile. Il secondo comma invece precisa che la facoltà di revoca non si trasmetterà agli eredi, sorgendo in tal caso un conflitto di interessi risultando noto a questi ultimi di poter revocare a proprio vantaggio la volontà del *de cuius*.⁴⁴

Si può ritenere che il vincolo che obbliga gli amministratori a preservare la destinazione voluta dal fondatore, costituisca oggetto di una prestazione di promessa al pubblico e pertanto la sua obbligatorietà risiede non nella forza del contratto, ma nell'aspettativa sociale creata dal promittente.⁴⁵

L'articolo 15 c.c. che preclude al fondatore la facoltà di revocare la propria dichiarazione negoziale riguarda un negozio giuridico oramai perfezionato e nel pieno della sua fase esecutiva.

L'irrevocabilità dell'atto di fondazione si risolve quindi nell'irrevocabilità della promessa del fondatore di destinare e preservare allo scopo i beni dedotti in fondazione.⁴⁶

⁴³*Ratio* spiegata da Cass 2130/1959 in *Giust. Civ.*, 1961 p.287 : "perché una volta che l'opera abbia iniziato la propria attività, non rimane più nella sfera del fondatore, ma interessando ormai la generalità dei cittadini, non potrà più essere distrutta ad arbitrio dei privati."

⁴⁴M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., pag 161.

⁴⁵In questa direzione A ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 191.

⁴⁶In tal senso la Relazione n. 35 del Guardasigilli al Codice civile: "con il funzionamento l'opera non rimane più nella sfera del fondatore, ma acquista un'esistenza obiettiva che interessa ormai il pubblico e che non deve essere distrutta ad arbitrio dei privati."

Il vincolo impresso interessa anche i creditori, ai quali sarà opponibile ai sensi dell'articolo 2915 del Codice Civile, a seguito della trascrizione dell'atto costitutivo di fondazione e del relativo statuto consentita ai sensi dell'articolo 2645 del Codice Civile ⁴⁷,ovviamente nell'ipotesi in cui l'atto di fondazione abbia riguardato beni immobili.

L'atto di fondazione determina, una volta iniziata l'attività, il venir meno della possibilità per il fondatore di esercitare sui beni in dotazione i poteri e le facoltà tipiche del diritto di proprietà e il sorgere in capo agli amministratori di specifici doveri funzionali allo scopo perseguito. Su questa linea di pensiero si è allineata anche parte della giurisprudenza di legittimità.⁴⁸ Si può concludere dunque che i creditori personali del fondatore non potranno vantare pretese su beni che egli non possiede più e i creditori personali degli amministratori non avranno su questi ultimi poteri maggiori di quelli riconosciuti agli amministratori stessi.⁴⁹ Ciò che è precluso ai creditori del fondatore e degli amministratori non lo è al creditore della fondazione, il quale potrà avvalersi degli specifici rimedi giurisdizionali previsti per tutelarsi. In dottrina è molto discussa la configurabilità di fondazioni in attesa di riconoscimento, mentre per quanto riguarda le associazioni è pacifico che esse possano operare ai sensi degli articoli 36-38 del nostro Codice civile fino all'intervenuto riconoscimento.

Una prima teoria concepisce la fondazione in attesa di riconoscimento come un centro di imputazione la cui autonomia soggettiva è condizionata in maniera sospensiva, configurando quindi un'aspettativa, destinata a sfociare nella nascita del nuovo e nella definitiva attribuzione dei beni destinati con l'atto di dotazione.

La seconda teoria invece configura la fondazione in attesa di riconoscimento come soggetto già sorto, ma risolutamente condizionato al riconoscimento. Questa seconda teoria incontra dei consistenti limiti strutturali: se così fosse infatti gli amministratori di questa ipotetica fondazione già sorta, ma in attesa di riconoscimento, sarebbero immuni da qualunque forma di controllo, mancando ogni altro organo cui rendere conto della gestione. In aggiunta l'articolo 3 comma. terzo e quarto delle disposizioni attuative al Codice civile demanda al prefetto l'iniziativa per il compimento di atti conservativi, nonché per la richiesta di nomina

⁴⁷Sul punto F. GALGANO, *Delle Persone giuridiche*, cit., p. 175.

⁴⁸Così Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 1427 del 15/04/1975: "l'atto di dotazione produce l'immediato effetto di destinare i beni all'ente nascente, sottraendoli non solo a ogni altra destinazione, ma anche al suo precedente titolare, il quale non può più disporre di quei beni se non con la revoca dell'atto di fondazione, nei limiti previsti dall'art. 15 c.c."

⁴⁹F. GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, vol. I, *Le categorie generali, le persone e le proprietà*, Padova, 1990, p. 212.

di un amministratore provvisorio da parte del tribunale: è chiaro che se la fondazione in attesa di riconoscimento fosse già dotata di piena soggettività giuridica, tali provvedimenti non avrebbero alcuna ragion d'essere.

Sulla stessa linea era anche l'articolo 600 del Codice civile, oggi abrogato, che al secondo comma disponeva la promozione degli opportuni provvedimenti conservativi fino alla costituzione dell'ente.⁵⁰ Differente dalla fattispecie di fondazione in attesa di riconoscimento è il caso in cui ci si trovi di fronte a una fondazione che non abbia ottenuto il riconoscimento e che non intenda richiederlo in futuro, decidendo di operare come fondazione non riconosciuta, la cui configurabilità è fonte di accesi dibattiti dottrinali.

A prevalere è però la tesi che propende per l'inconfigurabilità della fondazione non riconosciuta. Il libro primo del nostro Codice civile nulla dispone in merito alla possibilità di costituire fondazioni non riconosciute, mentre tale facoltà è espressamente prevista per le associazioni.

Si ritiene che questo silenzio legislativo risenta del pensiero di autorevole dottrina del tempo che rifiutava espressamente la configurabilità di fondazioni di fatto.⁵¹ Occorre evidenziare che una fondazione non riconosciuta costituirebbe sì un patrimonio destinato dal fondatore ad uno specifico scopo, ma con la possibilità per quest'ultimo di provocare in qualunque momento la cessazione del vincolo sussistente.

Il riconoscimento statale ha carattere costitutivo, non dichiarativo e prima che esso intervenga i beni destinati sono ancora pienamente nella sfera di controllo del fondatore. Inoltre, ai sensi dell'articolo 2740 del nostro Codice civile, le limitazioni di responsabilità patrimoniale sono ammesse unicamente nei casi previsti dalla legge. Ciò significa che sarà possibile costituire un patrimonio separato solo in presenza di una disposizione normativa che lo preveda. Nel caso della fondazione non riconosciuta, in assenza di una previsione in merito, si andrebbe a configurare sia una violazione della generale regola di responsabilità patrimoniale, sia un atipico vincolo alla proprietà anche sul piano successorio.⁵² In aggiunta, occorre segnalare che la Legge 52/1985, modificando l'articolo 2659 c.c., ha previsto l'istituto della trascrizione per le associazioni non riconosciute, ma non per le fondazioni, in presenza di beni immobili.

⁵⁰M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 99.

⁵¹Così afferma F. FERRARA SR. in *Le persone giuridiche*, cit.: "neppure sono enti giuridici le fondazioni di fatto, che sono patrimoni destinati da una persona a servire il funzionamento di un'opera, ma che rimangono di proprietà del destinante, il quale può farne cessare, quando vuole, la destinazione ed esposti alla garanzia dei creditori."

⁵²M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 168.

Molto discussa appare invece l'ipotesi prevista dall'articolo 32 c.c in materia di devoluzione di beni in caso di trasformazione o scioglimento dell'ente, dove il destinatario della disposizione fiduciaria sia non una persona fisica, bensì un ente riconosciuto. Alla tesi tradizionale⁵³, che esclude la configurazione di un patrimonio grseparato, si contrappone l'altra opinione di chi reputa che l'articolo 32 c.c costituisca un vero e proprio vincolo reale e identificando il presunto lascito come un atto di fondazione e l'ente, presunto destinatario del lascito, come l'amministratore della fondazione. Si tratterebbe quindi di una fondazione non riconosciuta amministrata da una persona giuridica, anziché da una o più persone fisiche.

Vi è autorevole dottrina⁵⁴, invece, che ritiene che le fondazioni non riconosciute siano concepibili, nonostante nel nostro ordinamento manchi un principio generale in merito all'ammissibilità di queste ultime. Inoltre, è possibile desumere ulteriore ipotesi di fondazione non riconosciuta, oltre quella prevista dall'art 32 c.c, negli articoli 39-42 c.c in materia di comitati, che null'altro sarebbero se non una fondazione, con la sola peculiarità di essere costituiti per pubblica sottoscrizione e non per atto unilaterale. Nello specifico poi, l'articolo 41 c.c disciplina espressamente il riconoscimento del comitato come eventuale e pertanto sarà lecito ritenere questa come altra ipotesi ammissibile di fondazione non riconosciuta.⁵⁵

L'autorevole tesi di Galgano ha senza dubbio intensificato il dibattito dottrinale in merito alla concepibilità della fondazione non riconosciuta nel nostro ordinamento. Di particolare rilievo la tesi secondo cui la fondazione non riconosciuta sia ammissibile, ma costituisca non una forma di proprietà fiduciaria, bensì un autonomo soggetto di diritto.⁵⁶ A sostegno di questa tesi viene sottolineato come l'essenza stessa della proprietà fiduciaria consista nel diritto del fiduciante di ottenere il ritrasferimento della proprietà, mentre nella fondazione il distacco del fondatore esclude qualunque diritto in ordine alla restituzione dei beni conferiti.

Altro orientamento dottrinale⁵⁷ sull'ammissibilità della fondazione non riconosciuta, sostiene che essa trovi fondamento sul potere di autonomia dei privati di creare le strutture organizzative ritenute più utili alla cura dei propri interessi. Il processo organizzativo dell'ente

⁵³Così C.M. BIANCA, in *Diritto Civile*, cit. p.231. "Questa separazione di responsabilità non risulta dalla legge, e deve quindi escludersi perché in contrasto col generale principio secondo cui il debitore risponde dei debiti con tutto il suo patrimonio presente e futuro".

⁵⁴Su tutti F. GALGANO, *Delle Persone Giuridiche*, cit., p. 87-97 e p. 212.

⁵⁵F. GALGANO, *Per un'ipotesi sulla natura giuridica dei comitati*, Milano, 1958.

⁵⁶R. COSTI, *Fondazione ed impresa*, in Riv. Dir. Civ, 1968, I, p. 1 ss.

⁵⁷G.F. PALERMO, *Le istituzioni prive di riconoscimento*, in *Quadrimestre*, 1990, p. 565 ss.

infatti riflette l'esistenza di un interesse ben preciso che il singolo potrà realizzare in regime di libera determinazione. A questa teoria ,però, si è obiettato che la stessa non tiene conto dei limiti posti dall'ordinamento che espressamente consente di disporre nella fondazione un sistema di interessi e un assetto patrimoniale solo e soltanto tramite mezzi tipici.⁵⁸

Più di recente ci si è domandati se è possibile ricondurre la figura della fondazione non riconosciuta al vincolo di destinazione disciplinato dall'articolo 2645-ter. c.c.⁵⁹, modellato sullo schema del patrimonio destinato, volto a garantire l'autosufficienza patrimoniale del destinatario, identificabile in qualsivoglia persona fisica o ente.

La funzione del negozio di destinazione disciplinato dall'articolo 2645-ter c.c è quella di vincolare il valore d'uso di determinati beni alla realizzazione di un interesse altrui. E tale realizzazione si pone come condizione necessaria affinché l'atto di destinazione determini una separazione patrimoniale. Tuttavia, sebbene l'articolo 2645-ter c.c rappresenti un passo importante in merito al problema dell'unicità del patrimonio, non appare pienamente idoneo ad integrare un'ipotesi di fondazione non riconosciuta. La ratio di questa conclusione è che, mentre nell'articolo 2645-ter. C.c viene posto il limite temporale di novant'anni al vincolo di destinazione, nella fondazione la durata del vincolo è sine die e ciò costituisce un elemento caratterizzante della fattispecie.

A conclusione di questo excursus⁶⁰ sull'ammissibilità o meno delle fondazioni non riconosciute all'interno del nostro ordinamento, sul quale come prevale tendenzialmente opinione contraria, lungimirante è stato l'orientamento di Pietro Rescigno in merito, il quale ha sostenuto che: "sarà decisiva la revisione di luoghi comuni e di atteggiamenti prevenuti in tema di proprietà e di destinazione dei beni."

⁵⁸M.V. DE GIORGI, *Le fondazioni*, cit., p. 445.

⁵⁹In particolare M. MAGGIOLO, *Il tipo di fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex. 2645-ter c.c.*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*, vol. I, Napoli, 2008, p. 545.

⁶⁰P. RESCIGNO, *Le fondazioni, prospettive e linee di riforma*, cit., p. 474.

1.5 LO SCOPO E IL PATRIMONIO DELLA FONDAZIONE.

Si è già premesso che tanto lo scopo quanto il patrimonio costituiscono elementi essenziali dell'atto costitutivo, ai sensi dell'articolo 16 C.c, nelle associazioni e nelle fondazioni.

Ora però occorre soffermarsi in maniera più dettagliata su questi due elementi. Possiamo identificare lo scopo della fondazione come la finalità perseguita dall'ente che giustifica la sua elevazione a persona giuridica. Alla realizzazione dello scopo a cui dovranno aspirare gli organi sociali dell'ente sarà vincolato il patrimonio della fondazione. Proprio per questo la sua indicazione all'interno dell'atto costitutivo è ritenuta necessaria e il legislatore prevede specificatamente l'estinzione o la trasformazione della fondazione per esaurimento, impossibilità o scarsa utilità dello scopo.

È importante precisare come il codice civile per gli enti, a differenza che per le società, non dia una definizione di scopo, così come il d.p.r 361/2000, il quale si limita a prevedere all'art 1 che questo debba essere possibile e lecito. La dottrina tradizionale aveva assegnato agli enti del libro primo del codice civile uno scopo "non economico e ideale". Non vi è tuttavia alcun indirizzo normativo a sostegno del fatto che gli enti del libro primo del codice civile debbano perseguire uno scopo di natura esclusivamente ideale, contrapposto a quello economico delle società. Ed infatti tale riflessione dottrinale è andata in crisi con il passare degli anni e si ritiene oggi che non vi sia preclusione alcuna per gli enti del primo libro all'esercizio di un'attività di impresa ed al ricorso della struttura societaria per il perseguimento di obiettivi diversi da quelli lucrativi, come ad esempio lo società a scopo mutualistico o le società a scopo consortile.

Una fondazione quindi, potrà esercitare attività d'impresa, sia essa in via strumentale o meno, ma non potrà destinare in alcun modo gli utili derivanti dalla sua attività al fondatore o agli amministratori. Si può pertanto desumere che una fondazione non può perseguire uno scopo di lucro in senso soggettivo, che punta quindi alla ripartizione dei guadagni, ma nulla osterà al perseguimento di uno scopo di lucro in senso oggettivo, che comporterà l'esercizio di un'attività d'impresa⁶¹.

⁶¹G.F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività d'impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 1994, p. 586 ss., ci ricorda che per identificare un'attività d'impresa ciò che conta è il perseguimento di un metodo economico, non necessariamente lucrativo.

Parte della dottrina⁶² ha iniziato a discorrere sulla teoria della neutralità delle forme giuridiche rispetto ai contenuti economici. Tesi avvalorata da una serie di riferimenti normativi, successivi all'entrata in vigore del d.p.r. 361/2000, i quali hanno fornito all'interprete un variegato insieme di organismi di diversa natura. Basti pensare al d.lgs. 207/2001 in materia di "Riordino del sistema delle istituzioni di assistenza e beneficenza o alla L. 448/2001, che ha previsto la trasformazione in società per azioni o fondazioni di enti pubblici, amministrazioni, agenzie e altri organismi. Sebbene suggestiva, tuttavia la tesi della neutralità delle persone giuridiche non sembra tener conto del fatto che una totale osmosi di tutte quante le forme giuridiche comporta un "appiattimento indifferenziato"⁶³ tra le varie fattispecie, il che non può essere giustificato in alcun modo visto e considerato che il Codice civile fa corrispondere a diverse fattispecie discipline diversificate.

Differenza strutturale la quale sarà particolarmente evidente nel rapporto tra società e fondazione. Facendo riferimento alla figura tradizionale di fondazione, va evidenziato che nella stessa, poiché priva di soci e di altri componenti dell'organizzazione e considerata l'estraneità del fondatore rispetto alle vicende della fondazione, vi è la assoluta impossibilità che il fondatore o i benefattori possano essere destinatari in maniera alcuna del risultato economico dell'attività dell'ente. Si potrà quindi fissare la linea divisoria tra fondazione e società nel divieto della prima nell'auto-destinazione del risultato, che preclude quindi al fondatore e ai benefattori di essere in alcun modo destinatari di utili.

Fondamentale inoltre sarà l'analisi in materia di perseguimento di uno scopo di pubblica utilità da parte delle fondazioni.

È possibile desumere un primo argomento testuale dall'articolo 28 C.c., ai sensi del quale quando lo scopo è divenuto di scarsa utilità l'autorità governativa potrà trasformare la fondazione o dichiararla estinta. Pertanto, a rigor di logica, non potrà esservi un valido atto costitutivo di fondazione se quest'ultima non persegua uno scopo di pubblica utilità. Tuttavia occorre precisare che la norma in questione non chiarisce in alcun modo se il termine "utilità" si riferisca ad un'utilità pubblica o privata e tantomeno l'articolo 16 C.c. fornisce alcuna indicazione a riguardo.

⁶²Tesi sostenuta tra i più da P. RESCIGNO, *Le fondazioni*, cit., il quale trae spunto da quanto da quanto disposto dall'art.2620 c.c.: "ammessa la possibilità di società con scopo consortile, di società consorzi". Della stessa opinione anche R. Costi, *Fondazione e Impresa*, cit., e A. CARRABBA, *Scopo di lucro e autonomia privata - La funzione nelle strutture organizzative*, Napoli, 1994.

⁶³G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 1996, p. 97.

Senza dubbio se la legge avesse voluto introdurre questa specifica limitazione in favore della sola utilità sociale e collettiva lo avrebbe fatto in modo esplicito.⁶⁴

Un argomento contrario può essere ricavato dall'ultimo comma dell'articolo 28 C.c dove viene stabilito che: "Le disposizioni del primo comma di questo articolo e dell'articolo 26 non si applicano alle fondazioni destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate," confermando dunque che anche uno scopo di privata utilità come quello familiare non viene considerato come di scarso rilievo.

Oggi la tesi secondo cui è possibile per la fondazione perseguire unicamente uno scopo di pubblica utilità non è più concepibile, specie considerando il mutamento del quadro normativo comportato dalla nuova disciplina del riconoscimento delle persone giuridiche private disciplinata dal d.p.r 361/2000, per effetto del quale l'acquisto della personalità giuridica è oramai subordinato unicamente ad un controllo di legalità, finalizzato ad accertare la liceità e la possibilità dello scopo della fondazione.

Il giudizio di meritevolezza dello scopo oggi si risolve in un giudizio sulla liceità di quest'ultimo. Di conseguenza una volta accertato che la fondazione non perseguirà uno scopo di lucro soggettivo, puramente egoistico, ogni altro scopo previsto verrà ritenuto ammissibile, purché lecito e quindi non contrario ai principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico contenuti all'interno della carta costituzionale.

Il patrimonio delle fondazione è costituito dall'insieme dei beni sufficienti al perseguimento dello scopo. L'articolo 16 C.c nulla dice in merito all'entità e alla composizione del patrimonio né dal punto di vista qualitativo, né quantitativo, a differenza di quanto avviene per le società di capitali ove è previsto un capitale iniziale minimo per soddisfare le esigenze quantitative e dal punto di vista qualitativo invece criteri tali da cui sarà possibile desumere che il patrimonio della società sia formato da entità in grado di assicurare la garanzia dei creditori della società stessa.⁶⁵

Il d.p.r 361/2000 dispone invece, all'articolo 1, che il patrimonio debba essere adeguato alla realizzazione dello scopo e che la consistenza di quest'ultimo sia dimostrata da una documentazione idonea allegata alla domanda, così da fornire quindi una valutazione

⁶⁴G. GUARINO, *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in P. RESCIGNO (a cura di) *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1969, p. 235; R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., p. 171, il quale sostiene che: "la fondazione può perseguire di volta in volta scopi di interesse pubblico e scopi di interesse privato".

⁶⁵E. SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959, p. 306.

quantitativa a tutti gli effetti, allineandosi alla posizione presa in più occasioni da parte del Consiglio di Stato.⁶⁶

Più articolata invece appare la questione in ordine all'elemento qualitativo dell'ente, che andrà ricercato nella ragione "politica" che presiede all'adeguatezza del patrimonio allo scopo. La ragione politica consiste nella presenza di un patrimonio in grado di assicurare la tutela dei creditori dell'ente ed evitare la responsabilità personale degli amministratori. La soluzione dottrinale proposta è quella di realizzare tale ragione politica facendo capo alla disciplina prevista per le società di capitali, sopra citata.

Tuttavia ci si domanda se l'ente debba avere la disponibilità dei beni già al momento della richiesta di riconoscimento o se si possano considerare parte del patrimonio anche quei beni strumentali che in futuro porteranno fondi sufficienti al perseguimento dello scopo. Un'autorevole dottrina⁶⁷ sostiene che risulta pienamente integrato il requisito del patrimonio se nell'atto costitutivo risulteranno indicate le fonti da cui esso affluirà.

A questa tesi si contrappongono numerose pronunce giurisprudenziali del Consiglio di Stato⁶⁸, che stabiliscono chiaramente che il requisito del patrimonio non può basarsi su entrate puramente eventuali che non attribuiscono all'ente una consistenza economica rilevante. Occorre precisare che per l'associazione il patrimonio non rappresenta un elemento essenziale intrinseco all'ente stesso, bensì un mero elemento normale, tanto è vero che all'interno di un'associazione non riconosciuta il patrimonio potrà anche mancare se lo scopo viene perseguito mediante la sola attività degli associati.

Per le fondazioni, viceversa, il patrimonio viene generalmente identificato come un elemento essenziale per la configurabilità delle stesse, trattandosi della dotazione di un patrimonio destinato ad uno specifico scopo. La finalità prefissata dalla fondazione potrà esser raggiunta unicamente con l'impiego delle rendite generate dalla gestione dei beni della fondazione. Tuttavia vi è una diversa opinione manifestata da autorevole dottrina⁶⁹, la quale sostiene che

⁶⁶Consiglio di Stato sez. V, 21/10/1997, n.1156: "Non è da riconoscere la personalità giuridica di una fondazione che disponga di un patrimonio insufficiente ad assicurarne la funzionalità e la stabilità."

Cons. St. 564/1959: "Non può essere riconosciuta la personalità giuridica di un ente che si proponga fini eccessivamente ampi, in relazione ai mezzi disponibili."

⁶⁷F. FERRARA SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 63.

⁶⁸Per tutte v. Cons. Stato 1226/1958: "Non può essere riconosciuta una fondazione se sia assolutamente priva di patrimonio, ancorché nello statuto siano previste contribuzioni di enti e di private, dirette ad assicurare il funzionamento dell'erigendo ente."

⁶⁹F. GALGANO, *Delle Persone Giuridiche*, cit., p. 247.

anche per le fondazioni il patrimonio non è elemento essenziale, potendo quindi giuridicamente configurarsi un'ipotesi di fondazione senza patrimonio, come ad esempio nei c.d. "comitati di soccorso", nei quali i fondi erogati confluiscono direttamente nelle mani degli organizzatori. Tale affermazione è condivisibile unicamente se si decide di accettare la c.d. "teoria dualistica"⁷⁰ secondo la quale i promotori del comitato in un primo momento svolgerebbero un'attività di tipo associativo, enunciando il programma del comitato al pubblico e raccogliendo fondi e in un secondo momento, invece, un'attività a carattere di fondazione nella quale gli organizzatori conservano i fondi raccolti e li destinano allo scopo annunciato.

Il riconoscimento della personalità giuridica determina una modifica della responsabilità patrimoniale all'interno dell'ente, ossia un regime di responsabilità limitata per gli amministratori.

La ratio, come già accennato, è quella di assicurare il pieno soddisfacimento delle ragioni dei creditori della fondazione. Ai sensi dell'Art.27 C.c la perdita sopravvenuta del patrimonio costituisce causa di estinzione dell'ente, al quale resta precluso il raggiungimento dello scopo, mentre ai sensi dell'articolo 28 C.c la sopravvenuta insufficienza del patrimonio costituisce una causa di trasformazione della fondazione. In ultimo occorre soffermarsi sulla emanazione della Legge 106/2016 in materia di delega al governo per la riforma del Terzo settore, dove al secondo comma dell'articolo tre si richiede l'emanazione di un successivo decreto legislativo che preveda una disciplina per la conservazione del patrimonio degli enti. Ad oggi, con la scadenza di suddetta delega, le regole sul patrimonio degli enti, in merito alla sua entità minima e alla sua destinazione sono state emanate, ma solo e unicamente nei confronti degli enti del Terzo settore, con l'entrata in vigore del decreto legislativo 117/2017.⁷¹

⁷⁰Ancora F. GALGANO in *Delle Persone Giuridiche*, cit., p. 134, sull'ammissibilità di fondazioni non riconosciute.

⁷¹Entrata in vigore del nuovo Codice del Terzo settore.

1.6 L'ORGANIZZAZIONE DELLA FONDAZIONE E IL CONTROLLO SULL'AMMINISTRAZIONE.

Ai sensi dell'articolo 16 del Codice civile, le norme sull'ordinamento e l'amministrazione della fondazione sono contenute all'interno dell'atto costitutivo e dello statuto. Di norma quindi sarà la persona del fondatore a determinare la composizione dell'organo amministrativo, le sue funzioni, i criteri di nomina dei suoi componenti e infine chi sarà dotato della rappresentanza dell'ente. È possibile inoltre che la nomina degli amministratori della fondazione possa essere rimessa a un terzo, spesso un ente, sia pubblico sia privato. Inoltre sarà imprescindibile l'indicazione del criterio di sostituzione qualora venisse a mancare uno o più degli amministratori inizialmente designati. Peculiare inoltre è il contenuto dell'articolo 25 C.c, il quale enumera specifiche forme di intervento da parte dell'autorità governativa.⁷²La ratio della disposizione consta nell'esigenza di preservare le aspettative del fondatore in merito al mantenimento del vincolo di destinazione allo scopo imposto ai beni della fondazione e di tutelare i creditori dell'ente. Ai sensi dell'articolo 5 del d.p.r. 361/2000 tali poteri sono esercitati dalla Prefettura, oppure dalla regione, limitatamente agli enti operanti nel loro ambito territoriale. Il primo comma dell'articolo 25 C.c conferisce all'autorità governativa un ambito di applicazione esteso e variegato, corrispondente a quanto demandato all'organo assembleare nelle associazioni.

In primis, l'autorità governativa ha compiti di natura sostitutiva: il primo comma dell'articolo 25 c.c prevede espressamente il potere di nomina e di sostituzione degli amministratori, quando le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possano attuarsi. Naturalmente, nel fare questo, la pubblica amministrazione non gode di una discrezionalità assoluta, bensì deve necessariamente tendere a scelte più coerenti possibile con la volontà del fondatore. Lo stesso articolo 26 del Codice civile, nel disciplinare il coordinamento dell'attività di una

⁷² L'Articolo 25 comma 1 del codice civile recita che: L'autorità governativa esercita il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni; provvede alla nomina e alla sostituzione degli amministratori o dei rappresentanti, quando le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possono attuarsi; annulla, sentiti gli amministratori, con provvedimento definitivo, le deliberazioni contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico o al buon costume; può sciogliere l'amministrazione e nominare un commissario straordinario, qualora gli amministratori non agiscano in conformità' dello statuto o dello scopo della fondazione o della legge. L'annullamento della deliberazione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima. Le azioni contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità devono essere autorizzate dall'autorità governativa e sono esercitate dal commissario straordinario, dai liquidatori o dai nuovi amministratori."

pluralità di fondazioni, dispone espressamente di agire “rispettando per quanto è possibile la volontà del fondatore.” Inoltre sempre il primo comma dell’articolo 25 c.c prevede che l’autorità governativa possa annullare le deliberazioni contrarie a norme imperative, all’atto di fondazione, all’ordine pubblico e al buon costume con provvedimento definitivo, sentiti gli amministratori.

Anche in tale ipotesi occorre evidenziare come l’autorità governativa non goda di una piena discrezionalità, ma sia anzi fortemente limitata dalla disposizione che impone un necessario contraddittorio con gli amministratori dell’ente, in mancanza del quale sarà possibile esperire un ricorso innanzi al giudice amministrativo. Un consolidato orientamento giurisprudenziale⁷³ oggi ritiene pacificamente che sia possibile l’impugnazione di delibere consiliari illegittime anche innanzi al giudice ordinario.

Inoltre, un singolo amministratore dell’ente potrà esperire un’azione nei confronti dell’autorità giudiziaria ordinaria qualora venga lesa un suo diritto soggettivo. Il giudice ordinario inoltre avrà competenza in materia di contenuto dello statuto e dell’atto costitutivo, in materia di azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e sulle questioni in materia di validità ed efficacia dell’atto di fondazione.⁷⁴ Sempre l’articolo 25 C.c, al terzo comma, contempla le azioni di responsabilità da esperire nei confronti degli amministratori della fondazione una volta che l’autorità governativa concede l’apposita autorizzazione preventiva.

Inoltre, l’autorità governativa avrà il potere di sciogliere il consiglio di amministrazione della fondazione se quest’ultimo non agisca conformemente allo statuto e allo scopo dell’ente e nominare contestualmente dei commissari straordinari, i quali opereranno per accertare e sanare le irregolarità di gestione riscontrate. Occorre precisare che l’annullamento delle delibere contrarie a norme imperative, all’atto di fondazione, all’ordine pubblico e al buon costume non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima.⁷⁵ Tuttavia oggi, con l’entrata in vigore del decreto

⁷³ Cons.Stato, Sez IV, 17/06/2003, n.3405.

⁷⁴Sul punto l’ Ordinanza n. 10365 del 6.5.2009 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile: “Spetta all’autorità giudiziaria ordinaria la giurisdizione in ordine alla controversia avente ad oggetto l’esercizio, ad opera del presidente della Giunta regionale, del potere, conferitogli dallo statuto dell’Istituzione, di scioglimento del consiglio di amministrazione di una istituzione di assistenza e beneficenza avente natura privata.”

⁷⁵Secondo quanto disposto dal comma 2 dell’articolo 25 del Codice civile. Nello stesso senso anche l’articolo 2377 c.c. in materia di società per azioni.

legislativo 117/2017⁷⁶, si applica una disciplina differente per le fondazioni di Terzo settore, come puntualmente stabilito dall'articolo 90 del nuovo Codice del Terzo Settore, il quale dispone che i controlli e i poteri di cui agli articoli 25, 26 e 28 del codice civile sono esercitati dall'ufficio del Registro unico nazionale del Terzo settore.

Pertanto, a detto ufficio spetterebbe il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni di terzo settore, l'annullamento delle delibere contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico o al buon costume, la nomina e la sostituzione degli amministratori quando non si possono attuare le disposizioni contenute nell'atto di fondazione e lo scioglimento del consiglio di amministrazione, la nomina del commissario straordinario, qualora gli amministratori non agiscano in conformità dello statuto, della legge o dello scopo della fondazione e l'avvio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori. In aggiunta, l'Ufficio unico ha competenza anche in merito al coordinamento dell'attività di più fondazioni e l'unificazione della loro amministrazione. Nonostante l'ampio novero di competenze affidato all'Ufficio unico, l'articolo 92 del Codice del Terzo settore stabilisce espressamente che "restano fermi i poteri delle amministrazioni pubbliche competenti in ordine ai controlli, alle verifiche ed alla vigilanza finalizzati ad accertare la conformità delle attività di cui all'articolo 5 CTS alle norme particolari che ne disciplinano l'esercizio", evidenziando come i compiti affidati all'Ufficio unico dovranno interfacciarsi con variegati controlli da parte di ulteriori pubbliche autorità. Analizzando più nello specifico la ripartizione di competenze tra le varie amministrazioni pubbliche in gioco si può affermare quanto segue: i controlli effettuati dall'Ufficio unico sono funzionali ad accertare la sussistenza dei requisiti necessari all'iscrizione, il perseguimento di finalità solidaristiche, di utilità sociale e di finalità civiche⁷⁷, mentre ad altre amministrazioni pubbliche spettano i controlli amministrativi e contabili sul corretto utilizzo delle risorse pubbliche di cui usufruiscono le fondazioni di terzo settore. Infine, l'art 94 del Codice del Terzo settore dispone che i controlli fiscali siano demandati all'amministrazione finanziaria.

L'organo principale della fondazione è costituito dagli amministratori e, seppur in teoria è possibile la previsione di un amministratore unico, nella pratica è usuale che si tratti di un organo pluripersonale che adotterà le sue delibere a maggioranza dei suoi componenti. La

⁷⁶In particolare le norme del Titolo XI del Codice: "Dei controlli e del coordinamento" (art. 90-97)

⁷⁷Ai sensi dell'articolo 93 CTS.

dottrina è tendenzialmente concorde ⁷⁸sulla possibilità di nominare come amministratore della fondazione una persona giuridica, la quale adempirà all'esercizio delle sue funzioni tramite il rappresentante legale designato, mentre ciò, come è noto, non è previsto per le associazioni nelle quali persone fisiche potranno assumere la rappresentanza dell'ente. Inoltre, è possibile prevedere nello statuto un comitato esecutivo all'interno dello stesso consiglio di amministrazione a cui delegare la funzione di amministrazione attiva della società, fatta eccezione per le funzioni di responsabilità e di controllo dell'organo amministrativo.

Il distacco dell'ente del fondatore e la posizione servente dell'organo amministrativo, sottoposto al controllo dell'autorità governativa, hanno indotto a ritenere la più autorevole dottrina e anche la giurisprudenza che sarà possibile la nomina di amministratori a vita, ⁷⁹ ma non di un amministratore delegato all'interno del consiglio di amministrazione. Sarà inoltre ammissibile che il fondatore riservi a se stesso o ai suoi eredi l'amministrazione dell'ente, pur non differenziando la sua posizione giuridica da quella di ogni altro rappresentante. ⁸⁰ Il fondatore potrà inoltre appositamente riservare i poteri di amministrazione ad una pluralità di soggetti specificatamente individuati sulla base dei vari apporti forniti da questi al patrimonio dell'ente.⁸¹ Non sarà possibile però che il fondatore, auto designatosi come amministratore dell'ente si riservi tale facoltà anche per designazioni successive e il potere di revoca degli amministratori. ⁸²

Si ritiene inoltre ammissibile la previsione di un organo di controllo, demandato appositamente alla vigilanza sull'operato degli amministratori e pertanto non nominabile da quest'ultimo. La costituzione di un collegio arbitrale invece, pienamente ammissibile nell'associazione, non potrà tendenzialmente ammettersi nella fondazione, ove sarà possibile unicamente la presenza di un collegio arbitrale facoltativo, nel caso in cui le parti vogliano deferirgli una futura controversia. Il fondatore invece, come già accennato al paragrafo 1.2, non viene ricompreso tra gli organi dell'ente: potrà nominare a vita membri del consiglio di

⁷⁸Sul punto F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. .256.

⁷⁹In questo senso: F. FERRARA SR. *Le persone giuridiche*, cit., p. 297, P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., p. 807, F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 209 e da segnalare inoltre per la giurisprudenza il parere n. 148/1960 del Consiglio di Stato.

⁸⁰F. FERRARA SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. .299.

⁸¹In tal senso Consiglio di Stato, 20 dicembre 2000, n. 288/00, Commiss. spec, in (in *Cons. Stato*, 2001, I, 490)

⁸²Cons. Stato, n. 148/1960.

amministrazione, se previsto dallo statuto, ma non potrà riservarsi la possibilità di sciogliere l'organo amministrativo.⁸³ Naturalmente i beneficiari della fondazione a loro volta non sono ricompresi tra gli organi della fondazione. Lo statuto potrà disporre per questi la partecipazione all'organo amministrativo di determinati gruppi sociali o rappresentanti di categorie a cui beneficio la fondazione è stata istituita, non compromettendo però l'estraneità di questi ultimi dalla struttura amministrativa dell'ente.⁸⁴ Negli ultimi anni si assiste sempre più frequentemente ad atti costitutivi di fondazione che, accanto al consiglio di amministrazione, prevedono la presenza di organi collegiali come le assemblee dei partecipanti, dando vita alla c.d. fondazione di partecipazione, fulcro di quest'elaborato, sulla quale si tornerà con una dettagliata disamina al capitolo tre.

⁸³P. RESCIGNO *Fondazione*, cit., p. 807, il quale cita puntualmente la nota sentenza 644/1961 del Cons. Stato, secondo cui: "Il fondatore, mentre può riservarsi la nomina a via del consiglio all'atto di fondazione, non può riservarsi la nomina per le successive rinnovazioni dell'organo né può riservarsi la facoltà di scioglierlo."

⁸⁴Sulla natura giuridica dei beneficiari, fondamentale la disamina fatta da P. RESCIGNO in *Fondazione*, cit., p. 813-814.

1.7 LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI E LE LIMITAZIONI DEL POTERE DI RAPPRESENTANZA.

L'articolo 18 del Codice Civile dispone che: "Gli amministratori sono responsabili verso l'ente secondo le norme del mandato. È però esente da responsabilità quello degli amministratori il quale non abbia partecipato all'atto che ha causato il danno, salvo il caso in cui, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere, egli non abbia fatto constare del proprio dissenso."

Il suddetto articolo regola la materia della responsabilità degli amministratori, tanto nelle fondazioni quanto nelle associazioni, i quali a causa di inadempienze derivanti da specifici doveri previsti dalla legge o per statuto, saranno direttamente responsabili nei confronti dell'ente.

Nelle associazioni la relativa azione è deliberata dall'assemblea degli associati ed esperita dai nuovi amministratori o liquidatori, mentre nella fondazione, come già detto a proposito della disamina dell'articolo 25 del Codice civile, essa viene esercitata dal commissario straordinario o dai nuovi amministratori o dai liquidatori a seguito dell'autorizzazione da parte dell'autorità governativa. Per l'amministratore di un ente si applicano le regole generali di rappresentanza, sia pur considerando che la dottrina maggioritaria⁸⁵ non considera l'amministratore come un vero e proprio rappresentante, individuando invece un rapporto di immedesimazione organica. Con specifico riguardo alle fondazioni occorre ribadire che, mancando in linea di massima un organo assembleare, l'unico limite imposto agli amministratori dell'ente consiste nella necessità del perseguimento dello scopo. Inoltre, in assenza di specifiche previsioni statutarie, gli amministratori sono legittimati a compiere anche atti di straordinaria amministrazione.⁸⁶

L'ipotesi che gli amministratori possano essere qualificati come dei dipendenti dell'ente è tendenzialmente esclusa, salvi i casi della presenza di un determinato contratto di lavoro subordinato. Per quanto riguarda i profili di responsabilità degli amministratori nei confronti dell'ente, l'articolo 18 C.c. rinvia espressamente alle norme in tema di mandato ex art. 1710

⁸⁵F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 309 e M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale*, cit., p. 324.

⁸⁶Sul punto F. FERRARA SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 289.

C.c ss, seppur autorevole dottrina⁸⁷ ritiene che quest'ultimo debba essere inteso in senso molto restrittivo. Tuttavia trova applicazione la norma prevista dall'articolo 1710 C.c relativa alla diligenza del mandatario, con riferimento alla vecchia disposizione contenuta nell'articolo 2392 c.c⁸⁸ in materia di responsabilità degli amministratori nelle società per azioni.

La responsabilità degli amministratori è di natura contrattuale⁸⁹ e di conseguenza è ravvisabile solo se a questi ultimi venga imputato l'inadempimento derivante dallo statuto o dalla legge e se ne è derivato un pregiudizio immediato e diretto come stabilito dall'articolo 1223 del Codice civile in materia di risarcimento del danno.

Gli amministratori quindi sono responsabili dell'attività compiuta colposamente e dolosamente in contravvenzione rispetto alle proprie funzioni e cagionando uno specifico danno all'ente. La fondazione che agirà contro gli amministratori avrà l'onere di provare l'illiceità del comportamento di questi ultimi, l'effettiva presenza di violazioni ai loro specifici doveri e il nesso di causalità con i danni sofferti dall'ente.⁹⁰

Analogamente a quanto previsto per gli amministratori delle società di capitali, la responsabilità non ha nulla a che vedere con il merito delle scelte effettuate, sicché la responsabilità concernerà la violazione dei canoni comportamentali, non l'esito negativo di per sé.⁹¹ Anche il successivo sindacato del giudice sui doveri dell'amministratore non potrà entrare nel merito dell'atto compiuto, ma sarà limitato ad una valutazione circa la plausibilità della scelta effettuata, accostandosi in tal caso allo schema della responsabilità extracontrattuale, piuttosto che a quello di un'ordinaria responsabilità contrattuale. Ulteriore ragione, a sostegno dell'extracontrattualità, si può ricavare dal vincolo di solidarietà comune agli amministratori come dispone l'articolo 2055 del Codice civile. Si può ipotizzare dunque un'ipotesi di responsabilità gestoria, consistente nella violazione di una serie di regole

⁸⁷Così F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 258: "il rinvio legislativo alle norme del mandato non implica, necessariamente, che queste norme debbano trovare integrale applicazione: vale qui precisazione corrispondente a quella formulata, in rapporto all'articolo 2260 c.c."

⁸⁸L'articolo 2392 c.c. prima della riforma disponeva che gli amministratori dovessero adempiere ai doveri imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza del mandatario e quindi richiamando espressamente l'articolo 1710 c.c.

⁸⁹F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 2.

⁹⁰In tal senso la Cass. civ., SS.UU., sentenza 06/05/2015 n° 9100

⁹¹M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 282.

comportamentali dalla cui inosservanza seguita da un danno consegue un'azione di tipo risarcitorio, così come previsto dallo schema dell'articolo 2043 C.c in materia di responsabilità extra-contrattuale. Ulteriore profilo di responsabilità degli amministratori della fondazione si può avere nei confronti dei creditori dell'ente e dei terzi in generale, benché per gli enti non vi sia una previsione analoga a quella dell'articolo 2394 C.c ove è previsto che gli amministratori di una società per azioni sono responsabili nei confronti dei creditori della società stessa per aver causato una diminuzione del patrimonio sociale a causa di una loro mala gestio della società.

I creditori difatti potrebbero agire direttamente contro gli amministratori per la lesione dei propri diritti, ma esperire la relativa azione sociale di responsabilità in via surrogatoria.

Oggi è pienamente configurabile un'ipotesi di responsabilità extra-contrattuale per la lesione di un diritto di credito, dove gli amministratori saranno responsabili secondo la regola generale ex articolo 2043 del Codice civile avendo causato un danno ingiusto derivante dalla lesione di una situazione giuridicamente rilevante.

Inoltre, i profili di responsabilità da fatto illecito sono stati ravvisati nell'articolo 2394 C.c in materia di responsabilità verso i creditori della società.⁹²

In definitiva, più che prevedere un'applicazione analogica per le fondazioni di una norma formulata per le società per azioni, si tratta di operare un'applicazione diretta di un principio ben desumibile dall'articolo 2043 C.c.

Problema ulteriore da prendere in esame è quello della responsabilità dell'ente per gli illeciti commessi dagli amministratori nello svolgimento dei propri compiti. Una prima ricostruzione dottrinale⁹³ fa riferimento alla teoria del rapporto organico, secondo cui l'attività dell'organo è direttamente imputabile al suo ente di appartenenza. Soluzione che desta diverse perplessità poiché porta in concreto all'esclusione della responsabilità personale degli amministratori. Una seconda elaborazione della dottrina, invece,⁹⁴ considera gli amministratori come veri e propri rappresentanti dell'ente e di conseguenza per gli illeciti da loro commessi si richiama espressamente all'articolo 2049 C.c., secondo cui alla responsabilità di chi opera materialmente si aggiunge in ogni caso quella indiretta dei padroni e dei committenti, in

⁹²Orientamento di gran lunga maggioritario della dottrina. Tra i tanti in questo senso: F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 260.

⁹³C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Volume I, cit., p. 314 ss.

⁹⁴G. MINERVINI - A. GRAZIANI - U. BELVISO - V. SANTORO, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2020, p. 373, con riferimento specifico alla disciplina delle società per azioni.

questo caso identificabili nell'ente stesso. Anche questa seconda ricostruzione tuttavia viene ritenuta insoddisfacente, poiché non prende in considerazione gli stati soggettivi degli amministratori, quali la malafede o l'ingratitude.⁹⁵

La soluzione ad oggi che appare preferibile sembra quella di applicare in via analogica la disposizione prevista dall'articolo 2281 c.c, che delinea una responsabilità concorrente dell'amministratore e della società, anche agli enti del primo libro del codice civile, essendo quello della responsabilità extracontrattuale un sistema di imputazione aperto.⁹⁶

Dibattuta inoltre è la possibilità di limitare in maniera implicita i poteri di rappresentanza dell'ente per mezzo dello scopo indicato nel registro delle persone giuridiche. Sul punto la giurisprudenza⁹⁷ ha chiarito che il difetto di rappresentanza tale per cui l'atto sia escluso da quelli per cui l'ente è stato riconosciuto o è venuto ad esistenza potrà essere opposto solo nel caso in cui il terzo fosse al corrente dell'eccessività dell'atto o fosse comunque in grado di rendersene conto con l'uso della normale diligenza. Rimane opinione consolidata in giurisprudenza che quando l'amministratore di un ente compia un atto rientrante della sfera applicativa dell'ente stesso senza però dichiarare la sua qualità di rappresentante, vi sia una presunzione in virtù della quale l'atto rientri con efficacia diretta tra i rapporti giuridici dell'ente, salvo si accerti che quell'attività fosse del tutto estranea alla sfera giuridica dell'ente.

⁹⁵Così F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 266.

⁹⁶S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 127 ss.

⁹⁷Cass. Sez. 1, Sentenza n. 2965 del 09/04/1990.

1.8. L'ESTINZIONE DELLA FONDAZIONE E LA DEVOLUZIONE DEI BENI.

L'articolo 27⁹⁸ del C.c disciplina le cause di estinzione della persona giuridica, applicabili tanto alle fondazioni quanto alle associazioni; dalla norma si evince che esse sono di due differenti tipologie: da un lato vi sono le cause di estinzione convenzionali, previste dall'atto costitutivo o dallo statuto dell'ente e dall'altro avremo le cause di estinzione espressamente stabilite dalla legge. Tra queste vi è senz'altro il raggiungimento dello scopo o al contrario l'impossibilità di conseguirlo, l'insufficienza del patrimonio, la scarsa utilità dello scopo ai sensi dell'articolo

28 C.c, la dichiarazione di nullità dell'atto di fondazione che si converte in una causa di estinzione dell'ente, la revoca del riconoscimento e la dichiarazione di estinzione contenuta all'interno di un provvedimento amministrativo ai sensi dell'articolo 29 C.c. Sarà inoltre possibile la previsione di un termine di durata all'interno dell'atto costitutivo della fondazione⁹⁹ e anche una specifica condizione risolutiva destinata ad operare come causa di estinzione dell'ente, poiché il suo verificarsi produrrà gli effetti previsti dagli articoli 30 e 31 del Codice civile, escludendosi però che il fondatore vanti un diritto alla retrocessione dei beni.¹⁰⁰ Per quanto riguarda il conseguimento dello scopo esso non richiede particolari considerazioni: opera nelle fondazioni come previsto dell'articolo 28 del C.c.

Discorso diverso invece quello in merito all'impossibilità di raggiungere lo scopo, che si andrà a verificare a causa di eventi sia esterni sia interni all'ente che porteranno all'impossibilità definitiva di svolgimento di ogni ulteriore attività della fondazione. Le cause

⁹⁸L'articolo 27 del Codice civile dispone: "Oltre che per le cause previste nell'atto costitutivo e nello statuto, la persona giuridica si estingue quando lo scopo è stato raggiunto o è divenuto impossibile. Le associazioni si estinguono inoltre quando tutti gli associati sono venuti a mancare".

⁹⁹Art 4.1 d.p.r. n. 361/2000 dispone che nel registro delle persone giuridiche vada indicata la durata, qualora sia prevista.

¹⁰⁰Così P. RESCIGNO, *Negozio privato di fondazione e atto amministrativo di riconoscimento*, in *Giurisprudenza italiana*, 1968, p. 1357: "il privato (il fondatore o gli eredi), attraverso il congegno della risoluzione (e quindi mediante l'apposizione di una condizione risolutiva o di un onere che risponda ai requisiti dell'articolo 648 c.p.v.), possa realizzare una retrocessione dei beni, per mancato adempimento dei fini istituzionali dell'ente, in virtù della pronuncia del giudice ordinario."

esterne all'ente possono essere sia mutamenti di tipo legislativo¹⁰¹, sia inerenti alla realtà naturale e sociale delle cose. Gli eventi interni consistono in particolare nella perdita dell'intero patrimonio, tale da incidere in modo diretto sul conseguimento dello scopo e renderlo impossibile. Per quanto riguarda il provvedimento di estinzione della fondazione è opportuno evidenziare come l'entrata in vigore del d.p.r 361/2000 abbia abrogato la previgente disciplina sancita nel terzo comma dell'articolo 27 C.c.¹⁰² L'attuale disciplina prevede invece che si debba far riferimento alla prefettura, alla regione o alla provincia autonoma, invece che alla più generica autorità governativa. È unanimemente riconosciuto in dottrina¹⁰³ che il provvedimento amministrativo che sancisce l'estinzione della persona giuridica abbia natura costitutiva, poiché la pubblica amministrazione ne accerta appositamente l'esistenza dei presupposti esercitando una specifica funzione di controllo. È sempre necessario, dunque, un apposito atto volto a sancire l'estinzione dell'ente.

L'articolo 6 del d.p.r 361/2000 dispone che, verificatasi una causa di estinzione dell'ente, su istanza di qualunque interessato o anche d'ufficio, l'autorità di vigilanza competente ne accerta l'esistenza e conseguentemente ne dichiara l'estinzione dandone poi comunicazione agli amministratori e al presidente del tribunale.

Tuttavia, il relativo atto amministrativo non è di per sé sufficiente a estinguere la persona giuridica, ma segnerà soltanto il passaggio alla successiva fase liquidatoria, ai sensi dell'articolo 30 del Codice civile, nella quale si provvederà alla definizione dei rapporti pendenti. Durante la fase di liquidazione vi sarà espresso divieto per gli amministratori di compiere nuove operazioni come disposto dall'articolo 29 del codice civile dato che, a seguito del provvedimento di estinzione, l'ente conserva la propria personalità giuridica, ma manca di legittimazione per il compimento di nuove operazioni pena l'assunzione di responsabilità personale e solidale di questi.¹⁰⁴ Una volta sopraggiunta la fase di liquidazione dell'ente vi è

¹⁰¹Sul punto l'esempio di F. GALGANO in *Delle persone giuridiche*, cit., p. 400: Si pensi alla sorte di una fondazione per l'assegnazione di doti alle discendenti nubili di una data famiglia o alle giovani indigenti di una data località di fronte ad un provvedimento legislativo che dichiara la nullità della costituzione di dote."

¹⁰²Il comma 3 dell'articolo 27 stabiliva che: "L'estinzione è dichiarata dall'autorità governativa su istanza di qualunque interessato o anche d'ufficio". Così M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 430: "Una volta fatto ciò, il provvedimento successivamente veniva comunicato agli amministratori dell'ente e al presidente del tribunale, che ne ordinava l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche".

¹⁰³Su tutti F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 351.

¹⁰⁴M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 432.

la nomina dei commissari liquidatori da parte del Presidente del Tribunale su specifica istanza degli amministratori, dei creditori o anche d'ufficio che operano deliberando a maggioranza. Questi ultimi si occuperanno della formazione dello stato passivo dell'ente, della liquidazione e della successiva ripartizione dell'attivo rimanente agli aventi diritto. A seguito della chiusura della fase di liquidazione il Presidente del Tribunale provvede che ne venga data comunicazione agli uffici competenti per la cancellazione della fondazione dal registro delle persone giuridiche. Pertanto, solo la definitiva cancellazione dal registro porta alla vera e propria fine della persona giuridica. Una volta espletata la fase di liquidazione e soddisfatti i creditori dell'ente, i beni residui eventualmente rimasti saranno oggetto di devoluzione ai sensi dell'articolo 31 C.c., che prevede che essa sia conforme all'atto costitutivo e allo statuto. Pertanto, una volta ultimata la procedura di liquidazione, si prende in esame quanto previsto in materia di devoluzione dei beni nell'atto costitutivo o nello statuto della fondazione: l'articolo 16 c.c. infatti, dispone è possibile la previsione di norme relative alla devoluzione dei beni residui, ma non obbligatorio. Qualora nulla risulti, l'autorità governativa attribuirà detti beni ad enti aventi finalità analoghe, facendo fede l'articolo 26 C.c che dispone il rispetto, per quanto possibile, della volontà del fondatore. Il provvedimento dell'autorità governativa è sindacabile dal giudice amministrativo in via di legittimità, poiché sarà vincolato alla presenza di un fine analogo nell'ente successore.¹⁰⁵ Importante evidenziare inoltre che l'atto costitutivo e lo statuto della fondazione non potranno destinare i beni residui al fondatore stesso o ai suoi eredi, fatta salva l'ipotesi che essi perseguano finalità analoghe a quelle dell'ente estinto.¹⁰⁶ Tuttavia autorevole dottrina¹⁰⁷ ha ritenuto ammissibile negli anni la clausola di reversibilità al fondatore, dove quest'ultimo sarà il destinatario dei beni devoluti dall'ente. La dottrina prevalente¹⁰⁸ è tendenzialmente concorde nel ritenere la devoluzione di bene di una fondazione un'ipotesi di successione mortis causa a titolo particolare, subentrando il nuovo ente unicamente nei rapporti patrimoniali residui e non in tutti quelli

¹⁰⁵G. TAMBURRINO, *Persone giuridiche, associazioni non riconosciute, comitati*, Torino, 1997, p. 401.

¹⁰⁶Dando origine alla c.d. Fondazione *holding* o a catena.

¹⁰⁷Tra i tanti R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., p. 14, G. TAMBURRINO, *Persone giuridiche, associazioni non riconosciute e comitati*, cit., p. 369. e A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., p. 95.

¹⁰⁸In tal senso F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 369, il quale così argomenta: "la responsabilità degli enti ai quali i beni sono stati devoluti verso i creditori della persona giuridica che non hanno fatto valere il credito durante la liquidazione è in proporzione di ciò che hanno ricevuto (ciò è proprio del successore a titolo particolare)."

facenti capo alla persona giuridica estinta.¹⁰⁹ Inoltre l'atto costitutivo e lo statuto della fondazione possono prevedere esplicite clausole devolutive di beni al loro interno: uno specifico parere fornito dal fondatore prima della decisione dell'autorità governativa, la devoluzione di beni in base ad una scelta del consiglio di amministrazione o un'apposita indicazione degli eventuali enti con finalità analoghe, permanendo in ogni caso il limite fondamentale che i beni andranno devoluti in qualunque caso ad enti che perseguono finalità analoghe.¹¹⁰ Ad ultimo si prende in esame la tutela dei creditori che durante la liquidazione non hanno fatto valere il loro diritto; per quanto riguarda i creditori ignoti al liquidatore, essi potranno agire nei confronti dell'ente destinatario della devoluzione dei beni in proporzione e nel limite di quanto ricevuto entro un anno dalla chiusura della liquidazione. I creditori noti al liquidatore, invece e pretermessi per suo dolo o colpa, potranno agire direttamente nei suoi confronti per ottenere un risarcimento del danno subito. Infine ci si domanda se i creditori rimasti insoddisfatti debbano rivalersi nei confronti della persona giuridica estinta ovvero nei confronti degli enti destinatari della devoluzione; sul punto la giurisprudenza¹¹¹ ha ritenuto che una volta che l'ente venga cancellato dal registro delle persone giuridiche i creditori potranno opporre o proseguire il giudizio nei confronti dei successori, limitatamente a quanto loro devoluto.

¹⁰⁹La dottrina minoritaria invece individua nella devoluzione di beni ad enti con finalità analoghe un'ipotesi di successione a titolo universale, dove al destinatario della devoluzione spettano anche i beni non compresi nell'inventario della liquidazione.

¹¹⁰S. DE GOTZEN- G. DINACCI, *Art. 31 – Devoluzione dei beni*, in A. BARBA - S. PAGLIANTINI (a cura di), *Commentario al Codice Civile, diretto da Enrico Gabrielli*, Milano, 2014, p. 318.

¹¹¹Così la Cass., sentenza 18 luglio 2013, n. 17564, sez. III civile in tema di società di capitali: "A seguito della riforma dell'articolo 2495 c.c. comma 2 (...), la cancellazione ha assunto efficacia costitutiva e i creditori insoddisfatti possono notificare la propria domanda contro i soci e i liquidatori presso l'ultima sede della società e possono agire anche nei confronti del liquidatore se il mancato pagamento dei debiti sociali sia dipeso da colpa di questi."

1.9 LA TRASFORMAZIONE DELLA FONDAZIONE.

A conclusione del primo capitolo di quest'elaborato si prende in esame la disciplina della trasformazione delle fondazioni, ai sensi dell'articolo 28 del Codice civile.¹¹²

In via preliminare occorre delineare la distinzione che intercorre tra la trasformazione di una fondazione e quella di una società, disciplinata dagli articoli 2498 ss. del Codice civile. Difatti, mentre la trasformazione di una società consiste nel mutamento del tipo di struttura societaria, nella fondazione la trasformazione consiste di solito nella modificazione dello scopo, che transita da quello originariamente previsto ad uno analogo, per evitare la disgregazione organizzativa e patrimoniale dell'ente. L'ammissibilità del provvedimento di trasformazione dell'ente è subordinato alla condizione che vi sia stata una specifica causa di estinzione della fondazione, come l'esaurimento, l'impossibilità o la scarsa utilità dello scopo della fondazione o l'insufficienza del patrimonio rispetto allo scopo perseguito. Inoltre si ritiene ammissibile la modifica della sede della fondazione o la fusione di questa con altre affini.

Il provvedimento di trasformazione della fondazione è emanato dall'autorità governativa che ha concesso il riconoscimento della personalità giuridica su specifica domanda da parte dell'organo amministrativo dell'ente.¹¹³ La trasformazione dell'ente comporta necessariamente una modifica statutaria e dell'atto costitutivo, pertanto ai sensi dell'articolo 2 del d.p.r. 361/2000 alla domanda è allegata la documentazione necessaria a comprovare il rispetto delle disposizioni statutarie inerenti al procedimento di modifica dello statuto. Il successivo provvedimento di approvazione da parte dell'autorità governativa viene iscritto con efficacia costitutiva all'interno del registro delle persone giuridiche. È opportuno ricordare che la decisione dell'autorità governativa ha natura discrezionale e pertanto censurabile unicamente per vizi di legittimità.¹¹⁴

¹¹²L'articolo 28 del c.c. dispone che: "Quando lo scopo è esaurito o è divenuto impossibile o di scarsa utilità, o il patrimonio è divenuto insufficiente, l'autorità governativa, anziché dichiarare estinta la fondazione, può provvedere alla sua trasformazione, allontanandosi il meno possibile dalla volontà del fondatore.

La trasformazione non è ammessa quando i fatti che vi darebbero luogo sono considerati nell'atto di fondazione come causa di estinzione della persona giuridica e di devoluzione dei beni a terze persone.

Le disposizioni del primo comma di questo articolo e dell'articolo 26 non si applicano alle fondazioni destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate."

¹¹³In tal senso la Cass. Civ., Sez. Unite, 2622/1964.

¹¹⁴F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 358.

Specifiche limitazioni alla trasformazione della fondazioni sono presenti nei commi 2 e 3 dell'articolo 28 C.c.; il secondo comma prevede che non sarà ammessa alcuna trasformazione dell'ente se questa è specificatamente esclusa dall'atto di fondazione tramite apposite clausole che impongono la devoluzione dei beni a terze persone al sopraggiungere di una causa di estinzione o di revoca del riconoscimento dell'ente. Il terzo comma invece prevede un'esclusione della modificazione dello scopo per le fondazioni di famiglia, vale a dire quegli enti costituiti a vantaggio di una o più famiglie determinate. Pertanto, non potendosi procedere alla trasformazione dell'ente una volta venuto meno il vantaggio familiare, il residuo di beni a seguito della liquidazione viene devoluto conformemente all'atto costitutivo e allo statuto, oppure, qualora questi non dispongano nulla in merito, ad altri enti aventi finalità analoghe.

Autorevole dottrina ritiene che la disposizione sia frutto di un tendenziale sfavore del legislatore per le fondazioni a scopo privato che si discostano dallo schema tipico dell'istituto.¹¹⁵ Tuttavia, potrà esservi un atto costitutivo di una fondazione di famiglia diretto al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità e in tal caso verrà ritenuto meritevole di attenzione.¹¹⁶ Ulteriore profilo da considerare in materia di trasformazione della fondazione è l'introduzione del decreto legislativo 6/2003. Tale disposizione prevede la possibilità che l'autorità governativa trasformi una fondazione in una società di capitali o, viceversa, su proposta dell'organo competente, secondo quanto disposto dai novellati articoli 2500 septies C.c. che introducono nel nostro ordinamento la figura della trasformazione eterogenea, che non comporta unicamente il cambiamento del modello organizzativo, bensì anche il mutamento dello scopo che da non lucrativo diviene lucrativo o viceversa. Pur tuttavia, è opportuno segnalare che la trasformazione da una fondazione in una società di capitali è ammissibile unicamente se prevista all'interno dello statuto e se i soci della società risultante siano tutti quanti enti non lucrativi, per evitare il capitale sociale venga distolto dall'originaria finalità del fondatore.

Ulteriore possibilità applicativa è quella della trasformazione omogenea da fondazione ad associazione e viceversa, oggi esplicitamente consentita dal nuovo articolo 42-bis C.c

¹¹⁵F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 412, nota 12. Sul tendenziale sfavore legislativo verso le fondazioni di famiglia.

¹¹⁶Sul punto l'esempio di M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 439: "Si pensi agli appartenenti a una determinata cerchia familiare che possano trarne beneficio solo ove si trovino nella precisa condizione di meritevolezza presa in considerazione dall'atto di fondazione. (indigenza, infermità, necessità di assistenza). Si perseguirà dunque, anche in queste situazioni, un fine socialmente rilevante."

introdotto dall'articolo 98 del decreto legislativo 117/2017, ma già ritenuta ammissibile in precedenza da parte della dottrina in deciso contrasto con l'opposto orientamento giurisprudenziale.¹¹⁷

Una volta operata la trasformazione, il nuovo soggetto conserva tutti i suoi diritti e obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione.

Inoltre, sempre il nuovo articolo 42-bis c.c prevede espressamente che le fondazioni possano operare anche fusioni e scissioni, sia con un'associazione, sia con una fondazione stessa.

¹¹⁷Si segnala in particolare modo Consiglio di Stato, 20 dicembre 2000, n. 288/00, Commiss. spec. in (in *Cons. Stato*, 2001, I, 490), che negò in modo esplicito la possibilità di trasformare un'associazione in una fondazione.

CAPITOLO 2: LA FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE.

2.1 PREMESSE ALLA NASCITA DELL'ISTITUTO: DALLE LEGGI SPECIALI ALLA PRASSI.

Nel secondo capitolo di questo elaborato si tratterà dell'analisi della fondazione di partecipazione, figura giuridica sviluppatasi più che altro nella prassi, specialmente notarile, partendo dalla natura giuridica dell'istituto, a lungo dibattuta in dottrina. Nel voler attribuire all'istituto in questione una prima e generale definizione, è possibile qualificare la fondazione di partecipazione come una fondazione munita di assemblea e di altri organi dominanti¹¹⁸ tipici degli enti associativi e ai quali vengono attribuite funzioni deliberative. Partendo da questo presupposto si discute quindi se questa figura sia un ibrido tra l'associazione e la fondazione come sostengono alcuni,¹¹⁹ oppure un "ente fondazionale nato dall'interpretazione degli articoli 12 e 1332 del Codice civile, combinati con l'articolo 45 della Costituzione" come ritengono altri¹²⁰.

La fondazione di partecipazione si sviluppa nel nostro ordinamento alla fine del secolo scorso principalmente dalla trasformazione in fondazione degli enti lirici e dalla nascita delle fondazioni bancarie ad opera del decreto legislativo 153/1999. Prima di allora la dottrina prevalente¹²¹ si era mostrato contraria all'ammissibilità della figura, anche se, nella prassi, l'istituto era già in uso. Difatti, secondo uno dei massimi studiosi dell'istituto¹²², il primo caso di fondazione di partecipazione risale al 7 dicembre del 1996 con la costituzione della fondazione "Pier Lombardo" con sede a Milano. L'obiettivo era quello di riuscire a creare una stabile partecipazione attiva di soggetti pubblici e privati andando ad inserire forme di

¹¹⁸Come ad esempio un collegio dei probiviri o dei revisori contabili.

¹¹⁹Da segnalare sul punto la definizione data da M. MALTONI in *Le fondazioni di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007: "Si usa convenzionalmente designare con il sintagma "fondazione di partecipazione" una struttura organizzativa metaindividuale a rilievo reale, connotata da tratti morfologici ricorrenti, ed in quanto tali ritenuti identificanti, ma priva di un referente normativo dedicato e puntuale".

¹²⁰A. PROPERSI – G. ROSSI, *Gli enti non profit*, Milano, 2015, p. 103.

¹²¹Tra i tanti in particolare A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., p. 111: "Ritengo, dunque, di dover concludere per l'impossibilità d'identificare forme miste tra associazione e fondazione".

¹²²E. BELLEZZA, *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007.

partecipazione tipiche della struttura associativa all'interno del classico modello di fondazione.

La prima disposizione speciale in materia è opera del decreto legislativo 367/1996 che ha previsto la trasformazione degli enti lirici in fondazioni, le quali, oltre al consiglio di amministrazione presieduto dal Sindaco ove il comune ha sede, potranno prevedere altri organi quali ad esempio il sovrintendente o un collegio dei revisori dei conti. Inoltre lo statuto della fondazione può disporre la possibilità di un successivo ingresso nell'ente di altri soggetti, sia pubblici sia privati, richiamando così la categoria della fondazione di partecipazione.¹²³

Successivamente il decreto legislativo 153/1999, in attuazione della Legge delega 461/1998 in materia di riordino della disciplina civile e fiscale degli enti conferenti, introduce la figura della fondazione bancaria, una nuova istituzione di diritto privato, dotata di personalità giuridica.

Il decreto legislativo 153/1999 all'articolo 1, infatti, prevede esplicitamente la forma della fondazione per gli enti conferenti che avevano dato vita ad istituti bancari, secondo quanto previsto dalla legge delega. Tuttavia, pur inquadrando questa nuova figura all'interno del tradizionale schema della fondazione, emergono alcune differenze a livello organizzativo che sottolineano la volontà di allontanarsi dalla rigida e tradizionale impostazione codicistica.

In particolare, ai sensi dell'articolo 4¹²⁴ lettera a del d.lgs. 153/1999, lo statuto della fondazione bancaria deve prevedere organi distinti per le funzioni di indirizzo, di amministrazione e di controllo. L'organo di indirizzo rappresenta senz'altro la novità legislativa dell'istituto; a quest'ultimo infatti verranno attribuite non solo competenze puramente tecniche, ma anche di natura gestionale: potrà infatti procedere alla formulazione

¹²³Tesi sostenuta da G. ALBENZIO, *Le fondazioni teatrali come nuovo modello di fondazione-impresa*, in Riv.Not., 1998, p. 657.

¹²⁴L'articolo 4 del d.lgs. n. 153/1999 così recita: "Gli statuti, nel definire l'assetto organizzativo delle fondazioni, si conformano ai seguenti principi: a) previsione di organi distinti per le funzioni di indirizzo, di amministrazione e di controllo; [...] c) previsione, nell'ambito dell'organo di indirizzo, di un'adeguata e qualificata rappresentanza del territorio, con particolare riguardo agli enti locali, nonché dell'apporto di personalità che per professionalità, competenza ed esperienza, in particolare nei settori cui è rivolta l'attività della fondazione, possano efficacemente contribuire al perseguimento dei fini istituzionali, fissando un numero di componenti idoneo ad assicurare l'efficace esercizio dei relativi compiti e prevedendo modalità di designazione e di nomina dirette a consentire un'equilibrata, e comunque non maggioritaria, rappresentanza di ciascuno dei soggetti che partecipano alla formazione dell'organo."

dei programmi gestionali, approvare e modificare lo statuto e i regolamenti interni, nominare e revocare i membri dell'organo amministrativo e di controllo, approvare il bilancio e deliberare in materia di operazioni straordinarie. Inoltre la lettera d del medesimo articolo prevede espressamente che "le fondazioni di origine associativa possono, nell'esercizio della loro autonomia statutaria, prevedere il mantenimento dell'assemblea dei soci, disciplinandone la composizione ferme rimanendo in ogni caso le competenze dell'organo di indirizzo da costituirsi ai sensi del presente articolo", ritenendo dunque ammissibile l'organo assembleare all'interno della fondazione bancaria, ma rimanendo l'organo di indirizzo il fulcro decisionale dell'ente.

Successivamente la fondazione di partecipazione è divenuta configurabile anche per gli enti universitari; infatti la legge finanziaria 388/2001 con successiva regolamentazione da parte del d.p.r 254/2001 ha dotato le Università della possibilità di costituire fondazioni di diritto privato, ponendo dunque in essere la figura giuridica della fondazione universitaria, la quale presenta elementi partecipativi al suo interno; difatti l'articolo 6 del d.p.r 254/2001 prevede che assumano la qualifica di fondatori dell'ente "i soggetti pubblici o privati, che accettano di contribuire al fondo di dotazione iniziale ed al fondo di gestione, oltre agli enti di riferimento. Al secondo comma invece, è prevista la figura dei partecipanti istituzionali, vale a dire soggetti, pubblici e privati, che contribuiscono al perseguimento dello scopo prefissato, tramite contribuzioni periodiche. L' articolo 7 del d.p.r 254/2001 elenca gli organi della fondazione universitaria: il presidente, il consiglio di amministrazione, il collegio dei revisori dei conti e il comitato scientifico.

Nella fattispecie della fondazione universitaria non avviene un vero e proprio distacco dai soggetti fondatori dall'ente, continuando questi ad esercitare una notevole ingerenza anche successivamente alla costituzione e alla dotazione della fondazione.

Nel corso degli anni la fondazione di partecipazione, nata inizialmente per prendere in esame le fattispecie disciplinate dalle apposite leggi speciali, ha assunto un'importanza e una diffusione sempre crescente, tanto da essere diretta, secondo alcuni ¹²⁵, a soppiantare in futuro le fondazioni tradizionali, vista soprattutto la grande rilevanza economica.

¹²⁵G. SICCHIERO, *Le fondazioni di partecipazione*, in *Contratto e impresa*, 2020, p. 19 ss., sostiene che in futuro le fondazioni partecipazione prenderanno definitivamente il posto delle fondazioni ordinarie. Basti pensare alla recentissima scelta di affidarsi allo strumento della fondazione di partecipazione per la gestione congiunta delle attività necessarie dei futuri giochi olimpici invernali del 2026. È stata costituita la "Fondazione Milano Cortina 2026", composta da un c.d.a. di 22 consiglieri, un comitato di gestione, un collegio sindacale e un revisore dei conti.

Sulla legittimità della fondazione di partecipazione, la giurisprudenza in materia formatasi negli anni invece ha natura eminentemente contabile-amministrativa, mentre la giurisprudenza civile se n'è occupata in un unico provvedimento del Tribunale di Belluno, secondo cui: "essendo la fondazione di partecipazione un modello di organizzazione sociale atipico che racchiude i caratteri propri dell'associazione e della fondazione, ad essa si applicano per analogia le norme in materia di fondazione e di associazione, purché compatibili, avendosi particolare riguardo alle clausole statutarie."

La struttura aperta della fondazione di partecipazione legittima pertanto il fondatore a esercitare il diritto di recesso ex art.24, comma 2 C.c, fermo l'obbligo di adempiere alle obbligazioni certe ed esigibili al tempo del recesso ed esclusa la ripetizione dei versamenti effettuati. La tesi sostenuta dalla giurisprudenza di merito in materia dunque è che " non è da considerarsi abusivo il recesso dell'ente pubblico fondatore per ragioni di contenimento alla spesa pubblica."¹²⁶

Tuttavia, sulla legittimità dell'esercizio del diritto di recesso all'interno della fondazione di partecipazione si tratterà al paragrafo sesto del suddetto capitolo.

L'ammissibilità della fondazione di partecipazione trova un' ulteriore conferma normativa al comma 6 dell'articolo 24¹²⁷ del nuovo Codice del Terzo settore, dove è esplicitamente previsto che lo statuto delle fondazioni del Terzo settore possa prevedere la costituzione di un organo assembleare al proprio interno.

¹²⁶Ordinanza 15/2/2018 del Tribunale di Belluno.

¹²⁷L'articolo 24.6 del Codice del Terzo settore dispone che: "Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche alle fondazione del terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, in quanto compatibili ed ove non derogate dallo statuto."

2.2 IL FONDAMENTO E LA NATURA GIURIDICA DELL'ISTITUTO.

La fondazione di partecipazione è senza dubbio una figura giuridica atipica, priva di una specifica disciplina normativa, che racchiude in sé alcuni elementi propri della fondazione ed altri, peculiari degli enti a carattere associativo,¹²⁸ costituendo un nuovo modello di organizzazione sociale, distinto dalle figure tipizzate all'interno del Codice civile. La nascita e la successiva proliferazione di questo istituto giuridico trae origine da una situazione di profonda crisi del modello di fondazione tradizionale, nella quale, una volta avvenuto il distacco del fondatore dall'ente, si sfociava spesso nella più totale noncuranza degli amministratori a discapito degli obiettivi prefissati al momento della costituzione dell'ente. Pertanto le fondazioni di partecipazione apportano una profonda innovazione in tal senso, consentendo un intervento successivo di altri soggetti all'interno dell'ente costituito. L'espressione "fondazione di partecipazione" è di matrice dottrinale,¹²⁹ mentre le disposizioni di legge, come già accennato, non ne danno alcuna nozione, né regolamentazione

Tale espressione si presenta come un ossimoro, andando a contrapporre l'istituto della fondazione, a quello delle associazioni, creando quindi una figura "ibrida"¹³⁰. Senza dubbio la fondazione di partecipazione trova una propria legittimazione all'interno dell'articolo 1332 del Codice civile¹³¹, in materia di contratti aperti, vale a dire quella tipologia di contratti nei quali, successivamente alla loro conclusione, potrà verificarsi l'aggiunta di una o più parti, trasformando il negozio giuridico in un contratto plurilaterale. Tutto ciò è reso possibile in forza di una apposita clausola di adesione o di apertura, la cui natura giuridica è piuttosto dibattuta. Vi è una prima tesi¹³², di natura contrattuale, secondo cui si tratterebbe di un atto da

¹²⁸Da segnalare la pronuncia della Corte dei Conti sezione Veneto, n.345/2014 secondo cui: "Le fondazioni di partecipazione rispondono all'esigenza di disporre uno strumento più ampio rispetto alla fondazione tout court, caratterizzato dalla commistione dell'elemento patrimoniale con quello associativo, in ragione della partecipazione di più soggetti alla costituzione dell'organismo, funzionali, in particolare, alle ipotesi di partenariato pubblico-privato."

¹²⁹Si riconosce la paternità dell'espressione al già citato notaio Enrico Bellezza, considerato come uno dei massimi studiosi e praticanti dell'istituto.

¹³⁰A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., p.84, parla di "ibridazione in punto di struttura e di funzione dei fenomeni associativo e fondazione."

¹³¹L'articolo 1332 del Codice civile dispone che: "Se ad un contratto possono aderire altre parti e non sono determinate le modalità dell'adesione, questa deve essere diretta all'organo che sia stato costituito per l'attuazione del contratto o, in mancanza di esso, a tutti i contraenti originari."

¹³² C. M. BIANCA, *Diritto civile*, Volume I, Milano, 1987, cit., p. 250.

qualificare come un'offerta al pubblico o un invito a trattare; a questa tesi si contrappone autorevole dottrina la quale sostiene che la clausola di apertura non ha natura recettizia, ma consiste in un atto unilaterale di adesione ad un contratto aperto.¹³³ Tra le due tesi quella contrattuale pare essere la più convincente e ciò in considerazione della natura giuridica dell'ente in esame; occorrerà pertanto valutare, a seconda del caso concreto, se la clausola di adesione integri un'ipotesi di offerta al pubblico o un mero invito a trattare. Nel caso di specie risulta una piena attinenza di tale disciplina con la figura giuridica della fondazione di partecipazione. Questa infatti consente la successiva ammissione di nuovi soggetti al suo interno tramite la apposizione di un'apposita clausola di apertura, prevista nello statuto, che si occuperà di determinare le modalità di accesso dei nuovi soggetti. Qualora lo statuto nulla disponga in merito, l'adesione di nuove parti sarà demandata ad appositi organi a ciò predisposti, in conformità con quanto previsto dall'art.1332 c.c.

Il vecchio articolo 12 del Codice civile, oggi sostituito dall'articolo 1 del d.p.r. 361/2000, prevedeva la possibilità di costituire "altre istituzioni di carattere privato" oltre ad associazioni e fondazioni,¹³⁴ dando vita in tal modo ad un vivace dibattito in ordine alla possibilità di costituire corpi intermedi oltre a quelli disciplinati dal libro primo del codice civile.

Una prima interpretazione dottrinale¹³⁵ sostiene che quella degli enti del primo libro del Codice civile sia una categoria aperta, non ancorata ai modelli tipici di associazione e fondazione, da definire volta per volta in base al caso concreto. A sostegno di questa tesi è opportuno richiamare anche la Relazione al Codice civile numero 43, secondo la quale: "si è creduto di aggiungere alla menzione dei due tipi tradizionali, associazioni e fondazioni, l'accenno ad altre istituzioni di carattere privato, che non sono né associazioni, né fondazioni e che sono contraddistinte per la loro destinazione ad uno scopo. (...) nella nostra tradizione scientifica non era possibile tener conto nella varietà delle vita moderna, di altre creazioni giuridiche non perfettamente aderenti né alle associazioni, né alle fondazioni. Quanto alla regolamentazione di queste istituzioni, è ovvio che sarà applicabile la disciplina delle associazioni ovvero delle fondazioni, secondo che la loro natura si avvicini prevalentemente a quella dell'uno o dell'altro tipo di enti."

¹³³C. MIRABELLI, *Dei contratti in generale. (Artt. 1321-1469)*, Torino, 1958, p. 89 ss.

¹³⁴Si ricorda che il d.p.r. 361/2000 ha abrogato l'articolo 12 del Codice civile e parla anch'esso di "altre istituzioni di carattere privato."

¹³⁵E. BELLEZZA- F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, Milano, 2006.

Altra opinione invece rinviene nella norma in esame un riferimento alla nota teoria istituzionalistica, secondo la quale associazione e fondazione rientrano entrambe nell'unico e più ampio genus di istituzione. Tuttavia sembra opportuno propendere per l'opinione sostenuta da altra autorevole dottrina, la quale ha escluso la possibilità di inquadrare la fondazione di partecipazione come una figura atipica e ulteriore rispetto all'associazione e alla fondazione tradizionale. A sostegno di questa tesi sono state poste due considerazioni interpretative: la prima, di carattere storico, secondo cui il legislatore del 1942 intendeva impedire con tale disposizione agli enti di carattere privato di sfuggire al controllo tutorio¹³⁶, e la seconda, di carattere sistematico, per la quale "l'autonomia privata non può creare ex novo nuove istituzioni dotate di rilievo reale, ma solo scegliere fra quelle già previste dall'ordinamento e modularne l'organizzazione interna nei limiti di quanto previsto dalla legge."¹³⁷

La fondazione di partecipazione quindi non è una figura giuridica atipica, bensì una fondazione in senso proprio, la cui caratteristica della struttura aperta connota l'istituto di una modernità necessaria per la tutela degli interessi dei beneficiari dell'ente, che divengono i principali destinatari dell'attività di quest'ultimo.¹³⁸

Importante inoltre è la scelta semantica di utilizzare la preposizione "di" piuttosto che parlare di "fondazione con partecipazione". L'espressione fondazione di partecipazione dunque, seppur concettualmente inappropriata, è entrata a far parte del linguaggio comune, pur destando perplessità in gran parte della dottrina.¹³⁹ In comune con la fondazione tradizionale vi è lo scopo non lucrativo e il vincolo di destinazione del patrimonio dell'ente al

¹³⁶Sul punto anche M. MALTONI, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., per il quale: "Innanzitutto, mi pare condivisibile la lettura che non ascrive alla norma citata alcuna velleità concessiva all'autonomia privata della libertà di creare corpi intermedi; il contesto storico e sistematico conducono piuttosto a ritenere che il suo compito fosse quello di impedire che enti di carattere privato, qualunque ne fosse la fonte di legittimazione, sfuggissero al controllo tutorio."

¹³⁷ Così A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., p. 90 ss.: "L'autonomia privata non può pertanto creare nuovi tipi dotati di rilievo reale, ma solo scegliere tra quelli a sua disposizione rispetto ai quali tuttavia può modularne l'organizzazione interna".

¹³⁸ P. RESCIGNO, [*Fondazioni di partecipazione*] *Conclusioni*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007, p. 88, il quale sottolinea come invece nelle fondazioni tradizionali non vi sia spazio alcuno per i beneficiari di pretendere che le risorse dell'ente siano effettivamente impiegate in loro favore.

¹³⁹A. ZOPPINI in *Problemi e prospettive*, cit., p. 22, definisce l'espressione "fondazione di partecipazione" "concettualmente fuorviante". G. SICCHIERO invece, in *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 34, riconosce che l'espressione non piace, ma trova preferibile mantenere tale terminologia.

perseguimento di un obiettivo predefinito, mentre, a differenza dello schema tipico di fondazione nella quale vi è un distacco del fondatore dall'ente una volta costituito, nella fondazione di partecipazione i fondatori partecipano in modo attivo alla vita dell'istituto, analogamente a quanto avviene all'interno di un'associazione. Contrariamente a quest'ultima però dove vige piena governabilità e modificabilità degli obiettivi dell'ente, la fondazione di partecipazione sarà caratterizzata dall'immutabilità del proprio scopo.

La fondazione di partecipazione è costituita da una pluralità soggetti, siano essi fondatori o semplici partecipanti all'iniziativa, i quali conferiscono un apporto di qualunque natura¹⁴⁰ funzionale al raggiungimento dello scopo e partecipano attivamente alla fase gestionale dell'ente. È importante sottolineare come nella fondazione di partecipazione il patrimonio iniziale non è necessariamente autosufficiente e definitivo, ma suscettibile di futuri incrementi da parte di soggetti ulteriori ai fondatori, per effetto di adesioni successive.

¹⁴⁰Con l'espressione "di qualunque natura" si prende in considerazione non solo un apporto di natura economica, bensì anche il lustro offerto dalla partecipazione di determinati soggetti che assumeranno la specifica veste di "soci onorari" dell'ente.

2.3 L'ELEMENTO PATRIMONIALE NELLA FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE.

Un elemento peculiare della figura giuridica della Fondazione di partecipazione è senz'altro quello patrimoniale. Come già visto infatti per le fondazioni di tipo tradizionale, uno dei requisiti imprescindibili per la regolarità dell'ente è la presenza di un conferimento patrimoniale (dotazione) al momento della sua costituzione. Patrimonio che, come già evidenziato, è costituito dall'insieme dei beni sufficienti al perseguimento dello scopo.

Nelle fondazioni di partecipazione, invece, si assiste ad una formazione progressiva del patrimonio dell'ente¹⁴¹; vale a dire che, a seguito dell'iniziale atto di liberalità con cui i fondatori dotano il nuovo ente, è possibile aggiungere donazioni da parte dei soggetti pubblici e privati che sono parte della fondazione. L'insieme delle donazioni effettuate costituisce il patrimonio della fondazione necessario al perseguimento dello scopo prefissato.¹⁴² Partendo dalla formazione progressiva del patrimonio è possibile ricavare un'altra fondamentale caratteristica della fondazione di partecipazione: quest'ultima non è mai istituita con l'obiettivo di erogare rendite come avviene nella fondazione tradizionale, bensì per trovare una soluzione ai numerosi problemi gestori dell'ente tramite la raccolta di contributi da parte di soggetti che condividono il progetto dell'ente.

Il patrimonio della fondazione di partecipazione è pertanto definito a "struttura aperta": al suo interno infatti sia i fondatori che i successivi partecipanti al progetto dell'ente conferiscono beni mobili, immobili, denaro, servizi e lavoro, creando così la massa patrimoniale dell'ente. I conferimenti quindi consistono non solo in beni patrimonializzabili quali il denaro, ma anche in beni immateriali e prestazioni d'opera purché funzionali al raggiungimento dello scopo prefissato. È escluso inoltre che tali contributi nei confronti di una fondazione possano essere effettuati a titolo oneroso, come invece può avvenire per un ente di tipo associativo,¹⁴³ dove si acquista un diritto di partecipazione volto a realizzare l'interesse patrimoniale di chi apporta il contributo. All'interno di una fondazione invece, per quanto il fondatore possa riconoscere

¹⁴¹E. BELLEZZA- F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 30.

¹⁴²Così E. BELLEZZA-F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 31: "Si determina in questo modo il fenomeno dei c.d. "Fondatori successivi" (intesi come contributori al Fondo di Dotazione) o, più comunemente, dei partecipanti che si aggiungono con i propri contributi ai fondatori iniziali.

¹⁴³V. Cons. Stato, n.759/1994 in Foro Amm. 1994, 1, p. 1849: "Lo statuto di una fondazione non può prevedere tra le entrate le quote associative, trattandosi di un ente a base patrimoniale."

determinati vantaggi a coloro i quali apportano contributi all'ente, come ad esempio la partecipazione alla gestione di quest'ultimo, in ogni caso non si potrà mai trasformare la loro partecipazione in un vantaggio di natura patrimoniale.¹⁴⁴

L'assetto patrimoniale di una fondazione di partecipazione è composto da: un fondo di dotazione, un fondo di gestione e i beni in concessione d'uso all'ente.

Il fondo di dotazione costituisce il patrimonio intangibile della società. Esso è composto da: “i conferimenti in denaro, beni mobili od immobili o altre utilità impiegabili per il perseguimento degli scopi, effettuati dai Fondatori (sia promotori che nuovi), e dagli aderenti; dai beni mobili ed immobili che pervengano o perverranno a qualsiasi titolo, compresi quelli acquistati dalla stessa secondo le norme del proprio Statuto; da contributi dell'Unione Europea, dello Stato o di Enti territoriali, dalle elargizioni fatte da Enti o da privati con espressa destinazione ad incremento del patrimonio; dalla parte di rendite non utilizzata che, con delibera del Consiglio Generale, può essere destinata ad incremento del Patrimonio.”¹⁴⁵

Al fondo di dotazione si contrappone il fondo di gestione della fondazione, che viene costituito per mezzo di conferimenti di qualunque natura, non solo economica. Il fondo di gestione rappresenta la vera e propria cassa dell'ente, vale a dire le risorse da esso spendibili, e viene continuamente alimentato nel corso del tempo, per sostenere gli eventi che l'ente intende realizzare.¹⁴⁶

Il fondo di gestione è composto dalle rendite e dai proventi derivanti dal patrimonio e dalle attività della fondazione medesima, da eventuali donazioni o disposizioni testamentarie, che non siano espressamente destinate al fondo di dotazione, da eventuali altri contributi attribuiti dallo Stato, da enti territoriali o da altri enti pubblici; dai contributi in qualsiasi forma concessi da Partecipanti Istituzionali, da Partecipanti e da Partecipanti Onorari e da Terzi; dai ricavi delle attività istituzionali, accessorie, strumentali e connesse.

¹⁴⁴Così A. GIACINTI - R. CADONI, *Un modello di fondazione atipico: la fondazione di partecipazione*, in *Enti non profit*, 2005, p. 11.

¹⁴⁵F. FLORIAN, *La fondazione di partecipazione, le fondazioni tradizionali le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007, p. 67 ss.

¹⁴⁶In tal senso E. BELLEZZA- F. FLORIAN, in *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 89: “La fondazione esige non solo di un patrimonio, ma anche di un fondo di gestione, che deve essere costantemente alimentato per sostenere gli eventi che si vogliono realizzare. Appare pertanto normale aprire agli apporti economici ed alla partecipazione di soggetti pubblici o privati diversi dai fondatori, ed è consequenziale a questa necessità quella di consentire a tali soggetti di controllare come vengano spesi i contributi da loro versati.”

I beni in concessione d'uso dell'ente infine, verranno sottoposti ad un regime particolare, sia in termini di utilizzazione che in termini di finalizzazione in caso di scioglimento della fondazione di partecipazione.

È tuttavia importante ricordare che, per una valutazione congrua del patrimonio dell'ente rispetto a quello che è il suo scopo prefissato, si andrà a valutare l'intero complesso patrimoniale della fondazione, costituito sia dal fondo di dotazione sia da quello di gestione. Tale modalità è ritenuta condivisibile anche dalle autorità governative preposte al riconoscimento delle persone giuridiche.

La fondazione di partecipazione oltre all'elemento patrimoniale appena descritto, si caratterizza per la presenza di un elemento personale; quest'ultimo consiste nelle varie categorie di soggetti che fanno parte dell'ente, vale a dire sia persone fisiche, sia persone giuridiche, siano esse di natura pubblica o privata.

In via preliminare vi sono i fondatori promotori dell'ente, i quali si occupano della costituzione della fondazione e della successiva dotazione dei mezzi necessari al raggiungimento degli obiettivi prefissati. Oltre a questi vi sono i partecipanti fondatori, vale a dire quei soggetti che vengono ammessi in un momento successivo per mezzo di un'apposita previsione statutaria e i fondatori aderenti, ossia coloro i quali contribuiscono alla vita della fondazione tramite contribuzioni in denaro periodiche o una tantum ed infine i sostenitori che sostengono l'ente attraverso contributi di carattere non economico.

Occorre infine svolgere una breve disamina su quello che è l'esercizio finanziario della fondazione di partecipazione, che avrà inizio il primo dell'anno per terminare il 31 dicembre. Entro il mese di novembre l'organo assembleare approva il bilancio previsionale dell'esercizio successivo, entro il trenta aprile dell'anno successivo, il bilancio consuntivo.

In modo analogo a quanto previsto per le società di capitali al comma 1 dell'articolo 2423 C.c.¹⁴⁷, il bilancio di esercizio dell'ente è un atto plurimo composto dallo stato patrimoniale, conto economico, rendiconto finanziario e nota integrativa.

Gli organi della fondazione in seguito, potranno contrarre impegni e assumere obbligazioni, nei limiti di quanto stanziato dal bilancio d'esercizio approvato.

Gli eventuali avanzi derivanti dalla gestione annuale dell'ente devono essere impiegati prima di tutto per ricostituire il patrimonio della fondazione in caso di eventuali riduzioni

¹⁴⁷L'articolo 2423. 1 c.c. prevede che : "Gli amministratori devono redigere il bilancio di esercizio, costituito dallo stato patrimoniale, dal conto economico, dal rendiconto finanziario e dalla nota integrativa."

patrimoniali derivanti da perdite pregresse, oppure per l'acquisto di beni strumentali per incrementare l'attività dell'ente.

È importante ribadire che è vietata in ogni modo la distribuzione di utili, avanzi di gestione e di fondi e riserve durante la vita della fondazione, se non imposto da una disposizione di legge.¹⁴⁸

¹⁴⁸E. BELLEZZA-F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 91.

2.4 GLI ORGANI DELLA FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE: IL PROBLEMA DELL'ASSEMBLEA.

L'aspetto più rilevante in materia di fondazioni di partecipazione consiste nella composizione della struttura organizzativa dell'ente, in particolare operando un raffronto con la fondazione tradizionale e la sua struttura rigida.

Una prima autorevole analisi ha sostenuto che per la fondazione di partecipazione non esista un modello tassativo di organizzazione amministrativa, ma è possibile configurare l'organizzazione più idonea possibile a soddisfare le esigenze di ciascun caso concreto. Un primo modello, ad ampia struttura, separa l'assetto proprietario della fondazione da quello gestorio, prevedendo al suo interno un consiglio di sorveglianza, un'assemblea dei partecipanti e un consiglio di gestione. Un secondo modello, meno articolato, è caratterizzato dalla presenza di un consiglio di amministrazione, con competenze simili a quelle del consiglio di gestione.

Vi è, infine, un terzo possibile modello, con caratteristiche assimilabili alla fondazione tradizionale.¹⁴⁹

Spetta ai fondatori dell'ente, dunque, la scelta in ordine alla struttura giuridica più idonea al perseguimento degli obiettivi e in relazione allo sviluppo futuro della fondazione di partecipazione.

Per ciò che concerne, invece, i singoli organi della fondazione di partecipazione, preliminarmente occorre soffermarsi sulla presenza di un apposito organo di sorveglianza all'interno della fondazione, in antitesi con quanto previsto dall'articolo 25 C.c per le fondazioni tradizionali, che sono prive di un meccanismo di controllo interno e soggette ad apposita vigilanza da parte dell'autorità governativa.

Nelle fondazioni di partecipazione invece, vi è la previsione di un organo interno all'ente, i cui poteri vengono espressamente disciplinati all'interno dell'atto costitutivo e dello statuto.

Il consiglio di sorveglianza possiede come finalità quella di vigilare sulla legittimità dell'operato dell'ente rispetto alla legge, allo statuto e al pubblico interesse. Proprio per

¹⁴⁹La dettagliata analisi delle possibili articolazioni organizzative delle fondazioni di partecipazione viene fatta dal notaio E. BELLEZZA in *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 49 ss., il quale sostiene esplicitamente che: "Le variabili evidentemente possono essere moltissime, tanto è vero che risulta corretto affermare come sia ben difficile trovare Fondazioni di partecipazione tra loro identiche."

questa ragione la maggior parte dei membri di quest'ultimo sono rappresentanti di Enti pubblici e Enti territoriali.

Tale composizione dell'organo di sorveglianza evidenzia la volontà di aggiungere ulteriori occasioni di controllo pubblicistico nei confronti dell'ente, poiché per un ente partecipato il perseguimento di un pubblico interesse è requisito indefettibile per la sua operatività.¹⁵⁰

La previsione di questo tipo di controllo è contenuta all'interno dello statuto della fondazione. Ulteriore caratteristica della fondazione di partecipazione è quella di prevedere ulteriori organi all'interno dell'ente: basti pensare alla previsione di un presidente¹⁵¹, di un direttore generale o di strumenti contabili di verifica intra-annuale.¹⁵²

La scelta di istituire un apposito organo di controllo all'interno dell'ente risulta preferibile rispetto alla possibilità di attribuire tale prerogativa all'organo amministrativo dell'ente, circostanza quest'ultima che potrebbe generare una situazione di incertezza e confusione sulle prerogative dell'istituto.¹⁵³

Altro organo di primaria importanza all'interno della fondazione di partecipazione è senz'altro il consiglio di gestione, organo esecutivo deputato all'amministrazione ordinaria e straordinaria dell'ente. Nello svolgimento delle proprie funzioni deve agire secondo quelli che sono criteri di efficacia, efficienza ed economicità. Tutti i membri del consiglio di gestione vengono nominati dall'assemblea della fondazione e la loro carica è incompatibile con quella di membro dell'organo assembleare.

Al consiglio di gestione compete: "la predisposizione di programmi e obiettivi da presentare annualmente al consiglio di indirizzo; predisporre il regolamento della fondazione, che sarà approvato, ove opportuno, dall'organo di indirizzo; deliberare in ordine all'accettazione di eredità, legati e contributi; presentare il bilancio preventivo e consuntivo; individuare gli eventuali dipartimenti operativi, ovvero i vari settori di attività della fondazione; nominare,

¹⁵⁰Sul punto la disamina di M.P. CHITI, *La presenza di enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007, p. 47.

¹⁵¹Al presidente della fondazione compete la tipica funzione di direzione della fondazione. Egli sarà inoltre il rappresentante di quest'ultima davanti a terzi e in giudizio.

¹⁵²E. BELLEZZA- F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p.94 definiscono questa la funzione di "cerniera" svolta dai vertici della fondazione.

¹⁵³In tal senso sempre E. BELLEZZA - F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non profit*, Firenze, 1998, p. 71 ss.

ove opportuno, il direttore generale e la segreteria amministrative, determinandone qualifiche, compiti, natura e durata dell'incarico.¹⁵⁴

Successivamente, appare opportuna la disamina all'interno della fondazione di partecipazione dell'assemblea dei partecipanti, in piena inerenza con il principio di partecipazione che connota l'ente in questione.

L'assemblea dei partecipanti all'interno di una fondazione è composta come segue: un rappresentante per ciascuno dei fondatori dell'ente,¹⁵⁵ membri nominati dagli stessi fondatori, e altri soggetti nominati, anche in maniera congiunta, da i rappresentanti istituzionali dell'ente.

La ratio di tale composizione è quella di rendere l'organo assembleare rappresentativo di tutti i soggetti che prendono parte alla fondazione.

Le funzioni attribuite all'organo assembleare sono molteplici, tra cui: "stabilire annualmente le linee generali dell'attività della fondazione; approvare il bilancio di previsione e il bilancio consuntivo, predisposti dal consiglio di gestione; approvare, ove lo ritenga opportuno, il regolamento relativo all'organizzazione e al funzionamento della Fondazione, predisposto dal Consiglio di gestione; nominare i partecipanti Istituzionali, i Partecipanti, i Partecipanti onorari e il Presidente della Fondazione; nominare i membri del consiglio di Gestione; nominare il Revisore dei conti; deliberare in merito allo scioglimento della fondazione, alla nomina dei liquidatori, e alla devoluzione del patrimonio; deliberare eventuali modifiche statutarie."¹⁵⁶

Occorre però precisare che, trattandosi di una struttura di natura fondazionale, la scelta di prevedere un organo assembleare, tipico delle associazioni, solleva molteplici dubbi.

Va evidenziato che nessuna disposizione di legge vieta l'introduzione di un assemblea all'interno di una fondazione, organo che pertanto non è da ritenersi illegittimo, ma che sarà però soggetto a numerosi limiti, tra cui il perseguimento di uno scopo specificatamente prefissato.¹⁵⁷

¹⁵⁴E. BELLEZZA-F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 96.

¹⁵⁵A tal proposito E. BELLEZZA in *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 96, ci ricorda che: "in seconda convocazione la riunione è valida qualunque sia il numero dei presenti, purché sia garantita sempre la maggioranza ai fondatori".

¹⁵⁶E. BELLEZZA-F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit. p. 95.

¹⁵⁷M. MALTONI, *La fondazione di partecipazione*, cit., p. 29 ss.

Nell'ottica di definire il perimetro di attività può ritenersi che, all'organo assembleare di una fondazione competano funzioni di carattere amministrativo ed organizzativo dell'ente, come quelle in precedenza evidenziate, quali l'approvazione del bilancio o la nomina dei partecipanti.

Resta però da sciogliere il nodo molto problematico su quali siano le competenze dell'assemblea di una fondazione in materia di operazioni straordinarie dell'ente, fermo restando il ruolo chiave esercitato dalla stessa assemblea per gli enti associativi.

Esaminiamo ora il delicato tema della trasformazione dell'ente.

L'articolo 28 C.c. sottolinea come la competenza in materia di trasformazione delle fondazioni tradizionali spetti all'autorità governativa, la quale deve discostarsi il meno possibile dalla volontà impressa dal fondatore dell'ente.¹⁵⁸ L'inderogabilità della competenza amministrativa trova conferma anche l'articolo 2500-octies C.c. terzo comma, il quale recita che: "la trasformazione di fondazioni in società di capitali è disposta dall'autorità governativa, su proposta dell'organo competente.

Di rilievo inoltre quanto disposto dall'articolo 26 del codice civile in materia di coordinamento dell'attività di più fondazioni, che ugualmente ha rimesso la decisione dell'autorità governativa.

È inoltre necessario chiarire se il ruolo esercitato dall'autorità governativa sia funzionale all'attuazione degli obiettivi prefissati dal fondatore, o viceversa serva a garantire il perseguimento di un pubblico interesse. Sul punto sia l'articolo 28 c.c. che l'articolo 31 c.c., in materia di devoluzione dei beni dell'ente, ammettono la riserva in favore dell'autonomia privata: confermando la tesi che a prevalere è la volontà del fondatore.

Nelle fondazioni di tipo tradizionale, come già visto al capitolo uno, il controllo da parte dell'autorità governativa ex art.25 ss. c.c. è imprescindibile per il corretto funzionamento dell'ente, fermo restando però che nulla vieta la previsione di ulteriori organi oltre il consiglio

¹⁵⁸A. FUSARO, *Trasformazione da e in fondazione di partecipazione*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007, p. 46.

di amministrazione;¹⁵⁹ i quali però, come sostenuto sia dalla giurisprudenza¹⁶⁰ sia da autorevole dottrina¹⁶¹, incontrano un limite nei connotati inderogabili dell'istituto della fondazione, ed in special modo nel rispetto della destinazione del patrimonio allo scopo prefissato.

Occorre però domandarsi se tale previsione di carattere generale possa essere in qualche modo derogata nella disciplina delle fondazioni di partecipazione mediante l'inserimento di apposite clausole statutarie che assegnino detta competenza ad un organo interno all'ente. In base a quanto disposto dall'articolo 2 del d.p.r. 361/2000¹⁶² non è più necessaria un'apposita attribuzione all'interno dell'atto costitutivo in tema di modifiche statutarie, ma sarà sufficiente un apposito organo interno all'ente cui affidare tale decisione..

Va però ricordato quanto disposto dall'articolo 28 C.c., il quale subordina il provvedimento di trasformazione di un ente al verificarsi di determinate cause tassativamente elencate.¹⁶³

Sul punto la prassi è orientata nel senso di riconoscere a un organo interno la possibilità di compiere modifiche statutarie, tra cui anche la trasformazione dell'ente, ma sempre nel rispetto di quanto originariamente previsto come scopo dell'ente.¹⁶⁴ Da segnalare in tal senso

¹⁵⁹Sul punto v. D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1975, p. 298 ss.

¹⁶⁰V. Trib. Salerno, 1999, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1999, p. 779, ove viene statuito che: "Esistono fondazioni il cui statuto, in parte contraddicendo il tradizionale modello, attribuisce rilievo alla struttura organizzativa, sia attribuendo ampie competenze e larghi margini di discrezionalità al consiglio di amministrazione, sia prevedendo, oltre a questo, altri organi collegiali, come assemblee, consigli generali, comitati esecutivi. Resta fermo però, che gli amministratori non possono, a differenza dei componenti dell'associazione, alterare a proprio piacimento il contenuto dell'atto costitutivo, deliberare lo scioglimento dell'ente o modificarne il fine, perché lo svolgimento della loro attività è pur sempre vincolata al perseguimento dello scopo prefissato dal fondatore, e l'esercizio di queste funzioni spetta solo all'Autorità Governativa."

¹⁶¹A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., p. 220 ss.

¹⁶²L'articolo 2 del d.p.r. n. 361/2000 recita: "Le modificazioni dello statuto e dell'atto costitutivo sono approvate con le modalità e nei termini previsti per l'acquisto della personalità giuridica dall'articolo 1, salvo i casi di riconoscimento della personalità giuridica per atto legislativo. Alla domanda sono allegati i documenti idonei a dimostrare la sussistenza dei requisiti previsti dall'articolo 21, secondo comma, del codice civile. Per le fondazioni, alla domanda, è allegata la documentazione necessaria a comprovare il rispetto delle disposizioni statutarie inerenti al procedimento di modifica dello statuto."

¹⁶³In base a quanto disposto dall'articolo 28 c.c., le cause di trasformazione della fondazione sono: l'esaurimento, l'impossibilità o la scarsa utilità dello scopo o l'insufficienza del patrimonio.

¹⁶⁴A. FUSARO, *Trasformazione*, cit., p. 49.

quanto disposto dal Consiglio di Stato¹⁶⁵, il quale ha ritenuto che le modificazioni dello statuto siano ammissibili a patto di non intaccare lo scopo originariamente previsto dal fondatore in sede di costituzione della fondazione.

Illuminante in tal senso, si è rivelata la riforma societaria del 2003¹⁶⁶, secondo la quale la trasformazione della fondazione non implica automaticamente la sua estinzione, bensì la prosecuzione di tutti i rapporti giuridici dell'ente trasformato,¹⁶⁷ dando quindi origine ad una trasformazione eterogenea¹⁶⁸, consistente tanto nel mutamento del tipo di ente, da societario a non, quanto nel cambiamento dello scopo.

Appare opportuno domandarsi se la trasformazione comporti la creazione di una nuova fondazione o viceversa la prosecuzione del precedente rapporto di fondazione.

Nel caso della fondazione di partecipazione nello specifico, la trasformazione in forma associativa non risulta ammissibile, dovendosi ammettere al contrario la possibilità di trasformare un ente associativo in una fondazione partecipata, previo consenso all'unanimità di tutti gli associati¹⁶⁹.

Al contrario, altra autorevole dottrina¹⁷⁰ ritiene che per la trasformazione di un ente associativo sia sufficiente una delibera anche presa a maggioranza dall'assemblea straordinaria, legittimando quindi gli associati ad esercitare un diritto di recesso previsto nello statuto.

Pertanto, in conclusione, è opportuno ritenere che, mentre le modifiche statutarie vengono deliberate direttamente da organi interni all'ente, spetterà all'autorità governativa la delibera di trasformazione della fondazione. Difatti, seppur l'entrata in vigore dell'articolo 2500-octies c.c abbia comportato una maggiore flessibilità del vincolo, ampliando l'ingerenza degli organi interni all'ente, è necessario ricordare che, vista la particolare rilevanza dell'istituto della trasformazione, il potere decisionale rimane dell'autorità governativa.¹⁷¹

¹⁶⁵Cons. Stato, 20 marzo 1996, n. 123.

¹⁶⁶Disciplinata dal D.lgs. n. 6/2003.

¹⁶⁷Sul punto F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit. p.412.

¹⁶⁸Come disciplinato dai nuovi articoli 2500 *septies*-2500 *nonies* c.c.

¹⁶⁹In tal senso A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., p.102.

¹⁷⁰E. BELLEZZA-F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 99.

¹⁷¹A. FUSARO, *Trasformazione*, cit. p. 50.

Altri possibili organi della fondazione di partecipazione sono: Il presidente, un revisore dei conti, un advisory board, e un collegio arbitrale.

Il Presidente della fondazione, nonché Presidente dell'organo assembleare e di gestione, svolge un ruolo prevalentemente di direzione dell'ente¹⁷²; inoltre possiede la legale rappresentanza della fondazione nei rapporti con i terzi e in giudizio.

Il revisore dei conti si occupa di sovrintendere la gestione finanziaria dell'ente, appurare la regolare tenuta delle scritture contabili, esaminare le proposte di bilancio preventivo e consuntivo, esprimendo il proprio parere in merito A mezzo di apposite relazioni.

L'advisory board può essere istituito dall'organo assembleare per agevolare l'andamento dell'attività dell'ente. La sua composizione, quantitativamente variabile, è connotata dalla presenza di soggetti estremamente qualificati ed esperti in quelle che sono le materie di interesse della fondazione di partecipazione.

Il ruolo effettivamente svolto dall'advisory board è quello di consulenza e di collaborazione con gli organi di indirizzo e di gestione nel delineare gli obiettivi e le attività dell'ente. Più nello specifico, formula pareri e proposte in merito al programma annuale delle iniziative e ad ogni altra domanda per cui l'assemblea o l'organo di gestione ne richiedano parere.¹⁷³

Infine è possibile la previsione di un collegio arbitrale, deputato a dirimere le controversie sorte in merito a dubbi sull'applicazione e l'interpretazione dello statuto.

¹⁷²Si occupa di curare le relazioni con enti, istituzioni, imprese pubbliche e private al fine di instaurare rapporti di collaborazione e sostegno delle singole iniziative dell'ente.

¹⁷³Sulla disamina di questi ulteriori organi della fondazione di partecipazione, sempre E. BELLEZZA - F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 97-98.

2.5 LA PRESENZA DI ENTI PUBBLICI NELLE FONDAZIONI DI PARTECIPAZIONE.

Nell'ultimo periodo, a seguito del processo di privatizzazione di numerosi enti pubblici e della riscoperta del principio costituzionale di "buon andamento della pubblica amministrazione", è sorta la necessità di instaurare un nuovo rapporto tra il pubblico e privato, sancito nella nuova forma di cooperazione denominata "partenariato pubblico-privato"¹⁷⁴ che ha portato a prediligere nuove figure giuridiche rispetto ai tradizionali istituti di carattere pubblicistico. In particolare il novellato quarto comma dell'articolo 118 della nostra costituzione nel recitare che "stato,

Regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà," sancisce la nuova tendenza della funzione di indirizzo da parte dei pubblici poteri.

In particolare, evidente manifestazione di tale tendenza è espressa dalle fondazioni di partecipazione, soggetti di diritto privato a servizio dell'interesse pubblico all'interno delle quali vi è una assidua presenza di soggetti di diritto pubblico, che vi partecipano in varie situazioni.¹⁷⁵;

Difatti, un ente pubblico potrà essere tanto il promotore della fondazione, sia parteciparvi in un secondo momento se quest'ultima è stata già costituita o ancora la fondazione stessa può essere il risultato di una trasformazione di un ente pubblico.¹⁷⁶

Nel caso in cui l'ente pubblico decida di prendere parte ad una fondazione già esistente, anche di tipo tradizionale, è necessaria un'apposita delibera che motivi la scelta di questa adesione.

Inoltre, l'ente pubblico può dettare apposite condizioni per assicurarsi un posto di rilievo all'interno della fondazione.

Al contrario, qualora sia lo stesso ente pubblico a costituire ex novo una fondazione di partecipazione, si applicherà quanto previsto in tema di provvedimento della pubblica

¹⁷⁴Sul punto, Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, Bruxelles, 2004, Comm. 2004/327.

¹⁷⁵E. BELLEZZA-F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p.124.

¹⁷⁶M.P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici*, cit., p.33.

amministrazione.¹⁷⁷ In particolare l'articolo 3 della legge 241/1990 dispone che "ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato (...) La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria."

Pertanto è corretto affermare che, poiché si parla di un provvedimento amministrativo che segue le regole del diritto pubblico, la giurisdizione su un eventuale ricorso spetta al giudice amministrativo.¹⁷⁸

In tutti quanti i casi considerati la disciplina giuridica della fondazione di partecipazione risente della presenza della disciplina pubblicistica.

È opportuno ricordare che la ratio della fondazione di partecipazione è quella di manifestare la piena confluenza di iniziative pubblico-private volte al perseguimento di uno scopo di utilità sociale a differenza invece delle "fondazioni di diritto pubblico", sottoposte a un penetrante ed esclusivo controllo pubblico.

La partecipazione di un soggetto di diritto pubblico all'interno di una fondazione di partecipazione trova sempre la propria ragion d'essere nell'interesse pubblico perseguito da parte della fondazione. Partendo da ciò, l'attività di pubblico interesse esercitata impone all'ente pubblico di svolgere un ruolo di garanzia e di controllo circa l'operato della fondazione.

Inoltre, per determinate delibere assunte da fondazioni di particolare rilievo è previsto un sistema di governance in forza del quale la parte pubblica goda di specifiche maggioranze e garanzie.¹⁷⁹

Altro profilo di rilievo è quello dell'influenza esercitata dall'autorità pubblica nell'operatività delle fondazioni di partecipazione, specie in materia di contratti.

¹⁷⁷Secondo quanto disposto dalla Legge 241/1990 in materia di procedimento amministrativo.

¹⁷⁸M.P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici*, cit. p. 34.

¹⁷⁹G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: origine e regole*, in G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

Le fondazioni soggette a finanziamento pubblico o qualificabili come organismi di diritto pubblico sono soggette all'apposita disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, in base a quanto disposto dal decreto legislativo 163/2006.^{180 181}

La qualificazione della fondazione come organismo di diritto pubblico non comporta la creazione di una nuova categoria di persona giuridica, ma serve solo a delineare quelle situazioni nelle quali sia opportuno osservare le regole a garanzia del mercato e della concorrenza previste dalla legislazione comunitaria.¹⁸²

Da segnalare sull'argomento anche la posizione assunta in materia dal Consiglio di Stato, secondo cui la qualifica come organismo di diritto pubblico costituisca uno status che connota la persona giuridica, senza bisogno di specifiche verifiche sull'attività destinata alla procedura ad evidenza pubblica.¹⁸³

Altra peculiarità da prendere in esame è il limite di territorialità dei soggetti partecipati da enti pubblici: essi infatti avranno la possibilità di operare unicamente nel territorio di riferimento degli enti.

Tale limite, pensato per le società miste a partecipazione pubblica e privata, mal si concilia però con l'istituto della fondazione di partecipazione, le cui azioni assumono spesso una dimensione nazionale, funzionale ad assicurare il miglior risultato possibile nel rispetto dello scopo perseguito.¹⁸⁴

¹⁸⁰Il d.lgs. 163/2006 introduce il "Codice dei contratti della pubblica amministrazione", il quale al comma 26 dell'articolo 3 recita che: "L'organismo di diritto pubblico è qualsiasi organismo, anche in forma societaria: istituito specificatamente per soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale; dotato di personalità giuridica; la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione, direzione o vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico."

¹⁸¹M.P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici*, cit. p. 36.

¹⁸²Sul punto M.P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici*. cit. p.37-38.

¹⁸³Consiglio di stato - Sezione VI - sentenza 30 ottobre 2006 n. 6449.

¹⁸⁴Così M.P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici*, cit. p. 38: "Si consideri ad esempio ad esempio una promozione internazionale di eventi culturali da tenersi nella città in cui la fondazione ha sede; oppure la costituzione di rapporti convenzionali con altre fondazioni nazionali ed estere; ed anche l'istituzione di sedi secondarie al fine di raccogliere fondi ed adesioni, anche tramite iniziative in tali luoghi, gemmate dalla sede principale."

In tema di controlli invece, può accadere sia che l'ente pubblico partecipante, per mezzo dei propri rappresentanti, diriga l'operato della fondazione, sia invece che si limiti unicamente a garantire la congruenza delle iniziative fondazionali con i propri programmi.

In tema di controllo emerge una netta contrapposizione tra la fondazione di partecipazione e quella tradizionale, ancorata agli schemi classici previsti dal legislatore del 1942 e nella quale l'influenza pubblicistica viene esercitata molto di rado.

Le fondazioni di partecipazione invece, perseguendo di norma programmi di ampia rilevanza e ingente spesa economica, sono necessariamente sottoposte a controllo pubblico, funzionale ad assicurare il perseguimento di un pubblico interesse.

Il controllo pubblico è di norma disciplinato all'interno dello statuto della fondazione di partecipazione, ma non di rado può essere previsto da appositi accordi o patti parasociali.

Inoltre, numerose fondazioni sono sottoposte al controllo da parte della Corte dei Conti che potrà accertare profili di responsabilità erariale da parte di amministratori e funzionari dell'ente per mala gestio di contributi pubblici.

Più di recente, con il proliferare delle fondazioni di partecipazione partecipate da enti pubblici, si rivela l'attitudine della Corte dei Conti, su cui si è pronunciata anche la Corte di Cassazione, ad intensificare il proprio ruolo di controllo.¹⁸⁵

In conclusione, è evidente come l'influenza pubblicistica rivesta un ruolo di prim'ordine tanto nell'operatività quanto nell'organizzazione delle fondazioni di partecipazione, le quali esprimono in tutto e per tutto una forma di partenariato pubblico-privato, in quanto enti di natura privatistica all'interno dei quali una moltitudine di soggetti, sia di natura pubblica sia privata, mirano al perseguimento di scopi di utilità sociale.

Sulla definizione di partenariato si è pronunciato in prima istanza il Parlamento Europeo, definendolo come una "forma di cooperazione tra pubblico e privato per l'espletamento di compiti pubblici, nel cui contesto le risorse necessarie vengono conferite congiuntamente, ed i rischi derivanti dalle iniziative sono suddivisi in modo proporzionato sulla base delle competenze gestorie di ogni partner."

Viceversa la Commissione Europea ha cercato di ricondurre in una sola definizione giuridica la nozione di partenariato contrattuale nel quale la pubblica amministrazione e i privati regolamentano i propri impegni su base cooperativa con quella di partenariato istituzionalizzato ove vi è la costituzione di nuovo soggetto detenuto dal partner pubblico o

¹⁸⁵Da ultimo si segnala la pronuncia della Cass. Sez. Un. 7645/2000 che riconosce la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti della fondazione "ENPAM".

privato.¹⁸⁶

La fondazione di partecipazione, in conclusione, rappresenta uno strumento giuridico di diritto privato a servizio dell'interesse pubblico, poiché riunisce al suo interno rappresentanti di ambedue le categorie e svolge una serie di attività tipicamente destinate al perseguimento del superiore interesse pubblico che è stato prefissato. Essa dunque non rappresenta una semplice emanazione da parte della pubblica amministrazione e nemmeno una forma di elusione rispetto a vincoli di natura pubblicistica, bensì una forma istituzionalizzata in grado di convogliare le volontà di soggetti pubblici e privati con l'obiettivo di realizzare una "forma di cooperazione di lungo termine per il conseguimento di scopi di utilità sociale."¹⁸⁷

¹⁸⁶M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Riv. Italiana Dir. pubblico comm.*, 2005, p. 167, 2005 e M.P. CHITI, *Introduzione. Luci e ombre e vaghezze nella disciplina del partenariato pubblico-privato*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Bologna, 2005, p. 7 ss.

¹⁸⁷ M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato*, cit. p. 41.

2.6 IL RECESSO DALLA FONDAZIONE E L'APPLICAZIONE ANALOGICA DELL'ARTICOLO 24 C.C.

Come si è cercato di illustrare in precedenza, la fondazione di partecipazione è una struttura organizzativa ibrida che racchiude in sé elementi propri sia della fondazione tradizionale che degli enti associativi.

In particolare, la struttura aperta all'adesione di altri partecipanti¹⁸⁸ e la presenza di un organo assembleare finiscono per costituire un modello di fondazione che racchiude in sé una struttura corporativa da cui consegue l'applicazione analogica di disposizioni normative proprie delle associazioni. Autorevole dottrina evidenzia come, da un punto di vista normativo, il codice civile non detti uno schema fisso per la fondazione, né vieti a priori l'ingerenza del fondatore nelle attività di gestione.¹⁸⁹

Appare opportuno chiedersi dunque in che modo e in che misura sia possibile il ricorso alle regole dettate in materia di associazione ed in particolare l'applicazione analogica dell'articolo 24 c.c.¹⁹⁰ in materia di facoltà di recesso per gli associati, anche per il fondatore della fondazione di partecipazione, sia esso un soggetto privato o un ente pubblico.

Importante ribadire che la facoltà di recesso non inficia l'atto costitutivo, ma il singolo rapporto di colui che lo esercita.

Sul punto, assume notevole rilevanza la già citata ordinanza del Tribunale di Belluno¹⁹¹, con le relative riflessioni dottrinali in merito, che legittima l'applicazione analogica del comma 2 dell'articolo 24 del C.c. per le fondazioni di partecipazione.

¹⁸⁸M. MALTONI, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., ci ricorda che: "Il punto focale della figura è rappresentato dall'articolazione strutturale dell'ente tale da garantire la possibilità di partecipazione dei conferenti ai processi attuativi dello scopo al cui conseguimento gli apporti da ciascuno effettuati sono destinati."

¹⁸⁹In questo senso M. MALTONI, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 12.

¹⁹⁰Il comma 2 dell'articolo 24 c.c. recita: "L'associato può sempre recedere dall'associazione se non ha assunto l'obbligo di farne parte per un tempo determinato. La dichiarazione di recesso deve essere comunicata per iscritto agli amministratori e ha effetto con lo scadere dell'anno in corso, purché sia fatta almeno tre mesi prima."

¹⁹¹Tribunale di Belluno ord. 15/2/2018: "Le disposizioni sulla fondazione, di cui agli art. 14 ss. c.c., non esauriscono la disciplina della fondazione di partecipazione, trovando applicazione in quanto compatibili con la struttura dell'ente anche quelle dettate dal codice civile per l'associazione (nella fattispecie, con riferimento alla partecipazione dell'ente comunale, il giudice ha ritenuto applicabile in suo favore le regole dettate dal codice civile in tema di recesso dell'associato."

Nel ricostruire brevemente la vicenda che ha portato all'emanazione della predetta ordinanza del tribunale si ricorda che prima di adire il giudice civile era stato esperito ricorso dinanzi al TAR, il quale aveva devoluto la propria giurisdizione qualificando però il recesso esercitato come espressione di un potere riconosciuto ai fondatori dell'ente.¹⁹²

Il giudice ordinario in seguito, mancando qualsiasi previsione statutaria sulla legittimità del recesso, ha dovuto operare una ricostruzione di natura dogmatica riconoscendo al fondatore un intrinseco diritto di recesso dalla fondazione di partecipazione espressamente radicato nella propria posizione associativa all'interno dell'ente.¹⁹³

Operando in tal modo il giudice in primo luogo ha valorizzato la clausola di chiusura dello statuto della Fondazione di partecipazione in esame che parla di "applicare le disposizioni del codice civile in tema di fondazioni e la normativa vigente in materia, per tutto quanto non espressamente disposto", richiamando così una precedente giurisprudenza della Corte dei Conti che legittimava l'applicazione analogica delle norme in materia di fondazione per le fondazioni di partecipazione.¹⁹⁴

In secondo luogo invece, sempre lo statuto della fondazione di partecipazione in esame prevede la presenza di un organo di natura assembleare, tipico delle associazioni e pertanto il giudice, operando un'interpretazione di tipo teleologico ha legittimato l'estensione del diritto di recesso riconosciuto agli associati anche ai fondatori della fondazione di partecipazione.

Tuttavia tale interpretazione merita di essere approfondita per una serie di ragioni.

In primis la richiamata sentenza della Corte dei conti si riferisce all'applicazione analogica delle norme in materia di fondazione e non di associazione come poi accade nel caso in esame. Sarebbe stato più appropriato, secondo autorevole dottrina¹⁹⁵,

pensare di estendere in via analogica il recesso delle associazioni ex art.24.2 c.c anche alle fondazioni, nonostante la diversità di struttura tra i due enti.

Anche l'argomento basato sul modello corporativo della fondazione di partecipazione, seppur rilevante nel delineare la contrapposizione rispetto al modello di fondazione tradizionale, non

¹⁹²Tar Veneto, Sent. n.116 e n.117/ 2017.

¹⁹³M. D'AURIA, *Fondazione di partecipazione e recesso dell'ente pubblico: profili problematici*, in *Il Corriere giuridico* (2), 2019, p. 222.

¹⁹⁴Corte dei conti, Sez. Lazio, 24 luglio 2013, n.151/2013 PAR.

¹⁹⁵M. D'AURIA, *Fondazione di partecipazione e recesso dell'ente pubblico.*, cit., p. 223 ss.

appare sufficiente a generare in automatico la creazione di un rapporto associativo tra i fondatori.¹⁹⁶

In astratto, l'unico modo per conseguire il risultato svolto sarebbe la possibilità di prevedere all'interno dello statuto della fondazione di partecipazione, la facoltà per i suoi componenti di modificare a maggioranza lo scopo prefissato tale da riqualificare l'ente in senso associativo e ammettere la facoltà di recesso tipica delle associazioni. Tuttavia, poiché la struttura della fondazione è caratterizzata dall'immutabilità della destinazione patrimoniale allo scopo prefissato, tale soluzione non appare condivisibile.¹⁹⁷

Altra valutazione da prendere in esame è quella che ritiene possibile l'applicazione analogica dell'articolo 24 c.c in base all'articolo 18 della nostra costituzione che assicura ai cittadini la libertà di associarsi e anche di uscita dalle organizzazioni cui hanno preso parte¹⁹⁸ configurando quindi il recesso del fondatore come espressione di una libertà costituzionalmente garantita, non potendo dunque quest'ultimo mai sfociare in abusivismo.

Tuttavia anche tale ricostruzione va sottoposta ad un severo vaglio critico.

Infatti, nel caso concreto che ha portato all'emanazione dell'ordinanza del Tribunale di Belluno l'ente pubblico che effettua il recesso è il Comune di competenza a fronte di un'incapacità di tipo finanziario, ma tale circostanza non potrà mai trovare il proprio fondamento in una disposizione di rango costituzionale quale l'articolo 18.

Dando questa interpretazione l'ordinanza finirebbe con il legittimare ciascun membro fondatore a recedere dalla fondazione di partecipazione venendo meno ai propri impegni.¹⁹⁹

A questo punto, è possibile formulare un'ulteriore ipotesi ricostruttiva per inquadrare la ragione che ha portato l'ente pubblico in questione a recedere dalla fondazione di partecipazione.

Il recesso infatti trova la propria giustificazione in una duplice previsione normativa:

¹⁹⁶Come ribadito anche da Cons. Stato Sez. II, 30 Ottobre 1996, n. 245 la presenza in una fondazione di un organo assembleare non qualifica di per sé tale ente come associazione, in quanto tale organo non è indice assoluto della natura giuridica associativa.

¹⁹⁷Di questo avviso M. MALTONI, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 29.

¹⁹⁸L'articolo 18 della Costituzione recita: "I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale. Sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare."

¹⁹⁹M. D'AURIA, *Le fondazioni di partecipazione e recesso dell'ente pubblico*, cit., p. 224.

l'articolo 109 del codice dei contratti pubblici ²⁰⁰ che disciplina il recesso della stazione appaltante previo pagamento dei lavori effettuati e l'articolo 21 sexies della legge 241/1990, che dispone il recesso unilaterale nell'ambito dei contratti della pubblica amministrazione nei casi previsti dalla legge o dal contratto stesso. Ambedue le soluzioni escludono l'individuazione del recesso all'interno dell'articolo 24.2 c.c.

Conseguentemente il recesso nel caso in questione non costituisce più un'espressione della condizione di associato o fondatore, ma solo come esercizio di un potere di autotutela amministrativa. ²⁰¹In particolare il diritto di recesso, si considerato va inquadrato all'interno dell'articolo 1339 c.c. nell'ambito dei contratti stipulati dalla pubblica amministrazione.²⁰²

In realtà , il corretto riferimento costituzionale non è più l'articolo 18 Cost in materia di libertà di associazione, bensì l'articolo 97²⁰³ della costituzione che sancisce il dovere per tutti quanti gli enti pubblici di assicurare il rispetto del vincolo del pareggio di bilancio.

A seguito del discorso fin qui svolto, può ritenersi quanto segue: secondo le osservanze critiche evidenziate si dovrebbe riconoscere unicamente agli enti pubblici la possibilità di recedere da un vincolo associativo di natura privatistica per ragioni sopravvenute.²⁰⁴ Tale interpretazione però finisce per rappresentare una soluzione "paradossale" in materia di fondazioni di partecipazione, dove soluzione al caso di specie consiste nel riconoscere la sostanziale natura pubblica di tali enti, nonostante formalmente si tratti di persone giuridiche di diritto privato. ²⁰⁵

In realtà non vi è una norma che disciplina la possibilità di un soggetto privato, nel caso in cui sia il fondatore della fondazione di partecipazione, di recedere dall'ente.

²⁰⁰L'articolo 109 del d.lgs. 50/2016 così prevede: "La stazione appaltante può recedere dal contratto (in qualunque momento), previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative a servizi e forniture eseguiti."

²⁰¹Così il Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 2005, n.1037.

²⁰²L'articolo 1339 c.c. prevede che: "Le clausole, i prezzi di beni e servizi, imposti dalla legge o da norme corporative, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti."

²⁰³L'articolo 97 Cost. recita: "Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione".

²⁰⁴Nel caso concreto che ha portato all'emanazione dell'ordinanza da parte del Tribunale di Belluno, la sopravvenuta ragione è dipesa da un deficit finanziario.

²⁰⁵In tal senso P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., p. 790 ss.

Certamente però l'ordinanza del Tribunale del Belluno oltre a costituire un unicum isolato della giurisprudenza in materia di recesso del fondatore da una fondazione di partecipazione non risulta adeguata a dare una soluzione al problema, per la più volte ricordata natura pubblica del soggetto coinvolto nel caso di specie.

CAPITOLO 3: L'OPERATIVITÀ DELL'ISTITUTO A SEGUITO DELL'ENTRATA IN VIGORE DELLA RIFORMA DEL TERZO SETTORE.

3.1 PANORAMICA GENERALE SUGLI ENTI DI TERZO SETTORE.

La legge 106/2016 in materia di “Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell’impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale” definisce il Terzo settore come “il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi.”

Pertanto si può definire un ente del Terzo settore come una figura giuridica caratterizzata dall’esercizio di una serie di attività di interesse generale e di utilità sociale, nell’ambito del quale non sarà mai possibile ripartire gli avanzi di gestione o eventuali utili d’esercizio²⁰⁶ tra i soci o i fondatori, ma al contrario bisognerà utilizzare tali risorse per il perseguimento delle finalità prefissate. Viene a mancare dunque la finalità egoistica tipica della società, consistente nel conseguimento di un utile e nella successiva ripartizione di questo tra i soci.²⁰⁷

Inoltre gli enti del Terzo settore, seppur volti al conseguimento di un interesse pubblico e di utilità sociale, sono enti di natura privatistica.²⁰⁸

È importante precisare che anche prima dell’emanazione della Legge delega 106/2016 era possibile l’esercizio di attività tipiche del Terzo settore, ma facendo ricorso agli enti ordinari previsti dal primo libro del codice civile²⁰⁹ e a quelli disciplinati dalle numerose leggi speciali

²⁰⁶Utili che potranno derivare dall’esercizio di un’attività commerciale all’interno dell’ente del Terzo settore, la quale però è sempre strumentale alla principale finalità prefissata.

²⁰⁷Le società sono caratterizzate dal c.d. “lucro soggettivo”, che consiste nel ripartire gli utili realizzati tra i soci anziché destinarli al perseguimento di finalità di utilità sociale.

²⁰⁸A. BUSANI- D. CORSICO, *Atto costitutivo e statuti degli enti del terzo settore. Normativa civilistica e fiscalità indiretta*, Milano, 2020, p. 4.

²⁰⁹Gli enti previsti dal primo libro del codice civile sono: le associazioni riconosciute, le fondazioni (art. 14-35 c.c.), le associazioni non riconosciute (art.36-42 c.c.) e le altre istituzioni di carattere privato.

emanate nel corso degli anni, che in presenza degli idonei requisiti statutari e strutturali potevano richiedere l'iscrizione in specifici registri.²¹⁰

Successivamente, la delega conferita al Governo ha trovato la propria attuazione con l'introduzione del decreto legislativo 112/2017, sostitutivo del d.lgs 155/2006 in materia di impresa sociale, che ha sancito l'emanazione di un vero e proprio Codice del Terzo Settore (CTS), unificando una serie di enti di carattere privato nell'acronimo di "Enti del Terzo Settore" e disponendo l'istituzione di un Registro Unico Nazionale del Terzo Settore,²¹¹ vale a dire un sistema pubblicitario idoneo ad assicurare sia l'acquisto della personalità giuridica, sia l'assunzione della qualifica di Ente del Terzo Settore.

Occorre precisare tuttavia che solo in tempi recentissimi il Registro Unico è divenuto operativo.²¹²

Il codice del terzo settore riconosce espressamente il valore e la funzione sociale degli Enti del Terzo settore, volti a "perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione, di protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2,3,4,9,18 e 118.4 della Costituzione."²¹³

Sempre il CTS, all'articolo 4²¹⁴, fornisce una definizione di ente del Terzo settore e soprattutto elenca i tre requisiti imprescindibili per assumere la qualifica di ETS presso il Registro Unico.

²¹⁰Ad esempio il decreto legislativo n. 460/1997, che ha introdotto le ONLUS (organizzazioni non lucrative di utilità sociale), il decreto legislativo n. 155/2006, che ha introdotto le imprese sociali e la Legge n. 283/2002, che ha introdotto le associazioni sportive dilettantistiche.

²¹¹R.U.N.T.S.

²¹²Dopo una lunga gestazione e numerosi rinvii, il RUNTS è entrato finalmente in vigore il 23 novembre 2021.

²¹³Secondo quanto disposto dall'articolo 1 CTS-

²¹⁴L'articolo 4 del CTS recita: "Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore".

Primo tra tutti, è senz'altro l'assenza di uno scopo di lucro soggettivo, vale a dire, come già accennato in precedenza, la ripartizione degli utili derivanti dall'esercizio di un'eventuale attività commerciale tra i soci.

In secondo luogo occorre che l'ente persegua finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale tramite lo svolgimento, come attività principale, di un'attività di interesse generale.²¹⁵

Infine è necessario che l'ente sia iscritto presso l'apposito Registro Unico: l'iscrizione, effettuata per mezzo di un apposito controllo notarile,²¹⁶ consente l'acquisto della personalità giuridica in sostituzione del sistema antecedente, disciplinato dal D.p.r 361/2000.

Tra gli enti che possono assumere la qualifica di ETS vi sono le associazioni, riconosciute e non, e le fondazioni; ambedue, una volta qualificati come enti del Terzo settore, saranno soggetti sia alle norme previste dal titolo secondo del primo libro del codice civile²¹⁷ sia alla disciplina normativa del CTS.

Difatti le associazioni e le fondazioni, seppur tipizzati dal classico schema previsto dal codice civile, consentono agli associati o allo stesso fondatore, nel caso della fondazione, di perseguire qualunque finalità purché prevista dall'articolo 5 CTS.

Oltre le associazioni e le fondazioni, lo stesso articolo 4 dispone che possono assumere la qualifica ETS anche "altri enti di carattere privato", richiamando quanto già disposto dall'articolo 1 d.p.r 361/2000.²¹⁸

Nel circoscrivere la classificazione di tali enti, autorevole dottrina ha ricondotto sia i comitati²¹⁹, sia gli enti dotati di una struttura ibrida e pertanto non riconducibili né allo schema dell'associazione, né della fondazione.

Inoltre è possibile includere tra gli enti del Terzo settore anche diverse tipologie di enti la cui disciplina viene regolata sia dal CTS che da leggi speciali.

²¹⁵Le attività di interesse generale sono elencate all'articolo 5 del CTS.

²¹⁶Art. 22 CTS.

²¹⁷Il secondo comma dell'articolo 3 del CTS legittima espressamente la possibilità di applicare in via residuale le norme del codice civile in materia di associazioni e fondazioni, per quanto non espressamente previsto.

²¹⁸Analoga previsione era disciplinata dall'abrogato art. 12 c.c.

²¹⁹F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 160.

Vi sono le Organizzazioni di volontariato (ODV) ex articolo 32 CTS²²⁰, le associazioni di promozione sociale (APS) ex art 35 CTS²²¹, gli enti filantropici ex articolo 37-39 CTS, le reti associative ex articolo 41 CTS, le cooperative sociali e le società di mutuo soccorso²²² ed infine le imprese sociali regolate ex articolo 11 CTS²²³.

Queste ultime, vista l'iscrizione nella loro apposita sezione del registro delle imprese, ottengono la qualifica di ETS direttamente, senza la necessità di iscriversi presso il Registro unico.

Tuttavia va detto che esistono anche una serie di enti ,ai sensi dell'articolo 4 comma 2 CTS, espressamente esclusi dalla disciplina ETS.²²⁴ Oltre a questi, anche le fondazioni bancarie sono espressamente escluse dall'applicazione delle norme per gli ETS e sono soggette unicamente a quanto disposto dal decreto legislativo 153/1999, che le ha introdotte nel nostro ordinamento. ²²⁵

Non entrano a far parte della disciplina ETS nemmeno le start up innovative a vocazione sociale e le società benefit. Le prime, seppur finalizzate all'esercizio di attività socialmente

²²⁰L'articolo 32 CTS recita: "1. Le organizzazioni di volontariato sono enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, da un numero non inferiore a sette persone fisiche o a tre organizzazioni di volontariato, per lo svolgimento prevalentemente in favore di terzi di una o più attività di cui all'articolo 5 avvalendosi in modo prevalente dell'attività di volontariato dei propri associati o delle persone aderenti agli enti associati."

²²¹L'articolo 35 CTS sancisce che: "1. Le associazioni di promozione sociale sono enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, da un numero non inferiore a sette persone fisiche o a tre associazioni di promozione sociale per lo svolgimento in favore dei propri associati, di loro familiari o di terzi di una o più attività di cui all'articolo 5, avvalendosi in modo prevalente dell'attività di volontariato dei propri associati o delle persone aderenti agli enti associati."

²²²La legge n. 381/1991 in materia di cooperative sociali e la legge n. 3818/1886 in materia di società di mutuo soccorso non vengono abrogate, ma unicamente richiamate dagli articoli 40 e 42 del CTS.

²²³Il terzo comma dell'articolo 11 CTS recita: "Per le imprese sociali, l'iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese soddisfa il requisito dell'iscrizione nel Registro unico nazionale del Terzo settore."

²²⁴Il secondo comma dell'articolo 4 CTS elenca gli enti espressamente esclusi dalla disciplina ETS: "Non sono enti del Terzo settore le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro, nonché gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti, ad esclusione dei soggetti operanti nel settore della protezione civile alla cui disciplina si provvede ai sensi dell'articolo 32, comma 4."

²²⁵L'articolo 3 CTS al terzo comma sancisce che: "Le disposizioni del presente Codice non si applicano agli enti di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153."

rilevanti, presentano la componente del lucro soggettivo e pertanto non sono annoverabili tra gli enti soggetti alla disciplina ETS.

Stesso discorso può essere fatto per le società benefit²²⁶, le quali pur perseguendo un'interesse sociale e pubblicistico, non prevedono tra i loro requisiti l'assenza del lucro soggettivo, imprescindibile per gli enti sottoposti alla disciplina ETS.

Peculiare è la disciplina prevista per gli enti religiosi, i quali, pur non essendo enti del Terzo settore, sono soggetti all'applicazione delle norme previste dal CTS nei limiti dei presupposti e delle finalità perseguite in concomitanza con il codice stesso.

Per quanto riguarda le ONLUS invece, non opera la normativa prevista dall'articolo 54 CTS²²⁷ propria delle associazioni di promozione sociale e delle organizzazioni di volontariato e pertanto l'iscrizione presso il Registro nuovo non avviene in automatico, ma ciascuna ONLUS interessata deve operare delle modifiche sul proprio statuto, così da adeguarlo a quanto previsto dal CTS.²²⁸

Circa gli adeguamenti statuari è importante evidenziare come questi risultino funzionali alla sopravvivenza stessa dell'ente; l'articolo 102 CTS dispone che: "gli enti possono modificare i propri statuti con le modalità e le maggioranze previste per le deliberazioni dell'assemblea ordinaria al fine di adeguarli alle nuove disposizioni inderogabili o di introdurre clausole che escludono l'applicazione di nuove disposizioni derogabili mediante specifica clausola statutaria." Questa norma, avente comunque carattere transitorio, sta ad evidenziare che l'ente in questione ha la possibilità di adeguare la propria normativa alla disciplina del terzo settore usufruendo di un'agevolazione deliberativa che consente di adottare modifiche statutarie tramite i normali quorum previsti per l'assemblea ordinaria.²²⁹

Per quanto riguarda gli enti già iscritti presso il registro della prefettura ai sensi del d.p.r 361/2000, occorre domandarsi se le modifiche statutarie volte a conformarli alla normativa

²²⁶Disciplinate dalla legge n. 208/2015.

²²⁷L'articolo 54 CTS recita: "Con il decreto di cui all'articolo 53 vengono disciplinate le modalità con cui gli enti pubblici territoriali provvedono a comunicare al Registro unico nazionale del Terzo settore i dati in loro possesso degli enti già iscritti nei registri speciali delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale esistenti al giorno antecedente l'operatività del Registro unico nazionale degli enti del Terzo settore."

²²⁸In tal senso è stato sostenuto che la figura delle ONLUS è stata sostituita di fatto dagli ETS. Cfr. A. BUSANI- D. CORSICO, *Atto costitutivo e statuti degli enti del terzo settore*, cit., p. 31.

²²⁹In deroga con la normativa generale che prevede che le modifiche statutarie siano approvate dall'assemblea straordinaria.

del Terzo settore, siano soggette al controllo da parte dell'autorità governativa, come previsto dallo stesso decreto.²³⁰

Sul punto è stato chiarito²³¹ che le modifiche statutarie non sono più soggette al controllo da parte della prefettura, ma per l'iscrizione al Registro basterà un controllo da parte dell'ufficio territoriale competente.

Ovviamente, disciplina diversa è quella prevista per gli enti costituiti successivamente all'entrata in vigore del CTS, per i quali sarà possibile la costituzione ab initio conforme alla normativa prevista per gli enti del Terzo settore. A seguito della recentissima entrata in vigore del Registro unico, è prevista in automatico l'osservanza di numerose disposizioni, quali ad esempio: gli obblighi di contabilità e rendicontazione, l'utilizzo del termine ETS e la modalità di acquisto semplificato della personalità giuridica, in sostituzione a quanto previsto dal d.p.r. 361/2000.²³²

²³⁰Art. 1 e 2 d.p.r. 361/2000.

²³¹Sul punto v. REDAZIONE FEDERNOTIZIE, *Riforma del Terzo settore: nuovi termini per gli adeguamenti degli Statuti e bozza di Statuto di Fondazione ETS*, 2019, articolo consultabile all'indirizzo web <https://www.federnotizie.it/riforma-del-terzo-settore-nuovi-termini-per-gli-adequamenti-degli-statuti-e-bozza-di-statuto-di-fondazione-ets/>, ove viene statuito che: "In sede di modifica statutaria, per gli enti dotati di personalità giuridica, le modifiche continueranno ad essere sottoposte all'approvazione della Regione in conformità al D.P.R. 361/2000."

²³²Decreto ministeriale n. 106/2020.

3.2 EVENTUALE ATTIVITÀ COMMERCIALE SVOLTA DAGLI ENTI DEL TERZO SETTORE.

L'articolo 21 CTS nel disciplinare l'atto costitutivo di un ente del Terzo settore, dispone che "ai fini della costituzione di un ETS lo statuto deve indicare l'assenza di scopo di lucro e le finalità civiche, utilitaristiche e di utilità sociale perseguite."

Circa l'assenza dello scopo di lucro nella disciplina del Terzo settore, è pacificamente riconosciuto il divieto di ripartire i guadagni fra i soci e gli associati dell'ente.²³³

Tuttavia, come accennato al paragrafo precedente, è ammesso che l'ente eserciti, anche in via esclusiva, un'attività di natura commerciale²³⁴, vincolando gli utili realizzati al perseguimento delle finalità solidaristiche e di utilità sociale previste dallo statuto.²³⁵

A conferma di quanto appena detto, l'articolo 8 CTS, disponendo che "il patrimonio degli enti del Terzo settore, comprensivo di eventuali ricavi, rendite, proventi, entrate comunque denominate", riconosce la possibilità che esso possa essere composto anche da utili eventualmente conseguiti dall'esercizio di un'attività di natura commerciale.

Appare opportuno precisare, inoltre, che il divieto di distribuzione degli utili previsto trova applicazione non soltanto nell'ipotesi in cui ciò avvenga direttamente, ma anche ogni volta che si concretizzi una qualsiasi ripartizione della ricchezza accantonata a beneficio di qualsiasi soggetto dell'ente in questione.

²³³Sul punto v. F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, Milano, 2018, p. 128-129.

²³⁴L'esercizio di un'attività commerciale in maniera esclusiva si evince dal comma 2 dell'articolo 11 CTS, il quale dispone: "Oltre che nel registro unico nazionale del Terzo settore, gli enti del Terzo settore che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale sono soggetti all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese."

²³⁵In tal senso C. GRANELLI, *Impresa e terzo settore: un rapporto controverso*, in *Juscivile*, 2018, 5, p. 715 ss.

L'articolo 8, al comma successivo, ha espressamente previsto una serie di possibilità ai fini di una distribuzione indiretta di utili negli enti del Terzo settore, vale a dire casi in cui viene a crearsi una ripartizione di ricchezza che la norma vuole evitare.²³⁶

Per quanto concerne invece la possibilità di esercitare un'attività di natura commerciale, si considera l'articolo 79 CTS che prevede l'applicazione della disciplina prevista dal d.p.r. 917/1986 (TUIR) per la tassazione dei proventi derivanti dall'esercizio della suddetta attività, anche in via esclusiva.²³⁷ Qualche dubbio permane invece sulla applicabilità o meno della disciplina fallimentare per detti enti.

Sul punto, autorevole dottrina²³⁸ ritiene che la procedura fallimentare si possa applicare anche nei confronti degli enti del terzo settore, a patto che l'attività di produzione e scambio di beni e servizi sia esercitata in maniera professionale, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 2082 c.c.²³⁹

²³⁶Il comma 2 dell'articolo 8 CTS prevede che configurano ipotesi di distribuzione indiretta di utili: "a) la corresponsione ad amministratori, sindaci e a chiunque rivesta cariche sociali di compensi individuali non proporzionati all'attività svolta, alle responsabilità assunte e alle specifiche competenze o comunque superiori a quelli previsti in enti che operano nei medesimi o analoghi settori e condizioni; b) la corresponsione a lavoratori subordinati o autonomi di retribuzioni o compensi superiori del 40 % rispetto a quelli previsti, per le medesime qualifiche, dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo n.81/2015, salvo comprovate esigenze attinenti alla necessità di acquisire specifiche competenze ai fini dello svolgimento delle attività di interesse generale di cui all'articolo 5 comma 1 lettere b, g, h; c) l'acquisto di beni o servizi per corrispettivi che, senza valide ragioni economiche, siano superiori al loro valore normale; d) le cessioni di beni e le prestazioni di servizi, a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, a soci, associati o partecipanti, ai fondatori, ai componenti gli organi amministrativi e di controllo, a coloro che a qualsiasi titolo operino per l'organizzazione o ne facciano parte, ai soggetti che effettuano erogazioni liberali a favore dell'organizzazione, ai loro parenti entro il terzo grado ed ai loro affini entro il secondo grado, nonché alle società da questi direttamente o indirettamente controllate o collegate, esclusivamente in ragione della loro qualità, salvo che tali cessioni o prestazioni non costituiscano l'oggetto dell'attività di interesse generale di cui all'articolo 5; e) la corresponsione a soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari autorizzati, di interessi passivi, in dipendenza di prestiti di ogni specie, superiori di quattro punti al tasso annuo di riferimento. Il predetto limite può essere aggiornato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze."

²³⁷A. BUSANI- D. CORSICO, in *Atto costitutivo e statuti degli enti del terzo settore*, cit., p. 93, puntualizzano che: "Relativamente alle imprese sociali, l'esercizio in via principale di un'attività d'impresa è obbligatorio, in quanto esso rappresenta un elemento essenziale di tale tipologia di ente".

²³⁸Tra i tanti F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 234, M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit. p. 185.

²³⁹L'articolo 2082 c.c. recita: "Imprenditore è chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi."

Pertanto, affinché un soggetto acquisti la qualifica di imprenditore commerciale è assolutamente necessario che l'attività esercitata sia ascrivibile a lui direttamente, non essendo sufficiente la mera connessione o collegamento con altro soggetto imprenditore.

Non acquisterà la qualifica di imprenditore, e di conseguenza non sarà soggetto al fallimento, neppure quell'ente che si limiti ad utilizzare i proventi derivanti da un'attività imprenditoriale altrui.²⁴⁰

Si precisa infine che gli Enti del Terzo settore, come detto in precedenza, devono esercitare una o più attività d'interesse generale in via esclusiva o principale e nel fare ciò potranno agire secondo tre diversi metodi²⁴¹ : un primo di tipo mutualistico, vale a dire un'attività caratterizzata dalla copertura dei costi con ricavi, ma funzionale a fornire ai soci dei vantaggi²⁴², un secondo di tipo economico, volto alla semplice copertura dei costi con i ricavi ed infine un terzo metodo cd. "erogativo", consistente nell'erogare beni e servizi prodotti ad un prezzo più basso rispetto al costo sostenuto per la loro produzione.

²⁴⁰Di questo avviso G. LO CASCIO, *La dichiarazione di fallimento dell'associazione non riconosciuta e degli associati*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1994, I. p. 309.

²⁴¹Cfr. l'art. 5 CTS.

²⁴²La definizione di scopo mutualistico è presente nella Relazione ministeriale al codice civile n. 1025: "Fornire ai soci beni o servizi o occasioni di lavoro a condizioni di lavoro più vantaggiose di quelle che otterrebbero dal mercato."

3.3 IL REGISTRO UNICO NAZIONALE DEL TERZO SETTORE.

Il Registro unico nazionale (RUNTS) rappresenta una delle peculiarità più importanti della riforma del Terzo settore.

Si tratta di un sistema pubblicitario unitario per tutti gli enti appartenenti al Terzo settore, che elimina la previgente disciplina formatasi a livello regionale.²⁴³

L'articolo 45 CTS prevede la costituzione del RUNTS presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, il quale, in collaborazione con le regioni e le province autonome competenti, assolve ad una triplice funzione: in primo luogo l'iscrizione nel registro rappresenta un requisito essenziale per acquisire la denominazione di Ente del Terzo settore, costituendo dunque una forma di pubblicità attributiva dell'apposita qualifica, in secondo luogo rappresenta una forma di pubblicità costitutiva ai fini dell'acquisizione della personalità giuridica ed infine, assolve ad una funzione di pubblicità dichiarativa, consentendo l'opponibilità ai terzi solo successivamente alla pubblicazione nel Registro unico.

Gli enti del Terzo settore rappresentano una categoria che racchiude in sé sia figure giuridiche già tipizzate in precedenti disposizioni normative, sia nuovi istituti privi di una disciplina normativa, come ad esempio le reti associative.²⁴⁴

L'articolo 46 CTS²⁴⁵ disciplina la struttura del Registro Unico, diviso in sette sezioni a seconda del modello di ente. La specifica sezione denominata "altri enti del Terzo settore" racchiude in sé le associazioni, riconosciute e non, e le fondazioni, non catalogabili in nessun'altra delle possibili sezioni.

Per quanto riguarda il procedimento di iscrizione invece, è opportuno operare un'importante distinzione: se l'ente viene costituito per mezzo di una scrittura privata all'Ufficio competente spetta di verificare la sussistenza dei requisiti necessari per la costituzione e l'iscrizione

²⁴³Così F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, cit., p. 156.

²⁴⁴In tal senso G. PONZANELLI, *Premessa. La nuova categoria degli enti del Terzo settore: alcune considerazioni introduttive*, in M. GORGONI (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Pisa, 2018, p. 4.

²⁴⁵L'articolo 46 CTS dispone che: "Il registro unico nazionale del Terzo settore si compone delle seguenti sezioni: organizzazioni di volontariato; associazioni di promozione sociale; enti filantropici; imprese sociali, incluse le cooperative sociali; reti associative; società di mutuo soccorso; Altri enti del Terzo settore."

dell'ente.²⁴⁶ Qualora decorrano sessanta giorni dalla presentazione della domanda e il registro nulla disponga in merito alla richiesta, il provvedimento si intende adottato.²⁴⁷

Se invece, l'ente in questione viene costituito per mezzo di atto pubblico e pertanto con l'ausilio del Notaio, al quale viene affidato il controllo circa la legalità sostanziale dell'atto, l'Ufficio sarà tenuto ad una mera verifica di carattere formale.

Il Notaio è tenuto a presentare la domanda di iscrizione e depositare l'atto costitutivo entro 20 giorni dalla data della relativa stipulazione presso l'Ufficio competente.

Occorre analizzare in che modo avviene l'iscrizione di un ente presso il Registro unico.

Anzitutto, ai sensi dell'articolo 48 CTS, all'interno della domanda di iscrizione devono essere indicati gli elementi strutturali dell'ente quali: la denominazione, la forma giuridica, la sede legale, con l'indicazione di eventuali sedi secondarie, la data di costituzione, l'oggetto dell'attività di interesse generale di cui all'articolo 5 CTS, il codice fiscale o la partita IVA.

Lo stesso articolo 48 CTS, al comma 2, prevede di annotare tutte le successive vicende per eventuali modifiche statutarie o dell'atto costitutivo dell'ente, oppure delibere di operazioni a carattere straordinario, quali trasformazione, fusione, scissione.

Per quanto riguarda il riconoscimento della personalità giuridica a seguito dell'iscrizione presso il Registro unico, essa è alternativa e non sostitutiva della previgente disciplina ex d.p.r. 361/2000, ma molto diversa.

Difatti mentre in precedenza il controllo spettava all'Ufficio della prefettura, il nuovo articolo 22 impone una vera e propria "omologa notarile" analogamente a quanto previsto dagli articoli 2330²⁴⁸ e 2436 c.c in materia societaria all'interno dell'apposito Registro delle imprese.²⁴⁹

Sull'effettiva operatività del Registro unico però, occorre evidenziare che non è stata contestuale all'emanazione del d.lgs 117/2017, ma è avvenuta successivamente.

²⁴⁶Vale a dire il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e il perseguimento di attività di interesse generale.

²⁴⁷Opera in tal caso un meccanismo di silenzio-assenso, a differenza del caso in cui interviene la figura del notaio.

²⁴⁸L'articolo 2330 c.c. dispone che: "Il notaio che ha ricevuto l'atto costitutivo deve depositarlo entro 10 giorni presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale, allegando i documenti comprovanti la sussistenza delle condizioni previste dall'articolo 2329 c.c."

²⁴⁹Vedasi A. BUSANI- D. CORSICO, *Atto costitutivo e statuti degli enti del terzo settore cit.*, p. 79.

Il decreto del 15 settembre 2020 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha definito la procedura di iscrizione degli enti e le regole per la predisposizione, la tenuta e la conservazione del Registro Unico.

L'effettiva data di avvio del Registro è stata individuata nel 23 novembre 2021, giorno nel quale ha avuto inizio la trasmigrazione dai vecchi registri al nuovo RUNTS.

Per le APS e per le ODV la trasmigrazione al nuovo registro è automatica, mentre per le ONLUS il passaggio non avviene in automatico, bensì su richiesta di ciascun ente interessato in una precisa finestra temporale di ciascun periodo d'imposta.

Occorre adesso chiedersi come l'operatività del Registro unico abbia influito sulle associazioni e fondazioni di nuova costituzione.

A partire dal 24 novembre 2021, trova piena applicazione il già citato articolo 22 CTS, che consente a questi enti di nuova costituzione, tramite l'iscrizione presso il Registro unico, l'acquisto della personalità giuridica.²⁵⁰

Ai sensi del comma 2 dell'articolo 22 CTS, il notaio che riceva l'atto costitutivo di una fondazione o di un'associazione ETS, dovrà verificare una serie di condizioni in presenza delle quali potrà richiedere l'iscrizione dello stesso atto presso il Registro unico entro 20 giorni.²⁵¹

In primo luogo il notaio è tenuto alla verifica della sussistenza delle condizioni richieste dalla legge per costituire un ente senza scopo di lucro appartenente al primo libro del codice civile.

Inoltre dovrà appurare la presenza dei requisiti soggettivi elencati dall'articolo 4 CTS, funzionali ad acquisire la qualifica di Ente del Terzo settore e successivamente la conformità delle clausole previste dall'atto costitutivo e dallo statuto dell'ente alla normativa del CTS.

All'esito di ciò, il notaio potrà richiedere l'iscrizione dell'ente presso l'apposito Registro.

Il comma 3 dell'articolo 22 recita che: "Se il notaio non ritiene sussistenti le condizioni per la costituzione dell'ente o il patrimonio minimo, ne dà comunicazione motivata,

²⁵⁰D. BOGGIALI- G. ABBATE, *Avvio del RUNTS: registro operativo dal 23 novembre 2021 e possibilità di richiedere le iscrizioni dal giorno successivo (decreto del Ministero del Lavoro 26 ottobre 2021)*, in *CNN Notizie, Settore Studi, Segnalazioni Novità*, del 2 novembre 2021.

²⁵¹L'articolo 22 CTS dispone che: " Il notaio che ha ricevuto l'atto costitutivo di una associazione o di una fondazione del Terzo settore, o la pubblicazione di un testamento con il quale si dispone una fondazione del Terzo settore, verificata la sussistenza delle condizioni previste dalla legge per la costituzione dell'ente, ed in particolare dalle disposizioni del presente Codice con riferimento alla sua natura di ente del Terzo settore, nonché del patrimonio minimo di cui al comma 4, deve depositarlo, con i relativi allegati, entro venti giorni presso il competente ufficio del registro unico nazionale del Terzo settore, richiedendo l'iscrizione dell'ente. L'ufficio del registro unico nazionale del Terzo settore, verificata la regolarità formale della documentazione, iscrive l'ente nel registro stesso."

tempestivamente e comunque non oltre il termine di trenta giorni, ai fondatori, o agli amministratori dell'ente. I fondatori, o gli amministratori o, in mancanza, ciascun associato, nei trenta giorni successivi al ricevimento della comunicazione del notaio, possono domandare all'ufficio del registro competente di disporre l'iscrizione nel Registro unico Nazionale del Terzo settore. Se nel termine di sessanta giorni dalla presentazione della domanda l'ufficio del registro non comunica ai richiedenti il motivato diniego, ovvero non chiede di integrare la documentazione o non provvede all'iscrizione, questa si intende negata.”

Tale disposizione, analogamente a quanto disposto dall'articolo 2436 c.c in materia di società di capitali, nel prescrivere al notaio di verificare la sussistenza delle condizioni previste per assumere la qualifica di ente del Terzo settore, subordina il controllo notarile ad un momento successivo a quando l'atto viene ricevuto, fermo restando il normale controllo di legalità preventivo svolto dal notaio in merito al patrimonio minimo e alle condizioni per la costituzione dell'ente.²⁵²

Pertanto il notaio, una volta ricevuto un adeguamento al Terzo settore di ente già esistente o un atto costitutivo ETS, dovrà rifiutare il ricevimento o la verbalizzazione nel caso in cui l'atto sia privo dei requisiti minimi imposti dal codice civile. In presenza di questi ultimi invece, il notaio dovrà ricevere l'atto necessariamente, salvo poi non richiedere l'iscrizione al Registro unico perché non vi sono i presupposti richiesti dal CTS.²⁵³

La disciplina prevista dal comma 3 dell'articolo 22 CTS è rafforzata anche da quanto disposto dall'articolo 19 d.m 15 settembre 2020 il quale prevede che il notaio, una volta ricevuto l'atto costitutivo, deve comunicare ai fondatori, agli amministratori o a ciascun associato la mancata sussistenza delle condizioni previste dalla legge. Questi ultimi, entro 30 giorni dalla comunicazione del notaio, potranno richiedere di propria iniziativa l'iscrizione all'ufficio, allegando la relativa documentazione.

²⁵²Sul punto F. MAGLIULO, *La fusione eterogenea in cui intervengono enti no-profit*, in A. ZOPPINI - M. MALTONI (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit* Padova, 2007, p. 128.

²⁵³N. ATLANTE - G. SEPIO - E. M. SIRONI, *Atto costitutivo e statuto, nuovo sistema per il riconoscimento della personalità giuridica e pubblicità degli enti del Terzo settore*, in *CNN notizie* del 3 Luglio 2020.

Occorre precisare che la comunicazione secondo cui il notaio ritiene l'ente privo delle condizioni necessarie all'iscrizione deve essere motivata, vale a dire che al suo interno vanno precisate le specifiche ragioni che hanno condotto a tale conclusione.²⁵⁴

Tuttavia, sia l'articolo 22 CTS sia l'articolo 19 d.m 15 settembre 2000 non determinano il procedimento corretto per effettuare detta comunicazione da parte del notaio, che pertanto può avvenire tramite qualunque mezzo.

Parte della dottrina²⁵⁵ ritiene che, poiché il termine perentorio di 30 giorni per proporre istanza decorre dalla comunicazione del notaio, sarebbe più opportuno effettuare quest'ultima per mezzo di uno strumento che consenta di appurare con certezza l'effettiva data del ricevimento e pertanto si fa riferimento a strumenti quali la posta elettronica certificata, la notifica a mezzo di ufficiale giudiziario o la raccomandata con avviso di ricevimento.

Importante ricordare, secondo quanto disposto dal comma 4 dell'articolo 22 CTS, che è necessario un patrimonio minimo per il conseguimento della personalità giuridica: 15.000 euro per gli enti associativi e 30.000 euro per le fondazioni.²⁵⁶

Ovviamente tale requisito patrimoniale è previsto unicamente per quegli enti che intendono acquisire la qualifica ETS, mentre non è necessario per la normale procedura di riconoscimento prevista dall'articolo 10 del d.p.r 361/2000.

Nell'attestare la sussistenza del patrimonio minimo, il notaio dovrà allegare alla domanda di iscrizione un'apposita attestazione a riguardo.²⁵⁷

Importante inoltre soffermarsi su come avviene l'iscrizione di associazioni e fondazioni già iscritte nel registro delle persone giuridiche.

Il comma 1-bis dell'articolo 22 CTS recita che: "per le associazioni e fondazioni del Terzo settore già in possesso della personalità giuridica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n.361, che ottengono l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore ai sensi delle disposizioni del presente articolo e nel rispetto dei requisiti ivi indicati, l'efficacia dell'iscrizione nei registri delle persone giuridiche di cui al decreto del

²⁵⁴N. RICCIARDELLI, *Il procedimento di iscrizione degli ETS nel decreto attuativo del RUNTS*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 4, 2020, p. 207.

²⁵⁵D. BOGGIALI – G. ABBATE, *Avvio del RUNTS*, cit., p. 27.

²⁵⁶Si precisa che il patrimonio può essere costituito anche da beni diversi dal denaro, purché il loro valore sia attestato da apposita relazione giurata da parte di un revisore legale.

²⁵⁷*L'avvio del RUNTS, indicazioni operative*, Vademecum approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato nella seduta del 3 marzo 2022., p. 8.

Presidente della Repubblica 10 febbraio n.361 è sospesa fintanto che sia mantenuta l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore. Nel periodo di sospensione, le predette associazioni e fondazioni non perdono la personalità giuridica acquisita con la pregressa iscrizione e non si applicano le disposizioni di cui al citato decreto del Presidente della Repubblica n.361/2000. Dell'avvenuta iscrizione al registro unico nazionale del Terzo settore nonché dell'eventuale successiva cancellazione, è data comunicazione, da parte dell'ufficio di cui all'articolo 45 competente, entro 15 giorni, alla Prefettura o alla Regione o Provincia autonoma competente.”

Ciò significa che le associazioni e le fondazioni già esistenti che intendano acquisire la qualifica di ETS devono adeguare il proprio statuto secondo quanto previsto dal CTS.

Sul punto l'articolo 17 del d.m. 15/2020 disciplina la procedura di iscrizione nel RUNTS di associazioni e fondazioni già costituite.²⁵⁸

Il notaio riceverà il verbale dell'ente interessato all'iscrizione, comprovante la decisione di assumere la qualifica di ETS e, dopo aver verificato l'esistenza delle condizioni previste e la conformità alle disposizioni previste dal CTS, procede alla richiesta di iscrizione.

Di rilievo anche quanto disposto dal comma 5 dell'articolo 22 CTS²⁵⁹, ove viene affrontata l'ipotesi in cui il patrimonio minimo previsto dal comma 4 subisca un decremento di oltre un terzo in conseguenza di perdite.

Anche questa disposizione evidenzia una notevole differenza fra gli enti muniti della qualifica ETS e non , per i quali nessuna perdita del patrimonio intacca l'ente, eccezion fatta per il disposto dell'articolo 28 c.c in materia di fondazioni che prevede l'insufficienza del patrimonio come motivo di trasformazione dell'ente.

²⁵⁸L'articolo 17 d.m. 15 settembre 2020 n. 106 recita: “Il notaio che ha ricevuto il verbale del competente organo, contenente la decisione di un'associazione riconosciuta o di una fondazione, che abbiano acquistato la personalità giuridica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica n.361/2000, di richiedere l'iscrizione al RUNTS, adeguando lo statuto alle disposizioni del Codice, verificata la sussistenza delle condizioni in esso previste, in conformità con l'articolo 22 CTS e all'articolo 16 del presente decreto, provvede entro 20 giorni dal ricevimento al deposito degli atti e della ulteriore documentazione presso il competente Ufficio del RUNTS, richiedendo l'iscrizione dell'ente. Si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art.16.”

²⁵⁹Il comma 5 dell'articolo 22 CTS recita: “Quando risulta che il patrimonio minimo di cui al comma 4 è diminuito di oltre 1 terzo in conseguenza di perdite, l'organo di amministrazione, e nel caso di sua inerzia, l'organo di controllo, ove nominato, devono senza indugio, in un'associazione convocare l'assemblea per deliberare, ed in una fondazione deliberare la ricostruzione del patrimonio minimo, oppure la trasformazione, la prosecuzione dell'attività in forma di associazione non riconosciuta, la fusione o lo scioglimento dell'ente.”

Per quanto concerne gli enti ETS invece, nel caso in cui il patrimonio subisca un decremento pari ad almeno un terzo del suo ammontare, l'organo amministrativo, o quello di controllo in caso di inerzia del primo, hanno il compito, nel caso si tratti di una fondazione di ricostruire il patrimonio minimo oppure, qualora tale ipotesi non risulti perseguibile, deliberare la trasformazione, la fusione o lo scioglimento dell'ente.

Diversamente, negli enti associativi l'iniziativa spetterà sempre all'organo amministrativo, il quale convocherà l'organo assembleare competente a deliberare in materia.

Permangono delle perplessità sulla disciplina da applicare per le fondazioni di partecipazioni, nelle quali vi è la presenza di un organo assembleare.

Autorevole dottrina notarile²⁶⁰ ritiene che, analogamente alle associazioni, l'organo competente a deliberare per le fondazioni di partecipazione sia l'assemblea dei partecipanti.

Tuttavia, a fronte di una consistente incertezza interpretativa dovuta alla mancanza di un dato normativo certo, si ritiene che la soluzione più appropriata sia di individuare l'organo competente all'interno dello statuto.

Da chiarire inoltre se, anche nel caso di associazioni e fondazioni già esistenti sussista il requisito del patrimonio minimo necessario ex. Art 22.4 CTS.

Un primo orientamento della prassi notarile²⁶¹ ritiene che tale requisito sussista: ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 22 CTS gli enti già dotati di personalità possono ottenere la sospensione dall'ordinario registro delle persone giuridiche in favore del RUNTS adeguando non solo il proprio statuto, ma anche il loro patrimonio.

Di opinione opposta altra tesi²⁶² la quale richiama espressamente il dato letterale dell'articolo 22.4 CTS che richiede la sussistenza di un patrimonio per il conseguimento della personalità giuridica e non anche per gli enti già costituiti.

È importante evidenziare come, nel caso in cui si tratti di un ente di nuova costituzione sia logico ritenere che quest'ultimo sia privo di rapporti giuridici passivi tali da ridurre la consistenza del suo patrimonio essendo ancora incapace di assumere obbligazioni a proprio carico; nel caso in cui sia un ente già dotato di personalità giuridica invece, non è possibile

²⁶⁰Così A. BUSANI- D. CORSICO, *Atto costitutivo e statuti degli enti del terzo settore* cit., p. 152.

²⁶¹D. BOGGIALI, *L'iscrizione di enti adeguati al CTS prima dell'avvio del RUNTS. Prime indicazioni*, in *CNN Notizie, Settore Studi, Segnalazioni Novità*, del 22 novembre 2021.

²⁶²N. RICCIARDELLI, *Il procedimento di iscrizione degli ETS*, cit., p. 38.

escludere a priori la presenza di passività tali da comportare un eventuale decremento patrimoniale.

Proprio per tale ragione è stata proposta altra soluzione interpretativa, che ritiene non più necessaria la relazione giurata da parte del revisore, potendola sostituire con una situazione patrimoniale della società degli ultimi centoventi giorni antecedenti al rogito notarile tramite il quale viene effettuata l'iscrizione nel registro unico.

Tuttavia, nella molteplicità delle soluzioni prospettate, non si è ancora arrivati ad un'opinione univoca, mancando anche una norma di legge specifica in materia.

Per concludere, dal sistema normativo vigente traspare come le fondazioni e gli enti associativi già costituiti possano iscriversi presso il Registro Unico unicamente per mezzo del procedimento previsto dal comma 1-bis dell'art. 22 CTS e dall'art. 17 d.m 15 settembre 2020.²⁶³

Per concludere, altra novità di rilievo introdotta dal CTS consiste nella possibilità per gli enti del Terzo settore dotati di personalità giuridica di costituire un patrimonio destinato ad uno specifico affare, in precedenza riservata unicamente alle società per azioni ex articolo 2447 bis c.c.²⁶⁴. Introdotto con la riforma societaria del 2003.

Il patrimonio destinato rappresenta una forma di segregazione patrimoniale e costituisce una deroga espressa al principio della par condicio creditorum sancito dall'articolo 2740 c.c., e ha la funzione di assoggettare una determinata parte del patrimonio sociale ad un differente regime di responsabilità rispetto alla restante parte, senza dover costituire una nuova società.²⁶⁵

I presupposti per poter costituire un patrimonio destinato in un ente del Terzo settore sono: l'iscrizione dell'ente presso il registro delle imprese ex articolo 11 comma 2 CTS e che l'ente sia dotato di personalità giuridica in modo tale da rispettare quanto sancito dall'articolo 22

²⁶³N. ATLANTE - G. SEPIO - E. M. SIRONI, *Atto costitutivo e statuto*, cit. p.18

²⁶⁴L'articolo 2447-bis così prevede: "La società può: a. Costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare; b. Convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte di essi. Salvo quanto disposto in leggi speciali, i patrimoni destinati ai sensi della lettera a. Del primo comma non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al 10 % del patrimonio netto della società e non possono comunque essere costituiti per l'esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali."

²⁶⁵Così G.F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività d'impresa*, cit., p. 178: "Pacifico che il patrimonio destinato non costituisca un autonomo soggetto di diritto."

CTS.²⁶⁶ Qualora sussistano ambedue le condizioni, si applicano per gli ETS le medesime norme previste dal codice civile per le società per azioni.

²⁶⁶R. DI RAIMO, *Destinazione e disciplina del patrimonio*, in M. GORGONI (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Pisa, 2018, p. 94 ss.

3.4 FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE E.T.S. E IL PRINCIPIO DELLA “PORTA APERTA”.

All'interno dell'ampio genus di enti che possono assumere qualifica ETS rientrano senz'altro le fondazioni di partecipazione.

L'ammissibilità delle fondazioni di partecipazioni, come già detto al capitolo 2, che trova conferma in numerose disposizioni di carattere speciale,²⁶⁷ riceve una piena legittimazione all'articolo 23 CTS che al comma 4 dispone che: “Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche alle fondazioni del Terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, in quanto compatibili ed ove non derogate dallo statuto.”

Giova precisare che l'articolo 23 CTS disciplina le modalità e le procedure di ammissione dei nuovi associati all'interno degli enti associativi secondo il c.d principio della “porta aperta”; pertanto la scelta di estendere tali disposizioni anche alle fondazioni di partecipazione trova la sua ratio nell'affinità di tale istituto giuridico con il modello associativo.²⁶⁸ Difatti le fondazioni di partecipazione, per loro natura giuridica, sono caratterizzate per ammettere la successiva adesione di nuovi partecipanti, i quali entrano a far parte del meccanismo dell'ente conferendo denaro o beni in natura a titolo di dotazione.

Nel disciplinare le modalità di ammissione dei nuovi membri la disciplina prevista dal CTS è sensibilmente differente rispetto a quella prevista dal primo libro del codice civile, dove all'articolo 16 viene stabilito unicamente che le condizioni per l'ammissione dei nuovi associati e diritti e gli obblighi di questi ultimi vengono stabilite dallo statuto.²⁶⁹

Pertanto si evince che, all'interno delle associazioni e delle fondazioni di partecipazione prive della qualifica ETS, “il rapporto associativo è aperto a quanti appartengono alla serie o

²⁶⁷Ad esempio l'articolo 10 comma 3 del decreto legislativo 367/1996 ai sensi del quale: “Lo statuto deve prevedere altresì le modalità di partecipazione dei fondatori privati.” Ancora l'articolo 2.3 del d.p.r. 254/2001 in materia di fondazioni universitarie, il quale così dispone: “Le fondazioni agevolano la partecipazione della propria attività di enti e di amministrazioni pubbliche e di soggetti privati, sviluppando ed incrementando la necessaria rete di relazioni nazionali ed internazionali funzionali al raggiungimento dei propri fini.”

²⁶⁸A. BUSANI- D. CORSICO, *Atto costitutivo e statuti degli enti del terzo settore* cit., p. 62.

²⁶⁹F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p.346.

categoria enunciata nell'atto costitutivo; ma è, al tempo stesso, chiuso per coloro che alla serie o categoria non appartengono.”²⁷⁰

L'articolo 23 CTS²⁷¹ invece prevede una disciplina piuttosto analitica, derogabile unicamente se previsto da apposita disposizione statutaria o dell'atto costitutivo.

In primo luogo il primo comma del suddetto articolo 23 CTS dispone che l'ammissione di un nuovo associato viene fatta su richiesta del predetto interessato alla quale segue una delibera da parte dell'organo amministrativo dell'ente. Dopodiché qualora la domanda venga rigettata, come previsto dal secondo comma, sempre l'organo amministrativo è tenuto a dare un'adeguata motivazione delle ragioni che hanno comportato il rigetto della domanda di ammissione e comunicarla ai diretti interessati.

Qualora poi il diretto interessato sia in disaccordo con il dissenso da parte dell'organo amministrativo, entro 60 giorni dal rispetto della domanda può richiedere che in merito alla medesima istanza si pronunci l'organo assembleare.

La disposizione dell'articolo 23 CTS rappresenta il cd. “Principio della porta aperta”, proprio anche delle società cooperative²⁷².

A questo punto occorre interrogarsi in che misura le disposizioni previste dall'articolo 23 CTS e il principio della porta aperta possono essere derogate dalle apposite clausole previste nello statuto nell'ente. In merito a ciò, autorevole dottrina²⁷³, sostiene che, per quanto sia possibile delimitare il principio della porta aperta prevedendo all'interno dello statuto il possesso di specifici requisiti in capo ai nuovi associati, o partecipanti in caso di fondazione di partecipazione, in ogni caso

²⁷⁰F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit.

²⁷¹L'articolo 23 CTS dispone: “Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, in un'associazione, riconosciuta o non riconosciuta, del Terzo settore l'ammissione di un nuovo associato è fatta con deliberazione dell'organo di amministrazione su domanda dell'interessato. La deliberazione è comunicata all'interessato ed annotata nel libro degli associati. 2. Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, l'organo competente ai sensi del comma 1 deve entro sessanta giorni motivare la deliberazione di rigetto della domanda di ammissione e comunicarla agli interessati. 3. Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, chi ha proposto la domanda può entro sessanta giorni dalla comunicazione della deliberazione di rigetto chiedere che sull'istanza si pronunci, l'assemblea o un altro organo eletto dalla medesima, che deliberano sulle domande non accolte, se non appositamente convocati, in occasione della loro successiva convocazione.”

²⁷²Come si evince dall'articolo 2524 c.c. in materia di variabilità del capitale sociale.

²⁷³F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, cit., p. 126.

è necessario rispettare il c.d. “Principio di democraticità”, non potendo apporre criteri irragionevoli o meramente discrezionali.

Pertanto, è esclusa la possibilità di costituire un’associazione chiusa, non potendosi eliminare del tutto il principio della porta aperta.²⁷⁴

In ausilio si rinvia a quanto disposto da parte del Ministero del Lavoro in merito all’ammissibilità di apporre clausole statutarie che subordinano l’ammissione dei partecipanti all’ente.

Il Ministero specifica che non è coerente con le finalità civiche e solidaristiche per seguire la previsione del requisito della maggiore età o il possesso di un determinato titolo di studio.²⁷⁵

Al contrario però sarà lecito prevedere un’apposita clausola che subordina l’ammissione all’ente alla circostanza di non aver riportato condanne penali.²⁷⁶

Per quanto riguarda invece la clausola in merito al possesso della cittadinanza italiana, il Ministero specifica che è opportuno verificare la ragionevolezza di quest’ultima in modo da non generare alcuna forma di discriminazione.²⁷⁷

In merito a quanto disposto dall’articolo 23 CTS invece, sempre il Ministero chiarisce che lo statuto può: riconoscere la competenza in materia di ammissione di nuovi associati ad un organo diverso dal consiglio d’amministrazione, allungare o accorciare il termine di 60 giorni stabilito per motivare l’eventuale rigetto, ma mai escludere l’onere della motivazione, essenziale ad evidenziare i criteri di ammissione previsti dallo statuto.

Infine, in base a quanto statuito dal comma 3 dell’articolo 23 CTS, lo statuto può prevedere che la competenza a decidere sull’eventuale istanza di rigetto proposta possa essere di un

²⁷⁴A. BUSANI- D. CORSICO, *Atto costitutivo e statuti degli enti del terzo settore* cit., p. 108.

²⁷⁵ Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, nota n.1309 del 6 febbraio 2019, art. 35.2 d.lgs. 11.7/2017: “Apporre requisiti di questo genere non farebbe superare l’esame svolto alla luce dei parametri di non discriminazione, ragionevolezza e coerenza.”

²⁷⁶Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, nota n.1309 del 6 febbraio 2019, art. 35.2 d.lgs. 11.7/2017: “Con riferimento all’assenza di condanne penali, si ritiene che il requisito in questione possa legittimamente imporsi o prevedersi per statuto ogni qualvolta venga in esame un reato per sua natura incompatibile con le finalità associative e/o con le attività svolte dall’associazione di cui trattasi: ad esempio nel caso di associazioni finalizzate alla difesa dei valori di legalità, alla lotta contro la mafia, alla tutela o all’educazione dei minori, appare comprensibile e ragionevole una previsione statutaria volta ad escludere soggetti condannati per reati particolarmente gravi sotto il profilo sociale; anche in questo caso , tuttavia le previsioni statutarie potranno/dovranno tener conto di valori costituzionalmente riconosciuti quali la presunzione di non colpevolezza e la funzione rieducativa della pena come presupposto per la riabilitazione del condannato e la sua riammissione nel consorzio sociale.”

²⁷⁷Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, nota n.1309 del 6 febbraio 2019.cit.

organo diverso dall'assemblea e che il termine per proporre detta istanza possa essere inferiore o superiore ai canonici 60 giorni normalmente previsti, ma non sarà mai possibile eliminare del tutto il diritto dell'interessato al riesame.

Altra disposizione applicabile alle fondazioni di partecipazione è l'articolo 24 CTS²⁷⁸, in materia di esercizio del diritto di voto e rappresentanza dell'associato all'interno dell'assemblea dei partecipanti.

La legittimazione al voto all'interno dell'assemblea dei partecipanti matura una volta che decorrono 3 mesi dal momento dell'iscrizione all'interno del libro dei partecipanti dell'ente. Tale disposizione riprende quanto disposto dall'articolo 2538 c.c in materia di società cooperative, dove però il termine di 90 giorni risulta derogabile unicamente in aumento, mentre per gli ETS è possibile derogare il suddetto solo in diminuzione.

Per quanto concerne poi le modalità di voto, il comma 2 dell'articolo 24 prevede la regola del voto capitanato, tipica delle società cooperative, secondo cui ciascun partecipante ha diritto ad un singolo voto all'interno dell'assemblea indipendentemente dalla quota di partecipazione posseduta.²⁷⁹

Tuttavia si legittima la possibilità di un cd. "Voto plurimo" per i partecipanti i quali siano enti del Terzo settore a loro volta, fino ad un massimo di 5 voti cadauno.

²⁷⁸L'articolo 24 CTS così prevede: "Nell'assemblea delle associazioni, riconosciute o non riconosciute, del Terzo settore hanno diritto di voto tutti coloro che sono iscritti da almeno tre mesi nel libro degli associati, salvo che l'atto costitutivo o lo statuto non dispongano diversamente.

Ciascun associato ha un voto. Agli associati che siano stati Enti del Terzo settore l'atto costitutivo o lo statuto possono attribuire più voti, sino ad un massimo di cinque, in proporzione al numero dei loro associati o aderenti, Si applica l'articolo 2373 c.c. in quanto compatibile.

Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, ciascun associato può farsi rappresentare nell'assemblea da un altro associato mediante delega scritta, anche in calce all'avviso di convocazione. Ciascun associato può rappresentare sino ad un massimo di tre associati nelle associazioni con un numero di associati inferiore a cinquecento e di cinque associati in quelle con un numero di associati non inferiore a cinquecento. Si applicano i commi quattro e cinque dell'articolo 2372 c.c. in quanto compatibili.

L'atto costitutivo o lo statuto possono prevedere l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica, purché sia possibile verificare l'identità dell'associato che partecipa e vota.

L'atto costitutivo e lo statuto delle associazioni che hanno un numero di associati non inferiore a 500 possono prevedere e disciplinare la costituzione e lo svolgimento di assemblee separate, comunque denominate, anche rispetto a specifiche materie ovvero in presenza di particolari categorie di associati o di svolgimento dell'attività in più ambiti territoriali. A tali assemblee si applicano le disposizioni di cui al comma terzo, quarto, quinto e sesto dell'articolo 2540 c.c. in quanto compatibili.

Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche alle fondazioni del Terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, in quanto compatibili ed ove non derogate dallo statuto."

²⁷⁹Come avviene invece nelle società lucrative.

Per ciò che concerne invece i casi in cui uno dei partecipanti alla fondazione di partecipazione si trovi in una situazione di conflitto d'interessi con l'ente stesso, si applica quanto previsto dall'articolo 2373 c.c in materia di società di capitali.²⁸⁰

Si viene a creare una situazione di conflitto d'interesse nel caso in cui un partecipante dell'ente abbia un qualsiasi tipo di interesse personale in una delibera dell'assemblea dei partecipanti, e il suo voto è in grado di influenzare l'esito finale.

Gli amministratori ad esempio non potranno prendere parte alla votazione riguardante la loro responsabilità o alla delibera di approvazione del bilancio d'esercizio dell'ente.

È possibile inoltre la previsione che i partecipanti dell'assemblea possano conferire apposita delega per mezzo della quale il sostituto nominato potrà esercitare il diritto di intervento e quello di voto. È ritenuta legittima in tal caso l'apposizione di una clausola statutaria, la quale vieti la facoltà di esercitare deleghe.

È previsto un numero massimo di tre o cinque deleghe conferibili ad un singolo partecipante dell'ente, mentre nulla del genere viene previsto per gli enti non appartenenti alla disciplina del Terzo settore.²⁸¹

Inoltre, in base a quanto disposto dal comma 5 dell'articolo 2372 c.c vige il divieto di conferire la delega a: "membri degli organi amministrativi o di controllo, o ai dipendenti della società, né alle società da essa controllate o ai membri degli organi amministrativi o di controllo o ai dipendenti di queste."

Sempre la riforma del diritto societario del 2003 ha introdotto il nuovo comma 4 dell'articolo 2370 c.c, in materia di società per azioni, ove si prevede la possibilità di prendere parte in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione oppure esercitare il diritto di voto in via elettronica o per corrispondenza.

Per consentire ciò tuttavia, è necessario verificare con certezza l'identità del soggetto in questione.

In ultimo, al comma 5 dell'articolo 25 CTS è prevista la possibilità di prevedere nello statuto un'assemblea dei partecipanti a struttura piramidale; vale a dire assemblee separate, ciascuna delle quali composta da una parte dei partecipanti dell'ente.

²⁸⁰L'articolo 2373 c.c. dispone che: "La deliberazione approvata con il voto determinante di coloro che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società è impugnabile a norma dell'articolo 2377 c.c. qualora possa recarle danno."

²⁸¹F. GALGANO, Delle persone giuridiche, cit., p. 329, ammette il libero conferimento di deleghe senza limitazioni di sorta.

La prassi è quella di nominare dei delegati per ciascuna assemblea frazionata, i quali sono incaricati di esprimere un voto durante l'assemblea generale dell'ente, in rappresentanza di tutti i quanti i membri dell'assemblea che rappresentano.²⁸²

La figura dei delegati trova pieno riscontro anche nella prassi delle società cooperative.

Per ciò che riguarda l'articolo 25 CTS invece, vengono enumerate una serie di materie per cui la competenza assembleare è inderogabile, quali ad esempio: la nomina e la revoca dei componenti degli organi sociali, l'approvazione del bilancio, la delibera sulle modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto, l'approvazione dell'eventuale regolamento dei lavori assembleari e lo scioglimento, la trasformazione, la fusione o la scissione dell'associazione.

Lo stesso articolo 25 CTS, al secondo comma, prevede la possibilità di derogare nello statuto determinate competenze sempre nel rispetto dei principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali.²⁸³

Sul punto si segnala la proposta di autorevole dottrina notarile²⁸³ di ammettere che alcune delle competenze previste possano essere attribuite anche ad organi diversi dal quello assembleare, ma comunque soggetti a nomina da parte di quest'ultimo.

Tale interpretazione si basa su quanto già previsto dall'articolo 2365 c.c. in materia di società per azioni.²⁸⁴

Specificatamente in materia di fondazioni di partecipazione, si colloca il comma 3 dell'articolo 25 CTS, che prevede che lo statuto di una fondazione con la qualifica ETS possa prevedere in seno all'assemblea dei partecipanti, la competenza a deliberare su uno o più punti elencati al 1 comma del medesimo articolo, sempre nel rispetto della volontà del fondatore e della natura di ente come fondazione.

²⁸²Sulla nomina dei delegati, Consiglio Nazionale del Notariato, "Studio di imprese n.49/2009, Assemblee separate di società cooperative ed intervento notarile, in CNN Notizie 9.3.2009: "La determinazione del numero dei delegati da eleggere in ciascuna assemblea separata è rimessa all'autonomia statutaria, la quale può prevedere la nomina di un solo delegato, oppure di un delegato in ragione di un certo numero di soci, oppure ancora di un delegato per ciascuna delle posizioni espresse dall'assemblea separata."

²⁸³N. ATLANTE, *Alcune brevi note sulla organizzazione interna degli enti del Terzo settore, in Riforma del Terzo Settore: istruzioni per l'uso, Atti del convegno annuale di Federnotizie*, Milano, 8 Marzo 2018.

²⁸⁴L'articolo 2365, comma 2, c.c. dispone che: "Fermo quanto disposto dagli articoli 2420-ter, 2443, lo statuto può attribuire alla competenza dell'organo amministrativo o del consiglio di sorveglianza o del consiglio di gestione, le deliberazioni concernenti la fusione nei casi previsti dagli articoli 2505 e 2505 bis c.c., l'istituzione o la soppressione di sedi secondarie, l'indicazione di quali tra gli amministratori hanno la rappresentanza della società, la riduzione del capitale in caso di recesso del socio, gli adeguamenti dello statuto disposizioni normative e il trasferimento della sede sociale nel territorio nazionale."

In sostanza, dunque il legislatore della riforma del terzo settore con la seguente disposizione conferma l'orientamento dottrinale che consente di apporre determinate clausole all'interno dello statuto della fondazione di partecipazione che dispongano la previsione di un organo assembleare in grado di deliberare su numerose questioni di primaria importanza, analogamente a quanto previsto per gli enti associativi; basti pensare alla possibilità di nominare o revocare gli organi sociali o le modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto dell'ente.

Il tutto però dovrà sempre avvenire nel rispetto di quello che è il vincolo di destinazione allo scopo originariamente prefissato, che resta immodificabile.²⁸⁵

Pertanto è confermata la teoria, già affrontata all'interno del secondo capitolo, che inquadra l'istituto della fondazione di partecipazione come un modello ibrido all'interno del quale possono prevedersi clausole statutarie, seppur con limiti specifici.

Ad ultimo si prende in esame quanto disposto dall'articolo 26 CTS, in materia di organo di amministrazione degli enti del Terzo settore.

Il comma 8 del seguente articolo recita che: "nelle fondazioni del terzo settore deve essere nominato un organo di amministrazione. Si applica l'articolo 2382 c.c.. Si applicano i commi 3,6 e 7. Nelle fondazioni del Terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, possono trovare applicazione, in quanto compatibili, i commi 4 e 5."

Il richiamo all'articolo 2382 c.c, proprio delle società per azioni, evidenzia come anche per l'organo amministrativo delle fondazioni ETS siano previsti dei casi di ineleggibilità per: l'interdetto, l'inabilitato, il fallito o colui il quale viene condannato ad una pena che comporta l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici.

Più nello specifico, per le fondazioni di partecipazione è possibile applicare quanto disposto dai commi 4 e 5 del medesimo articolo, in materia di associazioni.

Il comma 4 prevede che lo statuto della fondazione possa prevedere che la scelta dei componenti dell'organo amministrativo si indirizzi verso particolari soggetti, facenti parte dell'ente²⁸⁶. Il comma 5 invece dispone la possibilità che l'atto costitutivo o lo statuto dell'ente riservino la nomina di uno o più amministratori dell'ente ad altri enti con la qualifica ETS o comunque enti senza scopo di lucro, ovvero a lavoratori o utenti dello stesso.

²⁸⁵M. ROMANO, *I limiti all'autonomia statutaria nelle fondazioni di partecipazione alla luce della riforma del terzo settore*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2019, 2, p. 370.

²⁸⁶A. BUSANI- D. CORSICO, *Atto costitutivo e statuti degli enti del terzo settore*, cit., p. 160.

3.5 MODELLO DI STATUTO DI FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE ETS

STATUTO

COSTITUZIONE, DENOMINAZIONE, SEDE E DURATA.

ART 1.

Ai sensi del d.lgs 3 Luglio 2017, n.117, È stata costituita una Fondazione di partecipazione denominata “..... ETS”²⁸⁷

ART.2 SEDE

La fondazione ha sede in ... in via ... n. ...

La fondazione potrà trasferire la sede, istituire o chiudere sedi secondarie o sezioni anche in altre città italiane. Eventuali cambi di sede non comportano modifiche statutarie.²⁸⁸

ART 3. SCOPO

La fondazione ha per scopo la promozione e il sostegno di iniziative pubbliche e private per i seguenti fini:

- tutelare (...)
- valorizzare (...)
- gestire (...)
- promuovere (...)
- svolgere (...)

²⁸⁷L'articolo 12 CTS al comma 1 dispone che: “La denominazione dell’ente deve contenere l’indicazione di ente del Terzo settore o l’acronimo ETS.

L'articolo 21 CTS recita che: L’atto costitutivo deve indicare la denominazione dell’ente (...)

²⁸⁸Il principio di effettività della sede previsto dall’articolo 44 c.c in materia di persone fisiche è esteso anche alle persone giuridiche, secondo quanto sancito dal comma 2 dell’articolo 46 c.c: “Nei casi in cui la sede stabilita ai sensi dell’articolo 16 o la sede risultante dal registro è diversa da quella effettiva, i terzi possono considerare come sede della persona giuridica anche quest’ultima.”

L’articolo 21 CTS recita che: “l’atto costitutivo deve indicare (...), la sede legale, (...).”

-favorire (...) ²⁸⁹

ARTICOLO 4 :OGGETTO.

La fondazione ha per oggetto lo svolgimento, in via esclusiva o principale, della seguente attività di interesse generale: (...) ²⁹⁰

La fondazione può esercitare attività diverse da quelle indicate, nel rispetto delle attività di interesse generale, in quanto secondarie e strumentali rispetto alle stesse.

ARTICOLO 5: DURATA.

La fondazione ha durata indeterminata. ²⁹¹

ARTICOLO 6: SOCI.

Alla fondazione possono aderire tutte le persone fisiche che condividano in modo espresso gli scopi di cui all'articolo 3 dello statuto. Possono far parte della Fondazione anche persone giuridiche o altre fondazioni e/o associazioni nazionali e internazionali che abbiano come finalità istituzionale il medesimo scopo della Fondazione o comunque finalità che attengono al perseguimento del predetto fine. I soci si dividono in soci fondatori, soci ordinari e soci sostenitori.

ARTICOLO 7: PATRIMONIO.

Il patrimonio iniziale della Fondazione è pari ad euro 40.000.

²⁸⁹L'articolo 4 comma 1, CTS, prescrive che: "1 Sono enti del Terzo settore (...) le fondazioni (...) costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore."

²⁹⁰Le attività di interesse generale di un ente del Terzo settore sono elencate all'articolo 5 del CTS.

²⁹¹ In alternativa è possibile indicare il periodo di durata della fondazione.

Lo stesso patrimonio può poi essere aumentato tramite donazioni, offerte, disposizioni testamentarie e qualsiasi altra liberalità, con le modalità e sotto le condizioni prescritte dalla legge in materia.

Il patrimonio sociale viene sottoscritto dalle seguenti categorie di soci:

- Soci fondatori con la sottoscrizione del fondo patrimoniale di euro 30.000.
- Soci ordinari con la sottoscrizione del fondo patrimoniale di euro 10.000.
- Soci sostenitori con il versamento della quota annuale determinata dal consiglio di amministrazione.²⁹²

La fondazione ha l'obbligo di impiegare gli utili e gli avanzi di gestione per la realizzazione di attività istituzionali o ad esse direttamente connesse, essendone vietata la distribuzione in favore dei componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o in ogni altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto associativo.

Il consiglio di amministrazione potrà prevedere che tutte o parte delle rendite di uno o più esercizi vengano attribuite a patrimonio.

ART 8: CRITERIO DI AMMISSIONE: RECESSO ED ESCLUSIONE DEI SOCI.

L'ammissione ai soci ordinari e sostenitori è subordinata alla presentazione di apposita domanda scritta da parte degli interessati ed al versamento della quota associativa di iscrizione. Sulle domande di ammissione a soci ordinari e sostenitori decide il Consiglio di Amministrazione su proposta del Presidente.

La qualità di socio si perde, oltre che per decesso, anche per recesso o per esclusione, ed è in ogni caso sospesa.

Il recesso da parte dei soci deve essere comunicato in forma scritta al Presidente della Fondazione e ha effetto con lo scadere dell'anno in cui è prestato purché la relativa dichiarazione sia fatta almeno tre mesi prima.

L'esclusione dei soci è deliberata dall'Assemblea in caso di non ottemperanza delle disposizioni del presente statuto e delle deliberazioni dell'Assemblea e del Consiglio di Amministrazione e, in ogni caso, ricorrendo le seguenti circostanze:

- Mancato versamento, nella misura, nel termine e nelle modalità stabilite, della quota associativa.

²⁹²Si ricorda che per le fondazioni ETS il patrimonio minimo richiesto è di euro 30.000.

- Se i soci arrecano danni morali e materiali nei confronti della fondazione stessa.
- Per violazione delle norme che disciplinano l'uso dei beni della fondazione e quelli in suo uso a qualunque titolo.

Il socio receduto o escluso non ha diritto alla restituzione delle quote associative versate anche se relative all'anno di uscita.

L'elenco dei soci risulta dal Registro dei soci, la cui tenuta è garantita da parte del consiglio di amministrazione.²⁹³

ARTICOLO 9: OBBLIGHI E DIRITTI DEI SOCI.

I soci sono obbligati a :

- Osservare il presente statuto, i regolamenti interni ove adottati e le deliberazioni correttamente adottate da parte degli organi collegiali.
- Versare la quota di iscrizione e la quota associativa annuale nella misura e con le modalità che vengono stabilite dal Consiglio di Amministrazione.

I soci hanno il diritto di:

- Partecipare ad ogni attività promossa dalla fondazione.
- Partecipare all'assemblea con diritto di voto.
- Candidarsi per ricoprire cariche associative.²⁹⁴

ARTICOLO 10: ORGANI DELLA FONDAZIONE,

Sono organi della fondazione:

- L'assemblea dei soci.
- Il presidente.
- Il consiglio di amministrazione.
- L'organo di controllo.²⁹⁵
- Il revisore dei conti.

²⁹³L'articolo 16.2 c.c. dispone che: "L'atto costitutivo e lo statuto possono inoltre contenere le norme relative all'estinzione dell'ente e alla devoluzione del patrimonio.

²⁹⁴L'articolo 21 CTS dispone che l'atto costitutivo deve indicare, tra le altre cose, i diritti e gli obblighi dei partecipanti.

²⁹⁵L'articolo 30 CTS prevede la nomina di un organo di controllo all'interno delle fondazioni di Terzo settore.

- Il comitato scientifico.

ARTICOLO 11: L'ASSEMBLEA.

Prendono parte all'assemblea: i soci fondatori, i soci ordinari e i soci sostenitori in regola con gli obblighi di versamento della quota associativa.

Ogni socio ha diritto ad un voto e, per la partecipazione e il voto in assemblea, può farsi rappresentare per mezzo di delega scritta da altro socio.

L'assemblea deve essere convocata dal presidente della fondazione almeno una volta l'anno, per l'approvazione del bilancio, mediante avviso depositato presso la sede sociale almeno 15 giorni prima dell'adunanza ovvero mediante avviso inviato via posta elettronica con ricevuta di ricezione nel medesimo termine. L'assemblea è altresì convocata ogni qualvolta il presidente lo ritenga opportuno ovvero quando almeno 1/10 dei soci²⁹⁶ lo richieda mediante comunicazione scritta indirizzata al Consiglio di amministrazione almeno 15 giorni prima dell'adunanza via posta elettronica con ricevuta di ricezione.

Spetta all'assemblea deliberare su quanto alla medesima demandato per legge o statuto.

In particolare spetta all'assemblea:

- Eleggere il presidente e i componenti del consiglio di amministrazione e sostituirli in caso di cessazione dalla carica nel corso del mandato.
- Approvare il bilancio annuale.
- Deliberare sull'esclusione di uno o più soci.
- Nominare l'organo di controllo e disporre la revoca.
- Deliberare sulle modifiche dello Statuto.
- Deliberare sullo scioglimento della fondazione.
- Deliberare i compensi del consiglio di amministrazione.
- Deliberare su qualsiasi altro tema che le sia sottoposto dal presidente.
- Nominare, ove sia obbligatorio o si ritenga opportuno, il revisore legale e disporre la revoca.

L'assemblea è presieduta dal presidente del consiglio di amministrazione, ovvero, in caso di impedimenti di quest'ultimo, da altra persona da essa designata a maggioranza di voti.

²⁹⁶Secondo autorevole dottrina (A. BUSANI), è possibile per le fondazioni di partecipazione l'applicazione analogica del comma 2 dell'articolo 20 c.c. che prevede la convocazione dell'assemblea degli associati quando almeno 1/10 di questi ne faccia una richiesta motivata.

Spetta al presidente constatarne la regolare costituzione, la regolarità delle deleghe, accertare il diritto di intervento e la legittimazione dei presenti, dirigere e regolare il suo svolgimento ed accertare i risultati delle votazioni.

L'assemblea è validamente costituita in prima convocazione quando sia presente almeno la metà più uno dei soci. In seconda convocazione, che non può aver luogo nello stesso giorno fissato per la prima, l'Assemblea è validamente costituita qualunque sia il numero dei soci intervenuti.²⁹⁷

Le deliberazioni dell'assemblea sono valide quando siano approvate dalla maggioranza dei presenti o rappresentanti all'adunanza.

Le deliberazioni relative a modifiche statutarie e deliberazioni relative allo scioglimento della Fondazione sono valide quando siano approvate dalla maggioranza dei soci e, in ogni caso, col voto favorevole di almeno uno dei soci fondatori.

Le deliberazioni dell'Assemblea devono constare da verbale sottoscritto dal presidente e dal segretario, nominato dall'assemblea medesima.

ARTICOLO 12 IL PRESIDENTE

Il presidente è nominato dall'assemblea dei soci. La durata della carica del presidente è a tempo indeterminato, fino a revoca o dimissioni.

In caso di cessazione della carica per qualsiasi motivo, l'assemblea provvede alla nomina del nuovo presidente.

Il presidente avrà la rappresentanza legale della fondazione.

Al presidente spettano tutti i poteri per l'amministrazione ordinaria e straordinaria della fondazione, nessuno escluso.

Il presidente avrà la facoltà di delegare atti di amministrazione a uno o più membri del Consiglio di Amministrazione.

Dalla carica di presidente non consegue alcun compenso, salvo il rimborso delle spese sostenute per ragione dell'ufficio ricoperto.

²⁹⁷Tale clausola statutaria rimanda al disposto dell'articolo 24 c.c in materia di associazioni: "Le deliberazioni dell'assemblea sono prese a maggioranza di voti e con la presenza di almeno la metà degli associati. In seconda convocazione la deliberazione è valida qualunque sia il numero degli intervenuti. Nelle deliberazioni di approvazione del bilancio e in quelle che riguardano la loro responsabilità, gli amministratori non hanno voto."

ARTICOLO 13 IL SEGRETARIO

Il segretario coadiuva il presidente nell'esplicazione delle attività esecutive che si rendano necessarie ed opportune per l'amministrazione della fondazione.

Il segretario svolge la funzione di verbalizzazione delle adunanze di organi collegiali della Fondazione, fatta eccezione per quelle dell'organo di controllo. La funzione di verbalizzazione è affidata ad un notaio nei casi previsti dalla normativa applicabile oppure qualora il presidente ne richieda comunque la presenza.

Il segretario cura la tenuta del libro verbale delle assemblee, del libro verbali del consiglio direttivo, del libro verbali del comitato esecutivo e del libro dei partecipanti.

ARTICOLO 14 IL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

I componenti del consiglio di Amministrazione sono nominati dall'assemblea dei soci. Il consiglio di amministrazione può essere composto da un numero dispari da 3 a 5 membri.²⁹⁸

La durata dell'incarico è sino a revoca oppure fino alle dimissioni spontanee dei consiglieri.

La maggioranza degli amministratori è scelta tra le persone fisiche associate ovvero indicate dagli enti giuridici associati.²⁹⁹

È compito del consiglio di amministrazione:

- individuare azioni, struttura organizzative e modalità operative idonee al conseguimento degli scopi statuari.
- Vigilare sul buon andamento delle attività della fondazione e sull'amministrazione del suo patrimonio.
- Predisporre le bozze del bilancio preventivo da sottoporre all'approvazione dell'assemblea dei soci.
- Fissare la misura della quota annuale di partecipazione alla fondazione per i soci ordinari e i soci sostenitori.
- Deliberare in ordine all'ammissione di nuovi soci ordinari e soci sostenitori.
- Nominare il comitato scientifico e il suo direttore e deciderne l'articolazione.

²⁹⁸L'articolo 26.8 CTS ci ricorda che: "Nelle fondazioni del Terzo settore deve essere nominato un organo di amministrazione."

²⁹⁹Ai sensi del comma 2 dell'articolo 26 CTS.

- Approvare, entro il 31 ottobre di ogni anno, il piano delle attività della fondazione, tenuto conto dei vincoli di bilancio e sentito il direttore del comitato scientifico appositamente invitato alla rilevante riunione del consiglio di amministrazione.
- Deliberare su ogni altro tema che gli sia sottoposto dal presidente.

Il consiglio di amministrazione si riunisce almeno 3 volte l'anno ed inoltre ogni qualvolta il Presidente lo reputi opportuno, o ne facciano richiesta almeno 2 consiglieri. Le sue riunioni sono convocate dal Presidente, che ne stabilisce l'ordine del giorno, con posta elettronica con ricevuta di ricezione e un preavviso di almeno 7 giorni, ridotti a 3 in caso di urgenza.

Le riunioni del consiglio di amministrazione sono valide quando vi partecipino, eventualmente anche in video o audio conferenza, almeno tre dei suoi componenti e le deliberazioni siano prese con il voto favorevole della maggioranza dei presenti.

Le deliberazioni del consiglio di amministrazione devono constare da verbale sottoscritto dal presidente e dal segretario, nominato dallo stesso consiglio di amministrazione.

Ai consiglieri di amministrazione spetta un eventuale compenso annuo determinato dall'assemblea.

ARTICOLO 15 ORGANO DI CONTROLLO.

L'organo di controllo è formato, secondo quanto stabilito dall'assemblea all'atto di nomina, da un sindaco unico effettivo, da un collegio sindacale, ad uno dei quali l'assemblea attribuisce la carica di presidente.³⁰⁰

I componenti dell'organo di controllo devono essere scelti tra le categorie dei soggetti di cui all'articolo 2397 c.c, comma secondo del codice civile.³⁰¹

Nel caso di superamento dei limiti di cui all'articolo 31.1 CTS, l'organo di controllo può esercitare la funzione di revisore legale dei conti di cui al seguente articolo.

In tal caso l'organo di controllo deve essere costituito dai revisori legali iscritti nell'apposito registro.

³⁰⁰L'articolo 30 CTS stabilisce che: "Nelle fondazioni di terzo settore deve essere nominato un organo di controllo, anche monocratico."

³⁰¹L'articolo 2397.2 c.c. recita: "Almeno un membro effettivo ed uno supplente devono essere scelti tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro. I restanti membri, se non iscritti in tale registro, devono essere scelti tra gli iscritti negli albi professionali individuati con decreto del ministero della giustizia, o fra i professori universitari di ruolo, in materie economiche e giuridiche."

Non possono essere eletti alla carica di componente dell'Organo di controllo, e, se eletti, decadono dall'ufficio:

- coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382 c.c, vale a dire l'interdetto, l'inabilitato, il fallito, o chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità di esercitare uffici direttivi.
- Il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado dei consiglieri, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società controllate della fondazione.
- Coloro che sono legati alla fondazione o alle società da questa controllate da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza .
- Coloro che sono cancellati o sospesi dal registro dei revisori legali.
- Coloro che essendo stati nominati nella loro qualità di soggetti iscritti all'ordine degli avvocati, all'ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, all'ordine dei consulenti del lavoro oppure nella loro qualità di professore universitario di ruolo in materie economiche o giuridiche, perdano tali predette loro qualità.

La durata dell'incarico è sino a revoca oppure fino alle dimissioni spontanee dei sindaci.

L'organo di controllo esercita inoltre compiti: di monitoraggio dell'osservanza delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, avuto particolare riguardo alle disposizioni di cui agli articoli 5,6,7,8 CTS e di attestare che il bilancio sociale sia stato redatto in conformità alle linee guida di cui all'articolo 14 CTS.

Il bilancio sociale dà atto degli esiti del monitoraggio svolto dall'organo di controllo. I componenti dell'organo di controllo possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo, e a tal fine, possono chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari.

ARTICOLO 16 IL REVISORE LEGALE DEI CONTI.

Il revisore legale dei conti, organo monocratico, svolge le sue funzioni in accordo con l'articolo 2403 c.c.³⁰²e altre norme in materia di revisione contabile e certificazione dei bilanci. In particolare, il Revisore dei conti cura la tenuta del libro delle sue attività, verifica la regolare tenuta della contabilità della fondazione, fornisce il proprio parere sui bilanci di esercizio e corredandoli, ove ricorrano i presupposti previsti dalla legge, di idonea relazione.

Il revisore dei conti resta in carica per tre anni dalla sua nomina ed è rieleggibile.

Al medesimo spettano i compensi previsti dalla vigente tariffa professionale dei dottori commercialisti.

L'incarico di revisore legale è incompatibile con quello di consigliere di amministrazione.³⁰³

ARTICOLO 17: IL COMITATO SCIENTIFICO.

La fondazione istituisce un comitato scientifico composto da un numero dispari da 3 a 5 membri, la cui nomina è assicurata dal consiglio di amministrazione che provvederà inoltre a nominarne il direttore.

Il comitato scientifico è composto da soggetti esperti nei settori di competenza della fondazione, funzionale a definire le attività da svolgersi presso questa.

Le riunioni del comitato scientifico, che dovrà riunirsi almeno due volte all'anno, sono valide quando vi partecipino, eventualmente anche in video o audio conferenza, almeno la maggioranza dei suoi componenti e le deliberazioni siano prese con il voto favorevole della maggioranza dei presenti.

Le deliberazioni del comitato scientifico devono constare da verbale sottoscritto dal Direttore e dal segretario, nominato dallo stesso comitato scientifico.

Dalla carica di membro del comitato scientifico non consegue alcun compenso, salvo il rimborso delle spese sostenute per ragione dell'ufficio ricoperto.

L'incarico di membro del comitato scientifico è incompatibile con la carica di consigliere di amministrazione.

³⁰²L'articolo 2403 c.c. dispone che: "Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e dal suo concreto funzionamento. Esercita inoltre il controllo contabile nel caso previsto dall'articolo 2409-bis, terzo comma."

³⁰³La responsabilità del revisore legale è disciplinata dall'articolo 28 CTS.

ARTICOLO 18: ESERCIZIO.

La fondazione esercita la propria attività sulla base di esercizi di durata annuale, i quali iniziano il primo gennaio e terminano il trentuno dicembre di ogni anno.

ARTICOLO 19: BILANCIO D'ESERCIZIO.

Alla fine di ogni esercizio deve essere predisposto un bilancio d'esercizio, redatto e depositato secondo la normativa applicabile.³⁰⁴

ARTICOLO 20: SCRITTURE CONTABILI.

La fondazione tiene le scritture contabili previste dalla normativa applicabile.

ARTICOLO 21: LIBRI DELLA FONDAZIONE.

Oltre alla tenuta degli altri libri previsti, la fondazione tiene:

- Il libro dei partecipanti.
- Il libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'assemblea in cui devono trascriversi anche i verbali redatti per atto pubblico.
- Il libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione.
- Il libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'organo di controllo.

Qualora la fondazione si avvalga dell'opera di volontari, istituisce il registro dei volontari, il quale è regolamentato dalle medesime norme dello statuto che disciplinano il libro dei partecipanti.

³⁰⁴ L'articolo 13 CTS dispone che: "Gli enti del terzo settore devono redigere il bilancio d'esercizio formato dallo stato patrimoniale, dal rendiconto gestionale con l'indicazione, dei proventi e degli oneri, dall'ente, e della relazione di missione che illustra le poste di bilancio, l'andamento economico e gestionale dell'ente e le modalità di perseguimento della finalità statutarie."

ARTICOLO 22: AVANZI DI GESTIONE.

Alla fondazione è vietato distribuire, anche in modo indiretto , utili o avanzi di gestione comunque denominati, nonché fondi, riserve di capitale o patrimonio durante la vita della fondazione stessa, a meno che la destinazione o la distribuzione non siano imposte per legge o siano effettuate a favore di organizzazioni non lucrative di utilità sociale che per legge, statuto o regolamento fanno parte della medesima e unitaria struttura.³⁰⁵

La fondazione ha l'obbligo di impiegare gli utili o gli avanzi di gestione per il raggiungimento delle finalità istituzionali e di quelle ad esse direttamente connesse, fermo restando quanto stabilito dal paragrafo 4.3 e fatti salvi gli obblighi di legge.

ARTICOLO 23: SCIoglIMENTO.

In caso di scioglimento, per qualunque causa, la Fondazione ha l'obbligo di devolvere il patrimonio ad organizzazioni non lucrative di utilità sociale o a fini di pubblica utilità, sentito l'organismo di controllo di cui all'articolo 3, comma 190, L.662/1996³⁰⁶, salvo diversa destinazione imposta per legge.

ARTICOLO 24: RINVIO.

Per disciplinare ciò che non è previsto nel presente statuto, si deve far riferimento alle norme in materia di enti contenute nel Codice del Terzo settore, nel libro primo del codice civile e, in subordine, alle norme contenute nel libro quinto del codice civile.

³⁰⁵ L'articolo 8 CTS al comma 2 dispone quanto segue: “ (...) è vietata la distribuzione, anche indiretta, di utili e avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate a fondatori, associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di ogni altra ipotesi di scioglimento individuate nel rapporto associativo.”

³⁰⁶ Legge in tema di misure di razionalizzazione della finanza pubblica.

Bibliografia

Dottrina

- ALBENZIO G., *Le fondazioni teatrali come nuovo modello di fondazione-impresa*, in *Rivista del notariato*, 1998;
- ATLANTE N., *Alcune brevi note sulla organizzazione interna degli enti del Terzo settore*, in *Riforma del Terzo Settore: istruzioni per l'uso, Atti del convegno annuale di Federnotizie*, Milano, 8 Marzo 2018;

- ATLANTE N.- SEPIO G.- SIRONI E. M., *Atto costitutivo e statuto, nuovo sistema per il riconoscimento della personalità giuridica e pubblicità degli enti del Terzo settore*, in *CNN notizie* del 3 Luglio 2020;
- BELLEZZA E., *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007;
- BELLEZZA E.- FLORIAN F., *Le fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non profit*, Firenze, 1998;
- BELLEZZA E.- FLORIAN F., *Le fondazioni di partecipazione*, Milano, 2006;
- BIANCA C.M., *Diritto Civile*, Milano, 1987;
- BOGGIALI D., *L'iscrizione di enti adeguati al CTS prima dell'avvio del RUNTS. Prime indicazioni*, in *CNN Notizie, Settore Studi, Segnalazioni Novità*, del 22 novembre 2021.
- BOGGIALI D. –ABBATE G., *Avvio del RUNTS: registro operativo dal 23 novembre 2021 e possibilità di richiedere le iscrizioni dal giorno successivo (decreto del Ministero del Lavoro 26 ottobre 2021)*, in *CNN Notizie, Settore Studi, Segnalazioni Novità*, del 2 novembre 2021;
- BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992;
- BUSANI A.- CORSICO D., *Atto costitutivo e statuti degli enti del terzo settore. Normativa civilistica e fiscalità indiretta*, Milano, 2020;
- CAMPOBASSO C., *Associazioni e attività d'impresa*, in *Rivista di Diritto civile*, 1994;
- CARRABBA A.A., *Scopo di lucro e autonomia privata - La funzione nelle strutture organizzative*, Napoli, 1994;

- CHITI M.P., *Introduzione. Luci e ombre e vaghezze nella disciplina del partenariato pubblico-privato*, in CHITI M.P. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Bologna, 2005;
- CHITI M.P., *La presenza di enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007;
- CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Assemblee separate di società cooperative ed intervento notarile*, Studio della Commissione studi idi impresa n. 49-2009/I, 20 febbraio 2009;
- COSTI R., *Fondazione ed impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1968;
- D'AURIA M., *Fondazione di partecipazione e recesso dell'ente pubblico: profili problematici*, in *Il Corriere giuridico*, 2019;
- DE GIORGI M.V., *Il controllo sull'amministrazione delle fondazioni [Nota a Trib. Salerno 27/1/1999]*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999;
- DE GIORGI M.V., *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni*, in RESCIGNO P (a cura di) *Trattato di diritto privato*, Torino, 1999;
- DE GIORGI M.V., *La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti senza scopo di lucro*, in *Studium Iuris*, 2000;
- DE GIORGI M.V., *Le fondazioni da Erode a Pilato*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004;
- DE GOTZEN S. – DINACCI G., *Art. 31 – Devoluzione dei beni*, in BARBA A. - PAGLIANTINI S. (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, Milano, 2014;

- DI RAIMO R., *Destinazione e disciplina del patrimonio*, in GORGONI M. (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Pisa, 2018;
- DINACCI G., *Delle Persone*, in BARBA A. - PAGLIANTINI S. (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, Milano, 2014;
- FERRARA SR. F., *Le persone giuridiche*, Torino, 1956;
- FLORIAN F., *La fondazione di partecipazione, le fondazioni tradizionali le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007;
- FUSARO A., *Trasformazione da e in fondazione di partecipazione*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007;
- GALGANO F., *Per un'ipotesi sulla natura giuridica dei comitati*, Milano, 1958;
- GALGANO F., *Delle Persone Giuridiche: art. 11-35*, Bologna, 1968;
- GALGANO F., *Diritto Civile e Commerciale, vol. I, Le categorie generali, le persone e le proprietà*, Padova 1990;
- GIACINTI A. - CADONI R., *Un modello di fondazione atipico: la fondazione di partecipazione*, in *Enti non profit*, 2005;
- GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954;
- GRANELLI C., *Impresa e terzo settore: un rapporto controverso*, in *Juscivile*, 2018,
- GRECO P., *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Torino, 1959;

- GUARINO G., *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in RESCIGNO P. (a cura di) *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1969;
- IORIO G., *Le fondazioni*, in CEDON P. (a cura di) *Il diritto privato oggi*, Milano, 1997;
- LANDI G., *Ente*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano, 1965;
- LO CASCIO G., *La dichiarazione di fallimento dell'associazione non riconosciuta e degli associati*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1994;
- LOFFREDO F., *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica*, Milano, 2016;
- LOFFREDO F., *Gli enti del terzo settore*, Milano, 2018;
- MAGGIOLO M., *Il tipo di fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex. 2645-ter c.c.*, in RUSCELLO F. (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*, vol. I, Napoli, 2008;
- MAGLIULO F., *La fusione eterogenea in cui intervengono enti no-profit*, in ZOPPINI A. - MALTONI M. (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit*, Padova, 2007;
- MALTONI M., *Le fondazioni di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007, disponibile all'indirizzo web <https://elibrary.fondazioneit.com/articolo.asp?art=06/0603&mn=3>;
- MINERVINI G. - GRAZIANI A. - BELVISO U. - SANTORO V., *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2020;
- MIRABELLI G., *Dei contratti in generale. (Artt. 1321-1469)*, Torino, 1958;

- NAPOLITANO G., *Le fondazioni di origine pubblica: origine e regole*, in NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003;
- PALAZZO A., *Le Successioni*, Milano, 2000;
- PALERMO G.F., *Le istituzioni prive di riconoscimento*, in *Quadrimestre*, 1990;
- PONZANELLI G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 1996;
- PONZANELLI G., *Premessa. La nuova categoria degli enti del Terzo settore: alcune considerazioni introduttive*, in GORGONI M. (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Pisa, 2018;
- PROPERSI A. - ROSSI G., *Gli enti non profit*, Milano, 2015;
- REDAZIONE FEDERNOTIZIE, *Riforma del Terzo settore: nuovi termini per gli adeguamenti degli Statuti e bozza di Statuto di Fondazione ETS*, 2019, articolo consultabile all'indirizzo web <https://www.federnotizie.it/riforma-del-terzo-settore-nuovi-termini-per-gli-adequamenti-degli-statuti-e-bozza-di-statuto-di-fondazione-ets/>;
- RESCIGNO P., *Fondazione (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XVII, Milano, 1968;
- RESCIGNO P., *Negozio privato di fondazione e atto amministrativo di riconoscimento*, in *Giurisprudenza italiana*, 1968;
- RESCIGNO P., *Le fondazioni, prospettive e linee di riforma*, in RESCIGNO P. (a cura di) *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1969;
- RESCIGNO P., *[Fondazioni di partecipazione] Conclusioni*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007;

- RICCIARDELLI N., *Il procedimento di iscrizione degli ETS nel decreto attuativo del RUNTS*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2020;
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964;
- ROMANO M., *I limiti all'autonomia statutaria nelle fondazioni di partecipazione alla luce della riforma del terzo settore*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2019;
- SANDULLI M.A., *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005;
- SICCHIERO G., *Le fondazioni di partecipazione*, in *Contratto e impresa*, 2020;
- SIMONETTO E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959;
- TAMBURRINO G., *Persone giuridiche, associazioni non riconosciute, comitati*, Torino, 1997;
- TAMPONI M., *Enti pubblici ed enti privati: l'incerto confine*, in AA.VV., *Liber amicorum per Pietro Rescigno*, vol. II, Napoli, 2018;
- TAMPONI M., *Persone giuridiche*, Milano, 2018;
- TORRENTE A., *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 2021;
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, 1986;
- VITTORIA D., *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1975;
- ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995;

- ZOPPINI A., *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e fondazioni in diritto privato*, in *Rivista di diritto civile*, 2005;

Fonti normative e giurisprudenziali

- Commissione delle Comunità europee, Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli

appalti pubblici e delle concessioni, 30.4.2004 COM(2004) 327 definitivo.

- Consiglio di Stato, n. 1226/1958.
- Consiglio di Stato, n. 564/1959.
- Consiglio di Stato, parere 1° giugno 1960, n. 148.
- Consiglio di Stato, sentenza n. 644/1961.
- Consiglio di Stato, Sezione II, sentenza del 4 maggio 1994, n. 759.
- Consiglio di Stato, Sezione II, sentenza del 20 marzo 1996, n. 123.
- Consiglio di Stato, Sezione II, sentenza del 30 Ottobre 1996, n. 245.
- Consiglio di Stato, n. 1156/1997.
- Consiglio di Stato, 20 dicembre 2000, n. 288, Commissione speciale.
- Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza 29 aprile-17 giugno 2003, n. 3405.
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza dell'11 marzo 2005, n.1037.
- Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza del 30 ottobre 2006, n. 6449.
- Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 20 marzo 2012, n. 1574.
- Corte dei conti, Sez. Lazio, parere del 24 luglio 2013, n.151/2013.
- Corte dei conti - Sezione regionale di controllo per il Veneto, parere del 14 maggio 2014, n. 345.
- Corte Suprema di cassazione, sentenza 4 luglio 1959, n. 2130.
- Corte Suprema di cassazione, Sezioni unite civili, sentenza 19 ottobre 1964, n. 2622.

- Corte Suprema di cassazione, sentenza n. 1934/1967.
- Corte Suprema di cassazione, Sezioni unite civili, sentenza 29 febbraio 1968, n. 654.
- Corte Suprema di cassazione, sentenza del 15 aprile 1975, n. 1427.
- Corte Suprema di cassazione, sentenza del 2 settembre 1975, n. 3029.
- Corte Suprema di cassazione, sentenza n. 3029/1976.
- Corte Suprema di cassazione, sentenza n. 4962/1978.
- Corte Suprema di cassazione, Sezioni unite civili, sentenza del 10 luglio 1984, n. 4024.
- Corte Suprema di cassazione, sentenza 9 aprile 1990, n. 2965.
- Corte Suprema di cassazione, Sezioni unite civili, ordinanza 6 maggio 2009, n. 10635.
- Corte Suprema di cassazione, sentenza 18 luglio 2013, n. 17564.
- Corte Suprema di cassazione, Sezioni unite civili, sentenza 6 maggio 2015, n. 9100.
- Corte Suprema di cassazione, sentenza 4 luglio 2017, n. 16409.
- Corte Suprema di cassazione, Sezioni unite civili, sentenza del 20 marzo 2020, n. 7645.
- Decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361, Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto.
- Decreto del Presidente della Repubblica 24 maggio 2001, n. 254, Regolamento recante criteri e modalità per la costituzione di fondazioni universitarie di diritto privato.

- Decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, Disposizioni per la trasformazione degli enti che operano nel settore musicale in fondazioni di diritto privato.
- Decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460, Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale.
- Decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria.
- Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366.
- Decreto Legislativo 24 marzo 2006, n. 155, Disciplina dell'impresa sociale.
- Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo settore.
- Decreto ministeriale 15 settembre 2020, n.106, Definizione delle procedure di iscrizione degli enti, delle modalità di deposito degli atti, delle regole per la predisposizione, la tenuta, la conservazione del Registro Unico Nazionale del Terzo Settore.
- Legge 15 aprile 1886, n. 3818, Concernente la personalità giuridica delle Società di mutuo soccorso.
- Legge 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.
- Legge 8 novembre 1991, n. 381, Disciplina delle cooperative sociali.

- Legge 27 dicembre 2002, n. 289, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003).
- Legge 28 dicembre 2015, n. 208 Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016).
- Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, nota n.1309 del 6 febbraio 2019: Art. 35.2 d.lgs 11.7/2017 - - Discriminazioni di qualsiasi natura in relazione all'ammissione degli associati.
- Parlamento europeo, Risoluzione del 16 ottobre 2006 sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario in tema di appalti pubblici e concessioni.
- Regio decreto 25 aprile 1929, n. 967, Approvazione del testo unico delle leggi sulle Casse di risparmio e sui Monti di piet  di prima categoria.
- Regio decreto 16 marzo 1942, n. 262, Approvazione del testo del Codice civile.
- Tribunale di Belluno, ordinanza del 15 febbraio 2018.
- TAR. Lombardia, sez. III, sentenza del 23giugno 2000, n. 4598.

