LUISS

Corso di laurea di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Civile 2

Le fondazioni di partecipazione

Chiar.mo Prof. Roberto Carleo
RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa Teresa Pasquino
CORRELATORE

Flaminia Togna

Matr. 167933

CANDIDATA

Anno Accademico 2025/2026

Indice

Capitolo I:

1 Inquadramento storico (p.7)

1.1 Le fondazioni e la disciplina del c.c. (p.10)

1.2 Il comitato senza personalità giuridica e l'azienda (p.15)

1.3 Negozio di fondazione e atto di dotazione (p.15)

1.4 L'inserzione di clausole condizionali nell'atto di fondazione (p.19)

1.5 La revoca dell'atto di fondazione (p.19)

1.6 Le azioni di riduzione, revocatoria e di separazione (p.20)

1.7 L'atto costitutivo (p.21)

1.8 Il riconoscimento della fondazione (p.22)

1.9 Riguardo l'ammissibilità di fondazioni non riconosciute (p.23)

2 Patrimonio e scopo della fondazione (p.24)

2.1 Gli organi della fondazione (p.24)

2.2 Trasformazione ed estinzione (p.25)

2.3 Classificazione delle fondazioni (p.26)

2.4 La fondazione familiare (p.26)

2.5 Fondazione d'impresa (p.27)

2.6 I beneficiari della fondazione (p.27)

2.7 Perché nasce la fondazione di partecipazione (p.28)

Capitolo II:

1 Inquadramento civilistico delle fondazioni di partecipazione

1.2 La presenza di enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione

1.3 Lo scopo delle fondazioni di partecipazione

1.4 Fondazioni di partecipazione e organi partecipativi

1.5 Regolamentazione statutaria

1.6 Nomina e revoca degli amministratori

1.7 Competenze e funzionamento dell'organo amministrativo

1.8 La responsabilità degli amministratori

1.9 Adeguatezza del patrimonio iniziale e impegno economico degli associati

2 Il regime di tassazione

2.1 Partecipazione e recesso/esclusione degli associati

2.2 Fondazioni di partecipazione nel diritto internazionale privato e nel diritto ue

2.3 Spending review e fondazioni di partecipazione

Capitolo II:

1 Inquadramento civilistico delle fondazioni di partecipazione (p.28)

1.2 La presenza di enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione (p.35)

1.3 Lo scopo delle fondazioni di partecipazione (p.48)

1.4 Fondazioni di partecipazione e organi partecipativi (p.50)

1.5 Regolamentazione statutaria (p.61)

1.6 Nomina e revoca degli amministratori (p.70)

1.7 Competenze e funzionamento dell'organo amministrativo (p.77)

1.8 La responsabilità degli amministratori (p.82)

1.9 Adeguatezza del patrimonio iniziale e impegno economico degli associati (p.85)

2 Il regime di tassazione (p.90)

2.1 Partecipazione e recesso/esclusione degli associati (p.94)

2.2 Fondazioni di partecipazione nel diritto internazionale privato e nel diritto ue (p.99)

2.3 Spending review e fondazioni di partecipazione (p.114)

2.4 Autonomia testamentaria delle fondazioni di partecipazione (p.117)

2.5 La costituzione per testamento delle fondazioni di partecipazione: riflessioni sulla natura della norma e sulla sua applicabilità (p.118)

2.6 Gli elementi essenziali per la costituzione testamentaria di una fondazione di partecipazione (p.120)

2.7 Il contenuto essenziale della fondazione di partecipazione e le implicazioni della sua costituzione per testamento (p.122)

2.8 Derogabilità delle norme sul comitato nelle fondazioni di partecipazione costituite per testamento (p.124)

2.9 La nomina dell'organo di controllo nella fondazione di partecipazione costituita per testamento (p.125)

3 Conclusioni: bilancio e prospettive sulla costituzione testamentaria delle fondazioni di partecipazione (p.127)

Capitolo III:

1 I controlli amministrativi (p.118)

1.1 Fondazione di partecipazione come partnership pubblico-privata (p.119)

1.2 L'innovazione della fondazione di partecipazione (p.121)

1.3 L'economicità nelle fondazioni (p.123)

1.4 L'economicità e le condizioni di equilibrio (p.125)

1.5 Patrimonio e sistema di finanziamento (p.128)

1.6 Il finanziamento e l’apporto del soggetto pubblico (p.128)

1.7 Le fondazioni di partecipazione con le lenti dell’amministrativista (p.130)

1.8 I controlli pubblicistici sulla vita interna delle fondazioni di partecipazione (p.131)

1.9 I rapporti di partenariato con gli enti pubblici (p.135)

2 I rapporti di partenariato con gli enti pubblici nella disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici (p.139)

2.1 Approfondimento anac in merito alla fondazione Milano-Cortina 2026 del 10 dicembre 2024 (p.141)

2.2 Aspetti penali delle fondazioni di partecipazione (p.152)

Capitolo IV:
1 Le modificazioni (p.158)

1.1 Fase estintiva e operazioni straordinarie (p.168)

1.2 Trasformazione, fusione e scissione (p.171)

1.3 La pubblicità degli atti del procedimento (p.179)

1.4 Gli adempimenti relativi al progetto di fusione (art. 2501-ter) e gli adempimenti relativi alla documentazione informativa (art. 2501-septies) (p.181)

1.5 La disciplina della fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (p.182)

1.6 La situazione patrimoniale e il rapporto di cambio e la delibera dell’organo amministrativo (p.183)

1.7 Bilanci e maggioranze (p.185)

1.8 Forme deliberative (p.185)

1.9 Approvazione dell'autorità governativa e controllo notarile (p.186)

2 Le trasformazioni atipiche (p.187)

2.1 Trasformazioni di associazioni in fondazioni e viceversa (p.188)

2.2 La trasformazione di azienda speciale in fondazione di partecipazione (p.192)

2.3 L'opposizione dei creditori (p.195)

2.4 L'efficacia sanante dell'iscrizione dell'atto di fusione e fusioni e scissioni eterogenee (p.199)

Capitolo V:
1 Introduzione al caso pratico (p.203)

1.1 Venezia capitale mondiale della sostenibilità quale fondazione di diritto privato (p.204)

1.2 Presa d'atto e accettazione (p.212)

1.3 Bozza di statuto (p.215)

Introduzione

L'esigenza (se non la necessità) per le economie occidentali di mobilitare le risorse private per il raggiungimento di scopi di pubblica utilità ha dato luogo al fenomeno del cosiddetto "partenariato" tra pubblico e privato. Detto partenariato in alcuni casi si è espresso all'interno di una specifica normativa di settore, in altri casi, invece, è stata la forza dinamica della prassi negoziale ad innestare su strutture tipiche normativamente definite degli elementi tali da provocare una "torsione" della struttura tale da far addirittura dubitare che al di là del "nomen iuris" l'assetto negoziale abbia strutturato una realtà negoziale atipica. Tale "torsione" tra norma e prassi ha avuto un impatto particolarmente fecondo in tema di fondazione con la strutturazione di un "tipo negoziale" denominato "fondazione di partecipazione" che a fronte di un nome antico, espressione di una nozione tipizzata e giuridicamente risalente, ha valorizzato la partecipazione nella fondazione accanto ai privati normalmente apportatori dei finanziamenti il ruolo degli enti pubblici con la loro autorevolezza istituzionale e, l'altrettanto istituzionale, socialità dello scopo. La coesistenza del pubblico e del privato si è riflessa pesantemente sulla struttura della fondazione di partecipazione sia nella articolazione degli organi che nei principi deliberativi divenuti la cosiddetta "democrazia imperfetta" per il differente peso dei voti in assemblea e per una strutturazione del patrimonio a formazione non solo progressiva ma anche continuativa con conseguente necessità di adattamento anche delle autorità amministrative preposte al riconoscimento della personalità giuridica. Il dibattito giuridico, all'attualità, risulta diviso sulla collocazione della fondazione di partecipazione nel sistema normativo codicistico: se possa configurarsi come categoria autonoma (atipica) o se debba essere ricondotta, nonostante le tensioni strutturali, alla disciplina tradizionale della fondazione codicistica. La dottrina e la prassi notarile sono state le prime a doversi confrontare con tali tematiche ed in particolare sulla natura privatistica o pubblica delle fondazioni di partecipazione anche (e soprattutto) quando vi partecipino enti pubblici. La presente tesi nasce, quindi, dall'esigenza di approfondire e sistematizzare un istituto giuridico relativamente recente: la fondazione denominata "di partecipazione". Questo modello, pur affondando le proprie radici nella tradizione giuridica delle fondazioni disciplinate dal primo libro del Codice Civile, se ne discosta in più punti, combinando elementi innovativi che richiedono una riflessione giuridica aggiornata e coerente. L'obiettivo primario del lavoro è quello di comprendere se la fondazione di partecipazione possa essere considerata una figura giuridica "tipica", cioè ricondotta all'interno di uno schema normativo definito, o "atipica", ovvero frutto di una costruzione giurisprudenziale e dottrinale volta a colmare un vuoto legislativo. Da questo interrogativo centrale derivano ulteriori domande fondamentali, tra cui l'individuazione delle

regole che disciplinano l'operatività della fondazione di partecipazione, sotto il profilo civilistico, amministrativo e del diritto del Terzo Settore. Il lavoro si propone, inoltre, come strumento utile per i giuristi e gli operatori del diritto, fornendo un quadro teorico-pratico che possa orientare chi si confronta con tale modello, destinato a diffondersi sempre più, soprattutto nelle collaborazioni tra enti pubblici e soggetti privati. L'esperienza maturata nella pratica professionale, in particolare nella fase di redazione dello statuto e dell'atto costitutivo, ha permesso ai notai di cogliere le sfide legate all'inquadramento normativo della fondazione di partecipazione, evidenziando come il notariato abbia svolto un ruolo fondamentale nella definizione delle prassi e nell'adattamento dei modelli esistenti a una nuova realtà giuridica. Questo tipo di fondazione, infatti, presenta caratteristiche ibride: da un lato, mantiene la struttura patrimoniale tipica delle fondazioni tradizionali; dall'altro, introduce elementi partecipativi simili a quelli delle associazioni, consentendo una gestione dinamica e condivisa tra soggetti pubblici e privati. Sorta in Italia alla fine degli anni '90, con la Fondazione Pier Lombardo del 1997 come primo esempio concreto, la fondazione di partecipazione si è rapidamente evoluta, configurandosi come un ente idoneo a realizzare progetti di interesse collettivo anche senza l'immediata disponibilità di risorse economiche rilevanti. Essa si distingue per la capacità di aggregare soggetti diversi attorno a uno scopo comune, valorizzando il principio di sussidiarietà orizzontale e favorendo un modello di "amministrazione condivisa" fra Stato e società civile, riconosciuto dalla Corte Costituzionale come tratto distintivo dell'ordinamento italiano. Le fondazioni di partecipazione non sono meri contratti tra soggetti, né possono essere assimilate ad associazioni dotate di personalità giuridica. Si tratta, piuttosto, di enti con piena autonomia patrimoniale, istituiti attraverso atti unilaterali, anche plurisoggettivi, con lo scopo di destinare risorse ad attività di pubblica utilità. Il patrimonio, centrale nella fondazione di partecipazione come in quella tradizionale, è vincolato a uno scopo immutabile, sancito nell'atto costitutivo. Tuttavia, a differenza della fondazione tradizionale, i fondatori, anche pubblici, partecipano attivamente alla vita dell'ente, contribuendo alla sua governance e allo sviluppo delle attività. Questa apertura organizzativa consente un ampliamento della base partecipativa, l'ingresso di nuovi soggetti e l'evoluzione del progetto comune nel tempo, senza però alterare la finalità originaria. Dal punto di vista normativo, le fondazioni di partecipazione sono soggette principalmente alla disciplina civilistica delle fondazioni (artt. 14 ss. c.c.), integrata dalle disposizioni del Codice del Terzo Settore, ove compatibili, e da quelle del Codice dei Contratti Pubblici, specialmente in riferimento al coinvolgimento di enti pubblici. Non trovano invece applicazione le norme sul modello associativo né quelle sulle società, se non per via di espliciti richiami. L'ibridazione normativa e organizzativa che caratterizza la fondazione di partecipazione solleva non pochi interrogativi

in merito alla terminologia utilizzata negli statuti, dove talvolta si incontrano espressioni come "soci", "quote" o "assemblee", potenzialmente in contrasto con la natura fondazionale dell'ente. Da qui la necessità di chiarire i confini concettuali e giuridici del modello, riaffermando l'appartenenza della fondazione di partecipazione al genus delle fondazioni, pur nella sua peculiarità.

Capitolo I:

Capitolo I:

1 Inquadramento storico (p.7)

1.1 Le fondazioni e la disciplina del c.c. (p.10)

1.2 Il comitato senza personalità giuridica e l'azienda (p.15)

1.3 Negozio di fondazione e atto di dotazione (p.15)

1.4 L'inserzione di clausole condizionali nell'atto di fondazione (p.19)

1.5 La revoca dell'atto di fondazione (p.19)

1.6 Le azioni di riduzione, revocatoria e di separazione (p.20)

1.7 L'atto costitutivo (p.21)

1.8 Il riconoscimento della fondazione (p.22)

1.9 Riguardo l'ammissibilità di fondazioni non riconosciute (p.23)

2 Patrimonio e scopo della fondazione (p.24)

2.1 Gli organi della fondazione (p.24)

2.2 Trasformazione ed estinzione (p.25)

2.3 Classificazione delle fondazioni (p.26)

2.4 La fondazione familiare (p.26)

2.5 Fondazione d'impresa (p.27)

2.6 I beneficiari della fondazione (p.27)

2.7 Perché nasce la fondazione di partecipazione (p.28)

1 Inquadramento storico

«Tutti gli ordinamenti giuridici moderni riconoscono come soggetto di diritto non solo l'uomo singolo persona fisica, ma anche le entità sociali, denominate persone giuridiche». Essi rappresentano una necessità imprescindibile perché possono realizzare degli scopi i quali trascendono la vita e la possibilità dei singoli individui; si pensi nel diritto pubblico alla Regione o al Comune o ancora nel diritto privato al sindacato, al partito politico o alle società. Questi organismi denominati intermedi perché si inseriscono fra lo Stato e l'individuo, tendono oggi a moltiplicarsi non soltanto sul piano economico, ma anche in altri campi sociali ovvero nel settore politico, sindacale e religioso, per l'impossibilità dello Stato di realizzare da solo gli interessi della collettività. Questi soggetti che sono riconosciuti nel mondo giuridico accanto alle persone fisiche, presuppongono, una riunione di elementi sia personali che materiali, per raggiungere scopi collettivi che prescindono da quelli delle persone singole. Il processo di personificazione ha attraversato una lenta elaborazione distinta in diverse fasi storiche. I romani si limitarono a constatare il fatto dell'esistenza delle persone giuridiche e dell'esercizio da parte loro dei diritti privati, limitandosi a spiegare la cosa con alcune immagini: *paersonae vice funguntur, privatorum loco habentur*. Il fenomeno nacque prima nel diritto pubblico dunque nelle *civitates*, *municipia* e *collegia*, mentre solo all'epoca dell'impero sorsero gli enti di diritto privato esclusivamente nella forma delle corporazioni, le moderne associazioni[1].

Il diritto germanico non riconobbe invece il concetto di ente morale ed elaborò, per fissare il rapporto di proprietà delle collettività, un'ampia teoria della comunione, la c.d. comunione a mani riunite, in base alla quale i beni patrimoniali non appartengono all'ente, ma ai singoli soggetti[2]. Nel diritto canonico sorsero per la prima volta le istituzioni, le moderne fondazioni, ignote tanto al diritto romano quanto al diritto germanico: chiese diocesane e locali, monasteri, abbazie, parrocchie e confraternite[3].Le fondazioni di partecipazione rappresentano una forma giuridica che affonda le sue radici nell'esperienza giuridica medioevale, caratterizzata da una peculiare struttura di *governance* che coinvolge una pluralità di soggetti (i partecipanti) nella

[1] LOFFREDO, F., *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica,* in *Giuffrè,* p. 4.

[2] LOFFREDO, F., cit., p. 4.

[3] LOFFREDO, F., cit., p. 4.

gestione e nella decisione strategica dell'ente. Durante questo periodo, si gettarono le basi di molte delle strutture normative e organizzative che hanno influenzato il diritto moderno. L'esperienza giuridica medievale, con la sua complessità e varietà di fonti normative, offre un contesto ricco e articolato per esaminare come le forme di organizzazione e gestione del patrimonio collettivo si siano evolute nel tempo. Nel 754, Walfredo, un nobile pisano, secondo quanto risulta dall'atto di fondazione della Badia di San Pietro a Palazzuolo presso il castello di Monteverdi, assegnò alla suddetta badia un'altra porzione del padule di Fucecchio, verso Bientina, con l'intento di garantirne la manutenzione e l'autosufficienza. La società dell'epoca era caratterizzata da una diffusa povertà e le ricchezze erano concentrate nelle mani di pochissimi individui. Tuttavia, esistono numerosi esempi, tra cui quello sopracitato, in cui nobili ricchi e illuminati destinavano parti del proprio patrimonio a finalità di interesse generale.

Il Notaio Alberto di Fucecchio, in data 28 ottobre 1114, con atto rogato in qualità di esecutore testamentario del Conte Ugo, figlio di Uguccione, assegnò la somma di lire 300 e la metà di un poggio nel Padule di Fucecchio al Vescovo di Lucca, Rodolfo. Tale assegnazione era finalizzata a consentire al Vescovo di provvedere al sostentamento di diverse badie lucchesi attraverso il patrimonio e le rendite derivate da esso[4]. Nei secoli successivi al cosiddetto periodo dei "secoli bui", la società subì profonde trasformazioni, frutto di aspre lotte per la conquista dell'autonomia da parte dei cittadini. Su questo terreno fertile si avviò la fase di progettazione e costruzione delle grandi cattedrali. Le cattedrali, senza dubbio opere di interesse comunitario, non erano destinate esclusivamente al culto religioso. Al contrario, esse ospitavano una varietà di attività politiche, culturali e sociali, fungendo da centri di aggregazione. Le cattedrali erano autentici centri polifunzionali al servizio del territorio e venivano comunemente definite "Case del popolo"[5]. Il Vescovo, intenzionato a intraprendere il progetto di costruzione di una cattedrale, convocava la "società civile" dell'epoca per presentare il progetto e il piano finanziario. Durante queste riunioni, egli illustrava le risorse che la Chiesa poteva mettere a disposizione, generalmente consistenti in pietre e foreste, e sollecitava la partecipazione collettiva attraverso contributi in denaro, materiali e opere. Questi incontri rappresentavano un momento cruciale per il coinvolgimento della comunità e la realizzazione delle imponenti strutture che avrebbero servito molteplici funzioni oltre a quella religiosa, diventando veri e propri centri di aggregazione e sviluppo culturale. Scrive al riguardo l'architetto Roland Bechmann nel suo libro "Le radici delle Cattedrali": «per animare la costruzione, che nella

[4] BELLEZZA, E., *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità,* in *Fondazione Italiana del Notariato.*

[5] BELLEZZA, E., cit.

maggior parte dei casi durava decine e anche centinaia di anni, per definire il programma, per raccogliere i mezzi finanziari, per far fronte alle questioni da risolvere, per comandare gli esecutori e per assicurare la continuità del lavoro, ci voleva una direzione che non fosse limitata entro i confini della vita di un uomo: solo una persona morale (giuridica diremmo oggi) poteva resistere alla prova del tempo»[6]. Il codice del 1865 non parlava di persone giuridiche ma di corpi morali, e non dettava una specifica disciplina, limitandosi in una sola norma di carattere generale (art. 2) ad affermare che «i comuni, le province, gli istituti pubblici civili o ecclesiastici, e 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].

Circa sette secoli dopo, nel 1992, fu firmato il Trattato di Maastricht, con il quale nacque il cosiddetto "principio di sussidiarietà", successivamente recepito nelle legislazioni nazionali. La necessità di equilibrare i bilanci, controllare l'inflazione e ridurre la spesa pubblica degli Stati membri portò innanzitutto a tagliare i fondi destinati ad attività pubbliche comunemente ritenute non strettamente necessarie. Il primo settore ad essere colpito da questi tagli fu quello della cultura, seguito dalla sanità. Qualche anno dopo, nel 1996, Walter Veltroni, all'epoca Vice Presidente del Consiglio e Ministro per i Beni e le Attività Culturali, tese una mano al mondo delle imprese, rappresentate da Confindustria, chiedendo che si assumessero la responsabilità di intervenire istituzionalmente a fianco del settore pubblico nella gestione della cultura nel nostro paese. Una volta affermata la volontà di collaborare, emerse la necessità di individuare uno strumento giuridico che consentisse tale intervento, senza dover modificare la legislazione vigente, considerata la fragilità delle maggioranze parlamentari dell'epoca. Si rese quindi necessario riscoprire il concetto di comunità, ritornando al modello delle cattedrali per individuare lo strumento giuridico che aveva dimostrato la sua efficacia per secoli, in epoche in cui la società era indubbiamente più povera e primitiva, ma dove erano ravvisabili forti analogie con la situazione moderna[8]. La necessità di dotare il settore pubblico e privato di uno strumento non a scopo di profitto, capace di perseguire finalità di interesse generale, di dosare concretamente il grado di influenza delle varie componenti nella progettazione e gestione delle moderne grandi e piccole "cattedrali", e di garantire una qualche partecipazione, seppure a livelli diversi, a tutti i membri della comunità desiderosi di contribuire, ha portato ad approfondire l'istituto della fondazione. Era imprescindibile che tale istituto rappresentasse un patrimonio destinato a uno scopo. Il modello tradizionale della fondazione non avrebbe risolto

[6] BELLEZZA, E., cit.

[7] LOFFREDO, F., cit., p. 4.

[8] BELLEZZA, E., cit.

queste problematiche, ma la soluzione risiede nell'elasticità concettuale dei compilatori del Codice Civile del 1942. Nel contesto descritto e con questi presupposti storici, sono nate le diverse fondazioni di partecipazione. La prima a essere costituita con questa denominazione fu la "Pier Lombardo" di Milano, il 7 dicembre 1996. Le fondazioni di partecipazione nascono, crescono e si sviluppano tra privati cittadini, gruppi di famiglie e società commerciali. Sebbene tale strumento sia stato concepito per favorire l'interazione pubblico-privato, esso risulta solido e funzionale anche in contesti in cui il soggetto pubblico o istituzionale è assente o relegato a un ruolo marginale. In tali casi, la caratteristica principale dell'istituto è l'interazione, senza etichette predefinite: si crea una fondazione per un progetto o un ideale, già di per sé aperta agli apporti di tutti, inclusiva nel suo codice genetico. Ciò che non si riesce a realizzare da soli, a causa della scarsità di mezzi o di capacità gestionali, può essere facilmente concretizzato unendo gli sforzi di altri cittadini, singoli o associati. Questo strumento giuridico nasce, quindi, in risposta a un'esigenza della società: quella di unirsi per "fare del bene". L'attuale normativa costituisce perciò una completa innovazione, perché come si legge nella relazione, si poteva in una riforma generale del codice civile continuare ad ignorare il fenomeno. Le persone giuridiche sono disciplinate nel codice civile nel Titolo II Libro I che comprende, dopo l'abrogazione dell'art. 17 c.c. Avvenuta ad opera dell'art. 13 legge 15 maggio 1997 n. 127 e degli articoli 12,33 e 34 avvenuta ad opera dell'art. 11 del d.p.r. 10 febbraio 2000 n.361 e l'introduzione dell'art. 42 bis adopera dell'art. 98 comma 1, d.lgs. 3 luglio 2017 n.117, ventinove articoli. Dunque il termine persona giuridica è stato definitivamente introdotto nel codice del 1942, il codice precedente parlava di "corpi morali". Questo termine fu utilizzato da un autorevole giurista tedesco Savigny nel "Sistema del diritto romano attuale" per indicare quei soggetti creati artificialmente dall'ordinamento per scopi essenzialmente giuridici. Dunque le origini del fenomeno che stiamo studiando risiedono nel diritto canonico, ma si giunge ad una compiuta elaborazione solo nel XIX sec., con Heise e Savigny[9].

1.1 Le fondazioni e la disciplina del c.c.

Il modello dogmatico della fondazione tenuto presente dal legislatore del '42, ovvero la fondazione di mera erogazione costituita da un individuo per fini di utilità generale, appare ormai oggi ampiamente superato. Oggi la fondazione riesce ad impegnare capitali, creare organizzazioni imponenti di mezzi e di persone, coinvolgere vaste aree di interessi sociali. Un dato significativo è quello della partecipazione di enti, perlopiù societari, alla costituzione di fondazioni. Di fronte dunque alla metamorfosi della fondazione occorre chiedersi allora quali

[9] ROMANO, G., *La Fondazione di Partecipazione,* p. 2.

siano, ad oggi, i caratteri identificativi dell'istituto[10]. La disciplina generale delle fondazioni si rinviene nel titolo II (delle persone giuridiche). Il capo II (delle associazioni e delle fondazioni) contiene un complesso di norme dall'art. 14 all'art. 35 che si riferiscono tanto all'associazione quanto alla fondazione. Riguardano specificamente la fondazione gli articoli 14 comma due, 15, 25, 26 e 28 c.c. e, delle norme di attuazione gli articoli 2 comma due, e l'art. 3. Le fondazioni regolate dal codice civile sono quelle "di carattere privato", infatti si legge nell'art. 12 che «le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento concesso con decreto del Capo dello Stato»[11]. Il codice civile regola le fondazioni di diritto privato. La disciplina del codice civile dettata nel primo libro per le associazioni e le fondazioni e nel quinto libro del codice per le società, è utilizzabile dall'interprete anche per gli enti pubblici, per le regole che attengono alla struttura e al contenuto normativo della personalità, mentre in via analogica sono applicabili le norme particolari a ciascuno dei tre tipi (associazioni, società e fondazioni) di persone giuridiche[12]. D'altra parte alla base della fondazione di diritto pubblico è possibile che si trovi un atto di volontà del privato, un negozio di fondazione analogo a quello con cui il privato ha dato vita ad una fondazione di carattere privato, anche se al riconoscimento statuale si attribuisce una diversa natura e cioè natura di atto di accertamento rispetto al negozio di fondazione privatistico. Questi restano nella sostanza identici, i problemi attengono alla formazione e manifestazione della volontà privata e alla volontà del fondatore[13]. Si deve tener conto della possibilità per il privato di dare impulso alla costituzione di una fondazione di diritto pubblico e della possibile partecipazione di enti pubblici a fondazioni di diritto privato[14]. dunque la disciplina del codice civile assume una notevole importanza anche al di fuori dell'area dello stretto diritto privato[15]. L'art 12 c.c. contempla le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato e il riconoscimento avviene mediante decreto del Capo dello Stato (comma 1), e mediante decreto prefettizio «per determinate categorie di enti che esercitano la loro attività nell'ambito della Provincia» (comma 2) quando la facoltà di riconoscerli sia stata

[10] ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie,* 1995, Jovene, Napoli, 76.

[11]GIUFFRÈ, A.*, Enciclopedia del diritto,* Varese, 1968, p. 790.

[12] In questo senso GALGANO, F., «*Pubblico» e «privato» nella qualificazione della persona giuridica,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1996, 279 ss.

[13] Sulle diverse tesi relative alla natura del riconoscimento, BASSI, *Contributo allo studio dell'atto di riconoscimento della personalità giuridica,* in *Studi in memoria di G. Zanobini,* I, Milano, 1965, 189 ss.

[14] In senso contrario Cons. St., sez. I, 19 dicembre 1961, n. 2213, in *Cons. St.,* 1961, I, 1964.

[15] GIUFFRÈ, A.*,* cit., p. 791.

delegata dal Governo ai prefetti[16]. Sembra che il legislatore abbia accolto come nozione la più comprensiva, e perciò quale *genus*, la nozione di istituzione e che di quest'ultima l'associazione e la fondazione siano considerate specie che non esaurirebbero la categoria, come risulta dalla parola altre, che precede istituzioni. Tuttavia il campo delle persone giuridiche di diritto privato appare suscettibile di essere ordinato secondo tre tipi, menzionati dagli articoli 12 e 13, che sono oggetto di specifica disciplina: associazioni, fondazioni e società. Le associazioni e le fondazioni presentano il comune carattere di essere organizzazioni con scopo non di profitto[17]. La contrapposizione nella realtà è meno netta di quanto la tradizione e la sistematica del codice possano indurre a pensare[18]. Tra associazioni e fondazioni da un canto e società dall'altro la diversità di trattamento giuridico consiste in questo: che per le prime il riconoscimento (art. 12), le autorizzazioni (necessarie per tutti gli acquisti immobiliari e gratuiti: art. 17), i controlli sulla vita dell'ente (sino alle ipotesi di trasformazione e alla possibilità di deciderne il destino dei beni dopo la liquidazione) sono di competenza dell'autorità politico amministrativa, che il codice indica con il nome di autorità governativa; per le società, al contrario, sono attribuiti all'autorità giudiziaria, nell'esercizio della volontaria giurisdizione (sono invece eccezionali le autorizzazioni governative per ragioni che interessano l'economia del paese). Il diverso trattamento ha le sue radici nell'atteggiamento dello Stato moderno e nelle ideologie dalle quali lo Stato prese vita. L'Illuminismo e la rivoluzione francese impressero all'ordinamento una impronta che si conservò per tutto il secolo passato e che si rafforzò con i regimi autoritari, quest'ultima ancora resiste pur nel quadro di principi costituzionali intesi a rivalutare le formazioni sociali ove si svolge la personalità individuale (art. 2 Cost.). La negazione dei corpi sociali cosiddetti intermedi[19], era diretta soprattutto a colpire l'organizzazione corporativa e, in altra parte della realtà sociale, le istituzioni e le attività della Chiesa[20]. Il sistema della concessione amministrativa, accolto per le associazioni e le fondazioni, porta alla necessità di documentare all'autorità governativa lo scopo dell'ente e i mezzi patrimoniali per provvedervi (art. 2 comma 1 delle disposizioni di attuazione del codice civile). Per le società il sistema è quello cosiddetto normativo, che implica l'acquisto della personalità giuridica quando siano stati adempiuti i requisiti formali stabiliti dalla legge, e dell'adempimento di tali requisiti affida

[16] Sulla delega al prefetto Cons. St., sez. II, 29 gennaio 1958, n. 80, in *Cons. St.,* 1958, I, 1578.

[17] Sui concetti di scopo di lucro e scopo egoistico cfr. BIGIAVI, *La professionalità dell'imprenditore,* Padova, 1948, 43 ss., 81 ss.

[18] GIUFFRÈ, A., cit., p. 792.

[19] Sui corpi sociali intermedi, RESCIGNO, *Le società intermedie,* in *Persona e comunità,* Bologna, 1966, 29 ss.

[20] GIUFFRÈ, A., cit., p. 793.

all'autorità giudiziaria un controllo di mera legalità. La contrapposizione delle associazioni e delle fondazioni, regolate nel primo libro del codice, alle società, disciplinate nel quinto libro, risponde alle ragioni ricordate. Invece la decisione[21] di contrapporre le fondazioni, e solamente le fondazioni, a tutte le collettività organizzate (associazioni in senso stretto, società, cooperative, mutue assicuratrici, consorzi) nasce invece da un criterio di classificazione adottato dal pensiero giuridico: alla stregua di tale criterio si considera preminente nella fondazione l'elemento patrimoniale, nell'associazione l'elemento personale, quando addirittura non si consideri presupposto sufficiente per il riconoscimento della fondazione il patrimonio, e dell'associazione la pluralità di persone[22].

Un celebre scrittore tedesco più di un secolo fa descriveva l'estinzione della fondazione per perdita totale del patrimonio dicendo che «nelle associazioni il patrimonio è vincolato alla persona giuridica, nelle fondazioni la persona giuridica al patrimonio»[23]. Se si guarda all'esperienza dei paesi, in primo luogo agli Stati Uniti d'America e alla Gran Bretagna, ci si rende conto che le fondazioni costituirono uno degli strumenti più efficaci di azione dei gruppi nella società pluralistica. Poste al servizio di finalità culturali, benefiche, assistenziali, le fondazioni rispecchiarono la varietà e molteplicità delle sollecitazioni e degli obiettivi della società. Solamente una finalità fu sempre ritenuta e ancora oggi si considera contraria agli scopi consentiti dalla fondazione, si tratta dello scopo strettamente politico. La ragione dell'atteggiamento negativo è strettamente legata alle agevolazioni fiscali di cui godono le fondazioni e viene ricondotta al dovere di neutralità dello Stato che impone i tributi[24]. Oggi la fondazione promossa da una società commerciale è lo strumento normalmente usato per realizzare in forma organica le attività benefiche e culturali che l'impresa, nel sistema americano, abitualmente svolge[25]. Più affine certamente alla nostra esperienza è l'esperienza, culturale e pratica, vissuta in Germania. Nel sistema tedesco, limitandosi il codice civile a dettare norme sulla forma e gli effetti del negozio di fondazione tra vivi, sull'organizzazione dell'ente e sull'incidenza dello scopo nella vita della persona giuridica, sono rimessi all'autorità statale del singolo *Land* il riconoscimento e la vigilanza e prima ancora la determinazione dei requisiti necessari per l'attribuzione della personalità giuridica. l'opportunità di una

[21] ASCARELLI, *Riflessioni in tema di consorzi, mutue, associazioni e società,* in *Riv. dir. comm.,* 1953, II, 327-334.

[22] GIUFFRÈ, A., cit., p. 794.

[23] ROTH, *Über Stiftungen,* in *Jh. Jb.,* 1857, I, 189 ss.

[24] GIUFFRÈ, A., cit., p. 794.

[25] ANDREWS, M., *A study of company – sponsored Foundations,* New York, 1960.

regolamentazione unitaria, di diritto federale, è avvertita in Germania dalla maggior parte degli scrittori. La disciplina del codice civile tedesco ha avuto palese influenza sulla redazione del codice civile italiano. In Germania il codice civile (BGB) aveva provveduto a regolare le fondazioni, a proposito della distribuzione di competenze normative tra *Bund* (allora *Reich*) e *Länder*. Il clima politico invece che vede nascere il codice civile italiano vigente era portato a far propria e ad irrigidire quella concezione delle fondazioni, che può dirsi di "diritto di polizia". Il sistema di norme predisposte nel codice civile voleva servire piuttosto a controllare quell'ambito residuo di libera attività[26] piuttosto che a favorirne l'espansione[27]. Per completare l'indicazione delle norme che regolano la materia, nel vigente codice civile, occorre ricordare gli articoli 600 e 786. L'art. 600, con riguardo al generale profilo della capacità di ricevere per testamento, stabilisce che «le disposizioni a favore di un ente non riconosciuto non hanno efficacia, se entro un anno dal giorno in cui il testamento è eseguibile non è fatta l'istanza per ottenere il riconoscimento» e prevede al secondo comma la possibilità di adottare provvedimenti conservativi fino al momento della costituzione. Il riconoscimento come persona giuridica viene imposto all'ente perché se ne possa controllare l'acquisto[28], dunque l'art. 600 è strettamente legato all'art. 17 relativo agli acquisti immobiliari. L'opinione costantemente eseguita in giurisprudenza e in dottrina ritiene sufficiente, perché possa considerarsi realizzata la previsione dell'art. 600, l'autorizzazione all'acquisto, nella quale autorizzazione sarebbe implicito il riconoscimento[29]. L'efficacia della disposizione testamentaria a favore di un ente non riconosciuto (e lo stesso deve dirsi della donazione) deve ritenersi subordinata al riconoscimento dell'ente come persona giuridica e non già alla semplice istanza per ottenerlo. La necessità dell'istanza è quella di eliminare l'incertezza dei rapporti successori[30] ed è quindi posta a tutela degli eredi legittimi. Può dirsi in definitiva, per spiegare il rapporto fra istanza e riconoscimento, che questo è condizione di efficacia della disposizione, mentre la domanda determina solamente un vincolo dell'erede legittimo interessato al mancato avverarsi della condizione[31]. L'interesse ad eliminare l'incertezza dei rapporti successori, e a render libera da intralci e da pesi la circolazione dei beni caduti in successione, ha portato la giurisprudenza della Suprema Corte, seguita più tardi dalla giurisprudenza di merito e ora dalla prevalente

[26] SOLMI, *L'idea fascista nel nuovo codice civile,* Roma, 1940, 91 ss.; *ivi,* a p. 96.

[27] GIUFFRÈ, A., cit., p. 795-797.

[28] Cons. St., sez. I, 6 febbraio 1962, n. 147, in *Foro it.,* 1962, III, 405.

[29] Il riconoscimento implicito, dato attraverso l'autorizzazione all'acquisto, è ammesso già dalle pronunce più antiche: App. Parma 7 dicembre 1897, in *Le leggi,* 1898, I, 267.

[30] V., per tutte, Cass. 3 febbraio 1955, n. 282, in *Giust. civ.,* 1955, I, 1137.

[31] GIUFFRÈ, A., cit., p. 797-798.

dottrina, a ritenere applicabile l'art. 600 non solamente alle disposizioni testamentarie a favore di enti che esistano di fatto, ancorché privi di riconoscimento, alla morte del testatore, ma altresì agli enti (e quindi alle fondazioni) costituiti col testamento medesimo[32]. Occorre distinguere il negozio di fondazione, inteso a dar vita all'ente, dal negozio di dotazione, che ha l'ente creato con il primo atto fornisce i mezzi patrimoniali necessari per il perseguimento dello scopo voluto dal fondatore. Sulla base di quest'ultima distinzione, l'opinione dominante, ritiene che anche l'ente costituito attraverso il testamento sia un ente di fatto, non riconosciuto, per l'immediata operatività del negozio di fondazione, che si distingue, in linea logica e produce il suo effetto prima che operi il negozio di dotazione[33].

1.2 *I*l comitato senza personalità giuridica e l'azienda

Sono applicabili alla fondazione le norme che riguardano le attività svolte da privati attraverso la forma della fondazione, in particolare le norme che debbono considerarsi riferibili all'impresa strumentalmente usata dalla fondazione e alla fondazione d'impresa[34]. Le ragioni che inducono una parte della dottrina tedesca ad approvare la fondazione d'impresa, e ad auspicarne una più vasta diffusione, vanno ricercate proprio nell'esigenza di favorire il processo di oggettivizzazione dell'impresa, utilizzando la forma giuridica che sembra la più tecnicamente idonea a realizzarlo, ossia la fondazione[35].

1.3 Negozio di fondazione e atto di dotazione

L'atto costitutivo della fondazione, è un atto unilaterale non recettizio (Del Prato 1988, 329). Tale carattere permane anche quando più fondatori partecipino, in un unico documento, alla fondazione: in verità, nell'ipotesi di più fondatori partecipanti all'atto può seriamente dubitarsi della unicità del negozio privato. Appare più esatta, sotto il profilo costruttivo, la tesi della pluralità di negozi; che non contraddice l'unità della forma in cui sono racchiuse le singole dichiarazioni di volontà dei fondatori. Poiché i singoli atti di autonomia sono indirizzati allo stesso fine, ad essi fa seguito un solo atto amministrativo (il provvedimento che concede la personalità alla fondazione)[36]. Una siffatta ricostruzione presenta notevoli risvolti pratici, giacché esclude che l'invalidità o l'inefficacia riguardante l'atto del singolo fondatore influisca

[32] App. Napoli 6 febbraio 1952, in *Dir. eccl.,* 1952, II, 536.

[33] GIUFFRÈ, A., cit., p. 798-799.

[34] SANTORO- PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* Napoli, 1966, 49.

[35] GIUFFRÈ, A., cit., p. 800-801.

[36] RESCIGNO, *Negozio privato di fondazione e atto amministrativo di riconoscimento,* in *GI,* I, 1358.

sulla validità o sull'efficacia degli atti posti in essere dagli altri fondatori. È in sede di riconoscimento, che il venir meno di un singolo apporto potrà risultare determinante ai fini della valutazione, da parte della autorità amministrativa, dell'insufficienza dei mezzi patrimoniali per il raggiungimento dello scopo. Fondatori possono essere, oltre ad una o più persone fisiche, enti collettivi. Anche gli enti pubblici possono costituire fondazioni[37]. Nella costituzione della fondazione per atto tra vivi è richiesta la forma solenne dell'atto pubblico. La tradizionale scomposizione dell'atto di fondazione in due atti distinti, l'atto di fondazione diretto alla creazione di un nuovo centro di imputazione giuridica, e l'atto di dotazione, mero atto di dotazione patrimoniale accessorio al primo, permette di qualificare l'atto di dotazione patrimoniale tra vivi come donazione. L'atto pubblico è richiesto sotto pena di nullità. La fondazione può essere disposta anche con testamento, c'è da chiedersi in questo caso, se la forma necessaria sia quella del testamento pubblico o se, invece, possa considerarsi sufficiente anche un testamento olografo. Si ritiene ammissibile anche la disposizione di una fondazione per testamento olografo[38]. L'atto di fondazione è, in primo luogo, un atto di disposizione patrimoniale, attraverso cui il fondatore destino un patrimonio al conseguimento di uno scopo; è, inoltre, un atto di organizzazione, che determina attraverso una struttura organizzativa, il modo di attuazione dello scopo. Una pronuncia della Cassazione[39] ha definito l'atto di fondazione come «l'atto di autonomia privata con il quale viene manifestata la destinazione di cespiti patrimoniali al conseguimento di uno scopo, viene determinato tale scopo ed il modo di attuazione di questo e viene disposto che i cespiti così destinati si trasferiscano all'ente, la cui costituzione è prevista nell'atto stesso, quando a questo sia riconosciuta la personalità giuridica secondo l'ordinamento vigente»[40]. Da una lettura dell'art. 16 c.c. sembrerebbe potersi affermare che le norme sull'amministrazione dell'ente, costituendo un requisito essenziale dell'atto di fondazione, determinano, con la loro assenza, la nullità dello stesso. Questa idea è stata successivamente abbandonata dalla Cassazione[41], la quale ha stabilito che per la validità dell'atto di fondazione sia sufficiente che da questo sia determinato lo scopo, da cui deriva l'impronta e la fisionomia della futura persona giuridica, mentre le norme di governo, secondo le quali questa deve operare, possono essere determinate dall'autorità amministrativa a norma dell'art. 2 delle disposizioni di attuazione del codice civile. Tale indirizzo della Cassazione è stato accolto dalla dottrina. Va rilevato come la fondazione si realizzi per mezzo di una

[37] IORIO, G., *Le fondazioni,* 1997, Giuffrè, p. 65-66.

[38] IORIO, G., cit., p. 66-67.

[39] Cass. 29 febbraio 1968, n. 654, *GI,* 1968, 1, 1360.

[40] IORIO, G., cit., p. 67.

[41] Cass. 25 giugno 1953, n. 1975, *DF,* 1953, II, 581.

fattispecie formativa complessa[42]: l'atto di fondazione ed il decreto di riconoscimento. L'autorità governativa partecipa al procedimento di formazione dell'ente ed è legittimata a completare l'atto di fondazione in quegli elementi essenziali per il suo funzionamento[43]. L'integrazione dell'atto di fondazione può essere compiuta, oltre che dall'autorità governativa, da un arbitratore privato. Questa ipotesi è stata ravvisata nel primo comma dell'art. 3 delle disposizioni di attuazione del codice civile, per il quale «il notaio che interviene per la stipulazione di atti tra vivi ovvero per la pubblicazione di testamenti, con i quali si dispongono fondazioni o si fanno donazioni o lasciti in favore di enti da istituire, è obbligato a farne denunzia al prefetto entro 30 giorni». La norma in esame non fa riferimento all'ipotesi, che è comunque ammissibile, in cui la costituzione della fondazione forma oggetto di un onere apposto ad una donazione o a una disposizione testamentaria: non si giustificherebbero, se i beni fossero entrati nel patrimonio del donatario o dell'erede o del legatario, i diretti interventi consentiti su di essi all'autorità governativa[44]. La norma in esame si riferisce ad un vero e proprio atto di fondazione, con esso si opera un vincolo di destinazione dei beni, a tutela del quale interviene l'autorità governativa. Colui che è indicato come donatario o erede o legatario, provvede ad integrare l'atto di fondazione in quegli elementi mancanti, agendo come arbitratore (art. 1349 del codice civile). In riferimento allo schema dell'arbitraggio comporta delle significative conseguenze:

- La determinazione dell'arbitratore è volontà del terzo;
- In caso di determinazione manifestamente iniqua ed erronea il potere di integrazione spetta all'autorità giudiziaria e non a quella governativa;
- Allorché il disponente abbia lasciato al terzo la scelta sull'opportunità di istituire una fondazione, la mancata determinazione di quest'ultimo farà cadere l'atto di fondazione ed i beni andranno agli eredi o torneranno al disponente.

Nella pratica può non essere facile distinguere fra l'ipotesi della costituzione indiretta della fondazione e quella della donazione o della disposizione testamentaria con l'onere di costituire una fondazione. A tal fine è utile considerare due aspetti, in primo luogo la presenza di un onere potrà essere rilevata dal fatto che il disponente si sia riservato la facoltà di agire per la risoluzione della disposizione, nel caso di inadempimento dell'onere. La presenza di una disposizione modale, invece può essere esclusa quando tutti i beni donati o relitti dovranno

[42] Trib. Milano 19 settembre 1968, *GI,* 1969, I, 727.

[43] IORIO, G., cit., p. 68-69.

[44] GALGANO, F., *Delle persone giuridiche,* in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, 1969, Zanichelli-Società editrice del «Foro italiano», Bologna-Roma.

essere destinati alla costituzione di una fondazione[45]. Nell'ipotesi di disposizione l'onere di costituire una fondazione, non troverà applicazione l'art. 3 delle disp. att., bensì le norme che regolano l'adempimento dell'onere[46]. Si è già detto della necessità di distinguere l'atto di fondazione, con il quale il privato dà impulso alla costituzione dell'ente, dall'atto di dotazione, che serve ad apprestargli i mezzi patrimoniali. Solamente il secondo atto ha contenuto patrimoniale; il negozio di fondazione non riveste invece tale carattere. La distinzione non toglie che fra i due atti vi sia stretta interdipendenza, di guisa che alla nullità del primo seguirà la nullità del secondo e la nullità dell'atto di dotazione renderà impossibile la realizzazione del negozio di fondazione[47]. La forma richiesta per l'atto di fondazione è quella di atto pubblico. Si incontrano, nell'imposizione della forma solenne dell'atto pubblico, le ragioni per cui essa è imposta, nel sistema, per gli atti costitutivi di enti destinati all'acquisto della personalità e le ragioni che ne esigono il rispetto nella donazione, forma tipica della liberalità tra vivi. All'uno e all'altro carattere dell'atto di fondazione si riconduce la possibilità di revoca. Il potere può essere esercitato dal fondatore fino a quando non intervenga il riconoscimento, ma ne preclude l'esercizio anche l'inizio dell'attività dell'opera, sempre che questa iniziale attività possa ricondursi alla volontà del fondatore (art. 15 comma 1). La natura strettamente personale della facoltà ne determina l'intrasmissibilità agli eredi (art. 15 comma 2)[48]. La dottrina è generalmente orientata a considerare l'atto di fondazione come negozio unilaterale non ricettizio, è divisa invece nel definire l'atto di dotazione, che per taluni è atto unilaterale di destinazione dei beni allo scopo della fondazione[49], ad avviso di altri scrittori è un vero e proprio contratto di donazione. La nullità del negozio di fondazione, pronunciata quando l'attività dell'opera abbia già avuto inizio, solleva il problema della definizione dei rapporti in atto. Sembra corretto, al riguardo, risalire dalla norma dell'art. 2332 ad un principio generale riferibile a tutte le persone giuridiche, concludendo perciò nel senso che la sentenza di nullità apre il procedimento di liquidazione[50]. Per tradizionale insegnamento l'atto di fondazione è composto da due atti distinti: l'atto di fondazione, diretto alla nascita del nuovo soggetto

[45] D'AMELIO, S., *La beneficenza nel diritto italiano. Storia delle leggi. Testo delle leggi vigenti coordinate ed unificate,* V edizione, Cedam, Padova, 496 ss.

[46] IORIO, G., cit., p. 71-72.

[47] Cass. 4 luglio 1959, n. 2130, in *Giust. civ.,* 1959, I, 1961.

[48] Per l'applicabilità dell'art. 15 comma 1 alle persone giuridiche pubbliche v. Cass. 4 luglio 1959, n. 2130, cit.

[49] Cass. 26 novembre 1960, n. 3141, in *Cal. Giud.,* 1960, 337.

[50] GIUFFRÈ, A., cit., p. 801.

giuridico; l'atto di dotazione, mero atto di disposizione accessorio al primo[51]. Sulla base di questa distinzione l'atto di dotazione inserito nel testamento, è stato inteso come istituzione di erede o legato[52]. Quando la fondazione sia costituita per atto tra vivi, l'atto di dotazione è stato definito come un vero e proprio contratto di donazione[53]. A parte i dubbi sulla utilità pratica della distinzione fra atto di fondazione e atto di dotazione, non sono mancate, già in passato, voci contrarie ad una ricostruzione teorica basata sulla scissione dell'atto di fondazione. La fondazione disposta per testamento non potrà, come può l'erede o legatario, rinunciare alla dotazione patrimoniale[54]. Né sembra corretto inquadrare la fondazione, disposta per atto tra vivi, nel prototipo della donazione, risultando inapplicabili alla prima alcune specifiche norme che regolano la seconda. In particolare, il fondatore non può revocare l'atto di fondazione per ingratitudine o sopravvenienza di figli, come invece può fare il donante. L'inapplicabilità delle norme sull'istituzione di erede o sul legato o sulla donazione si spiega, manifestamente, per il fatto che l'atto di dotazione della fondazione non ha la medesima causa di questi negozi: esso è a differenza dell'istituzione di erede o delegato o della donazione, un'attribuzione patrimoniale che non ha in sé una propria causa, ma la trova nel negozio di fondazione. L'atto di fondazione ha in comune con le suddette figure negoziali solo il fatto di essere un atto di liberalità[55].

1.4 L*'inserzione di clausole condizionali nell'atto di fondazione*

All'atto di fondazione, quale atto di autonomia privata, sono applicabili tutte le regole dettate per i contratti che siano compatibili con il suo specifico contenuto e trovano applicazione anche quelle disposizioni che regolano l'inserzione di clausole condizionali. Come condizione di efficacia dell'atto può essere posta anche la concordanza fra lo statuto predisposto dal fondatore e quello approvato con l'atto amministrativo di riconoscimento. Al riguardo la Suprema Corte ha affermato che la mancanza di concordanza comporta una duplice conseguenza: il difetto di un presupposto dell'atto di riconoscimento e il difetto di efficacia dell'atto di fondazione[56]. Il fondatore potrà sia domandare l'annullamento dell'atto amministrativo di riconoscimento, che chiedere al giudice ordinario la caducazione dell'atto.

---

[51] MESSINEO, F., *Manuale di diritto civile e commerciale,* I, nona ed., Giuffrè, Milano, 1957, 283.

[52] NICOLÒ, R., *Negozio di fondazione-Istituzione di erede,* in *RDC*, I, 386 ss.

[53] RESCIGNO, cit., p. 801.

[54] GALGANO, *Diritto civile e commerciale,* I, seconda ed., Cedam, Padova, 262.

[55] GALGANO, cit., 167-168.

[56] Cass. 29 febbraio 1968, n. 654, *GC,* 1968, I, 808.

La condizione esaminata è una condizione sospensiva; deve escludersi, invece, la possibilità di inserire nell'atto di fondazione una condizione risolutiva in senso tecnico, che consenta una retrocessione dei beni per mancato adempimento dei fini istituzionali dell'ente[57]. In effetti, allorché la fondazione sia stata riconosciuta, sulla base di un atto di fondazione valido ed efficace, l'interesse tutelato è quello della rispondenza dell'attività agli scopi statutari: nel caso ciò non accada, l'eventuale provvedimento estintivo dovrà seguire l'apposito *iter* stabilito dal codice civile[58].

1.5 *La revoca dell'atto di fondazione*

L'art. 15 dispone che «l'atto di fondazione può essere revocato dal fondatore fino a quando non sia intervenuto il riconoscimento ovvero il fondatore non abbia fatto iniziare l'attività dell'opera da lui disposta». Il secondo comma aggiunge che «la facoltà di revoca non si trasmette agli eredi». Quest'ultima eccezione è stata spiegata rilevando la natura strettamente personale della facoltà di revoca[59]. La dottrina ha precisato che l'inizio dell'attività va considerata come una rinunzia tacita alla facoltà di revoca: ciò che rileva è un comportamento incompatibile con la volontà di valersi della facoltà di revoca. tale ricostruzione è accolta anche dalla giurisprudenza di merito che sottolinea come l'atto costitutivo di una fondazione sottoposto alla condizione sospensiva del riconoscimento da parte dell'autorità competente non può essere revocato e la revoca costituisce atto illegittimo e inefficace, se la fondazione abbia iniziato e proseguito la sua attività con il pieno consenso del fondatore[60]. Con riferimento all'atto costitutivo contenuto nel testamento, questo è sempre revocabile, per via della generale revocabilità delle disposizioni testamentarie (art. 679 cod. civ.) e perché, finché il testatore è in vita, non può esservi né riconoscimento né istanza di riconoscimento[61].

1.6 L*e azioni di riduzione, revocatoria e di separazione*

Gli eredi del fondatore non possono revocare l'atto di fondazione; alla luce dei principi generali, tuttavia, essi potranno impugnare l'atto di fondazione, nel caso di lesione di legittima, con l'azione di riduzione. I creditori del fondatore, a loro volta, hanno il diritto di promuovere

[57] RESCIGNO, cit., 1357.

[58] IORIO, G., cit., p. 77-78.

[59] RESCIGNO, P., *Fondazione (diritto civile),* in *ED,* XVII, 801.

[60] Trib. Roma 15 settembre 1987, *FI,* 1989, I, 907.

[61] BIANCA, C.M., *Diritto civile,* I, *La norma giuridica. I soggetti,* 1990, rist. aggiornata, Giuffrè, Milano, 311.

l'azione revocatoria. Le suddette azioni possono essere esperite sia prima del riconoscimento, che successivamente ad esso. Nel primo caso, però, la sentenza che accoglie l'azione di riduzione o l'azione revocatoria dichiara l'inefficacia originaria dell'atto di fondazione. Nel secondo caso la sentenza di accoglimento dichiara l'estinzione dell'ente; la dichiarazione di nullità dell'atto costitutivo della fondazione riconosciuta determina l'apertura del procedimento di liquidazione dell'ente[62]. I legittimari e i creditori possono esercitare le azioni di restituzione ed esecutive soltanto sui beni che residuano dopo la conclusione del procedimento di liquidazione. L'esperimento dell'azione revocatoria prima del riconoscimento costituisce, per i creditori, un presupposto necessario dell'azione esecutiva solo quando il vincolo di destinazione sia loro opponibile. Ciò avviene quando:

A) Il fondatore provveda a far trascrivere l'atto di fondazione con la menzione degli estremi della domanda di riconoscimento;
B) Si è trascritto provvedimento giudiziario del sequestro conservativo del patrimonio di fondazione disposto dal prefetto[63].

1.7 L*'atto costitutivo*

Di norma il fondatore affida allo stesso atto la volontà costitutiva dell'ente e la volontà di dotarlo. L'atto costitutivo deve contenere, tra l'altro, indicazioni relative al patrimonio e all'amministrazione. Le stesse indicazioni dell'atto costitutivo devono essere contenute nello statuto, ma dello statuto non è necessaria la provenienza dal fondatore[64], potendovi provvedere l'autorità che concede il riconoscimento o gli organi della fondazione. Le indicazioni richieste obbligatoriamente dall'art. 16 comma uno sono:

A) La denominazione dell'ente;
B) L'indicazione dello scopo;
C) L'indicazione del patrimonio;
D) L'indicazione della sede;

[62] GALGANO, 1969, 170 ss.

[63] IORIO, G., cit., p. 82-83.

[64] Naturalmente, il potere dell'autorità amministrativa incontra il limite che già si è ricordato a proposito delle modifiche statutarie, stavolta con riguardo al rispetto della volontà consacrata, nell'atto costitutivo.

E) Le indicazioni relative all'ordinamento e all'amministrazione.

Trattandosi di fondazioni, l'atto costitutivo e lo statuto devono inoltre determinare i criteri e le modalità di erogazione delle rendite, le norme relative all'estinzione dell'ente e alla devoluzione del patrimonio e per le fondazioni anche quelle relative alla loro trasformazione che sono invece facoltative (art. 16 comma 2)[65]. Il rigore delle tassative prescrizioni dell'art. 16 comma 1, viene attenuato, nella giurisprudenza, rispetto alla fondazione testamentaria, per la quale appaiono sufficienti, in definitiva, l'indicazione dello scopo e l'indicazione dei mezzi patrimoniali di cui l'ente si avvarrà[66]. Come elementi della fondazione sono abitualmente considerati il patrimonio e lo scopo e inoltre, sia pure con qualche riserva, la volontà del fondatore. La volontà del fondatore viene intesa come qualcosa di affidato alle tavole di fondazione e destinato a fornire il criterio di giudizio dell'attività svolta e della conformità allo scopo. Il fondatore rimane estraneo all'ente che è nato in virtù del riconoscimento e per questo si giustifica l'opinione che il fondatore, se si tratta di negozio tra vivi, non possa riservarsi i poteri che incidano sulla vita e l'amministrazione dell'ente. Riflessioni più recenti, in senso del tutto contrario, hanno fatto dubitare che il negozio di fondazione possa collocarsi nella nozione di autonomia negoziale privata accolta dal codice civile, per i limiti che l'atto pone alla libertà e alla proprietà di un soggetto diverso dall'autore[67]. La rivolta contro l'istituto, nell'età dell'Illuminismo e della Rivoluzione francese, prese a motivo proprio il pericolo che attraverso le fondazioni, rimanessero a lungo andate assorbite tutte le risorse e le proprietà particolari[68]. Tra le due ultime guerre lo sforzo dei giuristi di ispirazione democratica è stato quello di conciliare il diritto di fondare con le esigenze della collettività. Se questo limite dell'utilità sociale non funzionasse, scriveva un autore, «e se ogni esistenza passata dovesse lasciare una traccia di sopravvivenza indefinita, sarebbe per i vivi il supplizio di Tantalo, la ricchezza immobilizzata, la catena delle regole immutabili, l'asfissia degli scopi pietrificati e privi di ogni ragione»[69]. Più larga la previsione del codice italiano vigente, sia con riguardo alla possibilità di coordinamento di attività e di unificazione dell'amministrazione di più fondazioni (art. 26), sia con riguardo alla trasformazione che è possibile, come alternativa all'estinzione, nel caso di esaurimento o di impossibilità o sopravvenuta scarsa utilità dello scopo (art. 28 comma 1).

[65] GIUFFRÈ, A., cit., p. 802.

[66] Cass. 25 giugno 1953, n. 1975, in *Giust. civ.,* 1953, 2152.

[67] GIUFFRÈ, A., cit., p. 802.

[68] GRUNEBAUM- BALLIN, *Les Fondations. Rapport général,* in *Travaux de la Semaine internationale de droit,* III, Paris, 1937, 1 ss.

[69] ALCALÀ- ZAMORA, op cit., 35.

Nell'un caso e nell'altro, il provvedimento deve tener conto della volontà del fondatore, rispettandola per quanto è possibile. Alla stregua dell'esigenza di rispetto della volontà del fondatore, l'art. 28 comma 2 esclude la trasformabilità 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». Nel nostro codice civile la trasformazione, il coordinamento e l'unificazione sono rimesse all'autorità governativa[70].

1.8 I*l riconoscimento della fondazione*

L'attribuzione della personalità ha luogo attraverso una concessione amministrativa. Il termine concessione contrappone il sistema cosiddetto della "concessione", accolto in materia, al sistema "normativo", adottato per le società commerciali[71]. L'amministrazione dello Stato può riconoscere persone giuridiche ma non costituirle *ex nihilo*. Il riconoscimento può essere concesso con decreto del Capo dello Stato o con decreto prefettizio (art. 12 c.c., I disp. att. c.c.)[72]. Per le fondazioni il riconoscimento può essere concesso dall'autorità governativa anche d'ufficio (art. 2 comma 2 disp. att. c.c.). La possibilità di un riconoscimento d'ufficio è strettamente legata all'obbligo di denuncia al prefetto (denuncia che va fatta nel termine di 30 giorni) gravante sul notaio «che interviene per la stipulazione di atti tra vivi ovvero per la pubblicazione di testamenti, con i quali si dispongono fondazioni o si fanno donazioni o lasciti in favore di enti da istituire» (art. 3 comma 1 disp. att. cod. civ.). L'art. 5 comma 2 delle disp. att., per il caso di disposizioni di ultima volontà in favore di una persona giuridica, stabilisce che dal prefetto, raccolte le opportune informazioni, siano sentiti «coloro ai quali per successione sarebbero devoluti i beni lasciati alla persona giuridica»[73]. La norma si applica anche al caso della fondazione testamentaria[74]. Con le stesse forme prescritte per il

[70] GIUFFRÈ, A., cit., p. 803.

[71] Cons. St., sez I, 11 marzo 1958, n. 330, in *Cons. St.,* 1959, I, 291.

[72] VIRGA, *Il riconoscimento delle persone giuridiche private mediante decreto del Presidente della Reione,* in *Giur. cost.,* 1958, 410.

[73] La mancata audizione dei successibili *ex lege* non incidendo sui loro diritti, ma su un loro interesse legittimo, consente l'impugnativa del provvedimento autorizzativo dell'acquisto soltanto in sede di contenzioso amministrativo.

[74] GIUFFRÈ, A., cit., p. 804.

riconoscimento dall'art. 12 devono essere approvate dall'autorità governativa le modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto (art. 16 comma 3 c.c.)[75].

1.9 *Riguardo l'ammissibilità di fondazioni non riconosciute*

Il tema del riconoscimento consente di dedicare qualche considerazione al problema delle fondazioni non riconosciute. La giurisprudenza sembra orientata ad ammettere «fondazioni fiduciarie». Si è parlato di fondazione fiduciaria per esempio, a proposito dell'art. 630 comma 2, con riguardo alla persona incaricata di determinare l'uso o il pubblico istituto a cui beneficio devono devolversi le disposizioni a favore dei poveri, genericamente espresse in un testamento[76]. La fondazione non riconosciuta determinerebbe sui suoi beni un vincolo reale, sottraendoli all'azione esecutiva dei creditori, il cui diritto non trovi causa nell'attività di realizzazione dell'opera. È indispensabile che i beni siano trasferiti ad un soggetto diverso, ad un fiduciario[77]. Argomenti a favore dell'ammissibilità di fondazioni non riconosciute vengono tratti, dalla normativa degli articoli 170 comma 2, 188, 326 comma 2, dall'altro dal regime dei comitati (artt. 40-42). L'associazione non riconosciuta differirebbe dal comitato nella identità di struttura e di funzione, solamente per il fatto dell'appartenenza dei beni ad una singola persona (il fiduciario) invece che ad un gruppo di persone (i promotori del comitato). Le ragioni di dissenso dall'opinione ricordata sono dettate da considerazioni di indole politico-legislativa. Alla base del vincolo reale che grava i beni nel comitato, vi è una giustificazione che non può valere per la fondazione fiduciaria, e cioè il carattere di temporaneità, e anzi di estrema limitatezza nel tempo dell'attività e dei fini, e quindi degli strumenti che il diritto pone al servizio del comitato. La fondazione fiduciaria, se vuole rimanere coerente con la sua origine, non può soffrire di queste restrizioni temporali[78].

2 P*atrimonio e scopo della fondazione*

Il carattere di elementi essenziali proprio dello scopo e del patrimonio risulta oltre che dall'art. 16 comma 1, dalla rilevanza esercitata nella vita dell'ente dai fatti che incidono sul patrimonio e sullo scopo. L'insufficienza del patrimonio consente all'autorità governativa di

[75] Cass. 19 ottobre 1964, n. 2622, in *Foro it.,* 1965, I, 666.

[76] Cass. 25 giugno 1953, n. 1975, in *Foro it.,* 1954, I, 1464.

[77] GALGANO op. cit., 185 ss.

[78] GIUFFRÈ, A., cit., p. 805.

procedere alla trasformazione, invece di dichiarare estinta la fondazione (art. 28 comma 1). Si argomenta dalla norma che l'insufficienza, e dunque la sopravvenuta mancanza del patrimonio, sono cause di estinzione dell'ente (se non interviene il provvedimento governativo diretto alla conversione)[79]. Dello scopo sono contemplati il raggiungimento e l'impossibilità come cause di estinzione dell'ente (art. 27 comma 1); ma per il caso di impossibilità o di esaurimento o di scarsa utilità (art. 28 comma 1), è prevista l'eventualità di trasformazione (ad opera dell'autorità governativa)[80]. La scarsa utilità cui allude l'art. 28 comma 1 deve essere valutata alla stregua di criteri di apprezzamento sociale. Questo metro di giudizio può usarsi, quando la fondazione persegue scopi di utilità generale; quando gli scopi avuti di mira siano pur sempre collettivi, ma particolari, non si può dar luogo alla trasformazione[81].

2.1 *Gli organi della fondazione*

L'organo della fondazione è costituito dagli amministratori. Relativamente alla responsabilità e alle limitazioni del potere di rappresentanza sono dettate regole agli articoli 18 e 19, che si applicano tanto agli amministratori di una associazione quanto agli amministratori di una fondazione; lo stesso deve dirsi della norma relativa alle obbligazioni assunte dopo il riconoscimento e prima della registrazione (art. 33 comma 4), obbligazioni che impegnano personalmente e solidalmente gli amministratori, insieme con la persona giuridica[82]. I principi posti negli articoli 18, 19, 33 comma 4, sono anzi principi di ancora più generale validità, perché corrispondono a regole poste anche in tema di società con personalità giuridica: così è a dire della responsabilità verso l'ente i limiti al potere di rappresentanza e della relativa opponibilità. Lo statuto può prevedere la nomina, in seno al consiglio di amministrazione, di un organo più ristretto, di un comitato esecutivo cui sia delegata l'amministrazione attiva. Si è negato, dal consiglio di Stato, che possa demandarsi agli amministratori, sempre nella clausola statutaria, la valutazione dell'opportunità di procedere o meno, e di provvedere alla nomina di amministratori delegati; e, più generalmente, che il consiglio di amministrazione possa determinare l'ambito della propria competenza. si ritiene invece possibile nell'associazione la costituzione di un collegio arbitrale, chiamato a risolvere le controversie che insorgono

[79] Trib. Chiavari 11 luglio 1959, in *Giur. it.,* 1962, I, 2, 101.

[80] Lo scopo della fondazione è quello risultante dallo statuto, e non già quello di fatto perseguito in difformità della norma statutaria.

[81] GIUFFRÈ, A., cit., p. 806.

[82] Per le obbligazioni precedenti al riconoscimento l'App. Bari 16 settembre 1963, in *Corti B.L.P.,* 1964, 179, ha ritenuto responsabile colui che «dirige l'organizzazione».

nell'interpretazione e nell'applicazione dello statuto, ciò invece non può ammettersi nella fondazione. Non sono organi della fondazione né il fondatore, né i beneficiari. E si ravvisa una loro estraneità all'amministrazione[83]. Quanto ai beneficiari, lo statuto può prevedere la partecipazione all'organo amministrativo di rappresentanti delle categorie, a cui beneficio è stata istituita la fondazione; più spesso, di rappresentanti degli enti che perseguono il fine istituzionale della cura degli interessi della categoria o del gruppo[84]. Specificamente alla fondazione è dedicato l'art. 25 che concerne il controllo e la vigilanza dell'autorità governativa sull'amministrazione delle fondazioni. Lo stesso art. 25 comma 1 enumera specifiche forme di intervento. L'art. 25 attribuisce all'autorità governativa il potere di «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»[85].

2.2 T*rasformazione ed estinzione*

Controlli penetranti sono svolti dall'autorità governativa, anche quando la fondazione abbia conseguito il suo scopo o non possa più conseguirlo, o anche in relazione alla devoluzione dei beni che, dichiarata l'estinzione ed esaurita la liquidazione, costituiscano il residuo. Le norme che prevedono le vicende esclusivamente riferibili alla fondazione sono gli articoli 26 e 28. la volontà del fondatore deve essere rispettata dall'autorità governativa che adotti le accennate misure «per quanto è possibile». Coordinamento ed unificazione amministrativa lasciano immutate la struttura, il patrimonio e lo scopo delle singole fondazioni che sono oggetto del provvedimento. La trasformazione invece, ne modifica lo scopo. 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 di beni a terze persone» (art. 28 comma 2). È esclusa pure la trasformazione quando si tratti di fondazioni familiari (art. 28 comma 3). L'estinzione è regolata nell'art. 27 comma 1, con una norma che si riferisce alle associazioni e alle fondazioni[86], mentre è specifica delle associazioni la causa estintiva di cui

[83] Cons. St., commissione speciale, 1° giugno 1960, n. 148, in *Cons. St.,* 1961, I, 644.

[84] Non può rimettersi ad uno degli enti rappresentati il potere di nomina dei rappresentanti di altri enti.

[85] GIUFFRÈ, A., cit., p. 807-808.

[86] COVIELLO, L. jr., *Osservazioni in tema di estinzione di persone giuridiche,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1949, 803.

all'art. 27 comma 2. Sempre per le une e le altre, associazioni e fondazioni, è regolato il procedimento di liquidazione[87].

2.3 *Classificazione delle fondazioni*

La principale classificazione delle fondazioni, ed anzi la sola che assuma un criterio di reale di distinzione, è quella, che una dottrina tedesca ha proposto tra *Hauptgeldstiftung Anstaltstiftung*, intendendo col primo termine la fondazione che si limiti ad erogare le rendite di un patrimonio, con il secondo la fondazione che dia vita ad una istituzione, estranea alla sua struttura, mediante la quale assolve alle sue finalità[88]. L'ente estraneo alla fondazione può essere utilizzato, anziché per lo svolgimento dei fini propri della fondazione, solamente per ricavare dall'attività di quello i mezzi necessari alla fondazione. Nell'ambito di questa seconda categoria deve impostarsi il problema dell'impresa strumentale alla fondazione e il problema della fondazione di impresa. La fondazione con fini di semplice erogazione di rendite di capitali[89], resta l'ipotesi più frequente nella realtà dell'istituto e l'art. 16 comma 1 dispone che l'atto costitutivo e lo statuto debbano determinare «i criteri e le modalità di erogazione delle rendite». Si è in presenza di quella che la dottrina economica chiama azienda di erogazione[90], di cui l'oggetto è la distribuzione di ricchezza che ad essa perviene da più fonti e della quale cura la preliminare provvista e conservazione[91].

2.4 L*a fondazione familiare*

È evidente nel sistema del codice, il tentativo di riportare al concetto generale ed unitario di fondazione anche la fondazione familiare, che viene sottoposta, con le sole eccezioni di cui all'art. 28 comma 3, all'intero regime dell'istituto[92]. La soddisfazione di interessi collettivi, ma particolari, è compatibile con la struttura e le finalità delle fondazioni[93].

[87] GIUFFRÈ, A., cit., p. 808-809.

[88] La distinzione è tratteggiata con rigore da PLEIMES, op. cit., e può dirsi oggi generalmente seguita in Germania.

[89] Singolare struttura presenta la fondazione di cui alla decisione Cons. St., sez. I, 12 dicembre 1961, n. 2186, cit.

[90] V. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione,* Milano, 1966, 209 ss.

[91] GIUFFRÈ, A., cit., p. 809-810.

[92] App. Caltanissetta 19 luglio 1951, in *Foro sic.,* 1951, 242.

[93] GIUFFRÈ, A., cit., p. 810-811.

2.5 F*ondazione d'impresa*

Un interesse particolare, non individuale, è l'interesse perseguito dalla fondazione d'impresa. Si intende per fondazione d'impresa, la fondazione che esaurisca il proprio scopo e la propria attività nell'esercizio di un'impresa. L'incontestabile carattere dell'interesse perseguito, importa che alla fondazione d'impresa, come alla fondazione familiare, debba estendersi l'eccezione di cui all'art. 28 comma 3. Non può sfuggire la connessione fra i due temi, della fondazione familiare e della fondazione d'impresa, se si pensi che la fondazione è additata, in Germania, come uno dei possibili strumenti da usarsi nel testamento dell'imprenditore e cioè nelle disposizioni testamentarie dell'imprenditore individuale che poi voglia garantire l'unità e la continuità dell'impresa al di là della morte, assicurando agli eredi la partecipazione agli utili ma attribuendo ad uno o alcuni tra loro, o più spesso ad estranei al gruppo familiare, la gestione[94]. La fondazione viene considerata lo schema idoneo, più di ogni altro, a dare veste legale agli sviluppi del capitalismo contemporaneo. Ma la fondazione d'impresa, è figura ancora estranea alla nostra concreta esperienza, pur non sussistendo nel sistema specifici divieti o ragioni di incompatibilità. Rimane da considerare la fondazione che si avvalga di un'impresa in via strumentale, ricavandone i mezzi per assolvere le proprie finalità di indole altruistica[95]. In questo caso la fondazione che esercita un'impresa per ricavarne le rendite da impiegare ai propri fini altruistici sarà esente dall'obbligo di registrazione, ma lo statuto dell'imprenditore commerciale medio-grande le sarà integralmente applicabile[96].

2.6 I *beneficiari della fondazione*

Il problema della natura giuridica della situazione dei beneficiari interessa con riguardo a due questioni: il riconoscimento di una eventuale pretesa (e della corrispondente azione) ad ottenere le prestazioni della fondazione; il riconoscimento del diritto a controllare l'amministrazione dell'ente, perché essa si svolga in conformità della legge e dello statuto. Sotto il primo aspetto si ritiene che un diritto munito di azione spetti ai beneficiari quando sia oggettivamente delimitato, nello statuto, l'ambito dei beneficiari e agli organi della fondazione non si è accordata alcuna facoltà di scelta[97]. Una risposta negativa riceve il secondo quesito; e in questa limitazione del diritto di agire in confronto della fondazione la più sensibile moderna

[94] V. MODEL, *Das Unternehmertestament,* Köln, 1956, 164 ss.

[95] RESCIGNO, *Fondazione e impresa,* in *Riv. soc.,* 1967, 812.

[96] GIUFFRÈ, A., cit., p. 811-813.

[97] Sul punto MESTMÄCKER, in *Verhandlungen,* cit., 26 s.

dottrina ravvisa uno dei punti di maggiore debolezza del vigente diritto delle fondazioni[98]. Un'azione del beneficiario, diretta ad ottenere giudizialmente la prestazione fissata nello statuto, può ammettersi, quando sia esattamente circoscritta la cerchia dei destinatari, senza scelte discrezionalmente rimesse agli amministratori. La situazione dei beneficiari, quando si tratti di un gruppo specificamente delimitato, non è diversa dalla situazione in cui si trovino i destinatari di una promessa al pubblico. Il diritto alla prestazione dei beneficiari specificamente determinati, l'interesse legittimo degli appartenenti alla categoria genericamente indicata traggono origine e giustificazione dallo statuto della fondazione, che è l'atto indirizzato alla generalità dei terzi. Lo statuto, sia che provenga da dallo stesso fondatore, sia che venga predisposto dall'organo amministrativo, sia infine che vi provvede all'autorità di governo, deve essere considerato, come negozio unilaterale imputabile alla fondazione e da questa rivolto ai terzi: di qui il carattere di atto ricettizio dello statuto[99], al contrario di quanto si disse del negozio di fondazione[100].

2.7 P*erché nasce la fondazione di partecipazione*

Ho avuto modo di approfondire sul campo le complesse tematiche che hanno portato alla costituzione e al formale riconoscimento giuridico della fondazione di partecipazione. L'articolata fase della redazione dello statuto e dell'atto costitutivo mi ha dato la possibilità di apprezzare la capacità del notariato di affrontare e risolvere tematiche giuridiche nuove, non inquadrabili in schemi legislativi predefiniti. Un profondo e costante lavoro di adeguamento della prassi e della giurisprudenza ad un sistema giuridico di riferimento, al fine di strutturare modelli, in questo caso la fondazione di partecipazione, che per la loro peculiarità, trascendono gli schemi normativamente previsti. Le fondazioni di partecipazione, a far data dalla loro nascita (la prima fu nel 1997 la Fondazione Pier Lombardo) hanno attraversato ed attraversano vari "momenti normativi", generali e speciali. A distanza di tanti anni dalla loro individuazione e diffusione sembra doversi riaffermare il codice genetico: non sono contratti con comunione di scopo, ma sempre e solo atti unilaterali, anche multiparte, di destinazione patrimoniale con conseguente segregazione, rispetto ai soggetti fondanti; esse sono fondazioni, patrimoni terzi, amministrati per il perseguimento di interessi generali/diffusi/collettivi come tali sottoposte alla disciplina del libro I del c.c. (artt. 25 ss.), della Codice del terzo settore (mai, in tale contesto,

[98] MESTMÄCKER, in *Verhandlungen,* cit., 27.

[99] Sul rapporto tra tavole di fondazione e statuto, e sulle convenzioni stipulate dal fondatore con un terzo per la gestione dell'opera, v. Cons. St., sez. V, 19 novembre 1949, n. 993, in *Foro it.,* 1950, III, 112.

[100] GIUFFRÈ, A., cit., p. 813-814.

enti di tipo associativo), del codice dei contratti pubblici (in particolare, l'art. 6 in combinato disposto con gli artt. 55 ss. del codice del terzo settore), e mai a quella del libro V del c.c., con le sole eccezioni dei richiami che le discipline succitate esplicitamente attivano, in quanto compatibili. Le conseguenze della nuova cornice normativa, negli assetti statutari più avanzati, e che stanno avanzando, sposta l'attenzione sulla partecipazione all'attività che l'ente eserciterà in attuazione delle finalità di interesse generale, piuttosto che sulla partecipazione all'ente medesimo (versione primigenia della fondazione di partecipazione). La conseguenza è quella di enti sempre più di progetto e con ruolo dell'organo amministrativo, per esempio, arretrato/servente lo scopo della fondazione e mai quello del fondatore (con evidente e riaffermato venir meno, non fosse altro per contraddizione in termini, del concetto di strumentalità della fondazione rispetto al fondatore). Se quanto sinteticamente descritto è vero, anche la nomenclatura giuridica conseguente deve recuperare una intima coerenza e quindi si resta quantomeno perplessi rispetto ad assemblee, soci, quote di partecipazione ed altro talvolta rintracciabili in diversi statuti. Appare quindi importante riaffermare l'appartenenza della fondazione di partecipazione al *genus* fondazione, ed il notariato ha molto da dare in termini di profilassi, anche alla luce del codice del terzo settore e alla amministrazione condivisa, specificità del nostro ordinamento (procedimentalizzazione azione sussudiaria), così magistralmente descritta ed argomentata dalla Corte Costituzionale. La Fondazione di partecipazione nasce come strumento per unire gli sforzi del settore pubblico e privato nella realizzazione di progetti comuni, senza la necessità di disporre fin dall'inizio di ingenti risorse finanziarie. Pur rientrando nella più ampia categoria delle fondazioni tradizionali, disciplinate dal primo libro del Codice Civile, presenta caratteristiche distintive, in quanto combina l'aspetto associativo, tipico delle organizzazioni personali, con quello patrimoniale, proprio delle fondazioni. La fondazione di partecipazione nasce come mezzo operativo per rispondere all'insufficienza dello schema giuridico della fondazione tradizionale disciplinato dal codice civile, non si tratta più di una fondazione istituita da un singolo soggetto, ma da più soggetti che condividono le stesse finalità. La fondazione di partecipazione si sviluppa come evoluzione della fondazione tradizionale e non come nuova organizzazione sociale, perché il modello della fondazione tradizionale presenta delle caratteristiche vantaggiose. Le fondazioni riescono ad essere espressione delle organizzazioni di libertà sociale e in questo senso sono corpi intermedi che si collocano fra lo Stato ed il mercato. Corpi che realizzano il principio di sussidiarietà orizzontale e rappresentano un presidio rispetto all'intervento pubblico. Altro elemento della fondazione che è stato ritenuto opportuno mantenere nelle fondazioni di partecipazione è la centralità del patrimonio, elemento che non solo caratterizza la fondazione tradizionale, perché se il patrimonio non risulti sufficiente a raggiungere lo scopo oppure venga consumato, il codice

civile prevede che la fondazione si estingua e il suo patrimonio residuo sia trasferito ad organi organismi con una finalità analoga, a meno che non si provveda alla trasformazione della fondazione in un altro ente. Questo elemento della fondazione garantisce il costante perseguimento degli obiettivi e scopi prefissati. La fondazione di partecipazione ha in comune con la fondazione tradizionale lo scopo non lucrativo e il patrimonio destinato al raggiungimento di un obiettivo, predefinito ed invariabile, che è stato fissato nell'atto costitutivo. Si distingue dalla fondazione tradizionale perché nella fondazione di partecipazione il fondatore partecipa attivamente alla vita della fondazione stessa. Quest'ultima caratteristica avvicina la fondazione di partecipazione all'associazione, ma allo stesso tempo ne segna una differenza, perché a differenza di ciò che accade nell'associazione nella fondazione di partecipazione è possibile diversificare il peso decisionale dei partecipanti. Altra differenza rispetto all'associazione è l'immutabilità dello scopo nella fondazione di partecipazione. Il modulo organizzativo della fondazione di partecipazione permette altresì la presenza contemporanea di enti pubblici quali le regioni, le province o i comuni e di soggetti del mondo privato. La fondazione di partecipazione, come modello organizzativo, è in grado di fondere le esigenze di supervisione e controllo degli enti pubblici locali e la necessità di efficienza, efficacia ed economicità della gestione sociale. Costituisce una sintesi organizzativa dove possono trovare posto gli enti pubblici, le società e le organizzazioni con scopi non lucrativi[101]. Un elemento propulsore nello sviluppo della fondazione di partecipazione rispetto al modello tradizionale, è la possibilità di garantire una fattiva collaborazione all'interno dello stesso istituto di soggetti pubblici e privati nonché l'aggregarsi di privati cittadini che diventino soggetti attivi della fondazione. Altra spinta verso la nascita delle fondazioni di partecipazione è stata la loro capacità di realizzare molteplici finalità, non raggiungibili né con l'associazione né con il modello tradizionale di fondazione. Questo strumento si presta a diventare uno strumento utile in mano agli enti pubblici per realizzare gli interessi della collettività: attività sociali, assistenza agli anziani e alle persone con disabilità, attività culturali, attività di ricerca scientifica, iniziative tese a facilitare lo sviluppo economico di zone disagiate. In altri termini la fondazione di partecipazione può diventare lo strumento per incanalare verso le pubbliche amministrazioni maggiori risorse finanziarie, per attrarre i privati e i loro capitali, per realizzare opere e ottenere una capacità di gestione che altrimenti sarebbero difficilmente ottenibili. Questi vantaggi conseguono dalla larga base associativa su cui questo modello operativo unico può

[101] PRIVITERA, A., *Fondazione di partecipazione: caratteristiche e finalità di uno strumento a metà tra fondazione e associazione,* in *Notaio Antonio Privitera – Milano,* 2017.

contare. Le principali caratteristiche distintive di una fondazione di partecipazione rispetto al modello tradizionale sono le seguenti:

A) Partecipazione: La Fondazione di partecipazione si distingue per il particolare legame tra i fondatori e la fondazione stessa. A differenza delle fondazioni tradizionali, dove il conferimento di beni separa i fondatori dall'ente, in questo modello essi continuano a mantenere un controllo attivo sulle attività della fondazione. I fondatori partecipano direttamente alla gestione dell'ente, alla definizione delle strategie operative e alla composizione degli organi, in un'ottica di coinvolgimento continuo.

B) Pluralità di fondatori: La Fondazione di partecipazione nasce solitamente dall'intento condiviso di più soggetti che, unendo le forze per perseguire un progetto comune, decidono di creare una nuova entità giuridica. Sebbene la partecipazione di più soggetti possa sembrare in contrasto con la tradizionale unitarietà dell'atto costitutivo, essa si realizza attraverso una "unilateralità plurisoggettiva". Questo approccio non contraddice la natura della fondazione, poiché le diverse volontà individuali sono orientate verso un obiettivo comune e immutabile.

C) Presenza di un patrimonio destinato con struttura aperta: Una delle caratteristiche distintive della Fondazione di partecipazione è la possibilità di un'integrazione del patrimonio iniziale. Oltre al conferimento iniziale dei fondatori, la fondazione può ricevere successivi contributi da parte di altri soggetti pubblici o privati che condividono i suoi obiettivi. Questa struttura aperta consente l'ingresso di nuovi fondatori, che possono incrementare il fondo di dotazione con significativi apporti finanziari, integrandosi così ai fondatori originari.

D) Scopo immutabile: Lo scopo immutabile è una peculiarità che la Fondazione di partecipazione eredita dal modello classico delle fondazioni. Questo principio rappresenta l'elemento chiave per riconoscere la Fondazione di partecipazione come parte della categoria delle fondazioni. Sebbene l'ente abbia una struttura partecipativa, il mantenimento di uno scopo fisso e invariabile distingue chiaramente la fondazione da un ente associativo.

E) Finalità operativa. La Fondazione di partecipazione è concepita per la gestione di progetti che mirano a obiettivi di pubblica utilità. Grazie alla sua flessibilità e all'assenza di una

normativa specifica, questo modello può essere applicato in diversi settori, tra cui cultura, assistenza, ricerca scientifica, sanità, ambiente e in generale tutte le aree di rilevanza sociale[102].

Dunque la possibilità della fondazione di partecipazione di avere più fondatori[103],anche in momenti successivi nel tempo, che danno vita ad un ente beneficiando dell'autonomia patrimoniale perfetta e lo alimentano affinché persegua secondo il canone della non lucratività un'attività[104] invariabile[105], è l'aspetto che maggiormente ha contribuito all'affermazione della figura della fondazione di partecipazione. L'integrazione delle volontà di più soggetti[106] in uno schema organizzativo indeffettibilmente orientato al medesimo scopo ha determinato un grande salto di qualità. Unitamente ad altri fattori quali: l'immutabilità del programma d'attività, l'indisponibilità dell'esistenza dell'ente per i suoi partecipanti, sono stati i principali "catalizzatori" della realizzazione di iniziative di maggior respiro e complessità, avviate o condivise, con amministrazioni pubbliche[107], particolarmente sensibili a tale aspetto[108].

[102] V. *Perché una fondazione di partecipazione,* in *Fondazione Manarola Cinqueterre O.N.L.U.S.. https://fondazionemanarola.org/perche-una-fondazione-di-partecipazione/.*

[103] Nella legislazione speciale e nella prassi si riscontra una notevole varietà terminologica, a cui corrisponde una rilevante diversità delle configurazioni organiche interne.

[104] ZOPPINI, A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie,* Jovene, 1995, 65.

[105] FERRARA, F., *Le persone giuridiche,* in *Tratt. Dir. Civ.,* fond. da VASSALLI, II, t. 2, Utet, 1956, 131, 299.

[106] GALGANO, F., voce *Fondazione,* in *Enc. giur.,* XIV, Treccani, 1984, 2 ss.

[107] IUDICA, G., ZATTI, P., *Linguaggio e regole del diritto privato,* Cedam, 2020, 578 ss.

[108] SICCHIERO, G., *Le fondazioni di partecipazione,* Giuffré, 2024, p. 328-329.

Capitolo II:

1 Inquadramento civilistico delle fondazioni di partecipazione (p.28)

1.2 La presenza di enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione (p.35)

1.3 Lo scopo delle fondazioni di partecipazione (p.48)

1.4 Fondazioni di partecipazione e organi partecipativi (p.50)

1.5 Regolamentazione statutaria (p.61)

1.6 Nomina e revoca degli amministratori (p.70)

1.7 Competenze e funzionamento dell'organo amministrativo (p.77)

1.8 La responsabilità degli amministratori (p.82)

1.9 Adeguatezza del patrimonio iniziale e impegno economico degli associati (p.85)

2 Il regime di tassazione (p.90)

2.1 Partecipazione e recesso/esclusione degli associati (p.94)

2.2 Fondazioni di partecipazione nel diritto internazionale privato e nel diritto ue (p.99)

2.3 Spending review e fondazioni di partecipazione (p.114)

2.4 *Autonomia testamentaria delle fondazioni di partecipazione* (p.117)

2.5 *La costituzione per testamento delle fondazioni di partecipazione: riflessioni sulla natura della norma e sulla sua applicabilità* (p.118)

2.6 *Gli elementi essenziali per la costituzione testamentaria di una fondazione di partecipazione* (p.120)

2.7 *Il contenuto essenziale della fondazione di partecipazione e le implicazioni della sua costituzione per testamento* (p.122)

2.8 *Derogabilità delle norme sul comitato nelle fondazioni di partecipazione costituite per testamento* (p.124)

2.9 *La nomina dell'organo di controllo nella fondazione di partecipazione costituita per testamento* (p.125)

3 *Conclusioni: bilancio e prospettive sulla costituzione testamentaria delle fondazioni di partecipazione* (p.127)

1.1 *I*nquadramento civilistico delle fondazioni di partecipazione

«Si utilizza l'espressione "fondazione di partecipazione" per indicare una struttura organizzativa metaindividuale a rilievo reale, connotata da tratti morfologici ricorrenti»[1]. Le fondazioni di partecipazione devono la loro genesi e maturazione alla prassi, data l'assenza nel codice civile di riferimenti normativi puntuali. Coniugano le caratteristiche di associazioni e fondazioni, tanto che al riguardo si potrebbe parlare di "fondazioni associative". Si tratta di un modello atipico a struttura tipica. L'apparente tipicità della loro struttura e la potenziale atipicità del contenuto rende necessario un processo interpretativo per determinare se questa fattispecie possa essere ricondotta ad un modello legale astratto, al fine di chiarirne la natura giuridica e i limiti di legittimità. Il termine "fondazione" non può essere considerato un indicatore definitivo nella qualificazione della fattispecie, ma rappresenta un punto di partenza per un'analisi tipologica dell'istituto. Il termine "partecipazione" richiama un'organizzazione associativa[2], nata come reazione all'inadeguatezza del modello tradizionale di fondazione. La società richiedeva un cambiamento che non era contemplato dal tradizionale approccio giuridico alla fondazione. Il modello di fondazione codicistico è un ente: non lucrativo, con un patrimonio destinato specificamente al perseguimento di uno scopo, caratterizzato dalla separazione tra ente e fondatore, da una dotazione patrimoniale iniziale autosufficiente e privo di un organo sovrano come l'assemblea, caratterizzato dalla presenza del solo organo amministrativo[3]. La fondazione tradizionale, descritta dal codice civile, è un ente istituzionale, considerato tale quando non è associativo e l'organizzazione si riduce al solo organo amministrativo[4]. Generalmente, l'assemblea ha funzione sovrana, con il potere di decidere lo scioglimento o la modifica dello scopo, nominare e revocare gli amministratori e controllare l'organo amministrativo. Nelle fondazioni manca l'organo assembleare, il che provoca l'assenza di un controllo interno sugli amministratori, rendendo necessario un controllo esterno affidato all'autorità amministrativa, come la prefettura per le fondazioni nazionali e la regione per quelle regionali. L'autorità amministrativa ha il potere di controllare l'attività dell'ente, modificare lo scopo quando è impossibile o di scarsa utilità, o se il patrimonio è insufficiente a realizzarlo (art 28, comma 1 c.c.), rimuovere gli amministratori (art 25 c.c.) e coordinare l'amministrazione

[1] MALTONI, M., *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità,* in *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato e-library,* 2007, p. 1.

[2] DEL PRATO, E., *Inquadramento civilistico delle fondazioni partecipate,* in https://www.studiodelprato.it, Convegni-*2025.*

[3] MALTONI, M., *La fondazione,* cit., p. 1.

[4] DEL PRATO, E., *Inquadramento civilistico,* cit.

(art 26 c.c.)[5]. Le fondazioni di partecipazione, invece, hanno come elemento di peculiarità la presenza di un organo assembleare o di indirizzo, attraverso il quale i fondatori originari ed eventuali aderenti partecipano alla definizione delle attività dell'ente. L'aspetto distintivo delle fondazioni di partecipazione è l'attribuzione statutaria delle funzioni di governo dell'ente a un organismo che opera con metodo assembleare, mentre agli amministratori sono assegnate mansioni esecutive. Per le fondazioni partecipate, il controllo amministrativo dell'atto di autonomia privata è circoscritto alla verifica:

A) che siano soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o regolamento per la costituzione dell'ente;
B) che lo scopo sia possibile e lecito, con un patrimonio adeguato alla realizzazione dello scopo.

L'autorità amministrativa non emette giudizi di meritevolezza, ma si limita a valutare la coerenza della fattispecie concreta rispetto al modello legale.

I tratti distintivi della fondazione di partecipazione sono:

A) Pluralità di fondatori o comunque di partecipanti all'iniziativa mediante un apporto di qualsiasi natura purché utile al raggiungimento dello scopo.
B) Dal principio di partecipazione attiva alla gestione dell'ente da parte di tutti i fondatori o partecipanti all'ente, principio che conforma l'organizzazione dell'ente stesso e le sue regole d'azione; in altri termini, l'ente è organizzato in una pluralità di organi al fine di favorire una partecipazione attiva di tutti gli aderenti alla fase gestionale.
C) Formazione progressiva del patrimonio, per cui la dotazione patrimoniale iniziale non è autosufficiente e definitiva, ma aperta ad incrementi per effetto di adesioni successive da parte di soggetti ulteriori rispetto ai fondatori[6].

Sul piano organizzativo, si distinguono due livelli:

A) Uno istituzionale (che può essere articolato su più organi), cui partecipano i fonatori e gli altri partecipanti, per la definizione delle linee guida dell'azione volta al perseguimento dello scopo.

[5] DEL PRATO, E., *Inquadramento civilistico,* cit., p. 1

[6] MALTONI, M., *La fondazione,* cit., p. 1.

B) Uno gestionale ed esecutivo dei piani programmatici decisi dal primo[7].

È fondamentale la possibilità per i conferenti di partecipare ai processi attuativi dello scopo[8]. L'art 23, comma 4 c.t.s. consente a tali fondazioni di essere aperte all'adesione di terzi, applicando le stesse regole dettate per le associazioni alle fondazioni del terzo settore con un organo assembleare o di indirizzo, compatibilmente con lo statuto[9].

Dai punti sopra esposti possiamo delineare le principali caratteristiche di questo ente:

A) Perseguimento di uno scopo generalmente di utilità sociale, e comunque non lucrativo (eterodestinazione del risultato).
B) Vincolo di destinazione del patrimonio al perseguimento dello scopo.
C) Articolazione dell'organizzazione per garantire la partecipazione dei conferenti in funzione attuativa e di controllo del rispetto del vincolo di destinazione del patrimonio.
D) Tendenziale apertura della struttura organizzativa al reclutamento di coloro che effettuano, anche in tempi successivi, apporti patrimoniali funzionali al perseguimento dello scopo.
E) Tendenziale adozione del sistema maggioritario all'interno degli organi di indirizzo, di controllo ed esecutivi.
F) Ricorso a modelli di democrazia imperfetta, con valore del voto condizionato dall'entità dell'apporto o dalla natura del votante come rappresentante di interessi collettivi (comuni, province, regioni o enti pubblici)[10].

L'abrogato art. 12 c.c. Riconfermava la tradizionale distinzione delle persone giuridiche in associazioni e fondazioni aggiungendo la categoria residuale delle «altre istituzioni di carattere privato». Tale distinzione è stata ribadita all'art. 1 primo co. del d.p.r. 10 febbraio 2000 n. 361 il quale stabilisce 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. Le associazioni, denominate anche corporazioni, di origine romana, sono gruppi di persone riunite per il perseguimento di uno scopo, si pensi ad esempio ad un'associazione sportiva o ai sindacati. Le fondazioni, dette anche istituzioni, di origine medioevale, invece, sono enti creati

[7] MALTONI, M., *La Fondazione,* cit., p. 2.

[8] Intendendosi come tali tutti coloro che hanno effettuato apporti in funzione del perseguimento dello scopo.

[9] DEL PRATO, E., *Inquadramento civilistico,* cit., p. 2.

[10] MALTONI, M., *La fondazione,* cit., p. 3.

dalla volontà di un fondatore allo scopo di amministrare determinati beni e destinarli ad una determinata opera, si pensi alla fondazione Agnelli o alle fondazioni di studio. Per quanto riguarda i caratteri comuni e differenziali fra queste due figure, certamente entrambe le figure fanno parte dell'ampia categoria delle organizzazioni collettive, di cui presentano elementi caratterizzanti fondamentali. Entrambe le figure sono caratterizzate dalla presenza di un patrimonio, da una organizzazione di mezzi per il conseguimento di finalità superindividuali, dall'identità della fonte, che è in entrambi i casi un atto di autonomia privata e infine dal riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico. I tratti differenziali riguardano l'elemento personale e patrimoniale, lo scopo e la volontà:

A) A) per quanto riguarda l'elemento personale nelle associazioni prevale l'elemento soggettivo (persone), mentre nelle fondazioni prevale l'elemento oggettivo (patrimonio);
B) B) quanto allo scopo, nelle associazioni è interno e riguarda gli stessi associati (es. Associazioni di mutuo soccorso), nelle fondazioni lo scopo perseguito è esterno perché l'ente ha funzione di realizzare un vantaggio per soggetti estranei, si pensi ad un ente di beneficenza;
C) C) quanto alla volontà, nelle fondazioni è esterna all'ente, in quanto proviene dal fondatore, nelle associazioni è interna in quanto derivava dagli stessi associati, che dispongono circa la costituzione, il governo e la fine della persona giuridica.

Inoltre, la costituzione dell'ente ha in entrambi i casi carattere negoziale, ma soltanto nell'associazione essa assume sempre la forma del contratto normalmente plurilaterale, mentre nella fondazione si tratta di un atto unilaterale del fondatore. È discusso se la terza categoria considerata dal legislatore «le altre istituzioni di carattere privato» sia solo un retaggio storico dell'espressione "istituzioni" risalente al diritto canonico ovvero se questa corrisponda ad una categoria legislativamente disciplinata[11]. L'art 1 d.P.R. 10.2.2000 n.361 riprende il riferimento alle "altre istituzioni di carattere privato" contenuto nell'abrogato art. 12 c.c., suggerendo che il novero degli enti privati non si esaurisce in quelli tipizzati dalla legge. Parte della letteratura interpreta questa nuova forma delle fondazioni di partecipazione come legittimamente atipica[12],

[11] LOFFREDO, F., *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica,* in *Giuffrè,* p. 11-12.

[12] BELLEZZA E.- FLORIAN F., *Le fondazioni di partecipazione,* La Tribuna, 2006, p. 38-39, secondo i quali la fondazione di partecipazione «è contemplata proprio nella locuzione «altre istituzioni di carattere privato» che, in quanto previste nell'art. 12, sono ammesse al riconoscimento pur essendo necessariamente atipiche». Il passaggio testuale che non convince è rappresentato dall'affermazione della necessaria atipicità

affermando che le norme del codice civile non impediscono la creazione di organi non previsti dalla legge. L'autonomia creativa dei privati in materia di enti non sarebbe quindi limitata ai modelli organizzativi stabiliti dalla legge. Il termine "altre" dell'art 1 DPR 361/2000 sottintenderebbe la possibilità di figure giuridiche atipiche, tra cui la fondazione di partecipazione[13]. Secondo questa tesi, la fondazione di partecipazione è un'istituzione di diritto privato, una figura giuridica atipica e il nuovo modello italiano di gestione di iniziative culturali e non profit, senza scopo di lucro, alla quale si può aderire apportando denaro, beni materiali o immateriali, professionalità o servizi. Come è stato osservato «la realtà ed il progresso sociale ci mostrano la presenza nella vita reale e concreta, di enti e raggruppamenti o organizzazioni che non presentano o tutti gli elementi dell'associazione o tutti gli elementi della fondazione, ma una commistione degli uni e degli altri in diversa guisa, perché solo attraverso tale commistione si ritiene possibile il raggiungimento delle finalità collettive per le quali l'ente è stato voluto»[14]. Quest'opinione è confermata dall'art. 4 del codice del terzo settore il quale stabilisce che possono assumere la qualifica di enti del terzo settore anche «gli altri enti di carattere privato diversi dalle società». Il legislatore della riforma ha infatti inteso conferire carattere aperto agli enti che possono fare parte del terzo settore[15] in tal modo confermando il carattere aperto degli enti in generale[16]. La dottrina ha distinto queste forme atipiche in due gruppi a seconda che predomini l'elemento associativo o l'elemento patrimoniale e quanto alla disciplina giuridica sarà applicabile la normativa delle associazioni ovvero quella delle fondazioni, secondo che la loro natura si avvicini prevalentemente a quella dell'una o dell'altro tipo di ente[17]. La fondazione di partecipazione rappresenta secondo questa interpretazione senza dubbio una figura giuridica atipica. Essa crea un nuovo modello di organizzazione sociale, distinto dalle figure codificate all'interno del Codice civile. La nascita e la diffusione di questo istituto giuridico derivano da una crisi profonda del modello di fondazione tradizionale, in cui, una volta avvenuto il distacco del fondatore dall'ente, si verificava spesso una totale negligenza da parte degli amministratori, a scapito degli obiettivi prefissati al momento della costituzione dell'ente. Le fondazioni di partecipazione apportano una significativa innovazione,

delle altre istituzioni di diritto privato. Gli autori comunque riconoscono che l'atipicità della fondazione di partecipazione «pare senz'altro essere più un'atipicità di struttura che di figura o persona giuridica». BELLEZZA E.- FLORIAN F., cit., p. 40.

[13] ROMANO, G., *La Fondazione di Partecipazione,* p. 3.

[14] LOFFREDO, F., *Le persone giuridiche e le organizzazioni,* cit. in *Giuffrè,* p. 12-13.

[15] Cass. 10 novembre 1997 n. 11046, cit; Cass. 8 aprile 2010 n. 8372, in *Contratti* 2010, p. 693.

[16] TAMBURRINO, *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute. Comitati,* cit., p. 187.

[17] LOFFREDO, F., *Le persone giuridiche,* cit., in *Giuffrè,* p.13.

permettendo l'intervento successivo di altri soggetti all'interno dell'ente costituito. L'espressione "fondazione di partecipazione" ha origini dottrinali, e le disposizioni di legge, come già accennato, non forniscono una definizione né una regolamentazione specifica. Questa espressione si presenta come un ossimoro, contrapponendo l'istituto della fondazione a quello delle associazioni. La fondazione di partecipazione trova una legittimazione all'interno dell'art. 1332 del Codice civile, che riguarda i contratti aperti. Si tratta di contratti in cui, successivamente alla loro conclusione, può verificarsi l'aggiunta di una o più parti, trasformando il negozio giuridico in un contratto plurilaterale. Tutto ciò è reso possibile grazie a una specifica clausola di adesione o di apertura. 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. Le difficoltà nascono dal fatto che la fondazione partecipata nel codice del terzo settore (artt. 23, 24, 26) è definita in modo vago, essendo una figura nominata ma non formalmente tipizzata, in linea con il modello fondazionale. La giurisprudenza di merito più recente ha ritenuto applicabili alle fondazioni di partecipazione le disposizioni del codice civile dettate per le associazioni riconosciute, per analogia e in quanto compatibili. Alcuni studiosi ritengono che questa possa essere liberamente organizzata come fondazione, purché non venga qualificata come associazione. A sostegno di questa tesi, si evidenzia l'innovazione dell'art. 25 c.t.s., che regola le competenze inderogabili dell'assemblea delle associazioni del terzo settore, e stabilisce che lo statuto delle fondazioni del terzo settore possa attribuire all'organo assembleare o di indirizzo competenze decisionali su determinati argomenti, compatibilmente con la natura dell'ente e nel rispetto della volontà del fondatore. Un'altra interpretazione della dottrina sostiene che l'autonomia privata non permetta la creazione di nuovi corpi intermedi[18], limitandosi a scegliere tra quelli previsti dalla legge e a modularne l'organizzazione interna nei limiti consentiti. Pertanto, si esclude la possibilità di considerare la fondazione di partecipazione come una struttura atipica rispetto ai modelli codificati di fondazione e associazione riconosciuta. A sostegno di questa tesi è stata formulata un'altra considerazione interpretativa: di natura storica, secondo cui il legislatore del 1942 intendeva impedire che gli enti di carattere privato sfuggissero al controllo tutorio. La fondazione di partecipazione, quindi, non è una figura giuridica atipica, bensì una fondazione vera e propria, la cui struttura aperta conferisce una modernità necessaria per tutelare gli interessi dei beneficiari dell'ente, che diventano i principali destinatari delle sue attività. È importante notare la scelta semantica di utilizzare la

[18] ZOPPINI, A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie,* Napoli, 1995, p. 90, per il quale «la spiegazione più convincente della formula che compare nella norma è essenzialmente di carattere storico: essa è stata pensata da un legislatore timoroso che enti insuscettibili di essere sussunti ai tipi nominati potessero così sottrarsi al riconoscimento».

preposizione “di” piuttosto che “fondazione con partecipazione”. L'espressione "fondazione di partecipazione", sebbene concettualmente discutibile, è entrata nel linguaggio comune, suscitando perplessità in parte della dottrina. In comune con la fondazione tradizionale, essa ha lo scopo non lucrativo e il vincolo di destinazione del patrimonio dell’ente al perseguimento di un obiettivo specifico. A differenza della fondazione tradizionale, nella quale il fondatore si distacca dall’ente una volta costituito, nella fondazione di partecipazione i fondatori rimangono attivamente coinvolti nella vita dell’istituto, in modo simile a quanto avviene nelle associazioni. Tuttavia, contrariamente alle associazioni, dove gli obiettivi dell'ente possono essere modificati, la fondazione di partecipazione è caratterizzata dall'immutabilità del proprio scopo. I fondatori o partecipanti all’iniziativa, apportano contributi di vario tipo funzionali al raggiungimento dello scopo e partecipano attivamente alla gestione dell’ente. Il patrimonio iniziale non è necessariamente autosufficiente e definitivo, ma è suscettibile di futuri incrementi da parte di ulteriori soggetti che aderiscono successivamente. In effetti, la fondazione di partecipazione appare come una forma ibrida, caratterizzata dalla compresenza di tratti tipici delle fondazioni e aspetti organizzativi associativi. Tuttavia, la struttura della fondazione non permette di configurare un organo sovrano simile all’assemblea delle associazioni. Si può parlare di fondazione se all’organo, anche se denominato assemblea, sono attribuiti solo poteri esecutivi o consultivi. Invece, l'attribuzione di una funzione deliberativa all’assemblea porterebbe a un doppio livello di organi amministrativi, con un consiglio di amministrazione denominato assemblea e un comitato esecutivo chiamato consiglio di amministrazione[19]. In conclusione, l'inclusione di un organo partecipativo nella struttura della fondazione comporta una combinazione di più tipi negoziali. Prevale il regime della fondazione, ma con la presenza di un organo partecipativo che svolge funzioni tipiche di un ente associativo. È quindi necessario confrontarsi con il modello codicistico di fondazione per verificare se l’ente rappresenti una tipologia di fondazione e non una forma atipica. Le norme del codice civile specifiche per l'istituto sono gli articoli 16, 25, 26, 27, 28 e 2500 octies c.c.[20]. La fondazione è «un’organizzazione stabile che si avvale di un patrimonio per il perseguimento di uno scopo non economico»[21]. A differenza dell'associazione, la fondazione nasce da un atto unilaterale, il c.d. atto di fondazione. Gli elementi distintivi della fondazione includono la separazione tra ente e fondatore, e la configurazione degli organi come serventi, a differenza dell'associazione. Le caratteristiche tipologiche della fondazione sono: la destinazione di un patrimonio a uno

[19] DEL PRATO, E., *Inquadramento civilistico,* cit., p. 4.

[20] MALTONI, M., *La fondazione,* cit., p. 4.

[21] TORRENTE A.-SCHLESINGER P., *Manuale di Diritto Privato,* p. 167.

scopo e l'indisponibilità dello scopo una volta ottenuto il riconoscimento. L'assenza di associati rende l'atto costitutivo della fondazione unilaterale e formale. La pluralità di fondatori non lo rende contrattuale, ma collettivo. Si discute se l'atto costitutivo di una fondazione partecipata possa essere un contratto aperto all'adesione di terzi (art. 1332 c.c.), affermando che anche una struttura unilaterale può prevedere l'adesione di terzi. È importante sottolineare che la struttura unilaterale dell'atto di fondazione viene mantenuta anche nel caso di fondazioni partecipate. Alcuni studiosi ritengono che la fondazione di partecipazione trovi legittimità nell'art. 1332 c.c., essendo un patrimonio a struttura aperta, con l'atto costitutivo configurato come contratto aperto all'adesione di altre parti. Le modalità di adesione sono determinate dall'organo costituito per l'attuazione del contratto o, in mancanza, da tutti i contraenti originari. La struttura contrattuale ammette il recesso di un costituente, mentre l'atto unilaterale costitutivo di fondazione lo esclude, salvo per giusta causa. Una recente sentenza ha ammesso il recesso *ad nutum* di un fondatore di una fondazione partecipata, distinguendo tra momento partecipativo e fondativo. Il recesso non libera il fondatore dalle obbligazioni di dotazione assunte nell'atto di fondazione, né l'aderente non fondatore dalle obbligazioni previste all'atto dell'adesione[22]. Le caratteristiche della fondazione di partecipazione includono: lo scopo di utilità sociale e non lucrativo, il vincolo di destinazione del patrimonio allo scopo, e un'organizzazione funzionale e di controllo del rispetto del vincolo. Altri aspetti del modello empirico si adattano alle diverse necessità dell'autonomia privata. Una regola non normativa, spesso disattesa, è il distacco del fondatore dalle sorti dell'ente, con una progressiva stabilizzazione delle sue facoltà di interferenza sui procedimenti attuativi dello scopo. I fondatori e i conferenti si riuniscono in organi collegiali per decidere le linee d'azione necessarie a perseguire lo scopo dell'ente. Devono comunque rispettare precise condizioni:

A) gli organi devono avere funzioni esclusivamente amministrative del patrimonio, con mansioni che variano dalla decisione su atti gestionali, all'approvazione di bilanci preventivi o consuntivi, fino alla nomina degli amministratori. Solo nei casi in cui il controllo interno è imposto dal legislatore (come per le fondazioni lirico-sinfoniche), la competenza può assumere rilievo pubblicistico.
B) La legittimità delle forme organizzative di ispirazione associativa dipende dai poteri riconosciuti ai singoli organi. È incompatibile con il tipo fondazionale l'attribuzione della disponibilità dello scopo ai soci fondatori, come confermato dall'art. 2500 octies c.c., che consente la trasformazione della fondazione in società di capitali su proposta

[22] DEL PRATO, E., *Inquadramento civilistico,* cit., p. 5.

dell'organo competente. È inoltre incompatibile la previsione dell'estinzione dell'ente su decisione dell'assemblea dei fondatori o degli amministratori. L'eventuale concessione all'organo amministrativo del potere discrezionale di decidere la trasformazione, fusione o estinzione dell'ente deve essere limitata alla proposta di tali vicende organizzative all'autorità amministrativa. Il margine di discrezionalità è tanto più ampio quanto maggiore è il controllo riservato al fondatore o ai fondatori.

C) Coinvolgere i conferenti nell'amministrazione favorisce il reclutamento e la raccolta dei mezzi necessari all'attuazione dello scopo. La fondazione di partecipazione è dunque aperta al reclutamento di nuovi fondatori desiderosi di contribuire al conseguimento dello scopo, richiedendo una previsione specifica nell'atto costitutivo che stabilisca i requisiti di partecipazione, l'organo di vigilanza, la misura e la natura degli apporti, nonché i diritti e gli obblighi dei nuovi conferenti. Questo fenomeno è già promosso legislativamente in alcune fondazioni a partecipazione pubblica, come le fondazioni liriche, le IPAB e le fondazioni universitarie. Nella prassi, sono ammesse adesioni successive al programma fondazionale[23].

La fondazione di partecipazione trova una copertura costituzionale nell'art. 45 della Costituzione, che afferma: «la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata»[24]. Sebbene questa formulazione possa far pensare alle cooperative e alle mutue, anche la fondazione di partecipazione rientra nello scopo delineato da tale art., proteggendo così lo sviluppo della cooperazione senza fini speculativi. Le associazioni, che rappresentano, la categoria delle persone giuridiche nelle quali prevale l'elemento personale, sono garantite dalla nostra costituzione la quale consacra il principio del pluralismo. Le norme fondamentali che tutelano il diritto di associarsi sono contenute negli articoli 2 e 18 della Costituzione. Il primo stabilisce che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»; il secondo riconosce espressamente il «diritto di associarsi liberamente» per fini che non siano vietati dalla legge penale, Sempre che non si tratti di associazioni segrete ovvero di associazioni che perseguano, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare. L'art. 18 Cost., è applicabile alle persone giuridiche a base corporativistica, quali le associazioni in senso stretto; si dubita invece se esso sia idoneo a ricomprendere anche le persone giuridiche a base istituzionale, come ad esempio le fondazioni, la risposta affermativa si basa sulla considerazione secondo la quale esse, pur

[23] MALTONI, M., *La fondazione,* cit., p. 5-6.

[24] ROMANO, G., *La Fondazione di Partecipazione,* p. 5.

potendo essere costituite anche da un singolo, perseguono comunque interessi propri di una collettività di persone[25]. Gli enti ai quali può essere attribuita la qualifica di enti del terzo settore trovano, inoltre, il fondamento costituzionale nel riformato titolo V della Costituzione il quale stabilisce che «Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli ed associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». Esiste un'assonanza tra le fondazioni di partecipazione e la disciplina dei comitati. La principale differenza tra comitato e associazione risiede nell'immodificabilità dello scopo del primo e nell'interesse pubblico, o comunque non egoistico, che lo caratterizza (art. 43 c.c.). L'autorità governativa è responsabile della devoluzione dei fondi nei casi previsti. Anche nelle associazioni è possibile prevedere l'immodificabilità dello scopo, ma nel caso del comitato, questa vincola anche i membri, rendendo nullo un eventuale accordo modificativo. Nelle associazioni, invece, è possibile modificare lo scopo mediante una deliberazione assembleare. La struttura del comitato combina un profilo associativo, costituito dal gruppo, con un profilo istituzionale, dato dall'immodificabilità dello scopo, basato sull'interesse altruistico per la raccolta dei fondi. Come nelle fondazioni di partecipazione, nulla esclude la possibilità di prevedere l'adesione di terzi o la partecipazione dei sottoscrittori. Un'esperienza organizzativa simile è quella delle fondazioni culturali, sorte per effetto di leggi di settore. Si tratta di fondazioni amministrate da un organo composto su base associativa o assemblea nominata, che si limitano a designare gli amministratori o a fungere da organo amministrativo delegando poteri a un consiglio ristretto. In entrambi i casi, si tratta di attività attuativa[26]. Le fondazioni più rilevanti costituite in Italia negli ultimi vent'anni nascono da un negozio di fondazione *inter vivos*, con una pluralità di fondatori. Attorno al patrimonio iniziale si aggregano ulteriori sottoscrizioni, distinguendosi tra fondatori, soci ordinari, sostenitori e benemeriti, in base ai contributi versati. Alcuni statuti prevedono che tali soci si costituiscano in assemblea o vi nominino i loro rappresentanti, e che la quota di capitale influenzi il potere gestionale dell'ente. I fondatori cercano di mantenere il controllo sull'attività della persona giuridica partecipando al consiglio di amministrazione o nominando un numero maggiore di consiglieri in base al contributo versato. «La grande fondazione non diversamente dalla grande impresa, ha bisogno per venire ad esistenza di un rastrellamento di fondi ad ampio raggio[27]». Alcune leggi speciali hanno riconosciuto lo

[25] LOFFREDO, F., *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica,* cit., in *Giuffrè.*

[26] DEL PRATO, E., *Inquadramento civilistico,* cit., p. 5-6.

[27] VITTORIA, D., *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive di tecnica fondazionale,* in *Riv. Dir. Comm.,* 1975, I, p. 302 e ss.. Si vedano in

sviluppo del fenomeno, basti pensare alle fondazioni lirico-sinfoniche disciplinate dal d.lgs. 29 giugno 1996 n. 367 o alle fondazioni bancarie d.lgs. 17 maggio 1999 n. 153. Queste ipotesi hanno costituito un modello da cui trarre ispirazione per la redazione degli atti istitutivi e degli statuti di tutte le fondazioni di partecipazione. Infine il d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117 (c.d. codice del terzo settore) ha positivizzato questa prassi notarile, anche se limitatamente alle fondazioni del terzo settore. La cornice normativa è dunque costituita: dal codice civile, codice del terzo settore e disposizioni legislative speciali. In questi anni vi sono state significative novità che hanno interessato le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica, le riforme che si sono susseguite traggono origine dai sensibili mutamenti della realtà sociale. La legge 6 giugno 2016 n.106 Conteneva un'espressa delega a rivedere gli enti di cui al libro primo del codice civile. Il legislatore delegato, con il d.lgs. 3 luglio 2017 n.117 recante il codice del terzo settore, non ha effettuato una revisione degli enti di cui al libro primo del codice civile, ma ha introdotto un corpus di disposizioni relative agli enti del terzo settore. Quanto al codice civile è stato aggiunto l'art. 42-bis, relativo ai fenomeni di trasformazione, fusione e scissioni omogenee. È nato il timore che le poche disposizioni del codice civile relative alle persone giuridiche potessero apparire inadeguate o insufficienti: questi enti, infatti, possono avere rilevanti dimensioni, svolgere attività economiche e spesso si interfacciano con le istituzioni. Nonostante la dirompente novità costituita dal nuovo codice, non si può negare che le disposizioni del codice civile, finché non verranno riviste, integrate e modificate, costituiscono il principale ed indispensabile punto di riferimento dell'operatore del diritto in quanto esse contengono non soltanto le regole applicabili a tutti gli enti che non possono non vogliono essere enti del terzo settore, ma anche le regole applicabili agli stessi enti del terzo settore, ove compatibili. Il principale rischio legato alla nascita delle fondazioni di partecipazione è rappresentato dalle pratiche abusive, in cui il perseguimento di fini egoistici dei fondatori prevalga sulla necessaria destinazione eterogenea del risultato dell'attività. È fondamentale comprendere le caratteristiche distintive di una fondazione "pubblica" per delineare i tratti essenziali di un ente che possa essere ricondotto, anche solo in via strumentale, alla pubblica amministrazione o da essa partecipato. Questo è necessario per garantire la corretta gestione da parte degli organi preposti e l'applicazione di un regime giuridico adeguato. Le principali criticità legate alla nascita delle fondazioni di partecipazioni sono state descritte dalla Corte dei Conti, nell'audizione al Parlamento del 20 gennaio 2010 sulla finanza locale, in cui ha sottolineato che spesso gli enti locali ricorrono alla costituzione di fondazioni per mascherare

proposito anche IORIO, G., *Le Fondazioni,* Milano, p. 212 e ss., e BASILE, M., *Le persone giuridiche,* in *Tratt. Di diritto priv.,* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2003, p. 272 e ss.

un sostanziale abuso della personalità giuridica. Questo abuso consiste nell'utilizzo di organismi no profit per celare l'esercizio prevalente di attività economiche a fine di lucro, seppur strumentali al perseguimento di interessi pubblici. Tuttavia, anche le fondazioni possono esercitare attività d'impresa con metodo economico, purché tale esercizio sia funzionale alla realizzazione dei fini primari delle stesse[28]. Il 7% degli organismi partecipati dagli enti locali operanti in settori diversi dalla gestione dei servizi pubblici locali è costituito da fondazioni. È dunque evidente come il fenomeno sia diffuso su larga scala. In molti casi, non si tratta di fondazioni come descritte dal codice civile, ma di enti pubblici, indipendentemente dal nome utilizzato dal legislatore. Anche il giudice amministrativo[29] ha rilevato che le fondazioni pubbliche, assimilabili a veri e propri organismi di diritto pubblico, devono essere sottoposte al controllo della Corte dei Conti, poiché finanziate in gran parte con risorse pubbliche e quindi soggette a una normativa speciale molto più stringente di quella prevista dall'art. 25 del codice civile[30]. Numerosi sono gli aspetti positivi della fondazione di partecipazione sia sotto il profilo dell'efficienza ed efficacia dell'azione, sia sotto il profilo della economicità[31]. Innanzitutto, promuove la cooperazione tra pubblico e privato, permettendo la partecipazione di persone fisiche o giuridiche, sia pubbliche che private, in qualità di fondatori o aderenti. Questo rende la fondazione di partecipazione uno strumento ideale per consentire a un ente pubblico di perseguire uno scopo di pubblica utilità, beneficiando anche del contributo dei privati. Un esempio significativo di applicazione di questa figura giuridica è nel settore dei beni culturali e museali, dove spesso la pubblica amministrazione ha il potere, ma non i mezzi sufficienti per intervenire. Un altro vantaggio è la possibilità di scioglimento dell'ente. Rispettando il principio di efficienza, è importante che i soci possano deliberare, a determinate condizioni, lo scioglimento dell'ente. Questa caratteristica è funzionale alla progettualità, alla durata e all'efficienza della struttura. Un ulteriore beneficio è l'autonomia dell'ente: essendo autonomo ma non svincolato dai soggetti che lo costituiscono, la fondazione vive di vita propria, indipendentemente dagli eventi che possono colpire i fondatori. Ciò ha effetti positivi sia sulla durata che sull'efficienza della struttura. Infine, la fondazione di partecipazione usufruisce di un regime fiscale agevolato, tipico degli enti senza scopo di lucro, con esempi come la deducibilità delle erogazioni da parte dei donanti. Dopo aver delineato i tratti essenziali del modello empirico, possiamo esaminare come, nella pratica, sia possibile creare una fondazione

[28] Corte dei Conti, Sez. Reg. Lombardia n. 1088/2009.

[29] TAR Liguria, Genova Sez. II, 18 febbraio 2009, n. 230.

[30] ROMANO, G., *La Fondazione,* cit.

[31] ROMANO, G., *La Fondazione,* cit.

di partecipazione. È necessario: A) Procedere alla stipula dell'atto costitutivo, espressione della volontà di creare l'ente. B) L'atto costitutivo deve essere redatto in forma pubblica, dinanzi a un notaio, e contenere gli elementi previsti dall'art. 16 c.c. L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere:

A) La denominazione dell'ente.
B) L'indicazione dello scopo.
C) Il patrimonio e la sede.
D) Le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione.

L'atto costitutivo e lo statuto devono inoltre determinare, per le associazioni, i diritti e gli obblighi degli associati e le condizioni della loro ammissione; per le fondazioni, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite. Possono anche includere le norme relative all'estinzione dell'ente, alla devoluzione del patrimonio o alla trasformazione della fondazione. All'atto costitutivo deve essere allegato lo statuto, che comprende l'insieme delle regole che disciplinano la vita dell'ente e le relazioni tra organi interni e ambiente esterno. Sarà necessario richiedere il codice fiscale (mod. AA5/6) ed eventualmente la partita Iva (mod. AA9/10) se si intende svolgere anche attività commerciale. La regione o la prefettura dovrà portare avanti il riconoscimento della personalità giuridica. Entro 120 giorni dalla presentazione della domanda, il prefetto provvederà all'iscrizione della fondazione nel registro delle persone giuridiche, salvo la necessità di integrazione della documentazione. In caso di necessaria integrazione della documentazione, quest'ultima dovrà essere comunicata alla fondazione, che dovrà presentare memoria entro 30 giorni dalla richiesta[32]. Inoltre viene garantito il controllo dello Stato sulle attività svolte. L'art. 25 descrive il controllo sull'amministrazione delle fondazioni e stabilisce 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 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 e dello scopo della fondazione o della legge. L'annullamento della

[32] ROMANO, G., *La Fondazione,* cit.

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»[33].Successivamente il modello della fondazione di partecipazione è stata applicata anche agli enti universitari. La legge finanziaria 388/2001, con la successiva regolamentazione del d.p.r 254/2001, ha conferito alle università la possibilità di costituire fondazioni di diritto privato, introducendo così la figura giuridica della fondazione universitaria, che include elementi partecipativi. L'art. 6 del d.p.r 254/2001 stabilisce che possono assumere la qualifica di fondatori dell'ente "i soggetti pubblici o privati che accettano di contribuire al fondo di dotazione iniziale e al fondo di gestione, oltre agli enti di riferimento". Il secondo comma prevede invece la figura dei partecipanti istituzionali, ovvero soggetti pubblici e privati che contribuiscono al raggiungimento dello scopo prefissato mediante contribuzioni periodiche. L'art. 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. Nel caso delle fondazioni universitarie, non si verifica un vero e proprio distacco dei fondatori dall'ente; questi ultimi continuano a esercitare una notevole influenza anche dopo la costituzione e la dotazione della fondazione. Alcuni esperti ritengono che questo modello in futuro possa addirittura sostituire le fondazioni tradizionali, soprattutto in considerazione della sua rilevanza economica.

1.2 La presenza di enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione

Il processo di privatizzazione di numerosi enti pubblici ha determinato la nascita di una nuova forma di cooperazione fra pubblico e privato. Si tratta del "partenariato pubblico-privato", che ha portato a preferire nuove figure giuridiche rispetto agli istituti tradizionali di carattere pubblicistico. Il quarto comma dell'art. 118 della nostra Costituzione recita 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» sancendo una nuova tendenza nella funzione di indirizzo da parte dei pubblici poteri. Un'espressione evidente di questa tendenza si trova nelle fondazioni di partecipazione, soggetti di diritto privato al servizio dell'interesse pubblico, con una costante presenza di soggetti di diritto pubblico che partecipano in varie situazioni. Un ente pubblico può essere

[33] ROMANO, G., *La Fondazione,* cit.

promotore di una fondazione, parteciparvi in un secondo momento, o la fondazione stessa può essere il risultato della trasformazione di un ente pubblico. Nel caso in cui l'ente pubblico decida di prendere parte a una fondazione già esistente, anche di tipo tradizionale, è necessaria una delibera che motivi la scelta di adesione. Inoltre, l'ente pubblico può stabilire condizioni specifiche per assicurarsi una posizione di rilievo all'interno della fondazione. Al contrario, qualora l'ente pubblico costituisca *ex novo* una fondazione di partecipazione, si applicheranno le disposizioni previste per i provvedimenti della pubblica amministrazione. In particolare, l'art. 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, poiché si tratta di un provvedimento amministrativo che segue le regole del diritto pubblico, la giurisdizione su un eventuale ricorso spetta al giudice amministrativo. In tutti 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 cooperazione tra iniziative pubblico-private per il perseguimento di uno scopo di utilità sociale, a differenza delle "fondazioni di diritto pubblico", soggette a un controllo pubblico penetrante ed esclusivo. La partecipazione di un soggetto di diritto pubblico all'interno di una fondazione di partecipazione trova sempre giustificazione nell'interesse pubblico perseguito dalla fondazione. L'attività di pubblico interesse esercitata impone all'ente pubblico un ruolo di garanzia e controllo sull'operato della fondazione. Inoltre, per determinate delibere assunte da fondazioni di particolare rilievo, è previsto un sistema di *governance* che garantisce alla parte pubblica specifiche maggioranze e garanzie. La partecipazione dell'autorità pubblica ha un suo riflesso anche in materia di contratti. Le fondazioni soggette a finanziamento pubblico o qualificabili come organismi di diritto pubblico sono soggette alla disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, come disposto dal decreto legislativo 163/2006. 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 in cui è opportuno rispettare le regole a garanzia del mercato e della concorrenza previste dalla legislazione comunitaria. Il Consiglio di Stato ha affermato che la qualifica di organismo di diritto pubblico costituisce uno *status* che connota la persona giuridica, senza necessità di specifiche verifiche sull'attività destinata alla procedura ad evidenza pubblica. Un'altra peculiarità da considerare è il limite di territorialità dei soggetti partecipati da enti pubblici: essi infatti possono operare solo nel territorio di riferimento degli enti. Tale limite, pensato per le società miste a partecipazione pubblica e privata, non si concilia bene con l'istituto della fondazione di partecipazione, le cui azioni spesso assumono una

dimensione nazionale, funzionale a garantire il miglior risultato possibile nel rispetto dello scopo perseguito.

1.3 L**o scopo delle fondazioni di partecipazione**

Un tema ricorrente in materia di fondazioni è la necessità che esse debbano perseguire uno scopo di pubblica utilità[34]. Tuttavia, non esistono normative che impongano tale obiettivo, né prima della riforma del 2000 si poteva evincere tale requisito da alcuna disposizione testuale. È opportuno ripercorrere sinteticamente l'evoluzione della disciplina delle fondazioni per verificare se, prima del 2000, fosse possibile affermare che una fondazione dovesse necessariamente perseguire uno scopo di utilità pubblica, senza il quale non avrebbe potuto operare[35]. Nel Codice Civile francese del regime napoleonico, vi era una posizione contraria alle immobilizzazioni proprietarie da parte degli enti[36]. Le fondazioni erano quindi relegate ad una sorta di clandestinità, salvo la previsione dell'autorizzazione amministrativa quale condizione di validità degli acquisti per le istituzioni di pubblica utilità, come previsto dall'art. 910[37]. Nei codici preunitari italiani si riscontrava una regola analoga a quella successivamente adottata nel Codice unitario, che riconosceva personalità giuridica agli enti morali, seppur subordinando gli acquisti ad autorizzazione[38]. Il Codice previgente, diversamente dalle scelte francesi, incorporava sostanzialmente quelle preunitarie, attribuendo personalità giuridica agli

[34] Per gli aspetti storici trattati in opere recenti v. BASILE, M., *Le persone giuridiche,* nel *Tratt. Iudica e Zatti,* Giuffré, 2020, 5 ss.; TAMPONI, M., *Persone giuridiche,* nel *Comm. Schlesinger-Busnelli,* Giuffré, 2018, 105 ss., 184 ss.; COSTANZA, M., *I soggetti: gli enti non commerciali,* nel *Tratt. dir. civ. del C.N.N.,* Esi, 2012, 81 ss.

[35] SICCHIERO, G., *Le fondazioni di partecipazione,* Giuffré, 2024, p.3.

[36] Ostilità giunta fino alla nostra codificazione attuale: ZANCHI, G., cit., 496.

[37] A. ZOPPINI, *Le fondazioni Dalla tipicità alle tipologie,* Jovene, 1995, 26 ss.; di recente D. FAUCEGLIA, *Le fondazioni partecipate e i contfratti plurilaterali, Jus civile,* 2022, 466. La disposizione allora vigente in Francia prevedeva che « *Les dispositions entre-vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissemens d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par un arrêté dú Gouverne- ment* » (le disposizioni tra vivi o per testamento in vantaggio degli spedali, dei poveri d'una comune, o di stabilimenti di pubblica utilità, non avranno effetto se non autorizzate da un decreto del governo) »

[38] Art. 10: «La Chiesa, i Comuni, le corporazioni e tutte le società autorizzate dal re, ed altri corpi morali si considerano come altrettante persone, e godono dei diritti civili sotto le modificazioni determinate dalle leggi».

enti morali tramite una disposizione generica sugli enti pubblici e privati[39], lasciando all'autorità pubblica la decisione sulla loro ammissibilità[40]. Rimaneva confermata la necessità di autorizzazione pubblica per gli acquisti di immobili[41], prevista dalla non abrogata legge del Regno di Sardegna contro la manomorta[42] e, nel Codice, dagli articoli 932[43] e 1060[44]. Negli articoli 425 e seguenti, si indicava che i beni potevano appartenere anche a corpi morali diversi dagli enti pubblici o privati, con la precisazione che i beni degli istituti civili o degli altri corpi morali appartengono a questi stessi, purché le leggi ne riconoscano la capacità di acquistare e possedere (art. 433)[45]. Varie erano le teorie riguardanti la natura e i requisiti delle persone giuridiche. Si evidenziava l'eterogeneità dei soggetti cui era stata concessa personalità giuridica, elevandoli a enti morali[46]. Autorevole parte della dottrina riteneva che, ai fini del riconoscimento, non fosse necessario il carattere di utilità pubblica, poiché la personalità giuridica è una forma giuridica funzionale al raggiungimento di tutti gli scopi, sia pubblici che privati, ammettendo quindi enti che operano per un'utilità privata diversa da quella lucrativa. Tuttavia, precisava che la personalità giuridica viene conferita a un'opera socialmente utile, sebbene vantaggiosa anche per interessi individuali, e che non basta che uno scopo sia lecito e non lesivo dell'ordine pubblico e della morale sociale; esso deve essere socialmente utile affinché lo Stato lo sostenga conferendone la personalità giuridica. Vi era inoltre chi negava che le fondazioni potessero assumere personalità giuridica, considerando la preminenza della destinazione patrimoniale rispetto alla presenza di persone, contrariamente a quanto

[39] L'art. 2 era il seguente: «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».

[40] BASILE, M., cit., 6.

[41] SICCHIERO, G., *Le fondazioni di partecipazione,* 2024, p. 5.

[42] La l. 5 giugno 1850, n. 1037 prevedeva che «gli Stabilimenti e i corpi morali, siano ecclesiastici o laicali, non potranno acquistare stabili senza essere a ciò autorizzati con Regio Decreto, previo il parere del Consiglio di Stato. Le donazioni tra vivi e le disposizioni testamentarie a loro favore non avranno effetto se essi non saranno nello stesso modo autorizzati ad accettarle»; RESCIGNO, P., voce *Fondazione (diritto civile), Enc. Dir.,* XVII, Giuffré, 1968, 804.

[43] «Le eredità devolute ai corpi morali non possono essere accettate che con l'autorizzazione del governo da accordarsi nelle forme stabilite da leggi speciali. Esse non possono essere accettate se non col benefizio dell'inventario secondo le forme dai rispettivi regolamenti».

[44] «Le donazioni fatte ai corpi morali non possono essere accettate, se non con l'autorizzazione del governo menzionata nell'art. 932».

[45] SICCHIERO, G., cit., p. 5.

[46] FERRARA, F., *Le persone giuridiche,* nel *Tratt. Vassalli*, II, Utet, 1956, 15.

caratterizzava le corporazioni[47]. Altri sostenevano che le fondazioni potessero divenire persone giuridiche previa ottenimento del riconoscimento statale, sebbene l'ente potesse esistere anche prima di tale riconoscimento[48]. Altri ancora ritenevano che lo scopo della fondazione, oltre a essere lecito, determinato e duraturo (sebbene non perpetuo)[49], dovesse essere indirizzato a una collettività più o meno vasta[50]. L'assenza di una precedente disciplina cui il Codice del 1942 potesse fare riferimento, conferisce particolare rilievo alle indicazioni della relazione[51]. Da quest'ultima emerge che il legislatore aveva immaginato di regolare organicamente la materia[52] delle persone giuridiche, dettando una disciplina unitaria. La fondazione non era necessariamente intesa come soggetto di erogazione meramente passivo, ma poteva esercitare un'attività produttiva, come si evince dal n. 53 della relazione: «non si è ritenuto opportuno prevedere, tra le ipotesi di trasformazione di una fondazione, quella riguardante l'eccedenza del reddito, sia perché rara, sia perché la norma costituirebbe un incentivo a mantenere invariata la potenzialità reddittizia del patrimonio della fondazione o a dilapidare eventuali redditi eccedenti»[53]. È altresì vero che la relazione escludeva la possibilità di dichiarare insolventi le associazioni, regolando specificamente la procedura: in caso di incapacità di funzionamento, si verificherà l'estinzione dell'ente per impossibilità di raggiungere lo scopo. In definitiva, si può affermare che il legislatore del 1942 non abbia considerato necessaria la presenza di scopi ideali per una fondazione; la relazione non si esprime su scopi puramente erogativi. L'unico elemento utilizzabile in tal senso è la necessità che l'atto costitutivo indichi i criteri e le modalità di erogazione delle rendite (art. 16 c.c.)[54]. Fin dai primi anni del dopoguerra, le trasformazioni della realtà sociale e normativa hanno reso obsoleta la disciplina del Codice, comportando il superamento dei principi e delle intenzioni originarie del legislatore[55]. Negli ultimi sessanta

[47] DE RUGGIERO, R., *Diritto civile,* Principato, Messina, I, VI ed., 417-418 e, in senso opposto, COVIELLO, N., *Manuale di diritto civile italiano,* Società editrice libraia, Milano, 1910, 194-195.

[48] SICCHIERO, G., cit., p. 7.

[49] Lo aveva chiarito G. GIORGI, *la dottrina delle persone giuridiche o corpi morali,* III ed., F.lli Cammelli ed., Firenze, 1913, 128.

[50] EULA, E., *Persone giuridiche,* Società editrice libraia, Milano, 1939, p. 65.

[51] SICCHIERO, G., cit., p. 8.

[52] GALGANO, F., *Persone giuridiche,* II ed., 2006, 1 ss., 190, avverte che il legislatore pur riferendosi alle persone giuridiche intendeva regolare nel primo libro solo le fondazioni e le associazioni.

[53] SICCHIERO, G., cit., p. 9.

[54] SICCHIERO, G., cit., p. 9.

[55] BASILE, M., cit., 20, ove indicazioni delle molte norme sopraggiunte, in gran parte di diritto pubblico e gli interventi della Corte costituzionale che hanno eliminato svariati divieti associativi risalenti all'epoca fascista.

anni le fondazioni sono state oggetto di consistenti rimeditazioni che hanno riguardato due aspetti: la consistenza dello scopo e la fenomenologia organizzativa. Quanto al primo profilo, l'ostilità di stampo ottocentesco verso le immobilizzazioni proprietarie relegava la fondazione entro un ambito circoscritto al perseguimento di scopi necessariamente altruistici. Nella nota sentenza Strizoli[56], la Corte di Cassazione ha evidenziato che l'immobilizzazione di un patrimonio da destinare ai discendenti non possa essere considerata uno scopo proprio della fondazione. La Corte ha affermato che "l'essenzialità dello scopo in tema di persone giuridiche è confermata da tutta la normativa dedicata alle associazioni e alle fondazioni, in particolare dagli articoli 16, 25, 27, l'ultimo dei quali eleva a causa di estinzione della persona giuridica il raggiungimento dello scopo o il verificarsi della sua impossibilità". È inoltre chiaro che lo scopo, cui queste norme si riferiscono, deve essere esterno al patrimonio, poiché solo uno scopo esterno può dare luogo a quel vincolo di destinazione che si assume come elemento unificante. Pertanto, lo scopo non può consistere nel semplice godimento dei beni che compongono il patrimonio, né nel far godere i beni a determinate persone, poiché ciò fa parte della natura stessa dei beni, naturalmente destinati a essere goduti. L'immobilizzazione del patrimonio non costituisce uno scopo, né l'identificazione dei beneficiari delle rendite; occorre una finalità esterna. Nel 1967-1968, furono pubblicati due saggi fondamentali a sostegno dell'ammissibilità delle fondazioni con finalità di direzione di attività d'impresa[57]: P. Rescigno, "Fondazione e impresa" e R. Costi, "Fondazione e impresa". L'obiettivo non era l'esercizio di attività economica in sé, ma l'utilizzo strumentale dei suoi esiti per il perseguimento del necessario scopo ideale.

Mentre Rescigno si affidava alla comparazione con l'esperienza tedesca per dimostrare l'utilità concreta delle fondazioni d'impresa, la discussione sullo scopo riguardava la possibilità di escluderne solo la natura politica, senza preoccuparsi di una finalità principale e di utilità collettiva[58]. Rescigno riteneva non vietata l'ipotesi della fondazione che limitasse la propria attività alla conservazione e all'autofinanziamento dell'impresa, senza porsi obiettivi extra-

[56] Cass. 10 luglio 1979, n. 3969, *Giur. it.,* 1980, I, 1, 882, soluzione affermata in primo grado da Trib. Genova 9 luglio 1971, in *Giur. it.,* 1971, I, 2, 556; l'intera vicenda storica è ricostruita da M.V. DE GIORGI nella nota *Scopo della fondazione e fondazione di famiglia.*

[57] RESCIGNO, P., *Fondazione e impresa,* cit., e COSTI, R., *Fondazione e impresa*, cit., successivamente in senso conforme v. anche P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi,* Giuffré, 1984, 88; ZOPPINI, A., *op. cit.,* 43 ss., spec. 60 ss.; RIGANO, F., *La tutela della «corretta» concorrenza fra associazioni non lucrative e imprese,* in *Giur. cost.,* 1994, 393 ss.

[58] SICCHIERO, G., cit., p. 16.

aziendali e altruistici. Al termine del suo studio, Rescigno concluse per la necessità di registrare le fondazioni d'impresa presso il registro delle imprese, esonerando solo quelle altruistiche. Pertanto, Rescigno non considerava il fine di pubblica utilità un requisito per ammettere la fondazione. Renzo Costi, invece, osservava come la fondazione potesse costituire la forma migliore per difendere l'organismo imprenditoriale dai suoi titolari, in virtù dell'immutabilità dello scopo statutario[59]. Costi riteneva necessaria l'iscrizione al registro delle imprese[60] della fondazione che eserciti esclusivamente attività economica[61] o delle imprese da essa gestite, nonché la sottoposizione al fallimento[62]. Costi sostiene che la fondazione possa perseguire qualsiasi scopo lecito[63], non necessariamente altruistico[64], e che il fondatore potrebbe riservare a sé, in tutto o in parte, i redditi dell'impresa[65]. Alla fine del suo saggio, Costi distingue tra associazioni e fondazioni, rilevando l'assenza dell'elemento personale nelle seconde, il quale caratterizza invece le prime. Questa tesi è stata seguita per molti anni, risultando ostile alle fondazioni di partecipazione come sono oggi praticate[66]. Successivamente, ulteriori studi hanno valorizzato la funzione della fondazione quale soggetto capace di collaborare fattivamente con lo Stato per il soddisfacimento di istanze sociali nel settore no profit, ma senza limitarsi a tali ipotesi[67]. Dalla fine degli anni '60 fino alla metà degli anni '90, è emersa una crescente necessità di rivalutare la fondazione come mezzo idoneo a realizzare i più disparati fini[68]. Secondo l'autore Zoppini, la fondazione potrebbe rappresentare un'alternativa alle inefficienze del settore pubblico, senza limitarsi a compiti meramente erogativi[69]. Pertanto, occorre interrogarsi sulla possibilità di utilizzare la fondazione come ente strumentale per realizzare obiettivi

[59] *Ivi,* 6 ss.

[60] *Ivi,* 25 ss.

[61] *Ivi,* 19 ss.

[62] *Ivi,* 28 ss.

[63] *Ivi,* 16, 18.

[64] *Ivi,* 11 ss.

[65] *Ivi,* 12 ss., 21.

[66] Eppure già al tempo esisteva e fin dal 1962 la Fondazione Luigi Einaudi che all'art. 4 include la «Assemblea dei Conferenti».

[67] È a ciò dedicata l'intera monografia di A. Zoppini, che non tralascia di valutare la tutela di interessi anche economici attuata mediante le separazioni patrimoniali (cfr. spec. *ivi*, 52 ss.).

[68] La nota ZOPPINI, A., circ., 49: «l'ostilità nei confronti dei patrimoni autonomi è sostanzialmente venuta meno».

[69] *Ivi,* 42, argomento che sviluppa di seguito, *ivi,* 43 ss., individuando nella fondazione il soggetto idoneo ad affiancare lo Stato in compiti che questo non riesca ad assolvere in punto di fatto.

imprenditoriali[70]. Zoppini afferma che «lo scopo altruistico non si risolve nell'altruità dello scopo: la fondazione non realizza un interesse altrui, bensì persegue, come altri enti di diritto privato, il proprio scopo attraverso l'eterodestinazione vincolata del risultato»[71]. Secondo Zoppini, i caratteri essenziali della fondazione sono: l'assenza di uno scopo lucrativo soggettivo[72], l'ammissibilità delle fondazioni di impresa per l'eterodestinazione dei proventi[73], l'impossibilità di creare forme ibride a partecipazione associativa e l'immodificabilità dello scopo impresso dal fondatore[74]. Zoppini manifesta una diffidenza verso la presenza di organi partecipativi all'interno delle fondazioni. In questo studio, l'idea che la fondazione possa esercitare attività d'impresa è subordinata all'assenza di intento lucrativo[75], e si riconosce la responsabilità patrimoniale diretta dell'ente, accompagnata dalla responsabilità illimitata degli amministratori, indipendentemente dall'iscrizione nel registro delle imprese[76]. Negli anni '90, si è quindi consolidata l'idea di superare la fondazione di pura erogazione di rendite per uno scopo di utilità sociale. L'art. 1, comma 3, del d.P.R. n. 361 del 2000 ha imposto, ai fini del riconoscimento mediante iscrizione nell'apposito registro, che «siano state soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo»[77]. Dall'impiego della fondazione per l'esercizio di una impresa si sono dischiusi nuovi orizzonti, facendo emergere l'eterogeneità degli obiettivi perseguibili col modello fondazionale e il progressivo affievolimento del carattere ideale dello scopo, accentuato dal tenore dell'art. 1 d.P.R. n. 361/2000, secondo cui, per l'acquisto della personalità giuridica, è sufficiente uno

[70] *Ivi,* 54 ss.

[71] *Ivi,* 141. Con la conseguenza che non sarebbe ammissibile una fondazione di mera gestione di un patrimonio, appunto per l'assenza di eterodestinazione degli esiti dell'attività: *ivi,* 151 ss., «ove ciò significhi la retribuzione del conferimento», essendo invece ammissibile laddove il fondatore rientri in una delle categorie dei beneficiari individuati nell'atto di fondazione (*ivi,* 152).

[72] Sicché non sarebbe ammissibile una fondazione che destini i proventi dell'attività a favore del fondatore: *ivi*, 151, 158. La tesi è ulteriormente sviluppata in contrasto con quella contraria di R. COSTI, (*ivi,* 154 ss. e n. 204) negando che la possibilità di srl unipersonali valga ad ammettere questa specifica ipotesi di fondazione.

[73] *Ivi,* 164 ss., con la precisazione che alla fondazione si applica lo statuto dell'imprenditore (*ivi,* 176 ss., spec. 183).

[74] *Ivi,* 134 ss., salva la possibilità di modificare lo statuto su altre questioni (*ivi,* 220 ss.).

[75] *Ivi,* 65 ss.

[76] Il tema è ampiamente sviluppato con riferimento alle associazioni ma poi è esteso anche alle fondazioni alle pp. 188-191.

[77] SICCHIERO, G., cit., p. 22.

scopo “possibile e lecito” e un “patrimonio adeguato alla realizzazione dello scopo”. Rilevano quindi i caratteri di possibilità e liceità dello scopo, qualunque esso sia, anche egoistico o economico, purché sia esclusa ogni forma di distribuzione di utili, altrimenti l'ente verrebbe riqualificato come uno dei tipi regolati dal quinto libro del codice. La riforma del 2000 ha eliminato il dubbio sulla possibilità per una fondazione di perseguire lo scopo preferito[78]. Quando questo si concretizza nell'esercizio esclusivo di attività economica, il giudice dovrà attribuirle la qualifica di imprenditore commerciale, senza riqualificarla soggettivamente[79]. La possibilità per una fondazione di assumere la qualifica di imprenditore è ormai consolidata. La fondazione imprenditrice è soggetta alla nuova procedura di liquidazione prevista dal Codice della crisi d'impresa[80]. Di conseguenza, la necessità di una finalità di interesse pubblico o di utilità collettiva è stata definitivamente respinta dal legislatore. L'utilizzo delle fondazioni per attività economiche è dimostrato da esempi pratici, come la gestione delle Olimpiadi del 2026, per la quale è stata istituita la Fondazione Milano Cortina 2026, composta da un consiglio di amministrazione di 22 consiglieri, un comitato di gestione, un collegio sindacale e un revisore dei conti. Sebbene le Olimpiadi abbiano uno scopo sportivo, la direzione sportiva è affidata al CONI e non alla fondazione. Lo statuto della Fondazione Milano Cortina 2026 indica che le sue attività sono esecutive di un accordo con il CIO, con l’obiettivo di gestire, organizzare e comunicare eventi sportivi e istituzionali, vendere biglietti e sfruttare i diritti degli eventi sportivi e olimpici[81]. Pertanto, ci si domanda se la fondazione possa esercitare attività economica come scopo diretto o debba comunque realizzare un fine non lucrativo. La fondazione assume natura di imprenditore anche se l’attività è strumentale[82], come indicato

[78] Osserva G. ZANCHI, *Interpretazione e ruolo della prassi nella definizione dello statuto soggettivo della fondazione, Jus civile,* 2017 , 530, che «anche uno scopo egoistico, dunque, appare alla prova dei fatti compatibile con la forma giuridica della fondazione, giacché il piano di rilevanza degli scopi non è la coerenza con gli interessi dell’ordinamento (casomai ancora fosse possibile oggi identificarli univocamente) ma la loro serietà, nel contesto del pluralismo dei fini associativi in senso lato».

[79] SICCHIERO, G., cit., p. 24.

[80] MARASÀ, G., *La «commercializzazione» degli enti del libro I del codice civile,* in *Riv. dir. civ.,* 2023, I, 231-232; LAUDONIO, A., in A. LAUDONIO, M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche,* II, *Vicende modificative ed estintive,* nel *Tratt. Iudica-Zatti,* Giuffré, 2020, 662 ss.

[81] SICCHIERO, G., cit., p. 29.

[82] Invece secondo F. Galgano, cit., 236, la fondazione assume natura di imprenditore commerciale solo se l’attività d’impresa ne costituisca oggetto esclusivo o principale, «in analogia con quanto è disposto per gli enti pubblici economici dell’art 2201» c.c., mentre nelle altre ipotesi saremmo «di fronte ad un imprenditore senza ulteriore specificazione, sottoposto alla disciplina legislativamente formulata con generico riferimento a tale figura».

dall'art. 1 del Codice della crisi d'impresa, il quale stabilisce che la relativa disciplina riguarda ogni persona giuridica che esercita attività economica, anche non a fini di lucro[83], ovvero in modo strumentale al perseguimento del fine dell'ente. La Corte di Cassazione, con la sentenza del 21 ottobre 2020 n. 22955, ha ribadito che la qualifica di imprenditore si può assumere anche senza perseguimento del lucro oggettivo, riferendosi a un «dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi», escluso solo se l'attività «è svolta in modo del tutto gratuito, dato che non può essere considerata imprenditoriale l'erogazione gratuita dei beni o servizi prodotti»[84]. Di conseguenza, l'economicità della gestione è un requisito essenziale dell'attività d'impresa, permettendo di riconoscere lo *status* di imprenditore a tutti gli enti di tipo associativo che svolgono, esclusivamente o prevalentemente, attività di impresa commerciale, anche quelli regolati dal libro I del codice civile. L'esercizio dell'attività d'impresa deve costituire l'oggetto esclusivo o principale dell'attività, anche quando lo scopo è altruistico. Pertanto, la fondazione che esercita principalmente o esclusivamente attività d'impresa, anche se strumentale, deve iscriversi al registro delle imprese[85]. Per negare la possibilità ad un ente del primo libro del codice civile di svolgere attività economica, si è fatto riferimento all'art. 2247 c.c.[86], secondo cui l'attività d'impresa collettiva dovrebbe essere necessariamente esercitata in forma societaria, il che impedirebbe l'esistenza delle fondazioni imprenditrici. Una monografia di A. Carrabba, intitolata "Scopo di lucro e autonomia privata", ha affrontato la questione, contestando radicalmente che la nozione contenuta nell'art. vieti alle associazioni di svolgere attività d'impresa o ne imponga la qualificazione come società[87]. Carrabba sostiene che l'associato possa conseguire, durante la vita dell'ente o al momento dell'estinzione del rapporto associativo, vantaggi economici o prestazioni patrimoniali riconducibili al genere lucrativo, simili a quelli realizzabili dai soci nelle società, ma non utili in senso proprio. L'ordinamento non ha inoltre posto un divieto alla distribuzione di utili in capo a soggetti diversi dalle società. Tutte le analogie tra società e associazioni non sono tuttavia riferibili alle fondazioni, poiché queste ultime, almeno nella forma codicistica, non possiedono necessariamente un organo assembleare né soci come elemento indefettibile. L'art. 2247 c.c.

[83] Secondo BONIFATI, S., *Associazioni, nuove imprenditorialità e fallimento. Un nodo da sciogliere,* in *Giur. it.,* 2021, 895, parlando a proposito degli ETS, nella legislazione «si omette completamente di legiferare in punto insolvenza».

[84] SICCHIERO, G., cit., p. 31.

[85] IBBA, C., *Il registro delle imprese,* nel *Tratt. Iudica e Zatti,* Giuffrè, 2021, 29.

[86] La problematica è ricostruita da M. TAMPONI, cit., 203 ss. e da M. COSTANZA, cit., 86 ss.; v. anche G. MARASÀ, cit., 128 ss.; D. FAUCEGLIA, cit., 487.

[87] CARRABBA, A., *scopo di lucro e autonomia privata,* Napoli, 1994.

non è l'unica disposizione a individuare la fattispecie societaria, che è caratterizzata anche dalla partecipazione del socio commisurata all'apporto di capitale, dalla trasferibilità delle partecipazioni e dalla presenza di organi con competenze specifiche non attribuibili ad altri organi, con totale autonomia contrattuale. La fondazione di partecipazione, dotata di amministratori e di associati con poteri deliberativi indicati nello statuto, è la forma più vicina alla struttura di una società di capitali. Il perseguimento dello scopo di lucro soggettivo attraverso una simile fondazione comporta l'attrazione dell'ente nell'ambito dell'art. 2247 c.c. Pertanto, laddove la fondazione eserciti direttamente attività economica, l'ente assumerà la qualifica di imprenditore, con necessità di iscrizione al registro delle imprese e di adempiere agli obblighi in tema di scritture contabili. L'amministrazione non potrebbe rifiutare l'iscrizione di una tale fondazione nel registro delle persone giuridiche, posto che la legge non vieta, ad esempio, che l'impresa sociale sia svolta da una fondazione[88]. I particolari privilegi concessi all'impresa sociale dal d.lgs. n. 112/2017[89] sono riconosciuti a chi assume la veste di imprenditore e persegue finalità sociali, non distribuisce utili né direttamente né indirettamente (art. 3) e impiega a tal fine almeno il 70% dei ricavi dell'attività esercitata (art. 2, comma 3)[90]. Pertanto, una fondazione potrebbe richiedere di essere riconosciuta anche come impresa sociale[91], facoltà riservata a tutti gli enti privati. Da tale facoltà sono escluse solo le società costituite da un unico socio persona fisica, le amministrazioni pubbliche e gli enti i cui atti costitutivi limitano, anche indirettamente, l'erogazione di beni e servizi in favore dei soli soci o associati. Quindi, la fondazione di partecipazione che non abbia questo limite statutario riferito agli associati rientra potenzialmente tra i soggetti legittimati[92]. La possibilità per una fondazione di esercitare attività economica è ormai fuori discussione. Si deve quindi ammettere il perseguimento del lucro oggettivo, ovvero la capacità della fondazione di reperire sul mercato le risorse necessarie per il perseguimento dello scopo statutario, pur mantenendo il divieto di lucro soggettivo. Un diverso profilo è quello della eterodestinazione degli utili che la fondazione ricava dall'attività economica, talvolta definito anche come divieto di

[88] SICCHIERO, G., cit., p. 38-39.

[89] Su cui di recente v. A. FICI, *Tipo e status nella nuova disciplina dell'impresa sociale,* in *Contr. impr.,* 2023, 112 ss.; G. MARASÀ, cit., 221 ss.; una prima lettura era stata data da M.V. DE GIORGI, *La legge delega sull'«impresa sociale» e il successivo decreto,* ora in *Enti del primo libro e del terzo settore,* 2005, 223 ss.

[90] SICCHIERO, G., cit., p. 40.

[91] MARASÀ, G., cit., 221.

[92] SICCHIERO, G., cit., p. 41.

autodestinazione del risultato[93]. Si tratta del divieto che i ricavi dell'attività siano corrisposti a uno dei soggetti che partecipano alla fondazione. Nella fondazione, vi sarà sempre una eterodestinazione dei ricavi, ogni volta che la fondazione li attribuisca e non li accantoni, poiché non vi sono soggetti titolari del patrimonio della fondazione al di fuori della fondazione stessa. Ciò è evidentemente opposto alla distribuzione degli utili ai soci delle società, ai quali viene remunerato il capitale di rischio investito[94]. Tuttavia, avendo la Cassazione superato l'ipotesi del trust autodichiarato[95], non si vede ragione per cui al disponente di un bene vincolato (a una fondazione o a un trustee) sia vietato percepire i frutti del bene stesso[96]. La registrata "privatizzazione" dello scopo, che consente qualsiasi forma di lecita eterodestinazione dei proventi, poggia sul presupposto della neutralità della fondazione relativamente alle finalità perseguibili. Per quanto riguarda l'intervento delle Regioni sugli scopi delle fondazioni, il problema si è posto con la riforma dell'art. 117 della Costituzione, che ha riservato allo Stato la competenza esclusiva in tema di formazione dell'ordinamento civile, nel quale rientrano le fondazioni. Si tratta di verificare se la materia tocchi esclusivamente aspetti privatistici o norme apparentemente di diritto privato che definiscono presupposti o mezzi di azione pubblica[97]. Ad esempio, la Regione Campania, nel regolamento concernente le persone giuridiche private, approvato con decreto del 22 settembre 2003 n. 619, prevede nell'art. 1 che la Regione eserciti le proprie funzioni in ordine a fondazioni e associazioni che perseguono scopi ideali, aggiungendo che il riconoscimento è disposto previa valutazione dello scopo[98]. In Molise, la delibera G.R. n. 11/2016, all'art. 1, dispone che nella predisposizione dei bilanci le fondazioni, tenuto conto del fine di pubblica utilità per il quale sono state costituite, devono rispettare i seguenti principi: chiarezza, completezza, veridicità e correttezza[99]. Il tema è quindi l'ampiezza dei poteri spettanti alle Regioni riguardo ai limiti che intendono imporre agli scopi delle fondazioni. Il d.P.R. n. 361/2000 (artt. 5 e 7) sottolinea che le Regioni abbiano competenze puramente amministrative, riguardanti la verifica della sussistenza dei requisiti previsti dal codice e la tenuta del registro delle persone giuridiche, non poteri per fissare requisiti

[93] DINACCI, G., *Delle associazioni e delle fondazioni, Comm. Gabrielli,* Utet giuridica, 2011, 106.

[94] SICCHIERO, G., cit., p. 46.

[95] V. per esempio Cass. 18 giugno 2021, n. 17563 e le molte altre sentenze dalla stessa richiamate in sede tributaria; in sede civile Cass. 9 novembre 2020, n. 24986 che ammette la revocabilità del *trust* autodichiarato, sull'evidente presupposto che sia valido ed efficace.

[96] SICCHIERO, G., cit., p. 48.

[97] DE GOETZEN, S., *Fondazioni legali tra diritto amministrativo e diritto privato,* Giuffré, 2011, 513-514.

[98] SICCHIERO, G., cit., p. 48.

[99] SICCHIERO, G., cit., p. 49.

ulteriori[100]. Le Regioni possono solo verificare se la fondazione sia costituita per atto pubblico o con testamento e se lo statuto contenga le indicazioni imposte. Quanto agli scopi, le Regioni non hanno il potere di limitarli a finalità di pubblica utilità o di impedire uno scopo di lucro o l'esercizio di attività economica[101]. Per evitare disparità di trattamento dovute a eccessiva discrezionalità del legislatore regionale, si nega che la regione possa entrare nel merito degli scopi delle fondazioni, purché leciti. Una fondazione può perseguire qualsiasi scopo lecito, anche non ideale, derivandone solo l'impossibilità di avvalersi dei benefici previsti dal Codice del Terzo Settore o dalla disciplina dell'impresa sociale ove gli scopi perseguiti non possano ricondursi a tali ipotesi. La fondazione di partecipazione è una delle tipologie in cui il *genus* fondazione è ormai diviso, in conseguenza dell'evoluzione della figura della fondazione. Lo scopo deve essere lecito, non necessariamente di utilità sociale, tanto che si parla di neutralità del modello fondazionale, adattabile a qualsiasi tipo di attività e scopo, purché non lucrativo. L'esercizio diretto di attività economica può costituire lo scopo di una fondazione. Certamente, a tal fine si può anche dar vita a una cooperativa o ad altre forme tipiche previste dal quinto libro del codice, ma si tratta di una libera scelta del fondatore[102]. Anche per gestire le Olimpiadi invernali del 2026 si è scelto consapevolmente di creare una fondazione di partecipazione. Molte sono le ragioni che possono indurre a scegliere la forma della fondazione, tra cui la partecipazione di soggetti pubblici che non intendono far parte di soggetti imprenditoriali commerciali *ab origine*. Oggigiorno, nemmeno l'eterodestinazione delle utilità derivanti dall'attività economica sembrerebbe essere un limite rimasto, e anche il perseguimento del lucro soggettivo non appare incompatibile con la forma fondazionale[103], poiché l'adempimento degli obblighi gravanti sull'imprenditore e l'assoggettamento alle regole del Codice della crisi d'impresa risolvono i problemi che potrebbero profilarsi[104]. In definitiva l'impronta caratterizzante la fondazione resta la tendenziale immodificabilità dello scopo e ciò ha reso questo modello adattabile allo svolgimento di funzioni pubbliche. L'immodificabilità è tendenziale perché si ammettono modificazioni dello scopo coerenti con il programma originario, le quali appaiono come puntualizzazioni o adeguamenti. Attraverso l'eventuale

[100] SICCHIERO, G., cit., p. 49

[101] RESCIGNO, P., scriveva «pur non sussistendo nel sistema divieti specifici o ragioni di incompatibilità con il regime delle "forme" predisposte per l'attività economica dei privati» (voce cit., 812).

[102] SICCHIERO, G., cit., p. 52-53.

[103] *Contra* di recente M. TAMPONI, cit., 188.

[104] SICCHIERO, G., cit., p. 53-54.

trasformazione della fondazione in associazione, ai sensi dell'art. 42 bis c.c., l'ente si troverà in un *habitat* normativo nel quale l'assemblea potrà disporre dello scopo.

1.4 *F*ondazioni di partecipazione e organi partecipativi

Oltre all'aspetto patrimoniale, la fondazione di partecipazione si distingue per la presenza di un elemento personale; questo riguarda le varie categorie di soggetti che fanno parte dell'ente, che possono essere sia persone fisiche sia giuridiche, pubbliche o private. La denominazione "fondazione di partecipazione" non esprime in modo esaustivo ciò che dovrebbe distinguerla dalle fondazioni codicistiche. Secondo alcuni, si tratterebbe di fondazioni atipiche, mentre per altri questa rappresenta un ente fondazionale nato dall'interpretazione degli articoli 12 e 1332 c.c., combinati con l'art. 45 della Costituzione[105]. Alcuni giuspublicisti qualificano la fondazione di partecipazione come un'amministrazione di interessi non individuali, espressione di un'autonomia collettiva o sociale[106] piuttosto che privata. Certamente si riconosce una radice pubblicistica delle fondazioni di partecipazione, nel senso che la loro struttura attuale si deve alle trasformazioni di soggetti pubblici in fondazioni originate dalla legislazione degli anni '90. Le rigidità e gli aspetti anacronistici della fondazione tradizionale sono superati nel modello di fondazione di partecipazione attraverso la contaminazione con i modelli associativi e societari[107]. Il tratto qualificante è l'assemblea di associati che assume la forma di «struttura di un ente aperto, simile a quello di un'associazione»[108]. L'impatto economico delle fondazioni di partecipazione nel nuovo panorama non può essere trascurato. Basti pensare che è stata affidata loro la gestione delle Olimpiadi Invernali del 2026 o la creazione di un modello integrato di sviluppo sostenibile per la città di Venezia. Questa figura giuridica, elaborata dal notaio milanese Enrico Bellezza (E. Bellezza - F. Florian, Le fondazioni del terzo millennio, 1998), coniuga due aspetti: l'elemento personale, tipico delle associazioni, e l'elemento patrimoniale, caratteristico delle fondazioni. È doveroso ricordare che l'aspetto patrimoniale è essenziale: l'ente giuridico nasce solo se sussiste il fondo di dotazione, elemento che differenzia la fondazione di partecipazione da ogni istituto di tipo associativo. Il codice contempla, nelle regole comuni alle associazioni e alle fondazioni, sia gli amministratori (art.

[105] PROPERSI, A., ROSSI, G., *Gli enti non profit,* Giuffrè, 2015, 103; e per l'art. 1332 TAMPONI, M., *Persone giuridiche,* in *Comm. Schlesinger-Busnelli,* cit., 156.

[106] FORTE, P., *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali,* in AA. VV., *Fondazioni,* a cura di PALMA, G., FORTE, P., cit., 67 ss., 78 ss.; v. inoltre FERRARA, F., *Le fondazioni nel sistema europeo,* Torino, 2008, *ivi*, 83 ss. per una panoramica comparata.

[107] SICCHIERO, G., cit., p. 56.

[108] TAMPONI, M., cit., 155.

18) sia i possibili rappresentanti (art. 25), cui l'ordinamento dell'ente (art. 16) può conferire tali funzioni separatamente dall'amministrazione. È ammessa la possibilità che, all'interno del consiglio di amministrazione, nasca un comitato esecutivo cui delegare i compiti operativi, senza elidere le responsabilità dell'intero consiglio. Possono essere previsti statutariamente organi sussidiari e facoltativi, come un organo di controllo o un collegio arbitrale. L'art. 16 c.c., nel richiedere che l'atto costitutivo contenga "le norme sull'ordinamento interno e sull'amministrazione", non impedisce l'inclusione di altri organi, di cui devono essere specificate la presenza e le funzioni. Certamente è ammessa la presenza di un organo di verifica contabile delle attività degli amministratori della fondazione, come accade nelle associazioni. Un collegio dei revisori può svolgere i compiti di controllo interno sulla regolarità della spesa dell'ente. Questo controllo ha una funzione prudenziale o di supporto agli amministratori, ma non può costituire elemento di legittimità delle decisioni assunte, né può impedire i controlli amministrativi previsti dall'art. 25 c.c. Vi sono altri soggetti che possono coadiuvare gli amministratori, come il responsabile per il trattamento dei dati personali o il responsabile per la sicurezza sul posto di lavoro. Vi è poi il consiglio di indirizzo, composto dai fondatori, dai partecipanti istituzionali e dai partecipanti semplici, che si affianca al consiglio di gestione, il quale ha compiti esecutivi ed è composto da persone estranee alla fondazione. Anche il collegio dei probiviri, inteso quale organo di decisione delle controversie interne tra soggetti che partecipano alla fondazione, è ammissibile. Qualora venga attribuito il potere di escludere un associato dall'assemblea o dall'organo di indirizzo, si potrebbe porre il tema della modifica statutaria che venga deliberata internamente. Esistono poi nella prassi comitati scientifici, che valutano le opere cui attribuire premi o borse di studio. Queste articolazioni fungono da supporto agli amministratori senza interferire con le loro funzioni. Come sostenuto da certa parte della letteratura per dar vita ad una fondazione di partecipazione la procedura è analoga a quella di una fondazione tradizionale, con la differenza che quest'ultima è originata dal solo fondatore che dona in una volta sola l'intero patrimonio della stessa, mentre nella fondazione di partecipazione si hanno una pluralità di fondatori, che partecipano all'atto di fondazione con modalità di intervento stabilite dall'atto costitutivo. Questa struttura aperta permette da un lato una fattiva collaborazione all'interno dello stesso istituto di soggetti pubblici e privati e dall'altro l'aggregarsi di privati cittadini che diventano soci della fondazione e come tali sono dalla stessa considerati. Questa partecipazione potrebbe essere definita come una sorta di "azionariato diffuso culturale", che garantisce diritti e stabilità. La mancanza di specifiche fonti normative che espressamente prevedano e disciplinino tale figura giuridica, si riverbera sia sulla denominazione dei membri della fondazione di partecipazione sia sulle diverse categorie dei membri stessi. I partecipanti si distinguono in:

fondatori promotori ossia quei soggetti che costituiscono e danno vita alla fondazione di partecipazione;

nuovi fondatori (per alcuni partecipanti fondatori) rappresentati da soggetti che vengono ammessi successivamente, in forza di una specifica previsione contenuta nello statuto. Possono divenire tali le persone fisiche, giuridiche, pubbliche o private e gli enti che contribuiscono al fondo di dotazione e al fondo di gestione, mediante un contributo pluriennale in danaro, beni e servizi.

Gli aderenti (per alcuni partecipanti) possono essere persone fisiche o giuridiche che, condividendo le finalità e gli scopi della fondazione di partecipazione, contribuiscono operativamente alla vita della medesima mediante contributi in danaro corrisposti *una tantum* o annualmente. I sostenitori (da alcuni accorpati alla categoria degli aderenti) sono quei soggetti che scelgono di sostenere la fondazione di partecipazione attraverso contribuzioni di tipo non finanziario come, per esempio, la prestazione di un'attività, anche professionale, di particolare rilievo (non tutti concordano che l'apporto di lavoro debba essere di particolare rilievo). Aldilà delle diverse denominazioni classificazioni è proprio la presenza di numerose categorie di soci che garantisce l'aspetto associativo della fondazione di partecipazione[109]. La dott.ssa Romano descrive poi in modo esemplificativo quali possano essere gli organi della fondazione di partecipazione, anche se spesso non vi è coincidenza di denominazione, generalmente questi sono:

A) Consiglio generale;
B) Consiglio di amministrazione;
C) Assemblea di partecipazione;
D) Presidente della fondazione;
E) Collegio scientifico;
F) Collegio dei revisori dei conti;
G) Organo di sorveglianza.

Il consiglio generale (per alcuni, "consiglio di indirizzo") è composto da un numero variabile di membri, ma in ogni caso ad esso partecipano sia fondatori (promotori o nuovi) che aderenti. Questo organo ha il compito di deliberare gli atti essenziali per la vita dell'ente. Stabilire le linee generali dell'attività della fondazione di partecipazione e i relativi obiettivi e

[109] ROMANO, G., *La Fondazione,* cit.

programmi; approvare il bilancio di previsione e consuntivo; fissare i criteri per divenire nuovi fondatori, aderenti o sostenitori; nominare il Presidente, il Vice Presidente, i membri del consiglio di amministrazione e i membri del Collegio dei Revisori; deliberare in ordine all'ammissione di nuovi fondatori, aderenti e sostenitori; adottare il regolamento per il funzionamento interno della fondazione di partecipazione; nominare i componenti del collegio scientifico; deliberare eventuali modifiche statutarie; deliberare in merito allo scioglimento della fondazione e alla devoluzione del patrimonio. Il consiglio di amministrazione (per alcuni "consiglio di gestione") di norma provvede all'amministrazione e alla gestione della fondazione di partecipazione con criteri di economicità, efficacia ed efficienza, nell'ambito dei programmi approvati dal consiglio generale. Tuttavia non mancano casi in cui a tale organo vengano attribuite funzioni già viste per il consiglio generale (ad es. l'approvazione del bilancio, l'ammissione di nuovi fondatori e l'approvazione delle modifiche dello statuto). Si compone di un numero di membri variabile, tutti nominati dal consiglio generale ed è presieduto dal presidente della fondazione. L'assemblea di partecipazione (per alcuni "collegio dei partecipanti") è un organo consultivo, in cui si riuniscono i soli aderenti, privo di poteri gestionali, ma dotato di un ruolo importante per ciò che riguarda la presentazione di proposte. Il presidente della fondazione (che è anche presidente del consiglio generale, consiglio di amministrazione e del collegio scientifico) ha la legale rappresentanza dell'ente di fronte ai terzi. In particolare, il presidente cura le relazioni con enti, istituzioni, imprese pubbliche e private ed altri organismi, anche al fine di instaurare rapporti di collaborazione e sostegno per le singole iniziative della fondazione. Il collegio scientifico è organo consultivo della fondazione di partecipazione ed è composto da un numero variabile di membri, scelti e nominati dal consiglio generale fra persone particolarmente qualificate nei settori di interesse della fondazione di partecipazione. In particolare tale organo svolge una funzione tecnico-consultiva in merito al programma delle iniziative della fondazione di partecipazione e ad ogni altra questione per la quale il consiglio generale ne richieda espressamente il parere. Il collegio dei revisori dei conti è l'organo contabile della fondazione di partecipazione e vigila sulla gestione finanziaria della fondazione stessa, accerta la regolare tenuta delle scritture contabili, esamina le proposte di bilancio preventivo e di rendiconto economico e finanziario, redigendo apposite relazioni ed effettua verifiche di Cassa. L'organo di sorveglianza controlla la rispondenza dell'operato della fondazione di partecipazione alla legge, allo statuto e al pubblico interesse ed è composto esclusivamente da rappresentanti di enti pubblici. È un organo interno alla fondazione, ma non dipendente da essa: in questo modo può adempiere con maggiore obiettività alla sua funzione di vigilanza e controllo. L'organo di sorveglianza può non essere necessario laddove la fondazione di partecipazione si caratterizzi per la presenza di fondatori o aderenti

pubblici che deontologicamente operano nel rispetto della legge e del pubblico interesse[110]. Secondo autorevole dottrina sostenuta anche da G. Sicchiero nel suo manuale "Le fondazioni di partecipazione" il legislatore riconosce e ammette la presenza di organi di indirizzo nelle fondazioni[111], ma non esistono limiti testuali per affermare che gli associati debbano necessariamente essere sovventori[112]. Sebbene questa sia la ragione principale della loro presenza, non va esclusa una presenza meramente rappresentativa di enti pubblici o soggetti prestigiosi, che possa fungere da veicolo per il finanziamento o il rilascio di autorizzazioni necessarie a determinate attività. Alcuni sostengono l'incompatibilità della struttura assembleare all'interno di una fondazione[113], la cui presenza la trasformerebbe in una fondazione atipica. Questa tesi presuppone che l'assemblea assuma i poteri tipici delle associazioni, in particolare riguardo allo scopo voluto dal fondatore[114]. Sicchiero ritiene che l'ipotetica preoccupante caratteristica di questa assemblea consisterebbe nella capacità di adottare delibere immediatamente efficaci, impedendo i successivi controlli amministrativi previsti dall'art. 25 c.c. Se invece si riconoscesse che le disposizioni che prevedono poteri di controllo pubblico siano norme imperative e inderogabili, assegnando alle decisioni assembleari solo natura propositiva, tale incompatibilità verrebbe meno, poiché non si altererebbe il rapporto tra decisioni e controlli pubblici[115]. Altra questione preliminare posta da Sicchiero riguarda la verifica delle funzioni attribuibili all'assemblea e la democraticità della clausola che attribuisca a determinati amministratori o associati un voto plurimo in assemblea, o che leghi il voto alla misura della contribuzione versata[116]. L'associato nella fondazione riveste una posizione strutturalmente diversa rispetto all'associazione; pertanto, è ammissibile anche un diritto di voto determinato in modo differente. Se da un lato il voto differenziato

---

[110] ROMANO, G., *La Fondazione,* cit.

[111] BASILE, M., cit., 420.

[112] COSTANZA, M., cit., 117.

[113] Sono per esempio le tesi degli anni '90 di Zoppini e Barba indicate nel capitolo *Lo scopo delle fondazioni;* così anche TAMBURRINO, G., *Le persone giuridiche,* Torino, 1980, 351, per il quale nella fondazione sarebbe «inconcepibile ogni concetto di assemblea degli associati»; GIANI, L., *L'amministrazione ed il controllo di associazioni e fonazioni in una prospettiva di riforma,* in *Rassegna di diritto civile,* 2007, 352 e 377 (che però fa salve proprio le fondazioni di partecipazione).

[114] FUSARO, A., cit., 1090. FUSARO, A., *Trasformazione da e in fondazione di partecipazione,* in AA. VV., *Fondazioni di partecipazione,* Il Sole 24 Ore, 2007, 49, sottolinea che con questa decisione l'art. 16 c.c. è stato applicato alle fondazioni, mentre prima lo riservava alle sole associazioni.

[115] SICCHIERO, G., cit., p. 64

[116] La giurisprudenza occasionale del Consiglio di Stato della fine degli anni '50 era in senso negativo, come indica adesivamente G. TAMBURRINO, cit., 212.

violerebbe un'eguale partecipazione di tutti gli associati alle decisioni, dall'altro rappresenterebbe la volontà del fondatore di strutturare l'ente nel modo migliore per il perseguimento dello scopo. Nel caso di voto ancorato alla misura della contribuzione, ciò potrebbe costituire un incentivo al finanziamento della fondazione. Esistono comunque casi limite non ammissibili, come l'esclusione delle donne dal voto in ragione del loro sesso, che renderebbe nulle le relative clausole[117]. L'organo partecipativo al quale viene riservato maggiore interesse nella trattazione di Sicchiero è certamente l'assemblea degli associati. La determinazione dello scopo è sottratta alla facoltà degli amministratori[118], poiché lo scopo da perseguire è già deciso e consiste in quanto indicato nell'atto di fondazione o nel testamento, in relazione al patrimonio vincolato all'origine. Su tale aspetto si concentra il controllo amministrativo, al cui esito positivo seguono l'attribuzione del riconoscimento e la successiva iscrizione nell'apposito registro. I poteri di indirizzo attribuiti all'assemblea sembrano costituire un meccanismo di riparto di alcune competenze normalmente spettanti agli amministratori[119]. Mancano, infatti, per tutti gli enti del primo libro del codice, specifiche distinzioni sui compiti attribuiti in via esclusiva agli organi[120], come invece indicato per le società (art. 2364 ss. c.c.)[121]. Un compito attribuibile all'assemblea può consistere nell'approvazione del bilancio della fondazione, come avviene nelle associazioni. Si tratta di un'approvazione di carattere esclusivamente politico, senza che ne possa derivare l'esclusione della responsabilità degli amministratori in caso positivo o la pretesa delle loro dimissioni in caso negativo[122]. Quanto all'eventuale deliberazione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori, prevista per le associazioni dall'art. 22 c.c., ci si chiede se la relativa facoltà possa essere rimessa anche all'assemblea, poiché il terzo comma dell'art. 25 c.c. indica i soggetti legittimati a chiedere l'autorizzazione governativa[123] per agire per fatti riguardanti la loro responsabilità. È da ritenere ammissibile l'istanza dell'assemblea al prefetto o al presidente della giunta di essere autorizzata ad agire per tali fatti. Con riferimento al potere di nomina o sostituzione degli amministratori

[117] SICCHIERO, G., cit., p. 68.

[118] Secondo GOETZEN, S., cit., 72, gli amministratori sono «i soli arbitri della gestione» della fondazione; ma per una parziale attenuazione di questa indicazione v. *ivi,* 73 ss.

[119] SICCHIERO, G., cit., p. 68-69.

[120] Lo nota GALGANO, F., cit., 258, che però opta per l'impossibilità si sottrarre agli amministratori le funzioni loro attribuite, applicando a quelli delle associazioni riconosciute il principio che ricava ex art. 38 c.c. per quelle non riconosciute (*ivi,* 26-263; *contra* M. BASILE, cit., 302).

[121] BASILE, M., cit., 302 ss.

[122] Cfr. COSTANZA, M., cit., 120.

[123] Da intendersi al prefetto o al presidente della giunta regionale per le fondazioni regionali.

attribuito all'organo assembleare, è lo stesso art. 25 c.c. a rimettere le relative determinazioni alle autorità pubbliche «quando le disposizioni contenute nell'atto costitutivo non possono attuarsi»[124]. Il tema più delicato riguarda l'attribuzione del potere statutario di modifica dell'atto costitutivo o dello statuto e di scioglimento della fondazione, che nelle associazioni spetta sempre all'assemblea (art. 21 c.c.). Per quanto concerne le modifiche dello statuto, l'art. 2 del d.P.R. n. 361/2000 impone il controllo della delibera da parte dell'autorità amministrativa, norma che costituisce un imperativo legale. Il terzo comma della disposizione prevede che, per le fondazioni, alla domanda sia allegata la documentazione necessaria a comprovare il rispetto delle disposizioni statutarie inerenti al procedimento di modifica dello statuto. In questo caso, per la definitiva efficacia della delibera, è necessario presentare all'amministrazione il verbale che la contiene e che sia conforme allo statuto. L'amministrazione si limiterà a verificarne la legittimità, ovvero la conformità allo statuto e l'assenza di violazioni di norme imperative. Di conseguenza, la deliberazione assembleare acquisterà efficacia allo scadere del termine di 120 giorni indicato dal quinto comma, mentre, se l'autorità presenta osservazioni e non si pronuncia successivamente, la delibera dovrà ritenersi definitivamente inefficace come previsto dal sesto comma[125]. Quanto alla deliberazione assembleare di scioglimento della fondazione, si adotta un meccanismo opposto, ovvero di efficacia della decisione salvo annullamento. L'art. 6 del d.P.R. n. 361/2000 prevede che le autorità amministrative accertino, su istanza di qualunque interessato o d'ufficio, l'esistenza di una delle cause di estinzione della persona giuridica previste dall'art. 27 del codice civile, ma non contempla una valutazione sul merito della decisione. Inoltre, l'art. 27 c.c. consente che l'ente venga sciolto per altre cause previste dall'atto costitutivo o dallo statuto[126]. Il codice, riferendosi alle decisioni degli amministratori, prevede l'annullamento immediato di ogni delibera contraria all'atto di fondazione. Questa disposizione si estende anche alle deliberazioni degli altri organi della fondazione. Una questione rilevante riguarda la possibilità che una delibera assembleare o di altri organi, oltre all'annullamento da parte degli organi pubblici di controllo, sia impugnabile in sede giurisdizionale. Parte della letteratura rappresentata anche da M. Tamponi non nutre dubbi sulla questione, altri come M.V. De Giorgi sono decisamente contrari. Da un lato, il Consiglio di Stato ha affermato che la deliberazione del consiglio direttivo di una fondazione che decide sulla decadenza di un componente del consiglio stesso «è soggetta alla giurisdizione dell'A.g.o., poiché la posizione giuridica lesa è di diritto soggettivo, e tale giurisdizione non può essere trasferita artificialmente

[124] TAMPONI, M., cit., 406.

[125] SICCHIERO, G., cit., p. 71-72.

[126] SICCHIERO, G., cit., p. 72.

al giudice amministrativo mediante l'impugnazione degli atti con cui l'amministrazione comunica di non voler esercitare il potere di vigilanza e controllo ex art. 25 c.c.»[127]. Vi è chi distingue affermando che «non sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla domanda di accertamento della mancanza di uno degli elementi caratterizzanti la fondazione, poiché l'accertamento e la valutazione dell'esistenza di tali elementi sono demandati dalla legge all'autorità governativa sia nel momento genetico che durante la vita dell'ente. Sussiste invece la giurisdizione del giudice ordinario per la domanda di accertamento dell'esistenza di vizi incidenti sulla validità dell'atto di fondazione»[128]. Esistono posizioni esterne alla fondazione sindacabili in sede ordinaria, come la nullità dell'atto di fondazione[129], la possibile simulazione o l'azione di riduzione[130]. In una recente pronuncia, il Consiglio di Stato ha evidenziato che «vigilanza e controllo sono funzioni pubbliche destinate alla tutela delle fondazioni e sono esercitate dall'amministrazione d'ufficio, nell'esercizio dei suoi poteri, esclusivamente in favore delle fondazioni stesse, restando escluso qualsiasi intervento a tutela dell'interesse dei singoli»[131]. Dunque, «dall'atto di fondazione, quale atto di autonomia privata, scaturiscono rapporti di diritto privato e posizioni di diritto soggettivo; viceversa, dall'atto di riconoscimento, quale atto amministrativo, discendono posizioni di interesse legittimo»[132]. Per quanto riguarda l'impugnazione delle delibere assembleari, l'art. 23 c.c. parla genericamente di potere di impugnazione attribuito agli organi dell'ente. Qualora si tratti di scioglimento della fondazione, sembra da escludersi la legittimazione di un organo avente competenza interna, come il consiglio dei probiviri o dei revisori contabili. Una tale delibera potrà invece essere impugnata da qualsiasi componente dell'assemblea o da ogni amministratore. Altre delibere possono essere impugnate dai soggetti lesi, ad esempio in caso di espulsione di un membro dall'ente. Emerge dunque una duplice ipotesi di controllo delle delibere: quella in sede amministrativa, con i poteri spettanti al prefetto o alle regioni, e quella dei poteri di impugnazione spettanti a tutti i soggetti portatori di un interesse autonomo ex art. 100 c.p.c., che si esercitano avanti all'autorità

[127] Trib. Voghera 6 giugno 2001, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2001.

[128] Trib. Roma 4 novembre 1998, in *Gius,* 2000, 576.

[129] Trib. Roma 4 novembre 1998, cit., per il quale resterebbe tuttavia in essere il riconoscimento fatto dall'autorità di controllo.

[130] Su cui GALGANO, F., cit., 215-216; M.V. DE GIORGI, *Le fondazioni,* cit., 435; RESCIGNO, P., voce *Fondazione,* cit., 801.

[131] Cons. Stato, 17 giugno 2003, n. 3405.

[132] SENIGAGLIA, R., voce *Fondazione, Dig.,. civ., Appendice aggiornamento,* Utet, 2012, 519, 526; con conseguente riparto di giurisdizione.

competente, ove non devoluti in arbitrato[133]. L'esercizio finanziario della fondazione di partecipazione, inizia il primo gennaio e termina il 31 dicembre. Entro novembre, l'organo assembleare approva il bilancio previsionale per l'esercizio successivo, mentre entro il 30 aprile dell'anno successivo, viene approvato il bilancio consuntivo. In modo analogo a quanto previsto per le società di capitali dal comma 1 dell'art. 2423 del Codice Civile, il bilancio d'esercizio dell'ente è composto da stato patrimoniale, conto economico, rendiconto finanziario e nota integrativa. Gli organi della fondazione possono quindi 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 utilizzati prima di tutto per ricostituire il patrimonio della fondazione in caso di riduzioni patrimoniali derivanti da perdite pregresse, oppure per l'acquisto di beni strumentali necessari a incrementare l'attività dell'ente. È vietata la distribuzione di utili, avanzi di gestione, fondi e riserve durante la vita della fondazione, se non imposto da una disposizione di legge.

1.**5** *R*egolamentazione statutaria

Francesca Loffredo nel suo art. sulle "Persone giuridiche e organizzazioni senza personalità giuridica" descrive gli elementi fondamentali dell'atto costitutivo e dello statuto delle fondazioni e delle associazioni. L'art. 14 c.c. disciplina unitariamente l'atto costitutivo sia per le associazioni che per le fondazioni stabilendo che è necessario adottare la forma di atto pubblico e che la fondazione può essere disposta anche con testamento. L'art. 16 c.c. poi, trattando unitamente dell'atto costitutivo e dello statuto, ne disciplina il contenuto e le modificazioni, esso stabilisce che l'atto costitutivo e lo statuto devono contenere:

A) la denominazione dell'ente

B) l'indicazione dello scopo

C) del patrimonio

D) della sede

E) le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione.

[133] SICCHIERO, G., cit., p. 77-78.

Devono anche determinare, quando si tratti di associazione, i diritti e gli obblighi degli associati, le condizioni della loro ammissione, mentre per le fondazioni le modalità di erogazione delle rendite. 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. Le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto devono essere approvate con le modalità richieste nei termini previsti per l'acquisto della personalità giuridica e sul punto è intervenuto l'art. 2 d.p.r. 10 febbraio 2000 n. 361 «regolamento di semplificazione dei procedimenti per il riconoscimento di persone giuridiche private e per l'approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto a norma dell'art. 20 comma 8 legge 15 marzo 1997 n. 59». È discusso se lo statuto si autonomo rispetto all'atto costitutivo o se entrambi debbano ritenersi espressione di un unico negozio giuridico. Parte della dottrina riferendosi in particolar modo alle fondazioni, sostiene che lo statuto abbia natura diversa dall'atto costitutivo. Si tratta infatti di negozi che hanno diversa funzione e che sono disgiuntamente considerati dal legislatore (art. 16 c.c.). L'atto costitutivo ha la funzione di dare vita alla persona giuridica, sia essa associazione o fondazione, mentre lo statuto ha lo scopo di regolarne l'ordinamento e l'amministrazione. Il primo atto è indispensabile, mentre il secondo è complementare al primo e può anche non esistere. La dottrina prevalente invece ha ritenuto che i due documenti si compongono in un unico negozio giuridico: il contratto di associazione. Le ragioni per cui normalmente si usa distinguere tra atto costitutivo e statuto nascono principalmente dalla diffusa prassi di redigere i due documenti separatamente e in tempi diversi, indicando nel primo lo scopo dell'ente e la volontà di impegnarsi e nel secondo, la regolamentazione particolareggiata degli strumenti che si vogliono adottare per il raggiungimento di quello scopo e le norme per il funzionamento dell'associazione. Dall'art 16 c.c. È possibile comprendere che sia completamente indifferente che gli elementi essenziali dell'associazione risultino da un documento o dall'altro e a questa stessa conclusione si perviene confrontando l'art. 16 con l'art. 2328 ult. co. c.c. in tema di società il quale stabilisce che «lo statuto contenente le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo». Quanto all'atto costitutivo della fondazione questo sarà un negozio unilaterale tra vivi o disposizione testamentaria, a seconda del modo in cui la fondazione sia stata costituita[134]. Sempre F. Loffredo descrive gli elementi strutturali che connotano la persona giuridica e che devono essere indicati nell'atto costitutivo e nello statuto e questi sono: la denominazione dell'ente, lo

[134] LOFFREDO, F., *Le persone giuridiche,* cit., in *Giuffrè,* p. 45-46-47.

scopo, il patrimonio e la sede. A questi elementi vanno aggiunte le persone, che sia nelle associazioni che nelle fondazioni, non possono mancare (art. 16 c.c.).

A) Le persone rappresentano l'elemento caratteristico delle associazioni, ma non possono mancare neanche nelle fondazioni, nelle quali assumere rilievo la persona del fondatore. La differenza fra questi due tipi di persone giuridiche è data dal ruolo dell'elemento soggettivo: nelle associazioni esso interno all'ente stesso (si pensi agli iscritti ad un sindacato), mentre nelle fondazioni esso è esterno in quanto il fondatore non partecipa direttamente alla vita dell'ente da lui costituito. Quanto al numero minimo delle persone necessarie a costituire una associazione, è stato ricordato, che i romani ritenevano necessarie almeno tre persone (*tres faciunt collegium*), questo minimo non è più richiesto oggi e oggi si ritengono sufficienti due persone come si ricava dall'art. 2247 c.c. In tema di società, l'art. 27 comma 2 c.c. determina che per la continuazione dell'ente sia sufficiente la presenza di una sola persona, l'ente si estingue se siano venuti a mancare tutti gli associati.

B) Il patrimonio è costituito dall'insieme dei beni sufficienti al perseguimento degli scopi istituzionali. Esso è senza dubbio necessario per le fondazioni, mentre è discusso se lo sia anche per le associazioni. È preferibile ritenere che esso sia necessario anche per le associazioni perché il patrimonio può non essere necessario per le associazioni di fatto, ma lo è certamente per le associazioni riconosciute, la cui autonomia patrimoniale rende necessaria l'esistenza di beni su cui possano soddisfarsi i creditori. L'art 16 c.c. si limita a richiedere nell'atto costitutivo e nello statuto, l'indicazione del patrimonio, senza dire niente relativamente all'entità dello stesso. L'art 1 comma 3 del d.p.r. 10 febbraio 2000 n. 361 contenente il regolamento di semplificazione dei procedimenti per il riconoscimento di persone giuridiche private e per l'approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto, a norma dell'art. 20 comma 8 L. 15 marzo 1997 n. 59, sostituendo l'abrogato art. 2 delle disposizioni attuative del codice civile include espressamente fra i requisiti per l'attribuzione del riconoscimento della personalità giuridica l'adeguatezza del patrimonio alla realizzazione dello scopo. È dunque confermata la necessità che il patrimonio dell'ente sia almeno sufficiente per il raggiungimento dello scopo prefissato. Non essendo prescritto un minimo per il patrimonio dell'associazione, questo può essere costituito da ogni tipo di diritto reale personale su beni mobili ed immobili, salvo il diritto di uso e di abitazione.

C) Lo scopo è costituito dalle finalità che l'ente persegue che giustificano la sua elevazione a persona giuridica e la possibilità della loro realizzazione giustifica la conservazione della personalità. Il legislatore ritiene necessaria l'indicazione dello scopo

nell'atto costitutivo e nello statuto (art 16 comma 1 c.c.) e prevede l'estinzione o la trasformazione della persona giuridica per esaurimento, impossibilità o scarsa utilità dello scopo (art 27 comma 1 e 28 comma 1 c.c.). È sufficiente uno scopo di qualsiasi natura, purché sia lecito e determinato o quantomeno determinabile. Non deve però trattarsi di uno scopo di lucro soggettivo, altrimenti non si avrà una persona giuridica in senso stretto, ma una società. È discusso se lo scopo debba essere sociale o possa invece riferirsi al vantaggio personale di determinati soggetti.

D) La denominazione è il segno distintivo che identifica e contraddistingue la persona giuridica nei rapporti con il mondo esterno con cui entra in contatto. È espressamente prevista dall'art. 16 c.c. E assume funzione analoga al nome della persona fisica ed è perciò tutelata contro ogni offesa o usurpazione da parte di altri (art. 7 c.c.)[135].

Il codice civile, nel disciplinare la fondazione, concede ampio spazio all'autonomia statutaria e, quindi, alla volontà del fondatore o dei fondatori. L'art. 16 c.c. stabilisce che l'atto costitutivo e lo statuto debbano contenere le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione[136]. Lo schema della fondazione di partecipazione permette di svolgere le più disparate attività, come: attività teatrali, gestione di musei o biblioteche, volontariato o valorizzazione di beni culturali. Elemento centrale dell'*iter* costitutivo della fondazione è la stesura dello statuto: esso dispone riguardo il patrimonio, i fini istituzionali, la struttura organizzativa, le categorie di partecipazione, le forme di controllo e lo scioglimento[137]. Come affermato dalla Suprema Corte[138], le disposizioni al riguardo possono essere dettate dall'autorità amministrativa o da una persona designata dal fondatore. L'art. 25 c.c. prevede che l'autorità governativa provveda alla nomina e sostituzione degli amministratori o dei rappresentanti, quando le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possono essere attuate[139]. Le fondazioni di partecipazione si caratterizzano per la presenza, accanto all'organo amministrativo, di un organo assembleare o collegiale. Mancando previsioni legali specifiche sul punto, sarà compito dello statuto regolare i rapporti fra i due organi. Infatti, raramente nelle fondazioni di partecipazione

[135] LOFFREDO, F., *Le persone giuridiche,* cit., in *Giuffrè,* p. 59-62.

[136] Sull'art. 16 c.c. e il contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto delle fondazioni v. TAMPONI, M., *Persone giuridiche,* cit., 405 ss.; BASILE, M., *Le persone giuridiche,* cit., 78 ss. e 416 ss.; DE GIORGI, M.V., *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni,* in *Tratt. Rescigno,* vol. 2, Utet, II ed., 2008 (rist.), 376 ss. e 453 ss.

[137] ROMANO, G., *La Fondazione,* cit.

[138] Così Cass. civ., sez. II, 27 febbraio 1997, n. 1806, in *De Jure.*

[139] SICCHIERO, G., cit., p. 86-87.

mancano previsioni in materia di ordinamento e amministrazione. L'autonomia statutaria trae ispirazione dai principali modelli legali esistenti in materia di fondazioni di partecipazione, rappresentati principalmente dal d.lgs. n. 367/1996 per le fondazioni lirico-sinfoniche e dal d.lgs. n. 153/1999 per le fondazioni bancarie. In particolare, le fondazioni lirico-sinfoniche hanno costituito il principale modello poiché prevedono una formazione progressiva del patrimonio attraverso la raccolta di contributi da parte di nuovi fondatori e consentono una loro ingerenza nella nomina degli amministratori[140]. L'art. 10, comma 3, d.lgs. n. 367/1996 stabilisce che lo statuto delle fondazioni lirico-sinfoniche disciplina «le modalità di partecipazione dei fondatori privati» e prevede che «possono nominare un rappresentante nel consiglio di amministrazione» coloro i quali, «come singoli o cumulativamente, oltre ad un apporto al patrimonio, assicurino per almeno due anni consecutivi un apporto annuo non inferiore all'8% del totale dei finanziamenti statali erogati per la gestione dell'attività della fondazione, verificato con riferimento all'anno in cui avviene il loro ingresso nella fondazione»[141]. Un esempio di tale ipotesi è fornito dallo statuto della Fondazione Teatro alla Scala di Milano (art. 3), che contempla sia un'assemblea sia un consiglio di amministrazione e regola i rapporti fra i due organi. Ai sensi degli artt. 5 e 6, l'assemblea è partecipata dai fondatori, suddivisi in "fondatori di diritto" (lo Stato italiano, la Regione Lombardia e il Comune di Milano) e in base all'apporto economico al patrimonio della fondazione, in "fondatori ordinari", "fondatori sostenitori" e "fondatori permanenti". A tale organo sono attribuiti diversi poteri, come determinare il numero dei membri dell'organo amministrativo, nominarli, revocarli ed esercitare l'azione di responsabilità nei loro confronti. L'art. 7 dello statuto stabilisce che due componenti del consiglio di amministrazione siano individuati dal Ministero per i Beni e le Attività Culturali, uno dal Presidente della Regione Lombardia, uno dal Sindaco della Città Metropolitana di Milano e uno dal Presidente della Camera di Commercio di Milano Monza Brianza Lodi. Gli altri componenti sono nominati dall'assemblea sulla base di candidature avanzate dai fondatori sostenitori e dai fondatori permanenti. I candidati devono impegnarsi ad assicurare per almeno tre anni consecutivi, a partire dall'anno di elezione, oltre all'apporto al patrimonio, un apporto annuo pari all'8% dei finanziamenti statali erogati per la gestione dell'attività della fondazione e comunque non inferiore a euro 3.016.000. I fondatori permanenti possono presentare candidature all'assemblea su richiesta dei fondatori ordinari, a condizione che questi ultimi si impegnino ad assicurare alla fondazione, per almeno tre anni consecutivi, l'8% dei finanziamenti statali erogati per la gestione dell'attività della fondazione. Un altro

[140] FUSARO, A., *Le varianti al tipo di fondazione,* cit., 59.

[141] SICCHIERO, G., cit., p. 88.

esempio è dato dallo statuto della Fondazione Arena di Verona. L'art. 7 non prevede la coesistenza di un organo assembleare e di un organo amministrativo, ma solo la presenza di un consiglio di indirizzo che avrà le competenze caratteristiche di un'assemblea (es. approvazione del bilancio e deliberazione delle modifiche statutarie) e di un consiglio di amministrazione (stabilire gli indirizzi di gestione economica e finanziaria della fondazione). L'art. 9 prevede che il consiglio di indirizzo sia composto da un numero variabile di cinque a sette membri, tra cui il presidente della fondazione, un componente designato dall'autorità di governo competente in materia di spettacolo, uno dalla Regione Veneto, uno dal Comune di Verona e consiglieri nominati dai privati che contribuiscono al fondo di gestione. Questi ultimi possono nominare un rappresentante nel consiglio di indirizzo se, come singoli o cumulativamente, assicurano per almeno due anni consecutivi un apporto al fondo di gestione non inferiore al 5% del totale dei contributi statali[142]. Analogo discorso può essere fatto per le fondazioni bancarie, in cui si regola il rapporto fra l'assemblea, denominata organo di indirizzo, e l'organo amministrativo. In questo caso, è presente un forte distacco dal modello codicistico, tanto che si è parlato di "persona giuridica nuova"[143]. L'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 153/1999 prevede che lo statuto della fondazione debba prevedere «organi distinti per le funzioni di indirizzo, di amministrazione e di controllo» e che debba attribuire all'organo di indirizzo la competenza in ordine alla determinazione dei programmi e degli obiettivi della fondazione, la verifica dei risultati, l'approvazione del bilancio e la definizione delle linee generali della gestione patrimoniale e della politica degli investimenti. L'organo di indirizzo ha competenza anche per la modifica dello statuto e dei regolamenti interni, eventuali trasformazioni e fusioni, nonché per la nomina e revoca dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo e per l'esercizio dell'azione di responsabilità nei loro confronti[144]. Un esempio per comprendere il fenomeno è rappresentato dallo statuto della Fondazione Cassa di Risparmio delle Province Lombarde. L'art. 10 contempla sia un organo assembleare, chiamato Commissione Centrale di Beneficenza, sia un consiglio di amministrazione. L'organo assembleare, ai sensi dell'art. 11, è composto in ugual numero da soggetti che sono espressione delle comunità e del territorio di riferimento della fondazione e da personalità professionali in grado di contribuire al perseguimento dei fini istituzionali. Quanto all'organo amministrativo, i suoi componenti sono nominati dalla commissione e, ai sensi degli artt. 17 e 20, essa elegge tra i propri componenti il presidente della fondazione e, su proposta di quest'ultimo, i vicepresidenti e gli altri membri del

[142] *teatroallascala.org* e *arena.it*

[143] Così PONZANELLI, G., *Le fondazioni bancarie tra libertà e controllo,* Giappichelli, Torino, 2005.

[144] SICCHIERO, G., cit., p. 89.

consiglio di amministrazione. Un altro esempio è rappresentato dallo statuto della Fondazione Monte dei Paschi di Siena, che prevede un organo assembleare denominato deputazione generale, composto da 14 membri designati da vari enti dell'area senese, e un organo amministrativo chiamato deputazione amministratrice, composto da cinque membri, inclusi il presidente della fondazione, nominati dalla deputazione generale[145]. Il Codice del Terzo Settore è intervenuto per offrire una disciplina della materia che, sebbene valga per le sole fondazioni del terzo settore, può costituire un valido modello di riferimento per la redazione dello statuto di una qualsiasi fondazione di partecipazione. L'art. 24, comma 6, c.t.s. stabilisce che gli statuti delle fondazioni del terzo settore possono prevedere la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato. Si applicano le disposizioni dettate dallo stesso art. in materia di assemblea delle associazioni del terzo settore, nella misura in cui siano compatibili e non derogate dallo statuto. L'art. 25, comma 3, c.t.s. stabilisce che, nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione e nel rispetto della volontà del fondatore, all'organo assembleare o di indirizzo delle fondazioni del terzo settore possono essere attribuite le competenze tipiche dell'assemblea delle associazioni del terzo settore, fra cui quelle di nominare e revocare i componenti degli organi sociali, deliberare sulla loro responsabilità e promuovere azioni di responsabilità nei loro confronti. Dal combinato disposto dei commi 4, 5 e 8 dell'art. 26 c.t.s. emerge che lo statuto può stabilire che uno o più amministratori siano scelti tra gli appartenenti alle diverse categorie di fondatori e sostenitori dell'ente. La nomina di uno o più amministratori può essere attribuita a enti del terzo settore o senza scopo di lucro, a enti religiosi civilmente riconosciuti, a fabbricerie, o ai lavoratori o utenti dell'ente, purché in tutti questi casi la maggioranza dei membri dell'organo sia di nomina assembleare, ove tale organo sia previsto. Il Codice del Terzo Settore consente, ma non impone necessariamente, la presenza di un organo assembleare o di indirizzo, concedendo quindi ampia libertà all'autonomia statutaria[146]. Un esempio riferito al Codice del Terzo Settore è lo statuto della Fondazione Luigi Einaudi. L'art. 4 prevede sia un'assemblea dei conferenti sia un consiglio di amministrazione. L'art. 5 dispone che l'assemblea sia composta dalle persone fisiche, dagli enti o dalle persone giuridiche, pubbliche o private, che erogano un contributo in denaro non inferiore a 25.000 euro e si impegnano a versare una quota annuale non inferiore a 1.000 euro. Il consiglio, ai sensi dell'art. 6, è composto da cinque a 15 membri nominati dall'assemblea dei conferenti, scelti in maggioranza tra i conferenti stessi e tra le persone indicate dai conferenti soggetti giuridici, nonché dal presidente, nominato dall'assemblea dei conferenti tra i propri componenti o tra le

[145] *fondazionecariplo.it* e *fondazionemps.it*

[146] SICCHIERO, G., cit., p. 89-91.

persone indicate dai conferenti soggetti giuridici. Un altro esempio è lo statuto della Fondazione Isola d'Elba. L'art. 9 contempla diverse categorie di fondatori e sostenitori, organizzati in due organi assembleari: una "assemblea dei fondatori promotori", composta solo dai fondatori promotori e una "assemblea generale", composta da tutti i fondatori e i soci. Le due assemblee concorrono s nominare l'organo amministrativo[147]. Una realtà così articolata come quella della fondazione di partecipazione può suscitare contrasti fra le diverse componenti dell'ente. Questi attriti possono essere risolti con il ricorso alla giurisdizione ordinaria, o mediante il ricorso ad arbitrato. Lo statuto della fondazione di partecipazione può infatti prevedere una clausola arbitrale, insolita per le fondazioni tradizionali, ma adeguata alla struttura aperta della fondazione di partecipazione, perché risponde all'esigenza di celerità di composizione delle liti che potrebbero sorgere fra i soggetti che si aggregano all'ente[148].

1.6 Nomina e revoca degli amministratori

Il funzionamento dell'organo amministrativo delle fondazioni di partecipazione inizia con la nomina degli amministratori. La nomina degli amministratori è generalmente attribuita dallo statuto a un organo assembleare composto dai soggetti che hanno contribuito al patrimonio della fondazione. Tuttavia, lo statuto può riservare la nomina di alcuni amministratori a determinate categorie di sostenitori (es. fondatori originari, benemeriti, ecc.) o a soggetti specificamente individuati (es. Comune, Regione o altri enti pubblici). Se si tratta di una fondazione del terzo settore dotata di organo assembleare o di indirizzo, ai sensi dell'art. 26 comma 5 c.t.s., la maggioranza degli amministratori dovrà essere indicata da tale organo, per garantire un certo grado di democraticità[149]. Ciò non è necessario se non è prevista la costituzione di un organo assembleare o nelle fondazioni che non siano iscritte al registro unico nazionale del terzo settore; in questi casi, lo statuto potrebbe prevedere clausole di cooptazione per la nomina degli amministratori[150]. La fondazione di partecipazione è amministrata da un organo collegiale, un consiglio di amministrazione. Lo statuto può eventualmente prevedere un organo amministrativo monocratico[151] e quindi un amministratore unico; quest'ultima possibilità è stata ammessa dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali per le fondazioni

[147] *fondazioneluigieinaudi.it* e *fondazioneisoladelba.it*

[148] ROMANO, G., *La Fondazione,* cit.

[149] In tal senso, si v. spec. FUSARO, A., *Gli enti del terzo settore,* Giuffrè, Milano, 2022, 125 ss.

[150] SICCHIERO, G., cit., p. 93.

[151] In tal senso TAMPONI, M., *Persone giuridiche,* cit., 192 ss.; BIANCA, *Diritto civile,* vol. I, Giuffrè, Milano, 1978, 318; GALGANO, F., *Delle persone giuridiche,* cit., 207.

del terzo settore. Un esempio è la Fondazione Sud per la Cooperazione e lo Sviluppo dei Paesi del Mediterraneo, il cui statuto prevede che la fondazione possa essere amministrata da un presidente/amministratore unico o da un consiglio di amministrazione. La modalità di governo può essere decisa in fase di costituzione o in un'assemblea dei soci con due terzi dei voti. Un altro esempio è la Fondazione Centro Studi SAPIS, il cui statuto prevede che la fondazione possa essere amministrata da un amministratore unico che assume anche la carica di presidente o da un consiglio di amministrazione composto da due a cinque membri, nominati inizialmente nell'atto costitutivo e successivamente dal comitato strategico di indirizzo[152]. L'art. 18 c.c. chiarisce che gli amministratori sono responsabili verso l'ente «secondo le norme del mandato». Ciò potrebbe far pensare che si tratti di un rapporto contrattuale assimilabile al mandato, ma l'art. 18 disciplina la responsabilità dell'amministratore nei confronti dell'ente, non il tipo di rapporto tra i due. Gli amministratori sono legati alla fondazione non da un rapporto di mandato ma da uno di immedesimazione organica, come avviene per gli amministratori di società. L'ente, in quanto persona immateriale, agisce e opera per mezzo di un rappresentante, l'organo. Il meccanismo di rappresentanza dell'ente è quello della immedesimazione organica, attraverso il quale l'organo è inserito nell'organizzazione dell'ente e ne costituisce una parte integrante. Per mezzo dell'organo, le situazioni giuridiche soggettive e i rapporti giuridici sono direttamente riferibili all'ente, e l'azione svolta si considera posta in essere dall'ente stesso. Si è dibattuto a lungo se il rapporto tra amministratore e società sia un rapporto di lavoro o di immedesimazione organica, e la questione è stata recentemente risolta dalla Cass. civ. sez. un. 20 gennaio 2017 n. 1545. Una volta nominati, gli amministratori devono indicare nel registro competente le proprie generalità e i propri poteri di rappresentanza. L'art. 4 del d.P.R. n. 361/2000 stabilisce che nel registro delle persone giuridiche devono essere indicati "il cognome, il nome e il codice fiscale degli amministratori, indicando quelli ai quali è attribuita la rappresentanza". L'art. 26, comma 6, c.t.s. stabilisce che «gli amministratori, entro 30 giorni dalla notizia della loro nomina, devono chiederne l'iscrizione nel registro unico nazionale del terzo settore, indicando per ciascuno di essi il nome, il cognome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza, nonché a quali di essi è attribuita la rappresentanza dell'ente, precisando se disgiuntamente o congiuntamente». Le limitazioni del potere di rappresentanza che non risultano dal registro non possono essere opposte ai terzi, salvo che si provi che essi ne erano a conoscenza (art. 19 c.c.)[153]. Lo statuto può regolare la nomina degli amministratori e

[152] *fonmed.it* e *tsrm-pstrp.org*

[153] Si tratta di un sistema pubblicitario con efficacia dichiarativa: in tal senso, si v. spec. IBBA, C., *La pubblicità degli enti del terzo settore,* in *Riv. dir. civ.,* 2019, I, 624.

disciplinare anche la cessazione dalla carica, inclusa l'ipotesi di revoca. Il codice civile lascia ampia libertà all'autonomia statutaria. Sono ritenute valide anche le clausole che prevedono meccanismi tipici della prassi societaria, come il "*simul stabunt simul cadent*". Ad esempio, l'art. 13 dello statuto della Fondazione Edison stabilisce che «in ogni caso, il consiglio di amministrazione decadrà ove venga meno oltre la metà dei componenti, e il consiglio di indirizzo dovrà provvedere a ricostituirlo». Quanto alla causa della revoca, sarà lo statuto a stabilirla: esso può prevedere la revoca dell'amministratore solo in presenza di giusta causa, precisando eventualmente cosa si intenda con tale espressione, o anche in assenza di giusta causa. Manca un intervento del legislatore sul punto, il che genera dubbi sulla possibilità per l'amministratore revocato senza giusta causa di ottenere un risarcimento. Tuttavia, alla luce di quanto stabilito in altri settori dell'ordinamento, la risposta sembrerebbe positiva. Ad esempio, l'art. 2383, comma 3, in materia di società azionarie, stabilisce che gli amministratori «sono revocabili dall'assemblea in qualunque momento, anche se nominati nell'atto costitutivo, salvo il diritto dell'amministratore al risarcimento dei danni se la revoca avviene senza giusta causa». Questa disposizione è stata estesa dalla giurisprudenza anche alle società a responsabilità limitata. La *ratio* della disposizione risiede nella libertà del conseguimento degli interessi e degli obiettivi societari, tenendo conto del sacrificio economico e sociale dell'amministratore conseguente alla revoca[154]. Ulteriori profili relativi alla presenza degli amministratori nella fondazione di partecipazione sono stati analizzati da G. Sicchiero e qui di seguito si espongono brevemente:

Esempi di Normative e Requisiti degli Amministratori

A) Lo statuto della Fondazione di Partecipazione per l'Innovazione e lo Sviluppo Imprenditoriale prevede che i componenti dell'organo amministrativo possano essere revocati solo per giusta causa dal soggetto organo che li ha nominati.
B) L'art. 7.4 dello statuto della Fondazione AIRC per la Ricerca sul Cancro ETS stabilisce che in caso di gravi violazioni di legge, statuto, codice etico, procedure, protocolli e regolamenti interni, o in caso di mancata contribuzione alla missione o agli obiettivi pianificati, il consiglio di indirizzo, con il voto favorevole della maggioranza dei propri membri, può revocare i membri del consiglio di indirizzo, del consiglio di amministrazione, su proposta del consiglio di amministrazione, dei presidenti dei comitati regionali, dei membri del comitato nomine e del comitato etico.

[154] SICCHIERO, G., cit., p. 95-99.

C) L'art. 13 dello statuto della Fondazione Edison prevede che i componenti dell'organo amministrativo restino in carica fino a tre esercizi, salvo revoca da parte del consiglio di indirizzo prima della scadenza del mandato e senza necessità di motivazione o giusta causa.

Rapporto di Immedesimazione Organica

Il rapporto tra amministratore e fondazione è di immedesimazione organica. Tuttavia, può essere utile un raffronto con la normativa sugli amministratori di condominio:

A) L'art. 1129, comma 11, c.c. stabilisce che «la revoca dell'amministratore può essere deliberata in ogni tempo dall'assemblea», senza menzionare un'eventuale tutela risarcitoria in caso di revoca senza giusta causa.
B) La giurisprudenza ha ritenuto applicabili le disposizioni sul mandato (art. 1725 comma 1), prevedendo che la revoca del mandato oneroso conferito per un tempo determinato o per un determinato affare obblighi il mandante a risarcire i danni se fatta prima della scadenza del termine o del compimento dell'affare, salvo giusta causa.

Potere di Revoca dell'Autorità Governativa

Il legislatore attribuisce all'autorità governativa un potere equivalente alla revoca:

A) L'art. 25, comma 1, c.c. stabilisce che l'autorità governativa nomina e sostituisce gli amministratori o i rappresentanti quando le disposizioni dell'atto di fondazione non possono attuarsi.
B) L'autorità può commissariare l'ente, ossia sciogliere l'amministrazione e nominare un commissario straordinario, qualora gli amministratori non agiscano in conformità con lo statuto, lo scopo della fondazione o la legge. Esempi includono la delibera 23/14 del 22 giugno 2021 sul commissariamento della Fondazione Casa della Divina Provvidenza di Sassari per la mancata approvazione dei bilanci, e la delibera della Giunta della Regione Veneto n. 361 del 26 marzo 2019 sul commissariamento della Fondazione Giuseppe Mazzotti per la Civiltà Veneta.

Requisiti degli Amministratori

Ci si chiede se gli amministratori debbano soddisfare determinati requisiti in termini di onorabilità, professionalità, competenza e impegno temporale. Il codice civile non prevede specifiche disposizioni al riguardo:

A) La diligenza richiesta agli amministratori è quella del buon padre di famiglia, ai sensi dell'art. 1710 c.c., quindi sembrerebbe negare indirettamente la necessità di competenze o professionalità particolari.
B) Gli statuti delle fondazioni di partecipazione spesso prevedono specifici requisiti per gli amministratori per tutelare la reputazione dell'ente e garantirne una gestione efficiente. Questa prassi è ispirata dalla normativa per le fondazioni lirico-sinfoniche e bancarie, e dall'art. 2387, comma 1, c.c., dettato per le società azionarie e accolto dal legislatore del terzo settore.
C) Taluni statuti richiedono che l'amministratore non abbia condanne o indagini pendenti per determinati reati.
D) Possono essere richieste conoscenze o esperienze specifiche nel settore di riferimento della fondazione.
E) L'impegno temporale può impedire l'assunzione di altre cariche per prevenire conflitti di interesse, e può essere prevista la decadenza dell'amministratore che non dedichi tempo sufficiente al proprio ruolo, ad esempio disertando un certo numero di riunioni del consiglio.

Cause di Ineleggibilità e Decadenza

A) L'art. 2382 c.c. stabilisce che «non può essere nominato amministratore e se nominato decadde dal suo ufficio, 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».
B) Esempio: l'art. 19 dello statuto della Fondazione di Partecipazione per l'Innovazione e lo Sviluppo Imprenditoriale stabilisce che «non possono comunque far parte del consiglio di fondazione coloro che si trovino in una delle condizioni previste dall'art. 2382 c.c.».

Applicabilità e Rimedi

A) Le disposizioni dell'art. 2382 c.c. si applicano anche in assenza di richiamo statutario alle fondazioni del terzo settore. Tuttavia, ci si chiede se possano applicarsi anche alle

fondazioni non iscritte al registro unico nazionale del terzo settore, poiché il codice civile non contiene rinvii alla disposizione dettata per le società azionarie.

B) I rimedi contro la violazione dell'art. 2382 c.c. variano a seconda del momento in cui si verifica: se la violazione avviene al momento della nomina, l'atto sarà invalido; se l'atto di nomina proviene dall'organo assembleare, sarà applicabile l'art. 23, comma 1, c.c., con la possibilità di annullare la delibera e rimuovere l'amministratore dall'autorità governativa.

C) Il rimedio contro la nomina viziata che non provenga dall'organo assembleare può prevedere l'intervento dell'autorità governativa.

D) Quando l'amministratore non rispetta i requisiti, lo statuto può rimettere alla discrezionalità dell'organo amministrativo o assembleare la pronuncia sulla decadenza, a meno che la previsione di tali requisiti non sia prevista dalla legge come necessaria, come per le fondazioni lirico-sinfoniche e bancarie[155].

1.7 Competenze e funzionamento dell'organo amministrativo

Dopo aver chiarito i meccanismi di nomina dei membri dell'organo amministrativo, possiamo approfondirne il funzionamento. Sia il codice civile sia il codice del terzo settore lasciano la disciplina all'autonomia statutaria[156], ma, nonostante la grande varietà degli statuti delle fondazioni di partecipazione, si possono individuare alcune caratteristiche comuni. L'organo amministrativo:

A) È generalmente collegiale, ovvero un consiglio di amministrazione;

B) Solitamente presieduto dal presidente della fondazione, che convoca le riunioni e dirige i lavori;

C) Si costituisce e delibera secondo il principio maggioritario (che si applica anche in assenza di previsione statutaria)[157];

D) È responsabile della gestione della fondazione e del suo patrimonio, ma può essere vincolato a seguire le indicazioni dell'organo assembleare (i contributori del patrimonio della fondazione) o di eventuali comitati tecnico-scientifici interni all'ente[158].

---

[155] SICCHIERO, G., cit., p. 102-108.

[156] Più puntuale è, invece, il d.lgs. n. 367/1996 in materia di fondazioni lirico-sinfoniche, più precisamente all'art. 12 comma 4.

[157] In tal senso DE GIORGI, M.V., cit., 454.

[158] SICCHIERO, G., cit., p. 108-109.

Uno dei problemi relativi all'attività del consiglio di amministrazione o dell'amministratore unico riguarda le delibere contrarie allo statuto o alla legge. In questi casi, si applica quanto previsto dall'art. 25, commi 1 e 2, c.c., che consente all'autorità governativa di annullare, sentiti gli amministratori, le deliberazioni contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico o al buon costume, senza pregiudicare i diritti dei terzi di buona fede[159].

L'art. 25, comma 1, c.c., consente all'autorità di eliminare non qualsiasi delibera contraria alla legge, ma solo quelle contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, tipiche cause di nullità del negozio giuridico[160]. L'autorità governativa esercita un controllo d'ufficio[161]. Ci si chiede se questa disposizione si applichi anche quando lo statuto di una fondazione, come accade in alcune fondazioni di partecipazione, prevede l'esistenza di un organo di controllo, se non deputato al controllo di legalità, almeno a quello contabile. L'art. 25 c.c. rimane applicabile per due ragioni: l'indifferenza del legislatore del codice civile verso l'eventuale presenza di un organo di controllo nelle fondazioni e il fatto che questa disposizione è l'unico rimedio tipizzato per una delibera consiliare contraria allo statuto o a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume. Nella legislazione speciale l'organo di controllo è necessario, non facoltativo. Ad esempio, per le fondazioni lirico-sinfoniche, l'art. 14 d.lgs. n. 367/1996 prevede l'istituzione di un "collegio dei revisori" che esercita il controllo sull'amministrazione della fondazione e ne riferisce all'autorità di governo competente in materia di spettacolo e al ministero del tesoro. Per quanto riguarda le fondazioni bancarie, gli artt. 4 e 10 del d.lgs. n. 153/1999 prevedono un "organo di controllo" che informa l'autorità di vigilanza di qualsiasi irregolarità nella gestione o violazione delle norme. Per le fondazioni del terzo settore, l'art. 30 c.t.s. stabilisce che devono dotarsi di un "organo di controllo" che vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sui principi di corretta amministrazione, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo

[159] Sulla portata di tale disposizione, si v. spec. TAMPONI, M., *Persone giuridiche,* 407 ss.; BASILE, M., *Le persone giuridiche,* cit., 432; DE GIORGI, M.V., *Le persone giuridiche in generale,* cit., 455.

[160] La giurisprudenza in alcuni casi ha ammesso anche rimedi diversi: si v., per esempio, Cass. civ., sez. I, 18 maggio 1976, n. 1756, in *Foro it.,* 1976, I, 1839 ss. e spec. 1842, la quale ha considerato "giuridicamente inesistente" la deliberazione del consiglio di amministrazione di una fondazione la cui composizione era irregolare.

[161] In tal senso, si v. Cons. Stato, sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3405, in *De Jure:* «La vigilanza e il controllo sono funzioni pubbliche destinate alla tutela delle fondazioni e sono esercitate dall'Amministrazione d'ufficio, nell'esercizio dei suoi poteri, esclusivamente in favore delle fondazioni stesse, restando escluso qualsiasi intervento a tutela dell'interesse dei singoli».

funzionamento[162]. Tuttavia, la legislazione speciale non sembra attribuire a tali organi il potere di impugnare le delibere dell'organo amministrativo contrarie alla legge o allo statuto. I membri dell'organo di controllo, i singoli amministratori, i fondatori e i contributori possono segnalare all'autorità le delibere viziate per stimolare l'emanazione di un provvedimento di annullamento[163], ma la segnalazione non obbliga l'autorità a intervenire[164]. Il principio enunciato subisce una deroga in forza dell'art. 2388, comma 4, c.c., dettato per le società azionarie, che stabilisce che le deliberazioni contrarie alla legge o allo statuto possono essere impugnate solo dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti entro 90 giorni dalla data della deliberazione. I soci possono impugnare le deliberazioni lesive dei loro diritti. Questo diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost. è applicabile per analogia anche ad altri enti come società a responsabilità limitata[165], fondazioni e associazioni riconosciute e non riconosciute[166]. Il fondatore o chi abbia contribuito al patrimonio della fondazione può agire direttamente in giudizio per l'annullamento delle delibere lesive dei propri diritti o contrarie alla legge o allo statuto[167]. La giurisdizione sarà del giudice ordinario, non amministrativo, al quale spetta il ricorso avverso il provvedimento dell'autorità governativa che annulla la delibera[168]. Un ulteriore problema del funzionamento dell'organo amministrativo, affrontato da Sicchiero, è il conflitto di interessi dell'amministratore (tema affrontato nel codice del terzo settore e non dal codice civile). L'art. 27 c.t.s. stabilisce che al conflitto di interessi degli

[162] SICCHIERO, G., cit., p. 111-112.

[163] Si v. Trib. Voghera 6 giugno 2001, cit., 2002, secondo cui «l'esercizio del potere di "annullamento", che la legge riserva in via preliminare alla pubblica amministrazione e soltanto in via successiva all'autorità giurisdizionale amministrativa, *può essere attivato su richiesta inviata all'organo tutorio da ogni soggetto, interno o esterno all'ente, che dimostri di avere un interesse diretto all'adozione di tale pronuncia».*

[164] Così Cons. Stato, sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3405, cit., secondo cui «Non esiste alcuna disposizione che imponga all'Amministrazione di esercitare il controllo su sollecitazione di parte, né una simile sollecitazione di per sé determina all'Amministrazione un obbligo di provvedere. La vigilanza e il controllo sono funzioni pubbliche destinate alla tutela delle fondazioni e sono esercitate dall'Amministrazione d'ufficio, nell'esercizio dei suoi poteri, esclusivamente in favore delle fondazioni stesse, restando escluso qualsiasi intervento a tutela dell'interesse dei singoli».

[165] Si v. Trib. Milano, sez. spec. B, 1° marzo 2012, in *Giur. it.,* 2012, spec. 1121, che ha considerato la «disciplina *ex* art. 2388 c.c. come espressiva di un principio generale di "sindacabilità" ad iniziativa degli amministratori assenti o dissenzienti ovvero dei soci delle decisioni dell'organo amministrativo delle società di capitali contrarie alla legge o allo statuto».

[166] SICCHIERO, G., cit., p. 113-114.

[167] SICCHIERO, G., cit., p. 114.

[168] Sul punto, si v. TAR Potenza, sez. I, 6 novembre 2013, n. 671, cit.; si v. anche Cons. Stato, sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3405, cit.

amministratori si applica l'art. 2475-ter c.c[169]. L'art. 2475-ter c.c. si compone di due commi: il primo tratta dei contratti conclusi dall'amministratore in conflitto di interessi e stabilisce che possono essere annullati su domanda della società se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo; il secondo stabilisce che le decisioni adottate dal consiglio di amministrazione con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi possono essere impugnate entro 90 giorni dagli amministratori e dagli organi di controllo o revisori legali, salva la buona fede dei terzi. Nelle fondazioni di partecipazione la lacuna è spesso superata dall'autonomia statutaria o attraverso regolamenti interni e codici etici che impongono agli amministratori di segnalare situazioni di conflitto. Il rinvio all'art 2475-ter c.c. restringe la cerchia di chi può agire per l'annullamento del contratto concluso dalla fondazione con l'amministratore in conflitto di interessi. L'azione può essere intentata dalla fondazione, dagli amministratori e dal collegio sindacale del revisore. Sarebbe meglio estendere tale facoltà anche ai fondatori e ai contributori rilevanti del patrimonio della fondazione. Per le delibere adottate con il voto determinante dell'amministratore in conflitto, è possibile l'impugnazione anche da parte del fondatore e dei contributori, purché la delibera sia lesiva dei loro diritti. In dottrina prevale la tesi che l'art. 2475-ter c.c. sia applicabile per analogia a tutti i tipi di fondazione, ma il silenzio del codice civile impone cautela. Il contratto concluso dall'amministratore in conflitto di interessi può essere annullato dalla fondazione ai sensi dell'art. 1394 c.c., che dispone che il contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo. Quanto alla delibera adottata con il voto determinante dell'amministratore in conflitto di interessi, può essere annullata dall'autorità governativa ai sensi dell'art. 25 comma 1 c.c. se lo statuto prevede l'astensione dell'amministratore in conflitto. Tuttavia, l'autorità non può rimuovere la delibera in questione, poiché l'art. 25 prevede l'annullamento solo per contrarietà a norme imperative, ordine pubblico o buon costume, e il conflitto di interessi non sembra integrare tali vizi[170].

1.8 La responsabilità degli amministratori

Le disposizioni del codice civile non affrontano in modo esaustivo la responsabilità degli amministratori delle fondazioni. Pertanto, per comprendere l'argomento, è necessario fare riferimento anche alle norme che regolano la responsabilità degli amministratori di società, in

[169] Su cui si v. CORSO, S., *La disciplina del conflitto di interessi,* in *Tratt. Donativi,* vol. III, cit., 531 ss.

[170] SICCHIERO, G., cit., p. 115-119.

particolare quelle azionarie[171]. Secondo parte della dottrina la responsabilità degli amministratori delle fondazioni di partecipazione sorge quando, a causa della loro negligenza, arrecano danno all'ente o a terze parti. L'art. 28 c.t.s. stabilisce che «gli amministratori, i direttori generali, i componenti dell'organo di controllo e il soggetto incaricato della revisione legale dei conti rispondono nei confronti dell'ente, dei creditori sociali, del fondatore, degli associati e dei terzi ai sensi degli articoli 2392, 2393, 2394, 2394-bis, 2395, 2396 e 2407 c.c. e dell'art. 15 del decreto legislativo 27 gennaio 2010 n. 39, in quanto compatibili»[172]. L'art. 18 c.c. prevede che gli amministratori siano responsabili verso l'ente secondo le norme del mandato, quindi devono agire con la diligenza del buon padre di famiglia. La responsabilità degli amministratori di fondazione va quindi valutata secondo questo parametro di diligenza. Se l'incarico è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore (art. 1710, comma 1, c.c.). Inoltre, ogni componente dell'organo amministrativo è tenuto a eseguire il proprio compito con la diligenza del buon padre di famiglia[173], ma si richiede un parametro diverso per chi possiede particolari competenze tecniche o professionali, tali da giustificare la sua investitura (questo principio si applica anche alle fondazioni lirico-sinfoniche e bancarie, che richiedono determinati requisiti di onorabilità e professionalità)[174]. Per le fondazioni del terzo settore si prevede che l'art. 28 c.t.s. rinvii all'art. 2392 c.c., che stabilisce che «gli amministratori devono adempiere i doveri imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società per i danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni attribuite a uno o più amministratori»[175]. L'amministratore è responsabile nei confronti dell'ente e tenuto a risarcirlo nei casi in cui non adempia o adempia negligentemente ai propri obblighi legali o statutari, causando un danno all'ente stesso. Si tratta di una responsabilità contrattuale derivante dalla violazione degli obblighi di legge o statuto. L'onere probatorio spetta all'amministratore convenuto in giudizio, mentre la fondazione deve

[171] Sul punto, si v. le considerazioni di TAMPONI, M., *Persone giuridiche,* cit., 276 ss.; si v. AMBROSINI, S., *La responsabilità degli amministratori,* in *Tratt. Donativi,* vol. II, cit., 2003 ss.

[172] Sulla portata di tale rinvio, si v. spec. MAGNOZZI, A., *L'assenza di un regime di responsabilità dell'organo gestorio negli enti del terzo settore. Mero rinvio o disciplina sui generis*?, in *Contr. imp.,* 2019, 1217 ss.

[173] Sulla diligenza del buon padre di famiglia, si v. DI ROSA, G., *Il mandato. Artt. 1710-1730,* in *Comm. Schlesinger,* Giuffré, 2017, 3 ss.

[174] SICCHIERO, G., cit., p. 120.

[175] Si v. TERRANOVA, G., *La responsabilità degli amministratori di S.p.A. nei confronti della società (art. 2932 c.c.),* in MARCHETTI, C., (a cura di), *La responsabilità degli amministratori delle società di capitali,* cit., 1 ss.

allegare l'inadempimento e provare il danno subito e il nesso causale tra il danno e la condotta dell'amministratore[176]. La valutazione della diligenza dell'amministratore di fondazione deve essere effettuata con un giudizio *ex ante*, considerando le circostanze oggettive e soggettive esistenti al momento in cui sono stati posti in essere gli atti che hanno causato il danno all'ente[177]. Il giudice non può entrare nel merito della gestione (c.d. *business judgement rule*)[178], a meno che le scelte degli amministratori non risultino contrarie alla legge, allo statuto o manifestamente avventate e imprudenti, sempre secondo una valutazione *ex ante*[179]. La regola generale è che gli amministratori di fondazione sono responsabili in solido, come affermato dall'art. 18 c.c., che prevede che sia «esente da responsabilità l'amministratore che non abbia partecipato all'atto che ha causato il danno, salvo il caso in cui, conoscendone l'esistenza, non abbia espresso il proprio dissenso»[180]. Lo stesso principio si applica alle fondazioni del terzo settore, poiché l'art. 2392, comma 1, c.c. afferma esplicitamente che gli amministratori sono solidalmente responsabili verso l'ente. Tuttavia, l'art. 2392 c.c. prevede anche delle deroghe al regime di responsabilità:

A) L'amministratore non è responsabile per le attribuzioni proprie del comitato esecutivo o per le funzioni attribuite a uno o più amministratori (comma 1).
B) Se l'amministratore era a conoscenza di fatti pregiudizievoli e ha fatto quanto poteva per impedirne il compimento o attenuarne le conseguenze dannose, non è responsabile (comma 2).
C) Se l'amministratore ha annotato senza ritardo il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente dell'organo di controllo, non è responsabile (comma 3)[181].

È necessario comprendere chi siano i soggetti legittimati a esperire l'azione di responsabilità. Per le fondazioni non iscritte al registro unico del terzo settore, la risposta è contenuta nell'art. 25, comma 3, c.c., che stabilisce che «le azioni contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità devono essere autorizzate dall'autorità governativa e sono

[176] Si v. Trib. Milano, sez. I, 7 marzo 2018, n. 2652, in *De Jure.*

[177] Così, recentemente, Trib. Roma, sez. spec., 1° marzo 2023, n. 3429, in *Giurisprudenza delle imprese.*

[178] Sulla *business judgment rule,* si v. spec. BENEDETTI, L., *L'applicabilità della* business judgment rule *alle decisioni organizzative degli amministratori,* in *Riv. soc.* 2019, 413 ss.

[179] SICCHIERO, G., cit., p. 122.

[180] SICCHIERO, G., cit., p. 123-124.

[181] Sul tema, si v. spec. A. TINA, *L'esonero della responsabilità degli amministratori di S.p.A.,* Giuffrè, Milano, 2008, 87 ss.

esercitate dal commissario straordinario, dai liquidatori o dai nuovi amministratori»[182]. Per le fondazioni del terzo settore, ai sensi dell'art. 28 c.t.s., si applicano gli articoli 2393, 2393-bis, 2394-bis, in quanto compatibili[183]. L'art. 2393 stabilisce che «l'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione». Tale deliberazione «può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell'elenco delle materie da trattare, quando si tratta di fatti di competenza dell'esercizio a cui si riferisce il bilancio». L'art. 2393, comma 3, stabilisce che l'azione di responsabilità «può anche essere promossa a seguito di deliberazione del collegio sindacale (organo di controllo) assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti»[184]. Sarebbe stato opportuno attribuire all'organo di controllo anche il potere di impugnare le delibere consiliari viziate o di formulare segnalazioni qualificate all'autorità governativa, impegnandola a intervenire, poiché mancano adeguati poteri di prevenzione e reazione rispetto agli atti di mala gestione[185]. L'art. 2393-bis, comma 1, prevede che «l'azione sociale di responsabilità può essere esercitata anche dai soci che rappresentano almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo»[186]. Il contributo alla formazione del patrimonio della fondazione non attribuisce al fondatore o al sostenitore alcun titolo rappresentativo paragonabile all'azione nel diritto societario. Pertanto, è necessario individuare nello statuto il numero minimo di fondatori e sostenitori legittimati a esperire l'azione di responsabilità[187]. L'art. 2394-bis prevede che «in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria, le azioni di responsabilità spettano al curatore del fallimento, al commissario liquidatore e al commissario straordinario»[188]. Dunque, il commissario straordinario eventualmente nominato

[182] SICCHIERO, G., cit., p. 124.

[183] Come si è detto, l'art. 25, comma 3, c.c., ai fini dell'esercizio della azione di responsabilità richiede la preventiva autorizzazione dell'Autorità governativa. Tale autorizzazione è necessaria anche con riferimento all'azione di responsabilità promossa nei confronti degli amministratori della fondazione del terzo settore, in forza del richiamo operato dall'art. 90 c.t.s.

[184] SICCHIERO, G., cit., p. 125.

[185] Sul punto, si v. FUSARO, A., *Gli enti del terzo settore,* cit., 262 ss.; e LOFFREDO, F., *Gli enti del terzo settore,* Giuffrè, Milano, 2018, 209 ss.

[186] Con riferimento all'azione ex art. 2393-*bis* c.c., si v. JACOMETTI, V., POLIANI, F., *Azione sociale e azione di responsabilità esercitata dai soci: aspetti procedurali,* Giappichelli, Torino, 2015, 96 ss.

[187] SICCHIERO, G., cit., p. 126.

[188] Si v. FRONTALI, J., *Responsabilità verso i creditori sociali (artr. 2394) e azioni di responsabilità nelle procedure concursuali (art. 2394*-bis), in C. MARCHETTI (a cura di), *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali,* cit., 139 ss.

dall'autorità competente è legittimato a esercitare l'azione di responsabilità. Un ulteriore profilo di differenza tra la normativa rivolta alle fondazioni del terzo settore e quella per le fondazioni non iscritte al registro unico nazionale del terzo settore riguarda il termine di prescrizione dell'azione. L'art. 28 c.t.s. rinvia all'art. 2393 c.c., che al comma quattro stabilisce che l'azione di responsabilità «può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica»; per le fondazioni non iscritte al registro unico nazionale del terzo settore, invece, si applica il termine di prescrizione ordinario decennale previsto dall'art. 2964 c.c[189]. Il codice del terzo settore, rinviando al diritto societario, disciplina in modo puntuale la rinuncia all'azione e l'eventuale transazione (art. 2393, comma 6, c.c.). L'art. dispone che l'ente «può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno un quinto del capitale sociale ovvero la misura prevista nello statuto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai sensi dei commi primo e secondo dell'art. 2393-bis[190]». L'art. 18 del codice civile regola la responsabilità degli amministratori nei confronti dell'ente, mentre l'art. 28 del codice del terzo settore amplia tale responsabilità, includendo anche i creditori dell'ente, il fondatore, gli associati e i terzi, facendo riferimento alle azioni previste dagli articoli 2394 e 2395 del codice civile. Questi articoli disciplinano rispettivamente l'azione dei creditori sociali e quella dei soci contro gli amministratori nelle società per azioni[191]. Inoltre, l'art. 18 c.c. implica indirettamente che chi subisce un danno causato dagli amministratori possa comunque agire nei loro confronti secondo l'art. 2043 c.c., che riguarda la responsabilità extracontrattuale. L'attore dovrà provare non solo il comportamento dannoso dell'amministratore, ma anche il danno subito, e il nesso causale tra i due. Il danno dovrà manifestarsi come una riduzione del patrimonio dell'ente tale da compromettere la capacità di soddisfare i crediti. Nel caso di azioni da parte di fondatore, sostenitore o terzi, il danno dovrà riguardare direttamente la loro sfera giuridica. L'attore potrà

[189] Si v. spec. Le considerazioni di CALVOSA, L., *La prescrizione dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori e sindaci di società per azioni,* in Liber amicorum *P. Abbadessa,* vol. II, cit., 935 ss.

[190] Si v. SALAFIA, V., *Rinuncia e transazione dell'azione di responsabilità sociale,* in *Società,* 2011, 949 ss.

[191] Sulle azioni di cui agli artt. 2394 e 2395 c.c., si v. FRONTALI, J., *Responsabilità verso i creditori sociali (art. 2394) e azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali (art. 2394*-bis*),* in C. MARCHETTI (a cura di), *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali,* cit., 139 ss.

agire contro la fondazione solo se l'illecito dell'amministratore rientra nelle sue mansioni, in quanto si tratta di un rapporto di immedesimazione organica[192].

1.9 *A*deguatezza del patrimonio iniziale e impegno economico degli associati

Un aspetto distintivo della figura giuridica della fondazione di partecipazione è sicuramente la sua configurazione patrimoniale. A differenza delle fondazioni tradizionali, dove è essenziale un conferimento patrimoniale (dotazione) al momento della costituzione, il patrimonio delle fondazioni di partecipazione si forma progressivamente. Questo significa che, dopo l'atto iniziale di liberalità con cui i fondatori dotano il nuovo ente, è possibile aggiungere donazioni da parte di soggetti pubblici e privati facenti parte della fondazione. Le donazioni effettuate costituiscono il patrimonio della fondazione, necessario per il raggiungimento degli scopi prefissati. A partire dalla formazione progressiva del patrimonio, si può individuare un'altra caratteristica fondamentale delle fondazioni di partecipazione: queste non vengono istituite per erogare rendite, come avviene nelle fondazioni tradizionali, ma per affrontare i numerosi problemi gestionali dell'ente mediante la raccolta di contributi da parte di soggetti che condividono il progetto dell'ente. Come esposto chiaramente dalla dott.ssa G. Romano il patrimonio della fondazione è costituito da:

A) un fondo patrimoniale, intangibile e comprensivo del fondo di dotazione;

B) un fondo di gestione, utilizzabile per l'attività corrente e la gestione della fondazione.

Il fondo patrimoniale è costituito a sua volta:

A) Dal fondo di dotazione, costituito dai conferimenti in danaro, beni mobili o immobili o altre utilità impiegabili per il perseguimento degli scopi, effettuati dai fondatori sia promotori che nuovi e dagli aderenti;
B) Dai beni mobili e immobili, che pervengono o perverranno a qualsiasi titolo titolo alla fondazione di partecipazione compresi quelli acquistati dalla stessa secondo le norme del proprio statuto;
C) da contributi dell'Unione Europea, dello Stato, di enti territoriali o dalle elargizioni fatte da enti o da privati, con espressa destinazione ad incremento del patrimonio;

[192] SICCHIERO, G., cit., p. 127-129.

D) Dalla parte di rendite non utilizzata che, con delibera del consiglio generale, può essere destinata ad incremento del patrimonio.

Invece il fondo di gestione è costituito

A) dalle rendite e dei proventi derivanti dal patrimonio e dalle attività della fondazione;

B) dalle donazioni o disposizioni testamentarie che non siano espressamente destinate al fondo di dotazione;

C) da eventuali altri contributi attribuiti dallo Stato, da enti territoriali o da altri enti pubblici;

D) dai contributi volontari dei fondatori promotori, dei nuovi fondatori, degli aderenti e dei sostenitori;

E) dai ricavi delle attività istituzionali, accessorie, strumentali e connesse. la fondazione può infatti inserire nello statuto fra le attività strumentali, accessorie e connesse: l'amministrazione e gestione dei beni posseduti, la partecipazione, sempre in via accessori e strumentale a società di persone e/o di capitali[193].

Oltre al fondo di dotazione, e al fondo di gestione ci sono i beni concessi in uso all'ente. I beni concessi in uso all'ente sono sottoposti a un regime particolare, sia in termini di utilizzo sia in termini di destinazione in caso di scioglimento della fondazione di partecipazione. È importante ricordare che, per una valutazione appropriata del patrimonio dell'ente in relazione al suo scopo prefissato, si dovrà valutare l'intero complesso patrimoniale della fondazione, costituito sia dal fondo di dotazione sia dal fondo di gestione. Questa modalità è considerata valida anche dalle autorità governative preposte al riconoscimento delle persone giuridiche. Il patrimonio della fondazione di partecipazione è quindi definito a "struttura aperta". Al suo interno, sia i fondatori sia i successivi partecipanti al progetto dell'ente apportano beni mobili, immobili, denaro, servizi e lavoro, creando così il patrimonio complessivo dell'ente. I conferimenti possono includere non solo beni patrimonializzabili come il denaro, ma anche beni immateriali e prestazioni d'opera, purché funzionali al raggiungimento dello scopo prefissato. È inoltre escluso che tali contributi possano essere effettuati a titolo oneroso, come invece può accadere per un ente associativo, dove si acquista un diritto di partecipazione volto

[193] ROMANO, G., *La Fondazione,* cit.

a realizzare l'interesse patrimoniale di chi apporta il contributo. All'interno di una fondazione, per quanto il fondatore possa riconoscere determinati vantaggi a chi apporta contributi, come la partecipazione alla gestione dell'ente, tale partecipazione non può mai trasformarsi in un vantaggio di natura patrimoniale. Non è infrequente che alcuni statuti di fondazioni di partecipazione evidenzino patrimoni insufficienti rispetto agli scopi dichiarati, oppure forniscano indicazioni vaghe riguardo ai futuri contributi necessari da parte dei partecipanti per il raggiungimento degli obiettivi fondativi. La carenza di un patrimonio adeguato allo scopo previsto compromette non solo i requisiti per il riconoscimento dell'ente, ma anche la validità dell'atto istitutivo, ai sensi dell'art. 16 c.c.[194], con conseguente estinzione dell'ente, come previsto dall'art. 28 c.c[195]. In alcune Regioni, l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche è subordinata al possesso di un patrimonio minimo specifico, il che implica che le fondazioni regionali possano essere iscritte solo se rispettano tali requisiti patrimoniali. Tuttavia, per le fondazioni nazionali che operano in Regioni che non stabiliscono un patrimonio minimo, le incertezze legali rimangono. L'art. 16 c.c. richiede che l'atto costitutivo indichi il patrimonio dell'ente e, per le fondazioni, stabilisca anche i criteri per l'erogazione delle rendite, ma non specifica una cifra minima per il patrimonio. Tuttavia, l'art. 28 stabilisce che se il patrimonio diventa insufficiente, l'ente può essere sciolto, suggerendo implicitamente che il patrimonio debba essere adeguato al momento del riconoscimento[196]. La riforma ha reso più chiara questa esigenza, precisando che il patrimonio deve essere adeguato alla realizzazione dello scopo dell'ente. Questo requisito integra l'art. 16, introducendo l'ulteriore concetto di idoneità del patrimonio, che non riguarda solo la sufficienza del patrimonio, ma anche la sua adeguatezza all'obiettivo dell'ente. Un criterio che in passato è stato utilizzato è quello che vedeva il patrimonio come un elemento funzionale sia al raggiungimento dello scopo che alla tutela dei creditori sociali. Per questo motivo, il legislatore ha stabilito un capitale sociale minimo per le società, ma questo non può essere esteso alle fondazioni in quanto non è necessario un capitale sociale minimo, soprattutto quando la fondazione persegue scopi di minore portata. Secondo il codice del terzo settore, le fondazioni che intendono aderire a tale registro devono disporre di un patrimonio minimo di 30.000 euro (art. 22, comma 4), con alcune regole specifiche per la stima dei conferimenti non in denaro e per la riduzione di valore del patrimonio superiore a un

[194] COSTANZA, M., cit., 46; ma per la «scissione» tra la fase istitutiva della fondazione di partecipazione e quella di dotazione v. *ivi*, 47.

[195] DE GIORGI, M.V., *Vicende estintive e modificative,* in *Persone giuridiche,* a cura di BASILE, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, 536 con la precisazione di una diversa determinazione dell'autorità pubblica che opti per la trasformazione (su cui v. id., *ivi,* 572 ss.).

[196] SICCHIERO, G., cit., p. 132-133.

terzo. Tuttavia, le Regioni possono stabilire requisiti patrimoniali superiori a quelli del codice del terzo settore[197]. Ad esempio, in Veneto e Lombardia, il patrimonio minimo è di 30.000 euro, mentre nel Lazio è di 50.000 euro. Il Friuli Venezia Giulia ha un requisito ancora più elevato, fissando il patrimonio minimo a 300.000 euro, ma consentendo una riduzione a 100.000 euro se sono coinvolti enti pubblici. La Regione Piemonte, infine, applica un patrimonio minimo di 150.000 euro anche alle fondazioni non coperte dal codice del terzo settore[198]. Sebbene alcune regioni fissino un patrimonio minimo per il riconoscimento delle fondazioni, la questione se le Regioni possano determinare tale somma rimane dibattuta. Alcuni ritengono che spetti esclusivamente allo Stato regolamentare il diritto privato delle fondazioni e che le Regioni non dovrebbero poter fissare il patrimonio minimo per l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche. La somma messa a disposizione, infatti, non garantisce che sia sufficiente per lo scopo per cui è stata istituita la fondazione[199]. L'adeguatezza del patrimonio all'obiettivo dell'ente richiede una valutazione delle fondazioni non solo come enti statici, ma come soggetti dinamici, dove il patrimonio può crescere nel tempo, ad esempio grazie a donazioni o rendite. Alcuni esempi, come la fondazione Milano Cortina 2026 o la fondazione AIRC per la lotta contro il cancro, mostrano come il patrimonio iniziale possa essere esiguo, ma l'ente possa crescere progressivamente grazie a donazioni, lasciti o altre forme di finanziamento. In questi casi, l'adeguatezza del patrimonio deve essere valutata in termini di capacità di garantire il funzionamento dell'ente a lungo termine[200]. La legge delega n. 106 del 2016, sebbene non ancora attuata, avrebbe introdotto un sistema di controllo sulle delibere di spesa per garantire che le fondazioni operassero in modo equilibrato dal punto di vista finanziario. Nonostante ciò, le uniche limitazioni alle spese inadeguate sono quelle previste dall'art. 25 c.c., che consente l'annullamento delle delibere contrarie all'atto costitutivo della fondazione. La questione di un patrimonio esuberante, sebbene non comune, non è stata esplicitamente regolata, ma la necessità di autorizzazioni per acquisti successivi è stata abbandonata. Non vi sono limiti agli acquisti che una fondazione possa fare, purché non interferiscano con lo scopo originario[201].

2 *I*l regime di tassazione

[197] FUSARO, A., cit., 918.

[198] SICCHIERO, G., cit., p. 134-135.

[199] SICCHIERO, G., cit., p. 136-138.

[200] SICCHIERO, G., cit., p. 139-140.

[201] SICCHIERO, G., cit., p. 143-144.

Le questioni legate alla natura giuridica delle fondazioni di partecipazione rivestono una notevole importanza anche sotto il profilo fiscale. Il modo in cui queste fondazioni sono inquadrate civilmente influisce direttamente sul loro trattamento tributario. La problematica riguarda sia l'attribuzione della soggettività tributaria che l'applicabilità delle agevolazioni fiscali destinate agli enti associativi. Per quanto concerne la soggettività tributaria, l'art. 73 del TUIR, dopo aver distinto i soggetti passivi dell'IRES in quattro categorie, stabilisce al comma 2 che tra gli enti non societari sono inclusi, oltre alle persone giuridiche, le associazioni non riconosciute e i consorzi, «le altre organizzazioni che non appartengono ad altri soggetti passivi e che presentano un presupposto impositivo unitario e autonomo»[202]. La norma enfatizza l'autonomia e l'unitarietà, ma non fa riferimento all'appartenenza a terzi, per cui l'autonomia patrimoniale e gestionale dell'ente rappresenta la condizione determinante per l'attribuzione del presupposto impositivo. Si tratta di un'organizzazione già riconosciuta nell'ordinamento, capace di esercitare diritti giuridici sostanziali, ed emergente come soggetto nel diritto[203]. Quando l'ordinamento conferisce la piena capacità giuridica a un ente tramite il riconoscimento della personalità giuridica, il legislatore tributario deve riconoscere a tale ente la completa soggettività tributaria. Infatti, l'art. 73 TUIR attribuisce la soggettività tributaria agli enti che soddisfano i requisiti di non appartenenza a terzi e di capacità di realizzare il presupposto impositivo in modo unitario e autonomo. Le persone giuridiche acquisiscono automaticamente tale soggettività, senza necessità di ulteriori verifiche. Le fondazioni di partecipazione restano fondazioni, ma acquisiscono la personalità giuridica non solo attraverso il riconoscimento da parte di enti come il prefetto o la regione, o nel caso delle fondazioni del terzo settore, mediante la verifica del notaio, bensì con la successiva iscrizione nel registro delle persone giuridiche o nel registro unico nazionale del terzo settore. Solo con l'iscrizione l'ente acquisisce l'autonomia patrimoniale perfetta e, conseguentemente, la personalità giuridica. La verifica dell'iscrizione ha un carattere formale, mentre il riconoscimento implica un controllo sostanziale. L'art. 1 del d.P.R. 361/2000 stabilisce che per ottenere l'iscrizione, l'ente deve soddisfare le condizioni previste dalla legge, avere uno scopo lecito e un patrimonio adeguato a realizzare tale scopo. In caso di fondazioni non riconosciute o non iscritte, la questione della soggettività tributaria si pone solo per quelle in attesa di riconoscimento o iscrizione, poiché solo queste potrebbero essere considerate alla stregua di associazioni non riconosciute. La soggettività tributaria

[202] Le società ed enti commerciali determinano il reddito complessivo come reddito di impresa, gli enti non commerciali invece, come somma dei redditi appartenenti alle diverse categorie di reddito e le società ed enti non commerciali non residenti secondo le specifiche norme dettate nei Capi IV e V del Titolo II del TUIR.

[203] SICCHIERO, G., cit., p. 175.

dipenderà dalle obbligazioni assunte da chi agisce per conto della fondazione e dalla possibilità di farvi fronte anche con un patrimonio destinato, pur non avendo autonomia patrimoniale perfetta. La questione riguarda anche l'autonomia gestionale dell'ente nelle fasi transitorie[204]. Per stabilire la soggettività tributaria di una fondazione di partecipazione, si verificheranno: A) l'autonomia patrimoniale e gestionale dell'ente; B) la capacità di realizzare il presupposto impositivo in modo unitario e autonomo. Inoltre, si dovrà valutare se la componente giuridica dell'ente giustifichi l'applicazione dell'art. 38 c.c., che estende la responsabilità per le obbligazioni contratte dalle associazioni non riconosciute, oltre al fondo, anche ai loro rappresentanti. Nel caso delle fondazioni di partecipazione con patrimonio minimo, ma privo di sufficienza rispetto agli scopi, si potrebbe temere che l'ente venga qualificato come comitato promotore, con un regime di responsabilità diverso rispetto a quello delle fondazioni riconosciute. Tuttavia, questa interpretazione è stata superata, confermando che una fondazione con patrimonio minimo può operare senza modifiche al suo *status* giuridico, assumendosi la responsabilità per le obbligazioni tributarie solo con il proprio patrimonio. In conclusione, le fondazioni di partecipazione, pur non essendo incluse tra gli enti espressamente menzionati nell'art. 73 TUIR, possono essere classificate come enti commerciali o non commerciali, in base alla natura commerciale delle loro attività. Nel caso delle imposte dirette, l'art. 75 TUIR stabilisce che le fondazioni il cui oggetto principale è l'esercizio di attività commerciali sono soggette alle disposizioni del capo II titolo II, mentre quelle non commerciali sono disciplinate dal capo III. Per le fondazioni commerciali, il reddito è considerato reddito d'impresa, mentre per quelle non commerciali, il reddito complessivo si determina come per le persone fisiche, sommando i redditi provenienti da diverse fonti[205]. Le fondazioni di partecipazione possono anche essere considerate enti del terzo settore. Se tale qualifica viene riconosciuta, si applicano le norme fiscali relative agli enti commerciali o non commerciali, a seconda della natura dell'attività svolta. In caso contrario, l'ente sarà comunque classificato come commerciale o non commerciale. Gli enti del terzo settore non sono considerati commerciali per le entrate derivanti da sponsorizzazioni, ma lo saranno per altre attività economiche, se le entrate da attività commerciali superano quelle da attività non commerciali. In questi casi, l'ente dovrà adeguarsi alla legislazione fiscale prevista per gli enti commerciali o non commerciali, a seconda della prevalenza dell'attività svolta[206]. Si ritiene generalmente che le associazioni, le fondazioni e gli enti del terzo settore, sia riconosciuti che non, possano perseguire scopi di lucro oggettivo, a

[204] SICCHIERO, G., cit., p. 179.

[205] SICCHIERO, G., cit., p. 182.

[206] SICCHIERO, G., cit., p. 183-184.

condizione che i risultati ottenuti siano destinati a finalità di interesse generale e non distribuiti tra i partecipanti. Tuttavia, la dottrina civilistica contemporanea ha sostenuto che, per il principio di neutralità delle forme, nel caso delle fondazioni non esistano divieti espliciti riguardo al cosiddetto lucro soggettivo. Questo scenario, da un lato, potrebbe comportare il rischio che la fondazione di partecipazione venga esclusa dalla categoria degli enti del terzo settore, mentre, dall'altro lato, l'inseguimento di un lucro soggettivo potrebbe sollevare problematiche legate al trattamento fiscale degli "avanzi" eventualmente distribuiti. L'art. 143, comma 1, del TUIR stabilisce che, nella determinazione del reddito complessivo degli enti non commerciali, non si tiene conto dell'effettiva destinazione dello stesso, rendendo la destinazione dei redditi irrilevante ai fini fiscali, indipendentemente dal fatto che l'ente li utilizzi per scopi sociali o per altre finalità[207]. Lo scopo di lucro oggettivo potrebbe influire sulla qualificazione della fondazione di partecipazione come ente del terzo settore, commerciale o non commerciale, a seconda delle modalità con cui vengono svolte le attività di interesse generale e dell'ammontare delle entrate commerciali, ai sensi dell'art. 6 del Codice del Terzo Settore (CTS). L'eventuale perseguimento di un lucro soggettivo impedirebbe alla fondazione di essere qualificata come ente del terzo settore. L'art. 4 del CTS esclude dagli enti del terzo settore anche gli enti che sono soggetti a direzione, coordinamento o controllo da parte delle pubbliche amministrazioni (tranne alcune fattispecie di soggetti controllati, come i soggetti operanti nella protezione civile, o, le *ex* Ipab trasformate in fondazioni). Se una fondazione di partecipazione risulta controllata da una pubblica amministrazione, l'accesso agli enti del terzo settore le sarebbe precluso, con le relative implicazioni fiscali. Gli articoli 2497 e seguenti del codice civile trattano di direzione e coordinamento, mentre l'art. 2359 c.c. definisce il concetto di controllo. Ai fini della trasparenza, si considera sottoposto a controllo pubblico qualsiasi ente che, pur non avendo una partecipazione azionaria da parte delle pubbliche amministrazioni, abbia poteri di nomina degli organi decisionali, anche senza una partecipazione azionaria diretta[208]. Pertanto, nel caso delle fondazioni di partecipazione, la pubblica amministrazione potrebbe nominare i vertici e considerarsi così come sottoposta a controllo pubblico[209]. Il D.Lgs. 118/2011 prevede la possibilità di enti strumentali controllati da regioni o enti locali, nei quali l'ente pubblico abbia poteri decisionali, attraverso legge, statuto o convenzione. Tuttavia, un

[207] L'irrilevanza della destinazione dell'utile è affermata anche dalla dottrina: MUCCINESI, M., *I tributi diretti erariali,* in P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario,* Giuffré, 1994, 595; FRANSONI, G., *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche,* in P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario,* Giuffrè, 2002, 141.

[208] Art. 22, comma 1, lett. *c),* d.lgs. n. 33/2013 che individua i cosiddetti enti di diritto privato in controllo pubblico.

[209] SICCHIERO, G., cit., p. 192.

chiarimento su questo punto sarebbe auspicabile, data la rilevanza fiscale del qualificare un ente come parte del terzo settore[210]. Per quanto riguarda la verifica dei requisiti per qualificare una fondazione come ente del terzo settore, è importante che l'attività principale svolta rientri nelle attività di interesse generale indicate nell'art. 5 del CTS. La legge non specifica chiaramente quali elementi debbano essere considerati per determinare l'attività principale, ma l'art. 73, comma 4, del TUIR stabilisce che l'oggetto esclusivo o principale dell'ente è determinato in base all'atto costitutivo, al contratto o allo statuto. La sostanza dell'attività, quindi, deve essere valutata in base agli scopi primari definiti nell'atto costitutivo[211]. Nel caso in cui le attività indicate nell'atto costitutivo non siano di interesse generale o se una fondazione non commerciale svolge attività commerciali prevalenti, potrebbe perdere la sua qualifica di ente non commerciale, ai sensi dell'art. 149 del TUIR. Tuttavia, per gli enti del terzo settore, tale norma non si applica, come stabilito dall'art. 89 del CTS[212]. Inoltre, la normativa prevede che, per qualificare un ente come non commerciale, l'attività non deve essere orientata verso il mercato e deve essere svolta in modo non economico. Gli enti del terzo settore possono svolgere attività commerciali purché queste siano secondarie e strumentali alle attività di interesse generale. Se un ente non rispetta questi requisiti, non potrà essere qualificato come ente del terzo settore. In ambito fiscale, la presenza di una marginalità positiva superiore al 6% per tre periodi consecutivi, porta alla qualificazione dell'ente come commerciale. Il trattamento fiscale differisce anche per quanto riguarda l'IVA, gli enti non commerciali sono tassati solo sulle attività marginali, mentre gli enti commerciali sono tassati su tutte le operazioni commerciali. Sebbene vi siano distinzioni tra attività commerciali e non commerciali ai fini delle imposte dirette e indirette, è possibile che una fondazione di partecipazione venga trattata diversamente in base alla natura dell'attività svolta. Infine, per gli enti del terzo settore che svolgono attività commerciali, è stata introdotta una modifica normativa che permette a tali cessioni di beni e prestazioni di servizi di essere trattate come commerciali, anche se originariamente classificate come non commerciali, con l'esenzione IVA. Queste differenze nella regolamentazione fiscale pongono delle sfide nella classificazione delle fondazioni di partecipazione, soprattutto riguardo alla loro qualificazione fiscale, che dipende dalle modalità in cui vengono svolte le attività e dalle entrate che generano. La norma in questione riguarda i soci, ma può essere interpretata in modo più ampio per includere anche i fondatori e i partecipanti che acquisiscono un ruolo attivo all'interno della fondazione. La dotazione iniziale non rappresenta una

[210] SICCHIERO, G., cit., p. 193.

[211] SICCHIERO, G., cit., p. 194.

[212] SICCHIERO, G., cit., p. 198.

donazione liberale, ma piuttosto un atto che istituisce un vincolo di destinazione. Ci si interroga se i contributi versati da questi soggetti, come i soci nelle società, debbano essere trattati come versamenti di capitale o se debbano essere esclusi da imposizione secondo l'art. 88, comma 4, del TUIR. La situazione cambia quando i contributi provengono da terzi che non acquisiscono alcun status all'interno dell'ente, in quanto tali contributi sono soggetti a tassazione come liberalità o contributi a fondo perduto. Se i contributi sono versati da fondatori, soci o partecipanti per beneficiare di specifiche attività svolte dalla fondazione, che ha natura commerciale, si generano ricavi imponibili, anche se formalmente classificati come contributi. Invece, se tali contributi sono destinati a coprire perdite o supportare la fase di avvio della fondazione, la loro imponibilità è meno chiara, poiché si potrebbe applicare l'art. 85 del TUIR, che richiede un collegamento tra il contributo e il servizio reso. In assenza di tale collegamento, i contributi si configurano come sopravvenienze attive, secondo l'art. 88, comma 3, del TUIR. Per quanto riguarda l'IVA, gli articoli 2, 3, 6 e 13 del Decreto IVA stabiliscono che la tassazione si applica quando esiste una controprestazione tra le parti. Nel caso di contributi versati per acquisire uno status all'interno della fondazione, e non per ottenere un servizio, manca l'elemento della corrispettività[213], e pertanto questi contributi non sono soggetti ad IVA. Analogamente, se i contributi sono destinati alla gestione o alla copertura di perdite, non si configura una relazione di corrispettività[214]. Relativamente all'IRES, anche se l'art. 143 del TUIR non contiene disposizioni specifiche, è generalmente accettato che i versamenti che conferiscono uno status al fondatore all'interno della fondazione non siano imponibili, poiché il soggetto che eroga il contributo non ottiene contropartite specifiche[215]. La non imponibilità di tali contributi è ulteriormente confermata dall'art. 148 del TUIR, che esclude i contributi associativi dal reddito complessivo delle fondazioni. Nel caso in cui una fondazione di partecipazione riceva una liberalità da terzi, che non acquisiscono lo status di partecipante o sostenitore, tale contributo rimane non imponibile, a meno che non sia specificamente destinato a supportare l'attività commerciale dell'ente. Per le fondazioni di partecipazione che operano nel terzo settore, l'art. 79, comma 5-bis, stabilisce che i contributi e le quote associative non sono imponibili[216]. In alcuni casi, i contributi o le liberalità possono essere deducibili o detraibili per chi li ha erogati, ma la prassi ne ha escluso la deducibilità quando sussiste uno scambio di

[213] FILIPPI, P., *ult. op. cit.,* loc. cit.; nello stesso senso MOSCHETTI, F., *op. cit.,* 1611.

[214] SICCHIERO, G., cit., p. 205-210.

[215] Così, COMMISSIONE DEI TRENTA, cit., 1904, intervento di R. LUPI; cfr., inoltre, M. INTERDONATO, *ult. op. cit.;* 285; URICCHIO, A., *Gli enti associativi nell'IRPEG,* cit., 1359; SACCHETTO, C., *op. cit.,* 52.

[216] SICCHIERO, G., cit., p. 217.

utilità, come nel caso di partecipanti che ottengono vantaggi tangibili dall'ente. In generale, le somme versate da terzi a titolo di liberalità, senza acquisire uno status, sono soggette a tassazione come sopravvenienze attive per la fondazione. I contributi versati per la gestione della fondazione, se non comportano l'acquisizione di uno status, possono essere deducibili, ma se sono legati a una partecipazione, non sono considerati come liberalità deducibili. Per le fondazioni del terzo settore, l'art. 83 del c.t.s. prevede una detrazione o deduzione più favorevole per le liberalità erogate[217]. Un'associazione, che può essere riconosciuta come ente del terzo settore, sarà considerata tale a seconda del prevalere delle entrate non commerciali su quelle commerciali. Anche le fondazioni del terzo settore beneficiano di agevolazioni fiscali per le attività svolte nei confronti degli associati e dei loro familiari conviventi, purché in linea con le finalità istituzionali. Tuttavia, le cessioni di beni o i servizi resi agli associati, dietro pagamento di corrispettivi specifici, sono considerate attività commerciali. Nel caso delle fondazioni di partecipazione, la questione del lucro soggettivo e della possibile distribuzione indiretta di utili potrebbe comportare l'esclusione dell'ente dal terzo settore. La distribuzione di utili, anche indirettamente, potrebbe configurarsi come reddito di capitale tassato. Se tale distribuzione avviene, non potrà beneficiare del regime della ritenuta secca, con la conseguenza di una doppia imposizione. Infine, l'art. 44 del TUIR considera gli utili distribuiti dalle fondazioni come redditi di capitale, e l'art. 89 estende questa disposizione anche agli enti non commerciali. La questione della doppia imposizione rimane aperta, in quanto non c'è distinzione tra utili distribuiti da enti commerciali e non commerciali[218].

2.1 *P*artecipazione e recesso/esclusione degli associati

La presenza di un organo assembleare all'interno di una fondazione solleva la questione di verificare se le regole dell'art. 16 c.c., previste per le associazioni riconosciute, siano applicabili anche alle fondazioni per quanto riguarda l'ingresso degli associati. Allo stesso modo, bisogna verificare se l'art. 24 c.c. possa essere applicato alle fondazioni per quanto riguarda l'uscita degli associati. Innanzitutto, è importante chiarire che l'atto di fondazione potrebbe prevedere la presenza necessaria di certi soggetti nell'assemblea, come un rappresentante degli enti pubblici, il che influenzerebbe le decisioni del fondatore in caso di recessi ed esclusioni. Inoltre, bisogna considerare gli effetti del recesso o dell'esclusione sulla contribuzione del recedente e le eventuali clausole che limitino tale facoltà o impongano penali. È necessario applicare le disposizioni previste per le associazioni riconosciute, con la differenza

[217] SICCHIERO, G., cit., p. 218-220.

[218] SICCHIERO, G., cit., p. 226.

che le decisioni della fondazione sono soggette a un controllo amministrativo inevitabile[219]. Ci si chiede innanzitutto se lo statuto di una fondazione di partecipazione possa consentire a terzi interessati, in possesso dei requisiti statutari, di aderire alla fondazione[220]. Secondo una recente interpretazione, questa fondazione potrebbe essere qualificata come un ente a struttura aperta ai sensi dell'art. 1332 c.c[221]. Questa lettura rappresenta una novità, poiché la letteratura prevalente ha affermato che l'atto di fondazione abbia natura di atto unilaterale, anche se collettivo[222], mentre l'art. 1332 c.c. si riferisce a contratti plurilaterali con comunione di scopo. L'art. 1332 c.c. prevede che «a un contratto possono aderire altre parti», regola che può riferirsi sia a contratti plurilaterali con comunione di scopo, sia a contratti orizzontali come il contratto di consorzio, sia a contratti in cui ogni partecipante porta un interesse autonomo. Nel caso di un atto fondativo che preveda l'adesione successiva di altri soggetti, tali soggetti diventano partecipanti all'ente, senza modificare il contratto originario. Quindi, la fondazione resta costituita per atto unilaterale, anche se altri soggetti aderiscono successivamente in conformità con le clausole statutarie. L'art. 1332 c.c. prevede che, in caso di apertura ad ulteriori adesioni, la domanda deve essere diretta all'organo costituito per l'attuazione del contratto o, in mancanza, a tutti i contraenti originari. Nella fondazione, l'adesione è attuazione dell'atto di fondazione, senza che quest'ultimo debba essere un contratto[223]. La partecipazione e l'uscita dei soggetti dalla fondazione devono essere regolate dall'atto costitutivo, applicando estensivamente la disciplina dell'art. 16 c.c. per le associazioni (che costituisce un «*essentiale negotii»*[224]). Le fondazioni possono avere una struttura chiusa, che non ammette nuovi associati, a differenza delle associazioni dove è considerata nulla la clausola che vieti nuovi ingressi. Saranno quindi fondazioni con struttura chiusa quelle che non prevedono nulla riguardo all'ingresso di nuovi associati[225]. Saranno invece fondazioni a struttura aperta quelle in cui lo statuto indica i criteri di ingresso, e l'approvazione amministrativa attribuisce carattere vincolante alle disposizioni procedimentali e di merito. Lo statuto può rimettere la valutazione

[219] SICCHIERO, G., cit., p. 235.

[220] PONZANELLI, G., *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore,* in N. giur. civ. comm., 2006, II, 422.

[221] FAUCEGLIA, D., *Le fondazioni partecipate,* cit., 495 e 498 ss.

[222] BASILE, M., cit., 83; TAMPONI, M., *Persone giuridiche,* cit., 126; GALGANO, F., *Persone giuridiche,* cit., 194 ss.

[223] SICCHIERO, G., cit., p. 237-238.

[224] GALGANO, F., cit., 276.

[225] GALGANO, F., *ibidem;* per la legittimità delle associazioni a struttura chiusa, v. per esempio, M. D'AMBROSIO, in E. GABRIELLI (diretto da), *Comm. al c.c.,* Utet, 2011, *sub* art. 24, 212 ss.

delle nuove domande di adesione al consiglio di amministrazione, all'assemblea o a un altro organo previsto ad hoc, o attribuire a un collegio di probiviri le competenze sull'espulsione di un associato. Lo statuto della fondazione può prevedere l'adesione di associati con determinati requisiti, senza imporre agli amministratori l'accettazione automatica dei richiedenti muniti di tali requisiti[226], poiché la valutazione di opportunità di ingresso non è sindacabile e non esiste legittimazione ad agire in giudizio per conseguire l'ingresso[227]. Per quanto riguarda il recesso degli associati, la particolarità consiste nel fatto che lo scopo da perseguire non è variabile, quindi alcune ipotesi valide per le associazioni non possono essere applicate alle fondazioni. La disciplina dettata per le associazioni si applicherà ogniqualvolta non emerga una incompatibilità espressa o strutturale[228]. La clausola statutaria della fondazione che impedisca il recesso *tout court* deve essere considerata nulla, come quella nelle associazioni[229], anche se approvata dallo statuto[230]. Il diritto di recesso nelle associazioni è ricondotto all'art. 2 Cost.[231], perché l'autonomia contrattuale non può dar vita a vincoli perpetui, dovendosi consentire il recesso[232]. Si tratta di un diritto potestativo che «inerisce al contenuto legale dell'associazione e non richiede una previsione statutaria esplicita»[233]. Oltre al recesso *ad nutum*, è ammesso il recesso per giusta causa con effetti immediati[234] se, ad esempio, viene meno un requisito essenziale per l'ammissione[235], se viene approvato un mutamento dello scopo o se lo scopo diventa impossibile e gli amministratori non richiedono l'estinzione della fondazione. Il recesso per giusta causa è ammissibile per delibere illegittime dell'assemblea o degli amministratori, senza imporre all'associato di impugnarle. Il recesso *ad nutum* avrà efficacia secondo le norme statutarie o come indicato dall'art. 24 c.c. Il Tribunale di Belluno, con pronuncia del 15 febbraio 2018, ha ritenuto (come poi confermato dalla prima sezione del Consiglio di Stato) che il recesso costituisca «la deroga ammessa dall'art. 24 c.c. quando l'associato si è impegnato a

[226] GALGANO, F., cit., 278; sul punto v. BASILE, M., cit., 104.

[227] TAMPONI, M., cit., 199.

[228] DE GOETZEN, S., cit., 64, sulla scorta della nota tesi di F. GALGANO, cit., 80 ss.

[229] Cass. 11 novembre 2015, n. 23098; F. GALGANO, cit., 362; M. TAMPONI, cit., 387.

[230] SICCHIERO, G., cit., p. 240..

[231] BASILE, M., cit., 169 per le associazioni, mentre ritiene che richiamare la disposizione a proposito della fondazione «sarebbe certo una forzatura» (*ivi,* 174).

[232] Cass. 1° luglio 1998, n. 6427; Cass. 30 luglio 1984, n. 4530.

[233] GALGANO, F., *Persone giuridiche,* cit., 269.

[234] GALGANO, F., cit., 368; TAMPONI, M., cit., 385.

[235] Cass. 14 maggio 1997, n. 4244, in *Foro.it,* 1997, I, 2484; F. GALGANO, cit., 364.

farne parte per un tempo determinato»[236]. Un esempio è il caso in cui l'associato si sia impegnato a rimanere nell'ente per il tempo necessario a raggiungere uno scopo statutario specifico o fino a quando la fondazione raggiunga un determinato patrimonio[237]. La giurisprudenza di legittimità[238] ha cassato «la sentenza di merito che dichiari la nullità della clausola statutaria di un'associazione non riconosciuta, a tenore della quale gli obblighi relativi alla qualità di socio perdurano, nonostante l'intervenuto recesso, per un determinato lasso di tempo, senza accertare se l'associazione incida su diritti della persona che non consentono compressioni di sorta». È stata ritenuta «nulla la clausola statutaria di un'associazione non riconosciuta che preveda che, nell'ipotesi di recesso del socio, la sua qualità permanga, con diritti e obblighi relativi, sino alla fine dell'anno successivo al recesso stesso»[239]. Un altro caso è la nullità della «clausola statutaria di un'associazione non riconosciuta che differisce indebitamente la perdita della qualità di socio a seguito di recesso»[240], se il differimento è ingiustificato[241]. La libertà dell'associato è un elemento imprescindibile in questi casi, e soluzioni simili possono essere applicate alla fondazione di partecipazione, ma è necessario verificare se lo scopo dell'ente non assuma un rilievo personalistico tale da impedire il recesso. Il recesso effettuato senza giusta causa prima dell'eventuale scadenza o senza il rispetto del termine di preavviso indicato dall'art. 24 c.c. è illegittimo. Non si può imporre la presenza del recedente nella vita dell'ente, ma se il recesso comporta un danno patrimoniale all'ente, questo dovrà essere risarcito[242]. Il recesso illegittimo non comporta esecuzione coattiva, ma obbliga al risarcimento del danno causato all'ente. «In difetto di specifiche previsioni statutarie, gli associati non possono accampare diritti né essere chiamati all'adempimento di doveri»[243]. Se la previsione indica obblighi di prestazione o di contribuzione dell'associato, solo in tale misura l'associato sarà tenuto ad adempiervi[244]. Un caso limite è quando l'associato recede al momento

[236] Adunanza 21 marzo 2018, affare 01469/2017, n. 1076/2018, spedito in data 19 aprile 2018, relativo alla richiesta di trasformazione della fondazione Olivieri Pesaro Cultura.

[237] TAMPONI, M., cit., 386.

[238] Cass. 14 maggio 1997, n. 4244, cit., GALGANO, F., cit., 363.

[239] Trib. Trieste 18 gennaio 2000, in *Foro it.,* 2000, I, 2689.

[240] Trib. Udine 18 ottobre 1993, in *Foro it.,* 1994, I, 2918.

[241] SICCHIERO, G., cit., p. 242-243.

[242] SICCHIERO, G., cit., p. 243.

[243] TAMPONI, M., cit., 199; GALGANO, F., cit., 269.

[244] Cass. 11 novembre 2015, n. 23098: «l'adesione ad un'associazione non riconosciuta, presupponendo l'accordo delle parti anche in ordine allo scopo dell'associazione stesso ed alle regole del suo ordinamento interno, comporta l'assoggettamento dell'aderente a siffatte regole nel loro complesso, senza necessità di specifica accettazione ed anche se implichino oneri economici (versamento dei contributi associativi)».

della delibera che stabilisce una spesa o una contribuzione: in questo caso, non si può impedire il sorgere dell'obbligo per l'associato, poiché il recesso non ha carattere retroattivo[245]. Il recesso illegittimo comporta l'obbligo di risarcimento del danno, che può essere commisurato ai contributi dovuti per il periodo in cui il recedente avrebbe dovuto rimanere nell'ente o agli obblighi deliberati per far fronte a impegni di spesa assunti dagli amministratori quando il recedente era associato (Trib. Belluno 15 febbraio 2018)[246]. Dal momento dell'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, la costituzione della fondazione diventa irrevocabile e il fondatore perde ogni legame con il patrimonio, anche se successivamente diventa amministratore o associato dell'ente stesso. La stessa soluzione si applica al patrimonio costituito dopo l'iscrizione della fondazione nel registro delle persone giuridiche[247].Pertanto, il richiamo all'art. 24 c.c. non appare necessario, poiché tale disposizione può servire come regola di chiusura, riferendosi agli eventuali apporti degli associati entrati nel patrimonio della fondazione dopo la sua costituzione. Inoltre, si prevede il divieto di cessione della partecipazione, come avviene per le associazioni. Si tratta di un divieto di cessione della posizione di associato nella fondazione, in quanto "la qualità di associato è in linea di principio intrasmissibile" sia per causa di morte sia per atto tra vivi[248]. La trasmissione può essere eventualmente consentita dall'atto costitutivo[249], se non vi sono interessi superiori contrari; in mancanza di regolamentazione, si applicherà la disciplina dell'art. 1406 c.c., che prevede il consenso degli amministratori della fondazione. La fondazione rimane estranea agli eventuali accordi economici tra i soggetti della cessione[250]. Il recesso di un associato può comportare modifiche statutarie quando lo statuto prevede un numero minimo di partecipanti o riserva una partecipazione al rappresentante di un ente (ad esempio, pubblico) e il recedente è proprio il nominato da questo ente. In questo caso, la modifica dovrà essere approvata dall'autorità amministrativa di controllo e, se la sostituzione del soggetto rende impossibile raggiungere lo scopo della fondazione, può essere prevista la possibilità di sciogliere la fondazione, specialmente se il patrimonio è in formazione progressiva[251]. Se la fondazione può proseguire l'attività senza il soggetto indicato, non si potrà prevedere lo scioglimento della fondazione (lo

[245] Cfr. Cass. 28 ottobre 1982, n. 5641; Cass. 18 settembre 1974, n. 2504; GALGANO, F., cit., 365, che si richiama all'art. 1373 c.c. per esempio *ivi*, 347.

[246] SICCHIERO, G., cit., p. 245.

[247] SICCHIERO, G., cit., p. 245-246.

[248] D'AMBROSIO, M., cit., 212 ss.; GALGANO, F., cit., 353.

[249] GALGANO, F., *ibidem.*

[250] Cass. 20 novembre 1991, n. 12426.

[251] Trib. Belluno 15 febbraio 2018, cit.

scopo prevale sulla composizione soggettiva dell'assemblea)[252]. È escluso che gli amministratori possano nominare il sostituto del soggetto legittimato, poiché, in particolare, nel caso di un ente pubblico, la sua discrezionalità non può essere sostituita in alcun modo[253]. Un altro tema riguarda l'esclusione dell'associato. L'esclusione è la sanzione estrema che pone fine al rapporto tra l'associato e l'ente. Esistono anche sanzioni disciplinari di minore entità[254], come una pena per una specifica violazione o l'esclusione da una o più assemblee. La disciplina dettata per le associazioni riconosciute è estensivamente applicabile all'esclusione dalle assemblee delle fondazioni di partecipazione, a meno che non emerga la necessità di una soluzione diversa. L'art. 24 c.c. prevede che la competenza a deliberare l'esclusione spetti all'assemblea e solo per gravi motivi[255], escludendo la possibilità di un'esclusione *ad nutum*[256] o non motivata[257]. In presenza di gravi motivi, il giudice può esercitare solo un controllo di legittimità[258]. Lo statuto potrebbe affidare la decisione disciplinare (anche minore) a un collegio di probiviri[259], che assume il ruolo di arbitro solo se esterno alla fondazione, derogando la disposizione che riserva la competenza all'assemblea[260]. L'arbitro potrebbe essere anche il fondatore, se rimasto estraneo a ogni organo della fondazione di partecipazione. La decisione non può essere affidata agli amministratori, né all'assemblea o ai probiviri non terzi, poiché questi non possono essere considerati arbitri essendo organi della fondazione, e quindi la decisione sarà sindacabile come tale, e mai come lodo[261].

Si intendono per gravi motivi:

A) Il mancato versamento delle contribuzioni dovute.
B) La ripetuta assenza alle assemblee.
C) La denigrazione degli organi, oltre il legittimo diritto di critica.

---

[252] Non vale per la fondazione il rilievo per cui «l'adesione al gruppo, disciplinata dalle regole individuate nel vincolo associativo, rappresenta la condizione per la soddisfazione dell'interesse ideale» (M. D'AMBROSIO, cit., 211).

[253] DINACCI, G., cit., *sub* art. 16 c.c., 94.

[254] BASILE, M., cit., 351 ss. e GALGANO, F., cit., 389-390.

[255] Cass. 4 settembre 2004, n. 17907.

[256] TAMBURRINO, G., cit., 336.

[257] D'AMBROSIO, M., cit., 230.

[258] TAMPONI, M., cit., 392.

[259] Cass. 28 maggio 2012, n. 8429.

[260] GALGANO, F., cit., 378.

[261] SICCHIERO, G., cit., p. 248-249.

D) Il venir meno dei requisiti di ammissione dell'associato[262].

La gravità delle cause di esclusione può essere stabilita dallo statuto, come in un contratto[263] che preveda una clausola risolutiva espressa, indicando chiaramente il comportamento che determina l'esclusione. L'esclusione prevista dallo statuto opera come esclusione di diritto, indipendentemente dall'adozione di una deliberazione di esclusione[264], salvo la necessità di comunicare l'esclusione per il decorso del termine semestrale di impugnazione[265]. Per quanto riguarda le clausole statutarie che impediscano il ricorso all'autorità giudiziaria contro il provvedimento di espulsione, è prevista la nullità di una clausola che disponga in tal senso[266]. Lo statuto può deferire la controversia sull'esclusione ad arbitri, e la loro decisione può sostituire quella del giudice di primo grado[267] se rituale, valendo altrimenti a titolo contrattuale purché chi decide sia sempre terzo rispetto alle parti in contesa[268]. Il termine di decadenza per impugnare è di sei mesi dalla comunicazione[269] della delibera di espulsione, purché accompagnata dalla motivazione[270] (anche se non analitica), altrimenti il termine non decorre fino a che questa motivazione non sia resa nota. Se l'esclusione è stata illegittima, può essere annullata con conseguente reintegrazione *ex tunc* dell'escluso[271]. L'esclusione illegittima costituisce inadempimento a norma dell'art. 1218 c.c. dello statuto in relazione al diritto dell'associato a rimanere nell'ente, nonché al diritto al risarcimento del danno[272]. Alcuni ritengono che l'esclusione illegittima determini il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, a condizione di dimostrare che il comportamento degli organi associativi sia stato improntato a dolo o colpa, verificando le circostanze del caso concreto. Tuttavia, la violazione riguarda i diritti nascenti dallo statuto e assume la natura di un inadempimento contrattuale, quindi l'esclusione illegittima deve essere ricondotta alla disciplina dell'art. 1218

[262] GALGANO, F., cit., 372-376.

[263] Critica il riferimento a questa disposizione BASILE, M., cit., 352.

[264] GALGANO, F., cit., 379 ss.

[265] GALGANO, F., cit., 380; D'AMBROSIO, M., in E. GABRIELLI (diretto da), *Comm. al c.c.,* Utet, 2011, *sub* art. 24, 236.

[266] TAMPONI, M., cit., 393.

[267] Cass. 30 dicembre 2011, n. 30519.

[268] GALGANO, F., cit., 386-387.

[269] Cass. 10 aprile 2014, n. 8456.

[270] TAMPONI, M., cit., 391.

[271] GALGANO, F., cit., 381; TAMBURRINO, G., cit. 340.

[272] GALGANO, F., cit., 382; TAMPONI, M., cit. 391; TAMBURRINO, G., *ibidem.*

c.c., piuttosto che a quella dell'art. 2043 c.c. Il danno deve essere dimostrato e il *quantum* si determina equitativamente[273] *ex* art. 1226 c.c[274].

2.2 *Fondazioni di partecipazione nel diritto internazionale privato e nel diritto ue*

Nell'epoca moderna, può capitare che un ente dotato di personalità giuridica si trovi a interagire con gli ordinamenti giuridici di altri Paesi. Questo solleva il problema della legge applicabile all'ente straniero e delle condizioni necessarie affinché possa operare in un altro Stato. Il fenomeno degli enti non profit si è ampiamente sviluppato anche oltre i confini nazionali a partire dagli anni '70 del secolo scorso. Una definizione normativa di ente non profit è contenuta nell'art. 73, lett. c, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (testo unico delle imposte sui redditi), secondo il quale sono enti pubblici o privati le organizzazioni non commerciali, diverse dalle società, che non hanno come oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali. Alcuni esempi di organizzazioni non profit nel nostro Paese includono le Organizzazioni Di Volontariato (ODV), le Organizzazioni Non Governative (ONG), le associazioni, le Associazioni di Promozione Sociale (APS), le imprese sociali (incluse le cooperative sociali), le società di mutuo soccorso, gli enti filantropici e le reti di associazioni[275]. Gli enti privati non profit possono assumere diverse forme, tra cui fondazioni, comitati, associazioni, cooperative sociali, casse mutue, circoli e congregazioni. Per queste ragioni, è necessario esaminare la normativa di diritto internazionale privato vigente in Italia, sia nazionale che comunitaria, relativa al riconoscimento delle persone giuridiche, e individuare la legge applicabile in particolare alle fondazioni, consapevoli che le conclusioni raggiunte possono essere applicabili anche alle associazioni e, più in generale, a tutti gli enti non profit del terzo settore. La problematica del diritto internazionale privato relativo agli enti giuridici si basa sul principio generale del loro riconoscimento, espresso o tacito[276]. I criteri di collegamento utilizzati per determinare la legge regolatrice sono tradizionalmente quattro:

A) La nazionalità dell'ente;
B) Il luogo di costituzione;
C) Il luogo della sede;

[273] Cass. 29 luglio 2016, n. 15784.

[274] SICCHIERO, G., cit., p. 251-253.

[275] SICCHIERO, G., cit., p. 383-385.

[276] SICCHIERO, G., cit., p. 385-386.

D) Il luogo dal quale viene esercitato il controllo dell'ente[277].

Il criterio della nazionalità non appare adeguato per le persone giuridiche, tanto che lo stesso trattato istitutivo della CEE, nell'art. 58, attribuendo alle società il diritto di stabilimento, utilizza una nozione diversa e più ampia rispetto a quella della nazionalità. Questo art. fa riferimento alla sede sociale, all'amministrazione centrale o al centro dell'attività principale. Quasi tutti gli Stati europei[278] utilizzano il criterio della «sede effettiva», ossia il luogo in cui vengono esercitate le funzioni direttive e di controllo, distinguendosi dalla sede legale, indicata nello statuto. La sede effettiva è il luogo in cui viene svolta la principale attività dell'ente, tuttavia, vi sono casi in cui questo criterio appare inadeguato: quando gli enti non sono localizzabili in un unico luogo, per le imprese di trasporto, quando vi sono più centri di attività, quando la sede è stabilita in un luogo strategico per convenienza fiscale, ma mantenendo la produzione in un altro luogo[279]. Nei Paesi anglosassoni, si ritiene che agli enti debba essere applicata la legge dello Stato che ha dato loro esistenza legale (c.d. Teoria della costituzione)[280]. Un'altra teoria si basa sulla cittadinanza e la residenza delle persone che hanno il controllo dell'ente e che fanno parte del consiglio di amministrazione (c.d. Teoria del controllo)[281]. Il problema del riconoscimento delle persone giuridiche straniere è stato affrontato per la prima volta davanti alle corti belghe e francesi. Il caso "*Société La France c. Tongre - Hambursin*" fu esaminato inizialmente da una corte belga. La società francese si rivolse al tribunale belga di Namur per recuperare coattivamente dei crediti vantati nei confronti del convenuto, agente della società in Belgio. Il tribunale[282] respinse la domanda poiché, secondo l'art. 37 del *Code de Commerce*, senza l'autorizzazione dell'autorità belga, la società francese doveva considerarsi inesistente. La Corte di Cassazione belga annullò successivamente la sentenza sulla base di tre motivi[283]. In primo luogo, la società francese, in quanto persona giuridica, fu considerata soggetta al paragrafo 3 dell'art. 3 del *Code Civil*, secondo il quale la capacità delle persone è soggetta alla loro legge nazionale; in secondo luogo, perché l'art. 37 del *Code de Commerce* si applicava solo alle società costituite in Belgio e non a quelle validamente costituite in un altro

[277] BALLARINO, T., *I problemi internazionalprivatistici delle società commerciali,* in G. E. COLOMBO, G. B. PORTALE, *Trattato delle società per azioni,* Utet, 1994, 10.

[278] Tranne Olanda e Svizzera.

[279] BALLARINO, T., cit., 12-13.

[280] BALLARINO, T., cit., 13.

[281] BALLARINO, T., cit., 26.

[282] La sentenza fu emessa il 10 giugno 1846.

[283] V. anche Trib. Di Grand sentenza 14 gennaio 1850.

Stato; in terzo luogo, perché il mancato riconoscimento delle società estere in Belgio avrebbe causato un grave danno per il commercio internazionale, con la conseguenza che i cittadini non avrebbero ottenuto l'esecuzione degli accordi stipulati con società estere[284]. Per il procuratore generale presso la Corte di Cassazione, l'unico modo affinché una persona giuridica fosse riconosciuta in un altro Stato sarebbe stato quello di ricostituirsi *ex novo* in esso[285]. Nel 1995, è entrata in vigore in Italia la L. 31 maggio 1995, n. 218, «Riforma del sistema italiano del diritto internazionale privato». Il capo III, composto dal solo art. 25, si riferisce al diritto applicabile alle persone giuridiche. La norma in questione adotta il principio dell'incorporazione, stabilendo che le fondazioni, come ogni altro ente pubblico e privato, sono disciplinate dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il provvedimento di costituzione, salvo l'applicazione della legge italiana se la sede amministrativa è situata in Italia o se qui si trova l'oggetto principale della fondazione[286]. La legge regolatrice disciplina:

A) La natura giuridica della fondazione;
B) La sua denominazione;
C) La sua costituzione;
D) La trasformazione e l'estinzione;
E) La capacità giuridica;
F) La formazione;
G) I poteri e le modalità di funzionamento dei suoi organi;
H) La rappresentanza della fondazione;
I) La responsabilità per le obbligazioni;
J) Le conseguenze per la violazione di legge, dell'atto costitutivo o dello statuto.

Quando una fondazione trasferisce la propria sede all'estero o si fonde con un'altra entità, queste operazioni diventano effettive solo se conformi sia alla legge italiana sia alla legislazione degli altri Stati coinvolti[287]. La regola generale prevede che la legge applicabile alla fondazione sia quella del luogo di costituzione. Tuttavia, se la sede amministrativa o l'oggetto principale dell'attività si trovano in Italia, si applicherà obbligatoriamente la legge italiana. Spesso comunque avviene che il luogo di registrazione coincide con quello di costituzione. La sede amministrativa si riferisce al luogo da cui provengono le decisioni operative dell'ente, ovvero

[284] A. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato,* Giuffrè, 1973, 17-18.

[285] A. SANTA MARIA, cit., 19-21.

[286] SICCHIERO, G., cit., p. 393.

[287] SICCHIERO, G., cit., p. 393.

il punto di origine degli atti che formano la volontà sociale. Questa non necessariamente coincide con la sede legale indicata nello statuto, ma considera anche la sede reale. L'oggetto principale, invece, è il luogo in cui l'attività dell'ente viene prevalentemente svolta, tenendo conto delle modalità concrete di svolgimento dell'attività. Se l'attività è svolta in più paesi, bisogna verificare che quella prevalente si svolga in Italia. L'art. 16 del codice civile disciplina il trattamento delle persone giuridiche straniere secondo il principio di reciprocità[288], prevedendo che una fondazione straniera possa godere degli stessi diritti delle fondazioni italiane, a condizione che le fondazioni italiane godano di uguali diritti nello Stato di origine della fondazione estera. Le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia prevalgono sulla legge di riforma[289]. Inoltre, si applicano i regolamenti dell'Unione Europea, che sono obbligatori in tutti gli Stati membri[290]. Con il Trattato di Amsterdam, è stata attribuita competenza all'Unione Europea di adottare regolamenti e direttive sul diritto applicabile alle fondazioni, con l'obiettivo di uniformare il settore[291]. La riforma del diritto internazionale privato italiano ha legittimato l'istituto del rinvio, applicabile anche nell'individuazione della legge applicabile alle fondazioni. Il "rinvio" garantisce l'uniformità delle decisioni nei vari ordinamenti coinvolti dalla stessa fattispecie. L'art. 30 delle disposizioni preliminari al codice civile del 1865 escludeva il rinvio, affermando che si dovesse applicare la legge richiamata dalle norme di conflitto senza tener conto del rinvio fatto dalla legge stessa ad un'altra legge. Le uniche ipotesi in cui era ammesso il rinvio riguardavano le convenzioni internazionali[292]. Un esempio specifico riguarda il cosiddetto "rinvio oltre accettato" o di secondo grado, disciplinato dall'art. 13, comma 1, della legge 218/1995, che si verifica quando una norma di diritto internazionale privato straniero rinvia alla legislazione di un altro Stato, il quale accetta questo rinvio, creando un meccanismo armonizzato tra gli ordinamenti coinvolti. Il cosiddetto "rinvio indietro" o di primo grado si verifica invece quando l'ordinamento straniero, richiamato da una norma del diritto internazionale privato italiano, rimanda alla legge italiana. L'art. 13, comma 2, della legge 218/1995 esclude tale rinvio nei casi in cui l'applicazione della legge straniera dipenda dalla volontà delle parti coinvolte o riguardi la forma degli atti o la regolamentazione delle obbligazioni non contrattuali. In materia di legge applicabile alle fondazioni, troverà piena applicazione l'istituto generale del rinvio, sia nella forma del rinvio verso l'ordinamento di uno Stato terzo sia nella forma del rinvio indietro all'ordinamento

[288] POCAR, F., *Il nuovo diritto internazionale privato italiano,* Giuffrè, 2002, 5.

[289] Per esempio, la Convenzione di Vienna del 1969 sul Diritto dei Trattati articoli da 31 a 33.

[290] Art. 288 TFUE.

[291] DE CESARI, P., *Diritto internazionale privato dell'Unione europea,* Giappichelli, 2011, 8.

[292] SICCHIERO, G., cit., p. 395.

italiano. Si dovrà innanzitutto verificare quale sia lo Stato nel cui territorio sia stato perfezionato il procedimento di costituzione della fondazione e controllare se in tale ordinamento le norme di diritto internazionale rinviano alla legge di uno Stato terzo o dell'Italia. La disciplina dell'art. 25 della legge n. 218/95 è stata estesa anche alle società, alle associazioni e a ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, includendo anche gli enti privi di personalità giuridica[293]. Nel contesto della riforma, il criterio di collegamento della nazionalità non riveste più un ruolo centrale per determinare la legge applicabile all'ente, ma semplicemente indicherà la legge nazionale alla quale l'ente è sottoposto. Nel caso di un concorso di leggi, italiane e straniere, bisogna verificare in primo luogo la possibilità di un cumulo tra le norme, escludendone il conflitto. In secondo luogo, le norme italiane rilevanti sono solo quelle che attengono all'amministrazione o all'oggetto dell'ente, per la sola parte che riguarda l'oggetto principale. Essendo una norma eccezionale[294], si ritiene che si debbano applicare solo le norme imperative italiane per salvaguardare lo statuto originario dell'ente. In terzo luogo, le norme imperative italiane prevarranno su quelle straniere che eventualmente confliggono. Le norme imperative italiane non potranno essere individuate in astratto, ma in ragione delle specifiche concrete caratteristiche[295] della fattispecie in esame[296]. Le questioni che ricadono nell'ambito di competenza della legge regolatrice dell'ente sono:

A) La natura giuridica;
B) La denominazione o ragione sociale;
C) La costituzione;
D) Trasformazione o estinzione;
E) La capacità;
F) La formazione;
G) I poteri e le modalità di funzionamento degli organi;
H) La rappresentanza dell'ente;
I) Le modalità di acquisto e perdita della qualità di associato o socio e i diritti e obblighi inerenti tale qualità;
J) La responsabilità per le obbligazioni dell'ente;

[293] POCAR, F., cit., 107; BENEDETTELLI, M., *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato,* in *Riv. soc.,* 1997, 1, 45.

[294] L'eccezionalità è confermata dall'espressione «tuttavia».

[295] BENEDETTELLI, M., cit., 90-91.

[296] SICCHIERO, G., cit., p. 402-403.

K) Le conseguenze delle violazioni di legge o dell'atto costitutivo[297].

Questa elencazione si ispira all'art. 155 della legge federale Svizzera sul diritto internazionale privato (c.d. processo di armonizzazione).

Per **natura giuridica** si intende la possibilità di ricondurre l'ente in uno dei tipi previsti dall'ordinamento d'origine. La legge applicabile dovrà stabilire se l'ente possiede la personalità giuridica o meno; dovrà individuare il tipo di istituto, ovvero se costituisce una società, commerciale o meno, una fondazione o una tipologia di ente non conosciuta al nostro sistema.

Denominazione e Ragione Sociale La denominazione o ragione sociale riguarda i diritti dell'ente su segni e nomi, i requisiti a cui questi devono conformarsi, eventuali violazioni di tali diritti e le relative conseguenze.

Costituzione, Trasformazione ed Estinzione Si riferisce a tutti gli eventi che riguardano: il perfezionamento della procedura di nascita dell'ente, le modifiche della struttura organizzativa e l'estinzione dell'ente come autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive.

Formazione, Poteri e Modalità di Funzionamento degli Organi Questa categoria include tutte le questioni relative all'organizzazione dell'ente, ovvero se una determinata questione rientri nella disciplina speciale dello statuto o in quella generale applicabile a tutte le persone fisiche e giuridiche.

Rappresentanza Alcuni autori sostengono che si debba far riferimento all'art. 60 della legge di riforma, anziché al comma 1 dell'art. 25. Tuttavia, tale ipotesi non è accolta, poiché l'art. 60 si riferisce alla rappresentanza volontaria e non a quella organica.

Modalità di Acquisto e Perdita della Qualità di Associato Si occupa di tutte le questioni relative alla qualifica di socio, associato o aderente, e delle situazioni giuridiche attive e passive che ne derivano.

Responsabilità per le Obbligazioni dell'Ente Riguarda la responsabilità patrimoniale e, in particolare, la responsabilità delle persone che partecipano alla vita dell'ente per le obbligazioni assunte dall'ente stesso e la possibilità per i creditori dell'ente di effettuare una

[297] L'elencazione riprende l'art. 155 della legge federale svizzera sul diritto internazionale privato.

compensazione tra debiti e crediti esistenti nei confronti dell'ente e dei suoi soci o amministratori.

Conseguenze delle Violazioni della Legge o dell'Atto Costitutivo Riguarda le violazioni delle norme dello statuto o della legge[298].

Il comma 3 dell'art. 25 disciplina i casi di trasferimento della sede statutaria in un altro Stato e di fusione. In tali circostanze, devono essere rispettate sia le norme del nostro ordinamento sia quelle dello Stato in cui viene fissata la nuova sede o le leggi degli Stati in cui si trovano le sedi degli enti che partecipano alla fusione[299]. Non ci si riferisce solo alle norme dell'ordinamento in cui la sede statutaria viene stabilita, ma anche alla legge del luogo di costituzione[300]. Nel nostro ordinamento, è ammesso il trasferimento all'estero della sede statutaria di una fondazione soggetta al diritto italiano senza che ciò ne determini l'estinzione. Tuttavia, è necessario rispettare le prescrizioni pubblicitarie richieste[301] e ottenere il riconoscimento del trasferimento dallo Stato in cui viene fissata la nuova sede. Anche l'ipotesi contraria è ugualmente ammissibile. Nel caso in cui la fusione avvenga mediante la creazione di una nuova fondazione, sarà necessario verificare anche la legge regolatrice della nuova fondazione. La validità della fusione è subordinata alla legge del luogo di costituzione di ogni ente partecipante, mentre la disciplina degli effetti è soggetta alla valutazione concorde delle leggi competenti. Nell'ipotesi di scissione internazionale, si applica in via analogica la disciplina prevista per le fusioni[302]. A livello europeo, né il Trattato dell'Unione Europea né il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea prevedono una competenza dell'Unione relativa agli enti non profit. Tuttavia, questi sono menzionati nell'art. 54 del TFUE e nell'art. 11 del TUE. L'assenza di una normativa europea comune agli Stati membri ha creato problemi di coordinamento tra le varie discipline nazionali. La Commissione Europea ha affermato che «le associazioni e le fondazioni continuano, come in passato, non solo a preparare il terreno per future politiche sociali e di altro tipo, ma anche a creare un clima politico, sociale e intellettuale favorevole al cambiamento su scala più ampia»[303]. In questo senso, si segnala la rete *Dafne-*

[298] SICCHIERO, G., cit., p. 403-405.

[299] È importante richiamare l'art. 15, il quale stabilisce che la legge straniera debba essere interpretata sulla base dei principi giuridici e canoni interpretativi del proprio ordinamento.

[300] Tale previsione trova applicazione anche nel caso di fusione di due fondazioni che siano localizzate nello stesso Stato, ma che appartengono a ordinamenti giuridici diversi.

[301] DAMASCELLI, D., *I conflitti di legge in materia di società,* Cacucci Editore, 2004, 130-131.

[302] DAMASCELLI, D., cit., 4, 151.

[303] SICCHIERO, G., cit., p. 409-411.

Donors and Foundations Networks in Europe, fondata nel 2005, con 30 membri in 28 paesi europei e rappresentante oltre 10.000 fondazioni ed enti filantropici, e *l'European Foundation Centre*, che costituisce la base delle istituzioni filantropiche europee. Nonostante vari tentativi di unificare la materia, i progetti non hanno avuto seguito. La proposta più importante è stata il regolamento sullo statuto della fondazione europea (2012), richiesto dalla Commissione Europea. La proposta mirava a facilitare le operazioni transfrontaliere delle organizzazioni non profit nell'Unione Europea, individuando nell'art. 352 del TFUE la base giuridica delle forme giuridiche europee. Tuttavia, molti Stati membri hanno espresso dubbi sulla necessità di nuove forme giuridiche europee, costringendo la Commissione a ritirare la proposta nel 2015. Successivamente, su richiesta del Parlamento Europeo, l'avvocato Antonio Fici ha condotto uno studio comparativo[304] delle legislazioni di alcuni paesi europei sulle organizzazioni non profit. La proposta consiste nell'adozione di una direttiva europea per armonizzare la disciplina, stabilendo criteri comuni che ogni ente deve possedere, lasciando ai singoli Stati la possibilità di renderli più stringenti[305]. La commistione realizzata nel corso del tempo tra il Libro I e il Libro V del codice civile ha portato alla nascita di forme ibride, estendendo la normativa internazionalprivatistica prevista per le società anche alle organizzazioni non profit. Queste considerazioni evidenziano la crescente rilevanza delle fondazioni e delle organizzazioni non profit sia nello spazio giuridico europeo sia nel contesto internazionale.

2.3 *Spending review e fondazioni di partecipazione*

Il legislatore, rispondendo alle esigenze di revisione della spesa pubblica, ha introdotto previsioni orientate alla reinternalizzazione dei servizi. Il decreto-legge 6 luglio 2012 n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012 n. 135, noto come *Spending Review*, contiene disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica mantenendo invariati i servizi ai cittadini. Tale disciplina include una serie di misure mirate a superare la tecnica dei cosiddetti "tagli lineari", riducendo la spesa pubblica attraverso interventi volti a diminuire le spese delle amministrazioni centrali, i trasferimenti di risorse agli enti territoriali e le dotazioni di alcuni fondi. La *Spending Review* è entrata in vigore il 15 agosto 2012. L'art. 9, intitolato «razionalizzazione amministrativa, divieto di istituzione e soppressione di enti, agenzie e organismi», al comma 6 vieta agli enti locali di «istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitano una o più funzioni fondamentali e

[304] FICI, A., *A statute for European cross-border associations and non-profit organizations. Potential benefits in the current situation,* Bruxelles, maggio 2021.

[305] SICCHIERO, G., cit., p. 412-413.

funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'art. 118 della Costituzione». Questa disposizione si applica a tutti gli organismi comunque denominati, sollevando la questione se le fondazioni di partecipazione siano incluse nel divieto. L'art. 4, intitolato «riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche», al comma 6 stabiliva che, dal 1 gennaio 2013, le pubbliche amministrazioni possono acquisire a titolo oneroso servizi di qualsiasi tipo, anche in base a convenzioni, da enti di diritto privato esclusivamente attraverso procedure previste dalla normativa nazionale e in conformità con la disciplina comunitaria. Gli enti di diritto privato che forniscono servizi all'amministrazione stessa, anche a titolo gratuito, non possono ricevere contributi a carico delle finanze pubbliche. Sono escluse le fondazioni istituite per promuovere lo sviluppo tecnologico e l'alta formazione tecnologica, nonché gli enti e le associazioni operanti nel campo dei servizi socioassistenziali e dei beni e attività culturali. La Corte dei Conti, sezione di controllo per la Puglia, nel parere n. 97/2012 del 18 ottobre 2012, forniva al sindaco un parere sulla Fondazione della Taranta, costituita da enti locali e regione per la valorizzazione del territorio attraverso la musica popolare e la cultura. La Corte dei Conti ha affermato che, nella misura in cui una fondazione si configuri come strumento di valorizzazione culturale, con finalità di studio, approfondimento e conservazione delle tradizioni locali, non rientrerebbe nel divieto menzionato, essendo esente come ente operante nel campo dei beni e attività culturali. La Corte dei Conti, sezione di controllo per la Toscana, nel parere n. 460/2012 del 12 dicembre 2012, si è espressa sulla richiesta del sindaco di Carmignano riguardo alla limitazione di cui all'art. 9, comma 6, del d.l. 95/2012 per una fondazione che esercita funzioni culturali. La Corte ha affermato che la norma introduce un divieto ampio e generalizzato applicabile a qualunque organismo, incluse le fondazioni. La legge di stabilità del 2014, all'art. 1, comma 562, prevede che al decreto legge 6 luglio 2012 n. 95 siano apportate alcune modifiche, abrogando i commi 1, 2, 3, 3-sexies, 9, 10 e 11 dell'art. 4 e i commi da 1 a 7 dell'art. 9. La Corte dei Conti, sezione di controllo per la Toscana, n. 5 del 2014, ha osservato che il parere negativo espresso nel 2012 derivava dall'applicazione dell'art. 9, comma 6, che vietava agli enti locali di istituire società partecipate, enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitano una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative conferite ai sensi dell'art. 118 della Costituzione. Tuttavia, con l'abrogazione di tale disposizione, il divieto è stato eliminato, consentendo così la possibilità di istituire fondazioni con funzioni culturali

2.4 *Autonomia testamentaria delle fondazioni di partecipazione*

Occorre in ultimo analizzare la possibilità di costituire una fondazione di partecipazione per testamento, esaminando le implicazioni giuridiche e interpretative. Dopo aver definito la natura ibrida delle fondazioni di partecipazione, occorre valutare la compatibilità con l'autonomia testamentaria, evidenziando le differenze con le fondazioni tradizionali. Occorre dapprima analizzare la governance, con particolare attenzione al consiglio di indirizzo e alla partecipazione di più soggetti. successivamente l'analisi deve focalizzarsi sulla forma, la dotazione patrimoniale e le problematiche legate alla nomina degli organi amministrativi. In ultima istanza è necessario esplorare i possibili strumenti per garantire l'effettiva operatività della fondazione costituita per testamento. L'intersezione tra autonomia testamentaria e fondazioni di partecipazione rappresenta un tema di particolare rilevanza nel contesto del diritto civile, perché tocca l'equilibrio tra la volontà del testatore e la struttura giuridica di un ente che, sebbene riconducibile alla figura generale della fondazione, si connota di una particolare componente partecipativa. La possibilità di costituire una fondazione di partecipazione per testamento potrebbe apparire pacifica dato che l'art. 14 comma 2 c.c. sancisce espressamente che le fondazioni possano avere origine testamentaria, questa disposizione testimonia la centralità della fondazione come unica entità non commerciale suscettibile di essere costituita per effetto di un atto unilaterale post mortem. L'applicazione di questo principio generale alla fattispecie delle fondazioni di partecipazione solleva questioni interpretative e sistematiche dovute alla particolarità di questo modello. Le fondazioni di partecipazione si distinguono per l'innesto, nella struttura tradizionale fondativa, di un elemento partecipativo che si manifesta nella previsione di un organo assembleare o di indirizzo, il quale consente a soggetti ulteriori rispetto al fondatore di incidere sulla gestione e sulle scelte strategiche dell'ente, questa particolare configurazione si è sviluppata soprattutto nell'ambito delle fondazioni operanti in settori di interesse pubblico. il modello presenta la stabilità patrimoniale tipica delle fondazioni con una forma di governance aperta e dinamica, proprio questa caratteristica distintiva solleva importanti interrogativi circa la compatibilità della costituzione per testamento di una fondazione di partecipazione.

2.5 La costituzione per testamento delle fondazioni di partecipazione: riflessioni sulla natura della norma e sulla sua applicabilità

La questione della costituzione per testamento delle fondazioni di partecipazione si inserisce in un ampio dibattito sulla natura della disposizione normativa di cui all'art. 14 comma 2 c.c. e sulla sua interpretazione sistematica. Occorre innanzitutto stabilire la qualificazione di tale norma: si tratta di una disposizione che si limita a regolare l'esercizio dell'autonomia negoziale all'interno dell'ordinamento, o siamo invece di fronte ad una norma che, via eccezionale, amplia le possibilità offerte dall'ordinamento giuridico? La distinzione presenta rilevanti conseguenze pratiche. Se la disposizione fosse qualificata come eccezionale, dovrebbe essere oggetto di distretta interpretazione, con il divieto di ogni applicazione analogica e questa impostazione condurrebbe alla necessità di stabilire se la fondazione di partecipazione rientri nella categoria delle fondazioni propriamente dette o se si configuri come ente autonomo. Se si accedesse alla tesi della natura e eccezionale della norma, si potrebbe anche concludere per l'esclusione della possibilità di costituire una fondazione di partecipazione per testamento, almeno nella forma diretta. Ciò in quanto la disposizione di cui all'art. 14 comma 2 c.c., riferendosi alla fondazione in senso stretto, non potrebbe trovare applicazione ad una struttura organizzativa che presenti elementi di carattere associativo e una governance articolata su più livelli. Se invece si ammettesse la natura ordinaria della disposizione in esame, sarebbe possibile sostenere che essa si estenda anche alle fondazioni di partecipazione, consentendone la costituzione per testamento nelle medesime modalità previste per le fondazioni tradizionali. Ad ogni modo anche l'accoglimento della tesi di carattere eccezionale non precluderebbe la possibilità di costituire una fondazione di partecipazione per testamento in via indiretta, attraverso l'imposizione di un onere a carico di un beneficiario della disposizione testamentaria, in tal caso il testatore potrebbe vincolare l'erede o il legatario all'istituzione dell'ente, attribuendogli l'obbligo giuridico di procedere alla costituzione della fondazione di partecipazione secondo modalità e criteri stabiliti nel testamento stesso. Questa soluzione è coerente con il principio per cui il testamento può contenere disposizioni che impongano obblighi di facere a carico dei beneficiari, purché tali obblighi siano leciti e meritevoli. Affinché la costituzione obbligatoria sia efficace, il testatore deve fornire nel proprio testamento un minimo di indicazioni essenziali relative alla struttura dell'ente da costituire, in mancanza di una regolamentazione adeguata, l'obbligo imposto può risultare inattuabile o soggetto a interpretazioni divergenti con il rischio di generare contenziosi in sede di esecuzione testamentaria. Nodo centrale della questione resta la possibilità di costituire una fondazione di partecipazione in via diretta per testamento. sebbene la fondazione di partecipazione si

distingua in modo significativo dalla fondazione in senso tradizionale per la sua peculiare struttura di governance, non può tuttavia ritenersi un ente ontologicamente diverso da essa. A riprova di ciò è sufficiente considerare che la trasformazione di una fondazione in una fondazione di partecipazione non configura una vera e propria mutazione della natura giuridica dell'ente, bensì si realizza mediante una semplice modifica statutaria, senza che ciò comporti la creazione di un nuovo soggetto giuridico. perciò se il nostro ordinamento consente la costituzione diretta di una fondazione per testamento, allora deve ritenersi parimenti ammissibile la costituzione diretta di una fondazione di partecipazione mediante disposizione testamentaria. L'art 14 comma 2 c.c. non costituisce una norma eccezionale, bensì una norma di carattere generale che amplia l'ambito di operatività dell'autonomia testamentaria. La sua non eccezionalità si deduce dal fatto che essa non introduce né un concorso atipico di principi, né un'applicazione anomala di un principio già esistente, bensì si limita a disciplinare un'ipotesi ordinaria di costituzione di enti per testamento. Inoltre, la stessa teoria secondo cui una norma di carattere eccezionale non sarebbe suscettibile di applicazione analogica merita oggi di essere riconsiderata alla luce della moderna ermeneutica giuridica. riconosciuta dunque la possibilità di costituire per testamento in via diretta una fondazione di partecipazione, è necessario approfondire le forme testamentarie idonee a tale finalità (con particolare attenzione al requisito della pubblicità). Occorre stabilire se la costituzione dell'ente possa avvenire solo mediante testamento pubblico o, se anche il testamento olografo e quello segreto possano assolvere a tale funzione. Il principio generale in materie di persone giuridiche impone la necessità di un atto pubblico per la loro costituzione, il che potrebbe far ritenere che il solo testamento pubblico, redatto con l'intervento di un notaio, sia idoneo a soddisfare tale requisito, tuttavia un'analisi più attenta consente di superare quest'impostazione e di giungere a delle conclusioni più articolate. In primo luogo deve richiamarsi il principio di equivalenza delle forme testamentarie, secondo cui ogni testamento, indipendentemente dalla sua modalità di redazione, è idoneo a produrre effetti giuridici compari efficacia. Ne consegue che, se si ammette la possibilità di costituire una fondazione mediante testamento pubblico, lo stesso deve valere anche per le altre forme testamentarie previste dal nostro ordinamento, purché siano rispettati i requisiti essenziali dell'atto. In secondo luogo, va sottolineato che il testamento olografo e quello segreto per poter produrre effetti, devono essere sottoposti ad un procedimento di pubblicazione notarile. attraverso tale procedimento, l'atto viene reso idoneo a spiegare pienamente i suoi effetti giuridici e a soddisfare il requisito di pubblicità richiesto per la costituzione dell'ente, questo passaggio consente al testamento olografo e a quello segreto quella certezza e opponibilità necessarie a garantire la piena validità dell'atto costitutivo della fondazione di partecipazione. Affinché l'ente possa operare in modo efficace e conforme alla volontà del testatore, è

indispensabile che il testamento contenga una disciplina sufficientemente dettagliata, tale da assicurare la chiara definizione della struttura organizzativa e della governance della fondazione, nonché la precisa individuazione della dotazione patrimoniale necessaria al perseguimento dello scopo statutario. In questa prospettiva, la costituzione testamentaria della fondazione di partecipazione, non solo appare pienamente legittima, ma rappresenta l'ulteriore capacità dell'ordinamento giuridico di offrire strumenti flessibili adeguati alle diverse esigenze della realtà sociale ed economica. Un'ultima considerazione riguarda la possibilità di costituire una fondazione di partecipazione mediante testamento per relationem ossia attraverso una disposizione testamentaria che rimandi ad un documento separato contenente lo statuto dell'ente. Questa soluzione è particolarmente vantaggiosa in quanto consente di coniugare l'esigenza di certezza della volontà del testatore con una maggiore flessibilità nella regolamentazione dell'ente. Attraverso questa modalità il testatore potrebbe limitarsi a definire nel testamento gli elementi essenziali della fondazione (come la volontà istitutiva, le finalità perseguite e la dotazione patrimoniale), rinviando ad un atto separato la determinazione dettagliata della struttura organizzativa e delle regole di funzionamento, questa soluzione eviterebbe le rigidità derivanti da una disciplina eccessivamente vincolante, permettendo al contempo di garantire una regolamentazione chiare e conforme alle necessità operative dell'ente.

2.6 *Gli elementi essenziali per la costituzione testamentaria di una fondazione di partecipazione*

Una volta confermata la possibilità di costituire una fondazione di partecipazione mediante testamento, occorre approfondire il tema degli elementi essenziali che devono confluire nella disposizione testamentaria affinché l'ente possa validamente costituirsi e operare. La disposizione di riferimento è l'art. 16 c.c., che elenca i requisiti fondamentali per la costituzione di una fondazione e che deve essere calibrato nel caso di un atto testamentario. L'art. 16 c.c. prescrive che l'atto costitutivo di una fondazione debba contenere, appena di nullità, i seguenti elementi: la denominazione, lo scopo, il patrimonio, la sede, le norme sull'ordinamento e l'amministrazione, nonché i criteri e le modalità di erogazione delle rendite. sono invece considerate eventuali le norme relative all'estinzione, alla devoluzione del patrimonio residuo e alla trasformazione dell'ente. Quando la fondazione viene istituita per atto tra vivi, tali elementi devono necessariamente comparire nella sua struttura costitutiva, risultando imprescindibili per il suo riconoscimento giuridico. La questione è se lo stesso livello

di dettaglio si è richiesto anche nel caso di una fondazione costituita per testamento. A tale disciplina si affiancano le disposizioni contenute nel Codice del Terzo Settore che ripropongono i medesimi elementi con un'unica rilevante eccezione: la necessità che, nell'atto di dotazione, sia prevista la nomina di un organo di controllo (espressamente richiesto dall'art. 30 comma 1 Codice del Terzo Settore). la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato un orientamento, secondo cui nel caso di una fondazione costituita per testamento, gli elementi essenziali richiesti dal testatore possono subire una riduzione rispetto a quelli necessari per un atto costitutivo inter vivos. Il fenomeno riduttivo è dovuto a ragioni di praticità testamentaria, sia per la necessità di garantire l'efficacia della volontà del testatore anche in assenza di una dettagliata previsione. ciò che risulta imprescindibile per la validità della fondazione costituita per testamento è la chiara manifestazione della volontà istitutiva dell'ente, l'indicazione della sua denominazione e la specificazione dello scopo da perseguire. Altri elementi richiesti dall'art. 16 c.c. Possono essere introdotti successivamente mediante atti integrativi, garantendo così l'operatività dell'ente. la necessità di ridurre il carico dispositivo imposto al testatore trova una sua ulteriore giustificazione nella varietà delle forme testamentarie previste dal nostro ordinamento. Nel caso di un testamento pubblico, redatto con l'ausilio di un notaio, è in dubbio che l'atto contenga una dettagliata disciplina dell'ente, comprensiva di tutti i requisiti previsti dall'art. 16 c.c. e dal Codice del Terzo Settore. Diversamente nel testamento olografo o segreto, il testatore potrebbe avere una chiara volontà istitutiva dell'ente, ma non possedere le competenze tecniche necessarie per disciplinarne compiutamente l'organizzazione, in tal caso il ricorso a un atto integrativo successivo risulta essenziale per garantire l'effettiva operatività della fondazione. Un ulteriore profilo di complessità riguarda la questione della dotazione patrimoniale dell'ente costituito per testamento. il problema sorge in considerazione del fatto che al momento dell'apertura della successione l'ente potrebbe essere non ancora giuridicamente esistente, ci si chiede infatti se l'ente si costituisca automaticamente per il solo fatto della disposizione testamentaria o se, sia necessaria un'attività ulteriore affinché esso acquisti personalità giuridica. Secondo una prima impostazione, la fondazione si costituirebbe direttamente per effetto dell'apertura della successione, sulla base della sola volontà del testatore. Questa tesi si fonda sull'idea che il testamento, avendo natura di atto dispositivo e costitutivo, possa essere idoneo a generare direttamente l'ente senza necessità di ulteriori formalità. Questa ricostruzione pone particolari problemi poiché l'ordinamento prevede procedure specifiche per il riconoscimento della personalità giuridica delle fondazioni, che presuppongono il rispetto di determinati requisiti formali e sostanziali. Una seconda tesi, sostiene che l'ente viene esistenza solo nel momento in cui si completano le formalità necessarie per il suo riconoscimento. questa impostazione appare più coerente con l'ordinamento giuridico in quanto garantisce il rispetto

dei requisiti normativi previsti per la costituzione di una fondazione, evitando al contempo l'attribuzione di beni ad un soggetto che, al momento della successione, potrebbe non essere ancora giuridicamente esistente. Una problematica connessa è quella dell'efficacia della disposizione testamentaria attributiva di un bene a favore della fondazione in via di costituzione. È possibile far riferimento ai principi generali in materia di successione testamentaria e in particolare alle norme sulla disposizione a favore di un soggetto non ancora nato. Si può dunque ritenere che la validità dell'attribuzione patrimoniale alla fondazione sia subordinata al completamento del procedimento di riconoscimento dell'ente, in tal modo il bene destinato alla dotazione patrimoniale dell'ente rimarrebbe vincolato fino al completamento delle formalità costitutive, garantendo così l'effettiva realizzazione della volontà del testatore. dunque la costituzione testamentaria di una fondazione di partecipazione richiede un approccio più flessibile rispetto a quella inter vivos ammettendo una riduzione degli elementi essenziali richiesti. La volontà istitutiva dell'ente, l'indicazione dello scopo e la denominazione rappresentano gli elementi imprescindibili affinché la fondazione possa dirsi validamente costituita per testamento. Altri elementi quali la disciplina dell'amministrazione e dell'ordinamento interno, possono essere integrati successivamente con atti complementari, mentre la dotazione patrimoniale deve essere prevista per garantire l'operatività dell'ente. L'interpretazione prevalente subordina l'efficacia della disposizione testamentaria all'effettivo riconoscimento dell'ente, garantendo così la coerenza con la disciplina generale delle persone giuridiche.

2.7 *Il contenuto essenziale della fondazione di partecipazione e le implicazioni della sua costituzione per testamento*

La fondazione di partecipazione costituisce un'eccezione rilevante nel panorama degli enti non profit, le sue peculiarità emergono in modo evidente nell'articolazione dei suoi organi. A differenza delle fondazioni ordinarie, in cui il fondatore destina un patrimonio ad un determinato scopo senza ulteriori interferenze, nella fondazione di partecipazione si riscontra la presenza di un organo di indirizzo o consiglio generale, incaricato di guidare l'ente secondo una logica di controllo e direzione strategica. Tale organo è spesso affiancato da un'assemblea dei partecipanti, da un consiglio di amministrazione con funzioni esecutive e da un collegio scientifico e un organo di controllo ampliando così le dinamiche decisionali dell'ente. Il consiglio generale o comitato di indirizzo e il fulcro della fondazione di partecipazione e rappresenta la principale differenza rispetto alle fondazioni tradizionali. La sua composizione

varia a seconda dello statuto e può includere sia fondatori originari sia nuovi soggetti che abbiano acquisito lo status in virtù di contributi patrimoniali o operativi e la competenza a decidere su nuovi fondatori spetta al consiglio generale o al consiglio di indirizzo. Queste peculiarità generano inevitabilmente implicazioni nella costituzione per testamento di una fondazione di partecipazione. Se, infatti, la principale funzione della fondazione di partecipazione è quella di garantire al fondatore un potere continuativo di indirizzo e controllo, appare evidente che, il fondatore non potrà esercitare in prima persona tale funzione. Di conseguenza, il consiglio generale dovrà essere costituito esclusivamente dai nuovi fondatori designati per testamento o individuati in base a criteri previamente stabiliti dal testatore. In mancanza di tali indicazioni, l'ente potrebbe risultare privo di un organo fondamentale per il suo funzionamento rendendo problematica la sua operatività. Data l'assenza di una regolamentazione normativa specifica, ci si basa principalmente sull'elaborazione dottrinale. In tale contesto, il consiglio generale assume un ruolo centrale, non solo come organo di indirizzo, ma anche come soggetto incaricato di approvare il bilancio, nominare il consiglio di amministrazione il collegio scientifico, deliberare eventuali modifiche statutarie e stabilire i criteri di ammissione per nuovi fondatori e aderenti. La sua funzione è dunque quella di garantire la continuità dell'ente, adattandone la struttura alle necessità operative e agli scopi istituzionali. Alla luce di tali considerazioni, risulta chiaro che nella costituzione di una fondazione di partecipazione per testamento è necessario prevedere disposizioni specifiche per regolare la composizione e il funzionamento del consiglio generale. La volontà costitutiva, la determinazione dello scopo e l'attribuzione del patrimonio non sono elementi sufficienti: occorre indicare i i criteri per la nomina dei nuovi fondatori e per l'ammissione dei soggetti aderenti, in modo da garantire la continuità della governance dell'ente. Qualora il testatore non fornisse indicazioni chiare in merito la fondazione potrebbe risultare priva di una struttura adeguata al suo funzionamento con il rischio di vanificare la volontà istitutiva, in tale circostanza la fondazione di partecipazione potrebbe non costituirsi affatto o potrebbe inizialmente assumere la forma di una fondazione semplice riservandosi la possibilità di essere successivamente convertita in fondazione di partecipazione. L'assenza del fondatore dal consiglio generale costituisce la principale differenza tra una fondazione di partecipazione costituita inter vivos e una costituita per testamento, mentre nella prima ipotesi il fondatore può direttamente influenzare le decisioni strategiche la gestione dell'ente, nella seconda è necessario stabilire i criteri chiari per la successione nella governance. Il testatore dovrebbe dunque esplicitare le modalità di nomina dei membri del consiglio generale e indicare le categorie di soggetti ammessi alla partecipazione come sostenitori o aderenti (ciò preserva la funzionalità dell'ente nel lungo periodo). La costituzione testamentaria di una fondazione di partecipazione

implica una deroga al modello tipico di tale ente, poiché il fondatore non può esercitare direttamente il proprio potere di indirizzo, ciò rende imprescindibile la previsione di norme specifiche sulla composizione del consiglio generale e la designazione dei nuovi fondatori, elementi che costituiscono la chiave di volta per garantire l'effettiva operatività dell'ente

2.8 *Derogabilità delle norme sul comitato nelle fondazioni di partecipazione costituite per testamento*

Uno degli aspetti più importanti nella costituzione testamentaria di una fondazione di partecipazione riguarda la possibilità di derogare alle norme relative al consiglio generale o comitato di indirizzo e alle disposizioni che regolano l'ammissione di nuovi fondatori e la qualificazione degli aderenti. Il consiglio generale o il comitato di indirizzo è spesso concepito attorno alla figura del fondatore, Che ne rappresenta il riferimento essenziale, tuttavia nel caso di una fondazione costituita per testamento, il fondatore è il de cuius, il quale, non può esercitare un controllo diretto sull'ente, ma si limita a lasciare disposizioni di indirizzo. Ne deriva che le norme testamentarie volte a disciplinare la struttura e il funzionamento della fondazione potrebbero assumere un carattere di tendenziale irrevocabilità o essere soggette a limitazioni più stringenti rispetto a quelle previste per un ente costituito inter vivos. Il problema centrale riguarda l'estensione del potere di modifica delle disposizioni testamentarie che definiscono i criteri di ammissione di nuovi fondatori e la composizione del consiglio generale o del comitato di indirizzo. Se si accoglie l'orientamento secondo cui tali norme non hanno meramente funzione organizzativa allora eventuali modifiche successive potrebbero non configurarsi come semplici variazioni statutarie, ma come una vera e propria trasformazione della fondazione. Un simile mutamento implicherebbe che l'ente pur conservando continuità giuridica, cesserebbe di essere espressione diretta della volontà del testatore, alterando in maniera sostanziale la sua configurazione originaria. Dunque appare opportuno sottolineare che le disposizioni testamentarie inerenti agli aspetti strutturali della fondazione di partecipazione devono essere considerate vincolanti nella misura in cui definiscano i tratti essenziali dell'ente, ciò non significa che adattamenti non siano possibili: modifiche rese necessarie da sopravvenienze normative o giustificate da ragioni di proporzionalità e funzionalità devono essere ammissibili. Tuttavia qualunque modifica volontaria a portata dal consiglio generale o dal comitato di indirizzo o altri organi della fondazione, che comporti un'alterazione significativa dei criteri di ammissione o delle regole di governance, deve essere sottoposta ad un'attenta analisi per evitare lo snaturamento della volontà del testatore. In questa prospettiva l'introduzione di un comitato

di indirizzo con poteri specifici e limitati potrebbe costituire un efficace meccanismo di salvaguardia della volontà testamentaria, impedendo che successive modifiche alterino l'impianto originario della fondazione, questo organo potrebbe assumere il ruolo di garante della coerenza statutaria vincolando così le decisioni del consiglio generale e del consiglio di amministrazione. altra soluzione potrebbe consistere nella subordinazione delle modifiche statutarie a condizioni stringenti come l'approvazione da parte di un organo di controllo esterno o la necessità di deliberazioni adottate a maggioranza qualificata. per quanto concerne l'organo amministrativo il suo ruolo appare meno problematico. Le norme relative al collegio sindacale, all'assemblea degli aderenti e alla gestione del patrimonio rientrano fra gli aspetti più strutturali dell'ente, la cui disciplina segue principi consolidati e non pone specifiche criticità nel caso di costituzione per testamento. Le disposizioni inerenti al fondo patrimoniale al fondo di gestione non sollevano questioni di rilievo, trattandosi di elementi essenziali per l'operatività della fondazione, che devono necessariamente essere previsti per garantirne la sostenibilità economica. In conclusione, la possibilità di derogare alle norme sul consiglio generale, sul comitato di indirizzo e sugli altri organi della fondazione di partecipazione deve essere valutata in un'ottica di equilibrio fra stabilità e adattabilità dell'ente. Le disposizioni che definiscono l'identità giuridica dell'ente e i criteri di ammissione dei nuovi fondatori devono essere considerate inderogabili, al fine di evitare che delle successive modifiche né alterino radicalmente la natura. L'adozione di strumenti giuridici di salvaguardia quali un comitato di indirizzo con funzioni di controllo o la previsione di procedure rafforzate per le modifiche statutarie potrebbe rappresentare una soluzione efficace per contemperare l'esigenza di garantire la stabilità dell'ente con quella di preservare la volontà originaria del testatore.

2.9 *La nomina dell'organo di controllo nella fondazione di partecipazione costituita per testamento*

La fondazione di partecipazione, essendo un ente del Terzo Settore, richiede necessariamente la nomina di un organo di controllo, come previsto dall'art. 30 comma 1 del Codice del Terzo Settore. L'assenza di tale organo comporterebbe un vizio essenziale nella costituzione dell'ente, impedendone l'iscrizione al RUNTS. Il problema non si pone nel caso di una costituzione indiretta dell'ente, perché tale modalità implica l'esistenza di un obbligo di costituire la fondazione e l'adempimento di tutti gli atti necessari affinché essa sia conforme ai requisiti normativi. L'art. 22 del Codice Terzo Settore, che elenca gli elementi minimi per la costituzione di un ente, menziona: la denominazione, l'assenza di scopo di lucro, le finalità

civiche, solidaristiche e di utilità sociale, la sede legale, il patrimonio iniziale, le norme sull'amministrazione e l'ordinamento interno, nonché la nomina dei primi componenti degli organi sociali obbligatori, inclusa, la figura del soggetto incaricato della revisione legale dei conti. Nel caso di una fondazione costituita per testamento pubblico, il notaio avrà l'accortezza e la responsabilità di provvedere alla nomina dell'organo di controllo perché in fase di pubblicazione del testamento, sarà tenuto a verificare la presenza di tutti gli elementi necessari per la regolare costituzione dell'ente e la sua successiva iscrizione al RUNTS. L'art. 22 del Codice del Terzo Settore affida espressamente al notaio questa funzione, stabilendo che una volta ricevuto l'atto costitutivo di una fondazione del Terzo Settore o pubblicato il testamento che ne dispone la costituzione, egli debba verificarne la conformità alle disposizioni normative e provvedere al deposito dell'atto presso l'ufficio competente del RUNTS entro 20 giorni. L'ufficio del registro ha accertata la regolarità formale della documentazione procederà all'iscrizione dell'ente. Diverso è il caso in cui la fondazione di partecipazione sia costituita per testamento olografo o segreto, anche qualora il testamento contenesse tutti gli elementi essenziali per la creazione di una fondazione, potrebbe risultare carente per quanto riguarda la nomina dell'organo di controllo, requisiti indispensabile per il riconoscimento della personalità giuridica nel contesto del Terzo Settore. Un problema analogo può verificarsi qualora, nel testamento pubblico, il notaio avesse provveduto alla nomina dell'organo di controllo, ma il soggetto designato fosse deceduto prima dell'effettiva costituzione dell'ente. in questi casi al fine di preservare la volontà testamentaria si può ipotizzare secondo una prima soluzione la costituzione di una fondazione in forma generica, con successiva modifica statutaria volta a convertirla in una fondazione di partecipazione. Quest'operazione potrebbe essere giustificata dal fatto che tale modifica non determinerebbe una vera e propria trasformazione dell'ente, ma bensì un adattamento del suo assetto statutario. una seconda soluzione può consistere nell'inserire nel testamento una disposizione che incarichi un soggetto di fiducia di provvedere a tutti gli adempimenti necessari affinché la fondazione possa essere iscritta al RUNTS, inclusa la nomina dell'organo di controllo. si può ad esempio prevedere una disposizione testamentaria che conferisca un mandato post mortem exequendum, con il quale si incarica un soggetto di compiere tutti gli atti necessari alla costituzione dell'ente o ancora in alternativa si può nominare un esecutore testamentario con un mandato specifico, il quale abbia il compito non solo di dare attuazione alle disposizioni del testatore, ma di designare i soggetti preposti ai ruoli fondamentali della fondazione compreso l'organo di controllo. In tal modo si riuscirebbe a preservare l'integrità della volontà del testatore, ma anche a garantire la piena funzionalità e operatività della fondazione di partecipazione, nel pieno rispetto del quadro normativo vigente.

3 *Conclusioni: bilancio e prospettive sulla costituzione testamentaria delle fondazioni di partecipazione*

La costituzione per testamento delle fondazioni di partecipazione rappresenta una tematica di notevole complessità, che pone interrogativi sull'autonomia testamentaria e le peculiarità strutturali di questo specifico modello organizzativo. L'art. 14 comma 2 c.c. sancisce espressamente la possibilità di costituire una fondazione mediante testamento. Le principali criticità hanno riguardato la necessità di determinare se la norma codicistica in materia di fondazioni sia di carattere generale o eccezionale. L'eventuale qualificazione della norma come eccezionale avrebbe comportato un'interpretazione restrittiva, con possibili limiti alla costituzione per testamento delle fondazioni di partecipazione, in ragione della loro natura ibrida. Tuttavia, si è ritenuto preferibile, adottare una lettura più ampia che consenta la costituzione testamentaria anche per questa tipologia di enti, purché siano soddisfatti i requisiti essenziali previsti dalla normativa vigente. Un ulteriore aspetto di rilievo a riguardato gli elementi essenziali che devono necessariamente confluire nella disposizione testamentaria affinché l'ente possa validamente costituirsi. L'art. 16 c.c. prevede una serie di requisiti minimi per la costituzione di una fondazione e in ambito testamentario tali requisiti possono subire una riduzione, limitandosi alla manifestazione della volontà istitutiva, alla determinazione dello scopo e all'attribuzione patrimoniale minima necessaria per garantire l'operatività dell'ente. Questo principio consente di preservare l'efficacia delle disposizioni testamentarie anche in assenza di una regolamentazione dettagliata, purché vi siano strumenti idonei a completare successivamente la disciplina dell'ente. Per quanto riguarda invece la governance della fondazione di partecipazione costituita per testamento, la peculiarità del consiglio generale di indirizzo, consente la continuità dell'indirizzo strategico dell'ente e solleva la necessità di prevedere disposizioni specifiche per la sua nomina e per l'ammissione dei nuovi fondatori. Nella costituzione inter vivos il fondatore può partecipare attivamente alla gestione dell'ente, mentre in questo caso il de cuius non può esercitare tale funzione, rendendo imprescindibile una regolamentazione chiara sulla composizione iniziale del consiglio e sui criteri di ammissione di nuovi soggetti. Un noto emblematico è emerso in relazione alla possibilità di derogare alle norme stabilite nel testamento sul funzionamento degli organi organi della fondazione. Mentre alcuni elementi dell'assetto organizzativo possono essere oggetto di modifiche invece le disposizioni che definiscono l'identità dell'ente e i criteri di ammissione dei nuovi fondatori devono essere considerate vincolanti, per evitare che venga radicalmente trasformata la volontà del testatore. Si suggeriscono strumenti di salvaguardia come il

conferimento di poteri specifici ad un comitato di indirizzo o la subordinazione delle modifiche a particolari condizioni. Per quanto riguarda la nomina dell'organo di controllo, requisito essenziale per l'iscrizione della fondazione al RUNTS, si è rilevato che, mentre nel testamento pubblico il notaio ha il compito di verificare la conformità dell'atto e i requisiti normativi e di provvedere all'iscrizione dell'ente, nel caso di un testamento olografo si manifesta l'assenza di una nomina diretta dell'organo di controllo. Per superare questi inconvenienti si è prospettata la possibilità di prevedere una disposizione testamentaria che affidi ad un soggetto di fiducia il compito di completare gli adempimenti necessari, o la nomina di un esecutore testamentario con incarichi specifici. Dunque la costituzione per testamento delle fondazioni di partecipazione è un'operazione giuridicamente possibile, che richiede un'attenta predisposizione delle disposizioni testamentarie per garantire l'operatività dell'ente nel rispetto della volontà del testatore. L'attuale quadro normativo, integrato dall'interpretazione sistematica, appare sufficiente a consentire la realizzazione di questa particolare forma di fondazione, bilanciando le esigenze di stabilità dell'ente con la necessità di garantire la partecipazione attiva di più soggetti alla sua governance[1].

[1] BARBA, V., *Fondazioni di partecipazione e autonomia testamentaria,* in *Convegno Le Fondazioni di partecipazione tra sistema e giurisprudenza,* Consiglio Notarile di Roma, venerdì 24 maggio 2024, p. 1-10.

Capitolo III:
1 I controlli amministrativi (p.118)

1.1 Fondazione di partecipazione come partnership pubblico-privata (p.119)

1.2 L'innovazione della fondazione di partecipazione (p.121)

1.3 L'economicità nelle fondazioni (p.123)

1.4 L'economicità e le condizioni di equilibrio (p.125)

1.5 Patrimonio e sistema di finanziamento (p.128)

1.6 Il finanziamento e l'apporto del soggetto pubblico (p.128)

1.7 Le fondazioni di partecipazione con le lenti dell'amministrativista (p.130)

1.8 I controlli pubblicistici sulla vita interna delle fondazioni di partecipazione (p.131)

1.9 I rapporti di partenariato con gli enti pubblici (p.135)

2 I rapporti di partenariato con gli enti pubblici nella disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici (p.139)

2.1 Approfondimento anac in merito alla fondazione Milano-Cortina 2026 del 10 dicembre 2024 (p.141)

2.2 Aspetti penali delle fondazioni di partecipazione (p.152)

CAPITOLO III

1 *I* controlli amministrativi

La vita delle fondazioni di partecipazione è destinata ad incrociarsi con la giustizia amministrativa. Esse entrano in contatto con il potere pubblico in due principali momenti:

A) Durante i controlli di matrice pubblicistica sul funzionamento interno di tale categoria di enti;
B) Per l'instaurazione, secondo logiche di sussidiarietà orizzontale, di rapporti di partenariato con enti pubblici.

La disciplina è frammentata e divisa tra codice civile (art. 25 ss. c.c.), Codice del Terzo Settore e Nuovo Codice dei Contratti Pubblici. La sua messa a sistema impone uno sforzo interpretativo con un approccio necessariamente trasversale tra diritto civile e amministrativo. Nell'esercitare i poteri di controllo che le spettano l'amministrazione è privata di qualsiasi forma di discrezionalità, che invece nel passato si riconosceva già dal momento del riconoscimento[2]. In letteratura si è detto che «il controllo sfociante nell'annullamento si traduce in un sindacato di mera legittimità» e questa conclusione vale, anche laddove si formi un silenzio-annullamento quale quelle indicato dall'art. uno comma sei D.P.R. n. 361/2000. La legittimità attiene all'esercizio dei poteri attribuiti dallo statuto agli organi interni; all'assenza dei vizi di contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume nonché all'atto di fondazione. La giurisprudenza amministrativa ha affermato che «l'autorità vigilante non si pone rispetto alla fondazione in termini di supremazia gerarchica. In effetti l'autorità vigilante, come affermato dalla prevalente giurisprudenza e dottrina non ha alcun potere di indirizzo delle fondazioni, ne può imporre ad esse modalità organizzative diverse da quelle liberamente prescelte, ma può solo intervenire a normalizzarne la situazione laddove si verifichi una delle ipotesi di cui all'art. 25»[3]. Questa lettura certamente è rispettosa dell'autonomia dell'ente e vuole sottolineare come «i poteri dell'autorità amministrativa esprimano non una funzione di tutela nel merito, o di controllo sulla mera opportunità delle determinazioni o gestionale o di indirizzo, ma piuttosto una funzione di vigilanza, cioè di controllo di legittimità rispetto alla legge e all'atto di fondazione»[4]. Si è peraltro evidenziato come il potere previsto dall'art. 25 c.c. Di sciogliere l'organo amministrativo che abbia agito in contrasto con lo scopo della fondazione

[2] TAMBURRINO, G., cit., 233, 237.

[3] Cons. St., V, 291, 19 aprile 1974; Cons. St., sez. IV, sentenza 17 giugno 2003, n. 3405.

[4] TAR Sicilia, Palermo, 12 settembre 2019, n. 2178; Cons. St. 13 luglio 2018, n. 4288.

«sembrano escludere che l'autorità governativa possa anche verificare la convenienza dell'attività degli amministratori in relazione allo scopo dell'ente»[5]. Questa lettura non è però condivisibile perché l'amministrazione non può sostituirsi agli amministratori, può semmai sostituire gli amministratori, a patto che vi sia a fronte di una valutazione ex ante un pericolo manifesto nell'attuazione di una delibera[6]. L'unica ipotesi di discrezionalità che ancora rimane, è quella che consente all'amministrazione di provvedere alla trasformazione della fondazione anziché alla sua estinzione, nel caso di esaurimento o sopraggiunte impossibilità dello scopo ex art. 28 c.c.. Il controllo deve essere inteso rispetto alle delibere degli amministratori o, se previste dallo statuto, dell'assemblea che tengano al funzionamento della fondazione e al perseguimento del suo scopo, non a vicende interne per le quali la giurisdizione è quella ordinaria[7].

1.1 F*ondazione di partecipazione come partnership pubblico-privata*

Le fondazioni rappresentano un istituto giuridico in evoluzione, nel quale convergono interessi di natura pubblica e privata[8]. In particolare, la fondazione di partecipazione, istituto sviluppatosi negli ultimi vent'anni, viene inclusa fra gli strumenti di partenariato pubblico privato[9], finalizzate da un lato a contenere la spesa pubblica, dall'altro a perseguire obiettivi di managerializzazione, facendo così coesistere insieme profili privatistici e pubblicistici[10]. Questa partnership di natura ibrida, pubblica e privata, presenta due caratteristiche:

Presuppone che in una determinata iniziativa, vengano messi a disposizione risorse pubbliche;

A) Presuppone che nel medesimo processo affluiscano risorse provenienti dal settore privato, queste ultime possono non essere solo risorse finanziarie ma

[5] DINACCI, G., *Comm. al c.c.,* cit., *sub* art. 25 c.c., 251.

[6] SICCHIERO, G., cit., p. 79.

[7] SICCHIERO, G., cit., p. 79-80.

[8] PRELE, C., *La fondazione: evoluzione giuridica di un istituto alla ribalta,* Fondazione Giovanni Agnelli 2007.

[9] PONTELLO, T., *Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione dei beni e servizi culturali e le società di capitali ad oggetto culturale,* in M. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste,* Editoriale Scientifica, 2009, 317 ss.

[10] SICCHIERO, G., cit., p. 147-148.

anche competenze specifiche che un'impresa o più imprese insieme mettono a disposizione per lo sviluppo di una iniziativa[11].

La ragione della nascita delle partnership tra pubblico e privato, da un lato è dovuta alla scarsità delle risorse finanziarie, a fronte di un crescente fabbisogno di investimenti nel settore pubblico, e dall'altro dal radicato convincimento che il soggetto privato possiede una maggiore capacità e flessibilità organizzativa per rispondere in maniera più efficace ed efficiente alle aspettative dell'utenza. Nel corso del tempo si sono distinte tre tipologie di collaborazioni:

A) Le collaborazioni informali;
B) Le collaborazioni contrattuali;
C) Le collaborazioni informali[12].

Le collaborazioni informali sono generalmente caratterizzate da un basso livello di strutturazione nel quale il soggetto pubblico svolge il ruolo principale oltreché per la particolarità delle transazioni poste in essere e per il corpo radicamento nel contesto territoriale di riferimento. Le collaborazioni contrattuali si basano sulla stesura di contratti con soggetti selezionati mediante gara ad evidenza pubblica; in tal modo consentono al soggetto pubblico benefici di ordine strategico organizzativo, economico o operativo, come il contenimento dei costi operativi, la maggiore flessibilità, un maggiore potere contrattuale con i fornitori, l'incremento della reputazione sociale. In questi casi è previsto anche un sistema di incentivi e sanzioni. Le collaborazioni informali, infine, hanno prevalentemente una valenza di tipo organizzativo e danno luogo in maniera esplicita alla fusione di interessi pubblici e privati in una nuova entità che, dal punto di vista giuridico, può assumere forme e caratteristiche diverse[13].

1.2 L'innovazione della fondazione di partecipazione

Le fondazioni di partecipazione rappresentano istituzioni partecipate da una pluralità di soggetti, sia di matrice pubblica, sia di matrice privata, che si prefiggono di perseguire in maniera coordinata un particolare scopo di utilità pubblica[14]. La fondazione di partecipazione

[11] SICCHIERO, G., cit., p. 148.

[12] CUCCURULLO, C., *Le collaborazioni tra pubblico e privato in sanità. Meccanismi di governance,* Cedam, 2005.

[13] SICCHIERO, G., cit., p. 149.

[14] SICCHIERO, G., cit., p. 150.

dunque scostandosi dei precedenti modelli di fondazione costituisce uno degli esempi di cambiamento nel sistema di *welfare*, in grado di movimentare cospicui flussi di risorse finanziarie, di integrare e talvolta sostituire l'azione dello Stato, di regioni ed enti locali nel perseguire finalità di interesse pubblico, e di offrire forme organizzative maggiormente flessibili non soggette ai rigidi vincoli delle amministrazioni pubbliche. Va aggiunta la maggiore attitudine di queste istituzioni nel gestire le attività e le funzioni affidate all'insegna di una maggiore efficacia, efficienza ed economicità. La costituzione di una fondazione di partecipazione da parte di un ente locale, per esempio, potrebbe rappresentare la scelta di una "formula istituzionale" mista tra formula imprenditoriale, redistributiva e contrattuale. Anche le società possono rappresentare un connubio tra pubblico e privato, ma non si prestano alle modalità partecipative e alla capacità di essere destinatarie di finanziamenti, quanto le fondazioni, sganciate dalle logiche di mercato[15]. L'ente pubblico dunque può decidere di dar vita ad un'entità autonoma, con una propria personalità giuridica e di attribuirle un fondo di dotazione che costituisca le condizioni operative, imponendo il rispetto di un equilibrio economico nello svolgimento di attività che abbiano una spiccata rilevanza sociale; dall'altro lato lo stesso ente pubblico può scegliere una figura ibrida, per quanto riguarda la composizione del soggetto giuridico, che consenta elasticità nell'attrarre finanziamenti e stipulando un accordo consistente nel cosiddetto contratto di servizio, per la gestione dei servizi affidati, fissandone il raggio d'azione, la responsabilità, le finalità e la durata[16]. La fondazione di partecipazione dunque in grado di coinvolgere una pluralità di soggetti giuridici perché successivamente alla costituzione, possono aderire altri soggetti a diverso titolo, permettendo la compresenza di enti pubblici territoriali o privati, anche in momenti diversi e non per l'intera durata dell'istituzione. Sono diversi gli autori che ritengono che queste istituzioni appartengano al settore privato, a differenza di quelle che normalmente vengono indicate come fondazioni di diritto pubblico[17] e inizialmente anche la giurisprudenza civile, amministrativa e della Corte dei Conti aveva avvalorato questa interpretazione[18], ma sul punto è intervenuto un importante arresto dell'ANAC di cui si dirà in seguito.[19] La scelta di avvalersi della forma delle fondazioni

[15] SICCHIERO, G., cit., p. 150.

[16] SICCHIERO, G., cit., p. 151; Cfr. ZAN, L., *Economia dei musei e retorica del management,* Electa, 2003.

[17] CHITI, M., *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario,* in *Quaderni della Fondazione del Notariato,* Atti del Convegno tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006.

[18] Cfr. C. conti Lombardia, sez. contr., delib., 5 novembre 2014, n. 279.

[19] SICCHIERO, G., cit., p. 151-152.

di partecipazione è dovuta ad una principale ragione, la scelta degli enti pubblici di utilizzare la fondazione di partecipazione come strumento di *contracting out*, ovvero di assegnazione ad un'entità esterna di attività svolte tradizionalmente all'interno, come forma di esternalizzazione delle attività. A riguardo è stato importante l'intervento della corte dei conti del Friuli Venezia Giulia con la deliberazione n. 22/2019 che ha stabilito che gli enti locali possano costituire fondazioni di partecipazione ad alcune condizioni. Queste condizioni includono il requisito che la costituzione e il finanziamento delle fondazioni non depauperano il patrimonio comunale e che i fondi pubblici vengano utilizzati correttamente. Questa forma di partenariato pubblico privato può assumere forma contrattuale, mediante un accordo che mantiene autonome le parti aderenti alla partnership o forma istituzionale della società mista, in cui gli interessi si fondono in un nuovo soggetto giuridico[20]. In questo secondo caso si fa riferimento ad un partenariato pubblico privato istituzionalizzato, mediante la creazione di una nuova entità giuridica, in cui il socio di minoranza deve essere scelto mediante una procedura di evidenza pubblica, per la gestione di uno specifico servizio per un tempo determinato[21].

1.*3 L*'economicità nelle fondazioni

È importante distinguere le diverse tipologie di fondazioni in base alle forme e ai modi utilizzati per raggiungere lo scopo prefissato. La principale distinzione che deve essere fatta è tra "fondazioni operative" e "fondazioni erogative". Le fondazioni operative nascono nel diritto romano ai tempi di Giustiniano, successivamente si sviluppano con le Opere Pie e nelle istituzioni caritatevoli tipiche del medioevo[22]. Generalmente costituite da un vasto patrimonio costituito principalmente da immobili[23]. Per quanto riguarda la realtà patrimoniale, le fondazioni operative sono caratterizzate dal fatto che il capitale investito dall'azienda fondatrice non rappresenta la principale fonte di reddito, ma solo una sua parte. I servizi e le attività erogate dalla fondazione sono strettamente collegate alla sua capacità di generare ricavi e proventi capaci di controbilanciare i costi, oltre ad integrare il capitale disponibile con la raccolta di donazioni. Talvolta la presenza di una struttura che può non essere di proprietà, come ad esempio nel caso di convenzioni con enti pubblici, porta a molteplici problemi di gestione come elevati costi di funzionamento e del personale. Le fondazioni erogative sono invece conosciute

[20] Cfr. *Libro verde sulle partnership di tipo pubblico-privato e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.*

[21] SICCHIERO, G., cit., p. 152-153.

[22] SICCHIERO, G., cit., p. 153.

[23] BARBETTA, G.P., *Le fondazioni. Il motore finanziario del terzo settore,* Il Mulino, 2013.

per essere fondazioni che non erogano direttamente servizi, ma utilizzano il loro patrimonio per finanziare progetti e attività, anche proposte da altri soggetti, i cui valori vengono riconosciuti come affini agli scopi statutari. Sia in questo caso la progettazione diretta di iniziative che vengono svolte in collaborazione con altri soggetti, enti ed organizzazioni non profit. Possono erogare donazioni, contributi e sussidi in base alle richieste esterne e sono in grado di promuovere bandi e progetti. Esistono tre possibili approcci delle fondazioni erogative[24]:

A) Sperimentare, puntando a strategie innovative per rispondere a problemi e bisogni ancora irrisolti;
B) Sponsorizzare, attraverso il finanziamento di progetti o enti il cui valore può migliorare l'immagine e l'importanza sociale della fondazione;
C) Fungere da enti risolutori, utilizzando il finanziamento e la collaborazione allo scopo di realizzare i progetti per rispondere a specifiche esigenze e bisogni sul piano locale.

Le fondazioni erogative possono presentare modalità differenti di costituzione poiché la donazione originaria può provenire da un'impresa (*corporate Foundations*) oppure da un donatore specificamente riconoscibile, sia esso una famiglia o un individuo (donazioni indipendenti). La mancanza di una stabile organizzazione permette di evitare i tipici problemi di gestione delle fondazioni, ma il finanziare altri soggetti mette in risalto diversi elementi critici:

A) Rendimento del patrimonio;
B) Incremento delle donazioni da parte di terzi;
C) Selezione di soggetti più meritevoli di finanziamento;
D) Valutazione di convenienza fra il metodo dei "contributi a pioggia" (poche risorse a tanti soggetti) e quello della "massa critica" (pochi obiettivi con ingenti risorse per ciascuno).

A questa categoria appartengono le fondazioni bancarie[25]. Una tipologia intermedia è quella delle fondazioni di comunità, finanziate da una molteplicità di donatori e caratterizzate da un ambito di attività territorialmente limitato. Svolgono un ruolo di catalizzatore di risorse perché riescono a coinvolgere gran parte della comunità locale (comune, provincia o regione) grazie all'autorevolezza dei fondatori o degli amministratori che pongono la propria immagine

[24] BARBETTA, G.P., *op. cit.*

[25] Le fondazioni di origine bancaria sono regolate dalle ll. n. 218/1990 e n. 461/1998 e dal d.lgs. n. 153/1999.

a garanzia dell'affidabilità dell'ente e della diretta destinazione delle risorse agli scopi dichiarati. Gli individui donano risorse ad una struttura che ne garantisce il riutilizzo nell'ambito della stessa collettività, ma questa tipologia di organizzazione presenta gli stessi problemi gestionali delle fondazioni di erogazione[26].

1.4 *L*'economicità e le condizioni di equilibrio

Il principio di economicità trova applicazione nell'istituto delle fondazioni, esso va a compendiare altri due importanti principi dell'autonomia e della durabilità. Ciascun tipo di azienda persegue finalità istituzionali di diversa natura, che pur differenti, richiedono comunque che l'azienda possa durare nel tempo in un ambiente mutevole e svolgere la sua azione in modo relativamente autonomo, dal punto di vista economico e finanziario. L'autonomia garantisce la capacità dell'azienda di essere sganciata da influenze decisionali esterne e pressioni che possono modificarne le finalità istituzionali. Economicità e autonomia sono requisiti complementari nel raggiungimento dei fini aziendali[27]. La fondazione in linea generale si caratterizza per la disponibilità di un patrimonio destinato ad una finalità socialmente rilevante, ma anche in questo caso l'equilibrio, che l'economicità sottende deve essere esaminato sotto diversi profili, quello economico e la sua capacità di legarsi all'equilibrio patrimoniale. L'equilibrio economico è dato «dall'attitudine dell'azienda ad operare in condizioni che consentano almeno di ripristinare la ricchezza consumata nello svolgimento della gestione»[28]. Anche in un'azienda non profit, come una fondazione, il monitoraggio della condizione di economicità consente di compensare le risorse consumate[29]. L'equilibrio economico, nella sua composizione tradizionale, è normalmente influenzato dalla gestione della produzione, dei trasferimenti in uscita o in entrata, dalla gestione patrimoniale e gestione finanziaria comprendente operazioni volte al reperimento e al rimborso di risorse sia a titolo di capitale proprio che a titolo di capitale di terzi. Dunque la gestione patrimoniale nelle fondazioni ha un peso rilevante ed è costituita da un ciclo di operazioni che ha inizio con degli investimenti estranei all'attività produttiva attraverso l'acquisto di titoli, partecipazioni, immobili o la concessione di crediti finanziari; durante il suo svolgimento invece genera dei proventi e costi per il mantenimento degli investimenti e può culminare con lo smobilizzo degli investimenti.

---

[26] SICCHIERO, G., cit., p. 154-156.

[27] SICCHIERO, G., cit., p. 156-157.

[28] CAPOZZI, M., MANETTI, G., *Pianificazione e controllo per le aziende non profit. Valutazioni di efficacia, efficienza, economicità ed impatto socio-economico,* FrancoAngeli, 2011.

[29] SICCHIERO, G., cit., p. 157.

Nelle fondazioni operative, che erogano servizi di pubblica utilità, gli elementi che influiscono sull'equilibrio economico sono principalmente gli investimenti funzionali alla gestione della produzione e solo in modo residuo gli investimenti potenzialmente in grado di generare reddito[30]. Il raggiungimento dell'equilibrio economico nelle fondazioni operative comporta condizioni in parte assimilabili a quelle delle associazioni o delle organizzazioni di volontariato, in quanto la possibilità di ripristinare le risorse consumate dipende dall'entità dei trasferimenti ricevuti, ma a questo equilibrio con contribuiscono anche proventi di carattere patrimoniale. Invece nelle fondazioni di tipo erogativo cambia l'equilibrio economico, le fondazioni erogative infatti si caratterizzano per il fatto di operare rilevanti trasferimenti in uscita, come da evoluzioni finalizzate al finanziamento di progetti delegati ad altre aziende. Il ripristino della ricchezza avviene principalmente mediante la riscossione di proventi che derivano dalla gestione di investimenti di tipo patrimoniale, per esempio investimenti in titoli o immobili. In questo caso i trasferimenti in entrata hanno una rilevanza trascurabile e anche il costo dell'indebitamento finanziario ha un peso trascurabile, dunque l'equilibrio economico dipende dalla capacità di commisurare i trasferimenti verso terzi ai proventi che derivano al netto dei relativi costi dalla gestione patrimoniale[31]. Da quanto fin qui elaborato, si può comprendere come le fondazioni di partecipazione si presentino più come delle fondazioni aventi carattere operativo, pur non potendo escludere le potenzialità erogative, attraverso meccanismi di riassegnazione delle risorse[32]. La fondazione di partecipazione ha la possibilità di attingere a più fonti finanziarie, sia attraverso il patrimonio nella sua componente fissa data dal fondo di dotazione, sia nella componente variabile costituita dal fondo di gestione, sia attraverso forme di trasferimenti provenienti da altri enti e/o imprese, sia mediante veri e proprie partecipazioni da parte di enti pubblici o privati che non si configurano come *sponsorship* ma prevedono la partecipazione di più soggetti. La partecipazione di imprese o altre organizzazioni o ancora di aziende pubbliche, movimento l'affluenza di risorse in entrata con una contestuale pretesa di partecipazione al processo decisionale e al sistema di governo, ma non in tutte le fondazioni di partecipazioni i soggetti partecipanti acquisiscono potere decisionale. Si possono prevedere i divieti statutari che impediscano ai soggetti esterni o intervenuti successivamente al momento della fondazione, di esprimersi attraverso il voto, pur essendo chiamati, a partecipare alle

[30] SICCHIERO, G., cit., p. 158.

[31] SICCHIERO, G., cit., p. 159.

[32] SICCHIERO, G., cit., p. 159.

riunioni dei comitati direttivi in qualità di sostenitori della fondazione[33]. La fondazione di partecipazione si comporta, sotto il profilo gestionale, come una fondazione operativa, in cui una parte consistente delle risorse affluirà attraverso trasferimenti in entrata consistenti in donazioni e contributi a fondo perduto ed evoluzioni finalizzate provenienti da soggetti, pubblici e/o privati che di volta in volta entrarono a far parte della fondazione. Il consumo delle risorse e della ricchezza avviene principalmente per:

A) Il costo del personale;
B) Il costo degli altri fattori produttivi;
C) Costi di gestione degli investimenti patrimoniali svalutazioni e minusvalenze;
D) Oneri finanziari.

La voce dei trasferimenti si compone invece delle evoluzioni finalizzate e delle donazioni e contributi a fondo perduto. Il ripristino delle risorse e della ricchezza avviene principalmente attraverso:

A) Quote associative;
B) Proventi o ricavi della cessione di beni e servizi;
C) Evoluzioni finalizzate e donazioni e contributi a fondo perduto;
D) Proventi patrimoniali (interessi attivi, dividendi, canoni di locazione);
E) Plusvalenze.

La quota da versare a titolo di quota associativa da diritto in alcuni casi nella fondazione di partecipazione alla acquisizione del titolo di socio fondatore e conseguentemente legittima la partecipazione al consiglio direttivo o all'organo corrispondente. Tale quota si è versata annualmente, assumerebbe il significato di provento della gestione e non equivarrebbe più ad un trasferimento come risultato di un atto di liberalità, essendo poi sottoposto ad un trattamento fiscale differente[34].

1.5 Patrimonio e sistema di finanziamento

La composizione del patrimonio, nelle fondazioni di partecipazione, è indicativa delle modalità con cui l'istituzione si comporta sotto il profilo gestionale e sotto il profilo economico

[33] FLORIAN, F., *La fondazione di partecipazione, le fondazioni tradizionali, le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi,* Atti del Convegno tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato,* 2007, suppl. al n. 2.

[34] SICCHIERO, G., cit., p. 160-161.

finanziario, riuscendo ad acquisire incrementi di ricchezza che le consentono di perseguire i suoi fini istituzionali. lo scopo dunque del fondo di dotazione è pertanto quello di fornire una fonte stabile di reddito per le attività e i progetti della fondazione. Il patrimonio deve essere distinto nelle due principali componenti:

A) Patrimonio indisponibile;
B) Patrimonio disponibile.

Il patrimonio indisponibile è composto dal fondo di dotazione dell'ente, generalmente utilizzabile per la copertura di disavanzi di gestione con obbligo di ricostituzione dello stesso. Il patrimonio disponibile si distingue in patrimonio vincolato e patrimonio non vincolato. Il patrimonio vincolato è formato da fondi adoperabili solo per specifiche iniziative con il vincolo dell'uso. Il patrimonio non vincolato è invece costituito da fondi utilizzabili per le iniziative dell'ente a discrezione degli amministratori. Un importante elemento di distinzione rispetto alle fondazioni tradizionali è dato dal fatto che il conferimento di risorse e beni al momento della costituzione da parte dei fondatori, non interrompe il rapporto fra i fondatori e l'istituzione come invece avviene nella fondazione tradizionale[35]. I fondatori perdono la proprietà dei beni conferiti e ogni diritto al recupero delle risorse destinate ma continuano ad esercitare un controllo sulle sue attività, partecipando attivamente alla gestione della fondazione, alla nomina e composizione degli organi, secondo le regole prestabilite e consentendo una diffusa partecipazione che sarà legata perlopiù all'attrattività della fondazione stessa nei confronti di soggetti pubblici e privati. Nella fondazione di partecipazione al principale atto di liberalità con cui i fondatori costituiscono l'ente possono aggregarsi successivamente nuovi contributi e conferimenti da parte di soggetti pubblici e privati[36], si ha dunque una conformazione aperta del patrimonio[37].

1.6 Il finanziamento e l'apporto del soggetto pubblico

Al fine di comprendere le modalità con cui gli enti pubblici erogano finanziamenti alle fondazioni è importante inquadrare in generale il sistema di finanziamento delle fondazioni nelle sue diverse componenti di matrice pubblica e privata. La fondazione è una tipologia di organizzazione dotata di un patrimonio proprio che ne consente l'operatività e il perseguimento di un fini istituzionale di tipo non economico. La fondazione di partecipazione in questo non si

[35] C. conti Lombardia, sez, contr., delib. 5 novembre 2014, n. 279.

[36] Cons. St., parere 288/2000 del 20 dicembre 2000.

[37] SICCHIERO, G., cit., p. 162-164.

scosta dall'impianto giuridico di riferimento delle fondazioni, ma semplicemente ne estende la portata. La fondazione di partecipazione secondo alcuni consolidati pareri dottrinali può oltretutto esistere senza necessariamente essere dotata di fonti finanziarie adeguate allo scopo, purché sia messa nelle condizioni di reperirle nel tempo[38]. Il patrimonio solitamente è costituito da erogazioni e contributi di soggetti pubblici e/o privati, siano questi sotto forme di denaro o conferimenti di diritti obbligatori, o ancora di beni mobili o immobili. Il patrimonio delle fondazioni può essere integrato anche da sovvenzioni erogate dallo Stato a titolo di contributo per il funzionamento o di sussidio per l'attività di enti e istituzioni private. una delle questioni più dibattute riguarda la partecipazione dell'ente pubblico che mi vuole la costituzione o nel caso di fondazione di partecipazione già esistente. Per quanto riguarda il primo caso, la scelta dell'ente di costituire una fondazione di partecipazione, può essere dovuta alle prospettive di economicità, efficace ed efficienza per il raggiungimento delle ragioni di pubblico interesse. in alcuni casi questa costituzione è strumento di attuazione di sussidiarietà orizzontale di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost. La fondazione di partecipazione prevede quasi costantemente la collaborazione tra soggetti pubblici e soggetti privati. Nel caso in cui la pubblica amministrazione costituisca la fondazione deve giustificare la scelta del modello giuridico della fondazione, anziché di quello societario o di altre forme previste dall'ordinamento come ad esempio l'azienda speciale. Il provvedimento di costituzione deve specificare le ragioni di interesse pubblico, gli obiettivi di economicità ed efficacia, e deve valutare gli impatti finanziari e gestionali sul bilancio dell'ente locale, al fine di garantire la corretta gestione dei fondi pubblici e la salvaguardia del patrimonio dell'ente pubblico stesso. La seconda possibilità è data dal fatto che l'ente pubblico possa decidere di aderire ad una fondazione già esistente. L'ente pubblico può deliberare di aderire alla fondazione con uno status che dipende dai tipi di soci previsti dal relativo statuto. La peculiarità della partecipazione dell'ente pubblico alla fondazione di partecipazione pone delle questioni relative al comportamento che l'ente pubblico dovrà tenere nei confronti della fondazione, soprattutto in termini di:

A) Garanzia del rispetto dell'equilibrio economico finanziario;
B) Verifica dell'eventuale applicazione del codice degli appalti e dei contratti pubblici qualora la partecipazione da parte dell'ente pubblico fosse totalitaria e la fondazione venisse qualificarsi come fondazione di diritto pubblico;

[38] SICCHIERO, G., *Le fondazioni di partecipazione,* in *Contratto e Impresa,* 2020, I, 1, 37.

C) La struttura dei controlli legata che potrebbe essere estensiva dei controlli effettuati nell'ente pubblico in questione[39].

Per quanto riguarda la garanzia dell'equilibrio economico finanziario, l'attenzione dell'ente pubblico fondatore deve essere di conservazione del fondo di dotazione come parte stabile del patrimonio della fondazione e lo sviluppo di una capacità attrattiva della fondazione nei confronti di soggetti pubblici e/o privati disposti ad offrire periodici contributi a sostegno delle attività svolte. Con riferimento all'obbligo o meno dell'utilizzo del codice degli appalti, la regola principale consisterà nel verificare che la fondazione nella sua conformazione non rischi di essere assoggettata alle norme del diritto pubblico. La questione riguarda la possibile appartenenza delle fondazioni di partecipazione alla categoria di fondazioni di diritto pubblico[40]. In questo caso una volta accertata la presenza condizionante della pubblica amministrazione la fondazione risulterebbe obbligata ad ottemperare a norme e regole tipiche dell'ente pubblico di riferimento restando esclusa anche dal novero degli enti del terzo settore con i benefici che ne possano derivare[41]. Una migliore qualificazione giuridico contabile degli apporti e dei contributi come elargizioni piuttosto che come partecipazioni, potrebbe essere determinante per chiarire la posizione e la natura della fondazione di partecipazione[42].

1.7 L*e fondazioni di partecipazione con le lenti dell'amministrativista*

Le fondazioni di partecipazione, a prima vista, potrebbero apparire come un istituto distante dall'universo giuspubblicista. Una più attenta riflessione conduce però a conclusioni del tutto opposte. Il ricorso, sempre più frequente nella prassi, a questo modello, porta a porre interrogativi pratico-applicativi, specie quando l'operatività della fondazione interseca i tradizionali piani di azione dell'amministrazione[43]. Si ha con riguardo a questo istituto un confine molto sottile tra diritto pubblico e diritto privato. C'è da chiedersi quando, soggetti formalmente privati come le fondazioni di partecipazione, entrino in contatto con la sfera del

[39] SICCHIERO, G., cit., p. 166-168.

[40] GIACINTI, R., *Fondazioni: la presenza pubblica non sempre vieta l'iscrizione al RUNTS,* in *altalex.com,* pubblicato il 28 ottobre 2021.

[41] SANTUARI, A., *Le fondazioni di partecipazioni non sono "società in house" Cass., sez. un., 22 dicembre 2016, n. 26643; Cass., sez. un., 2 febbraio 2018, n. 2584,* in *irisonline.it.*

[42] SICCHIERO, G., cit., p. 168-170.

[43] Per una visione di insieme si veda il lavoro *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico,* a cura di S. PELLIZZARI e A. MAGLIARI, in *Quaderni della facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Trento,* Trento, 2019.

potere pubblico, e per tale ragione, finiscano per incrociare la strada del giudice amministrativo che tale potere è chiamato a sindacare. Anzitutto possono entrare in contatto con il potere pubblico in ragione del tipo di attività esterna che svolgono, in maniera non dissimile da qualsiasi altro soggetto privato: possono ad esempio svolgere attività sottoposte a regime di autorizzazione amministrativa preventiva, ovvero sottoposte a S.C.I.A. O ad altro titolo abilitativo. Diverse sono le altre due ipotesi in cui le fondazioni di partecipazione entrano in contatto con il potere pubblico:

A) Il controllo pubblico sulla vita interna di tali enti;

B) I rapporti di partenariato con gli enti pubblici.

Esistono due direttrici dell'indagine: quella del codice del terzo settore (d.lgs. 117/2017) e quella del codice dei contratti pubblici (con il nuovo art. 6)[44].

1.8 *I controlli pubblicistici sulla vita interna delle fondazioni di partecipazione*

È possibile operare una iniziale distinzione, quanto a regime giuridico applicabile, fra due ipotesi: quella delle fondazioni di partecipazione istituita ai sensi del codice civile e quelle, istituite ai sensi del codice del terzo settore. Alle prime si applica la disciplina in tema di controlli di cui agli art. 25, 26 e 28 c.c.. L'art. 25 c.c. Contempla una serie di prerogative concesse all'autorità governativa, consentendo:

A) La nomina ovvero la sostituzione degli amministratori o dei rappresentanti, quando le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possono attuarsi;
B) Di annullare con provvedimento definitivo, le deliberazioni contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico o al buon costume;
C) Di sciogliere coattivamente l'amministrazione e commissariare l'ente qualora gli amministratori non agiscano in conformità dello statuto o dello scopo della fondazione o della legge, anche autorizzando azioni contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità.

L'art. 26 c.c. attribuisce all'autorità governativa anche la possibilità di «disporre il coordinamento dell'attività di più fondazioni ovvero l'unificazione della loro

[44] GALLONE, G., *Le fondazioni di partecipazione viste con gli occhi dell'amministrativista – profili di giurisdizione amministrativa,* in *Fondazione Anselmo Anselmi: Atti del Convegno 24 maggio 2014 "Le fondazioni di partecipazione tra sistema e giurisprudenza",* 2024, p. 1-2.

amministrazione», giungendo quindi ad incidere massicciamente non solo sulla proiezione esterna della fondazione ma anche sul suo assetto organizzativo interno, sfera normalmente riservata all'autonomia statutaria. L'art. 28 c.c. Consente all'autorità governativa di disporre la trasformazione della fondazione, in alternativa all'estinzione della medesima, ove lo scopo si sia esaurito ossia divenuto impossibile o di scarsa utilità, o ove il patrimonio sia divenuto insufficiente. Tutte queste funzioni amministrative si accompagnano alla spendita di poteri di matrice autoritativa. Una conferma è fornita dall'art. 5 D.P.R. n. 361/2000, il quale chiarisce che «le funzioni amministrative già attribuite all'autorità governativa dalle norme del capo II, titolo II, libro I del codice civile, sono esercitate dalle prefetture ovvero dalle regioni o dalle province autonome competenti». Questa disposizione deve essere letta alla luce dell'art. 11 del d.lgs. n.300/1999 con la conseguenza che il riferimento all'autorità governativa contenuto nelle disposizioni del codice civile va letto alla prefettura, articolazione periferica del ministero dell'interno, chiamata a dialogare con le fondazioni di partecipazione disciplinate dal c.c.. Questi poteri pubblicistici si sostanziano in provvedimenti amministrativi i cui effetti esterni costitutivi sono in grado di incidere direttamente su vincoli di natura negoziale, sia in senso modificativo sia estintivo. La giurisprudenza amministrativa ha sottolineato come «l'intervento dell'autorità pubblica non si esaurisce con il riconoscimento della personalità giuridica privata della fondazione, ma prosegue nel tempo attraverso tutta una serie di controlli che sono volte a verificare la permanenza dei requisiti iniziali che hanno dato luogo al riconoscimento, nonché il corretto perseguimento degli scopi statutari e la disponibilità delle risorse necessarie»[45]. Avverso tali provvedimenti è offerta tutela giurisdizionale che incontra i limiti del sindacato del giudice amministrativo sui poteri discrezionali, limitato alle ipotesi in cui si ravvisi:

A) Irragionevolezza;
B) Arbitrarietà;
C) Illogicità;
D) Irrazionalità;
E) Travisamento dei fatti.

È necessario oltretutto una verifica della congruità della motivazione e l'applicazione del canone della proporzionalità. Vi sono poi le fondazioni di partecipazione istituite ai sensi del codice del terzo settore. Per queste in relazione alla clausola di prevalenza di quest'ultimo testo normativo non trova applicazione la pena vista disciplina codicistica, ma una disciplina specifica racchiusa nel titolo XI del codice medesimo rubricato "Dei controlli e del

[45] Cons. St., sez. I, 17 aprile 2023, n. 587.

coordinamento". Questo titolo si apre con l'art. 90 (previsione di carattere generale) che si preoccupa di definire l'assetto delle competenze stabilendo che «i controlli e i poteri di cui agli articoli 25, 26 e 28 c.c. Sono esercitati sulle fondazioni del terzo settore dall'ufficio del registro unico nazionale del terzo settore». Dunque l'ufficio del registro unico nazionale del terzo settore ha le prerogative normalmente attribuite agli uffici territoriali di governo, restano invece fermi i poteri codicistici *ab externo* incidenti sulla vita dell'ente. Seguono due previsioni speciali artt. 91 e 92 che tratteggiano lo specifico statuto dei controlli pubblicistici alle fondazioni di partecipazione istituite ai sensi del codice del terzo settore. L'art. 91 del codice del terzo settore prevede un articolato sistema di sanzioni amministrative a carico dei rappresentanti legali e componenti degli organi amministrativi irrogate dall'ufficio del registro unico nazionale del terzo settore, che assume poteri di controllo e sanzionatori. Rispetto a tali sanzioni si prevede la giurisdizione del giudice ordinario ex art. 22 L. n. 689/1981 in tema di "opposizione all'ordinanza-ingiunzione" con conseguente sdoppiamento del binario di tutela, che resta incardinata, per i provvedimenti a monte, dinanzi al giudice amministrativo. L'art 92 ("attività di monitoraggio, vigilanza e controllo") delinea il ruolo del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, a questo è affidata la garanzia dell'uniforme applicazione della disciplina legislativa, statutaria e regolamentare applicabile agli enti del terzo settore. Il controllo previsto dall'art. 92 (di matrice pubblicistica, che non incide direttamente sulla vita della fondazione) si distingue da quello previsto ex art. 90 Del codice del terzo settore, per l'autore del controllo, il ministero del lavoro e delle politiche sociali in luogo dell'ufficio del registro unico nazionale e, per oggetto, che non è dato dalla concreta operatività della singola fondazione di partecipazione ma dalla resa complessiva della regolazione di settore. Le prerogative riservate al ministero del lavoro e delle politiche sociali sono molteplici:

A) Vigilare sul sistema di registrazione degli enti del terzo settore nel rispetto dei requisiti previsti dal presente codice e monitorare lo svolgimento delle attività degli uffici del registro unico nazionale del terzo settore operanti a livello regionale;
B) Promuovere l'autocontrollo degli enti del terzo settore autorizzandone l'esercizio da parte delle reti associative nazionali iscritte nell'apposita sezione del registro unico nazionale e dei centri di servizio per il volontariato accreditati ai sensi dell'art. 61;
C) Predisporre e trasmettere alle camere, entro il 30 giugno di ogni anno, una relazione sulle attività di vigilanza, monitoraggio e controllo svolte sugli enti del

terzo settore anche sulla base dei dati acquisiti attraverso le relazioni di cui all'art. 95 (commi 2 e 3).

L'art. 93 del codice del terzo settore disegna, attraverso un'elencazione tassativa, una serie di controlli di natura pubblicistica aggiuntivi rispetto al modello codicistico di cui agli articoli 25 ss. c.c.. Secondo questo art. spettano al registro unico nazionale del terzo settore i controlli relativi alla «sussistenza e permanenza dei requisiti necessari all'iscrizione al registro unico nazionale del terzo settore» (comma 1 lett. a), al «perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale» (lett. b), «all'adempimento degli obblighi derivanti dall'iscrizione al registro unico nazionale del terzo settore» (lett. c) nonché al «diritto di avvalersi dei benefici anche fiscali e del 5 × 1000 derivanti dall'iscrizione nel registro unico nazionale del terzo settore» (lett. d). L'art. invece dispone che siano attribuiti alle «amministrazioni pubbliche e agli enti territoriali che erogano risorse finanziarie o concedono l'utilizzo dei beni immobili o strumentali di qualunque genere agli enti del terzo settore per lo svolgimento delle attività statutarie di interesse generale», i controlli relativi, al «corretto impiego delle risorse pubbliche, finanziarie e strumentali, ad essi attribuite» (lett. e). Si tratta di un controllo essenzialmente contabile che si ricollega alle prerogative delle sezioni regionali di controllo della corte dei conti. Il potenziamento dei controlli può apparire come il naturale riflesso dell'apertura, nell'esercizio delle funzioni amministrative, verso la società civile in un'ottica di sussidiarietà orizzontale. Il pubblico perde l'esercizio diretto della funzione amministrativa, ma conserva pregnanti prerogative di verifica. Eventuali antinomie andranno risolte secondo il criterio della specialità, con la prevalenza della disciplina del codice del terzo settore. L'art. 93 dopo aver definito l'oggetto di questi controlli, non definisce i poteri attivabili in caso di violazioni. Dunque si ritiene che rimangano fermi i poteri ex articoli 25 ss. c.c.: di scioglimento degli organi sociali, di annullamento di atti e delibere e di scioglimento dell'ente, nonché tutti i poteri amministrativi di portata generale, come l'autotutela decisorio ed esecutiva, l'annullamento o la revoca dei provvedimenti rilasciati. Un potere di matrice pubblicistica di particolare intensità è quello ex art. 50 del codice di cancellazione di un ente dal registro unico nazionale, tale cancellazione può essere disposta d'ufficio anche a seguito della rilevata carenza dei requisiti necessari per la permanenza nel registro. Avverso gli atti di controllo e riconosciuta la possibilità di proporre ricorso dinanzi al giudice amministrativo sussistendone l'interesse e in base all'attuale lesività dell'atto[46].

[46] GALLONE, G., cit., p. 2-5.

1.9 I rapporti di partenariato con gli enti pubblici

Il momento più delicato di contatto delle fondazioni di partecipazione con l'autorità amministrativa è dato dall'instaurazione di rapporti di partenariato. L'indagine si svolge su due direttrici: il codice del terzo settore e il codice dei contratti pubblici, con il nuovo art. 6. Il codice del terzo settore evidenzia l'esistenza di una serie di disposizioni volte a promuovere il coinvolgimento in una chiave di sussidiarietà orizzontale le fondazioni di partecipazione nel settore pubblico (ex art. 118 comma 4 Cost.)[47]. Il d.lgs. n. 117/2017 dedica al tema, un apposito titolo, il VII, artt. 55-57, "rapporti con gli enti pubblici", che costituisce una novità assoluta rispetto allo statuto delle fondazioni del c.c.. L'art. 54 È rubricato " coinvolgimento degli enti del terzo settore" e la sua finalità è quella di costruire una forma di co amministrazione pubblico privata per il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore " nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'art. 5 (attività di interesse generale, che devono formare oggetto esclusivo o principale degli enti del terzo settore". L'art. 55 stabilisce che le pubbliche amministrazioni «assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore». Di questa disposizione sono state date due letture: una lettura forte che spinge a ritenere che il coinvolgimento degli enti del terzo settore sia regola di validità dell'azione amministrativa e che, l'attività amministrativa connessa e i provvedimenti finali sia illegittimi se non si preveda una qualche forma di coinvolgimento del terzo settore. Una lettura debole porta invece a concludere nel senso che il coinvolgimento degli enti del terzo settore non sia regola di validità dell'azione amministrativa, ma oggetto di una norma di tipo programmatico sprovvista di immediata precettività. Questa seconda definizione appare più in linea con il concetto di sussidiarietà orizzontale.L'art. 55 conferma che tutta la normativa amministrativa deve essere letta a favore del coinvolgimento degli enti del terzo settore nello svolgimento delle funzioni amministrative nei settori ex art. 5 del codice. Questo coinvolgimento deve avvenire nel «rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990 n 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti e in particolare quelle relative alla programmazione sociale di zona». Si tratta di un'attività propriamente amministrativa, assoggettata alla riserva di procedimento e che si esplica nell'adozione di atti amministrativi anche eventualmente sindacabili dinanzi al giudice amministrativo. L'art. 55 individua due forme di coinvolgimento degli enti del terzo

[47] Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali 31/03/2021, n. 72 il quale ha adottato le linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore.

settore e dunque anche delle fondazioni di partecipazione nello svolgimento delle funzioni amministrative:

A) La copro programmazione (comma 2), finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione, dei bisogni da soddisfare, degli interventi necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili. Si tratta di una forma di coinvolgimento che riguarda le funzioni di programmazione nei settori di interesse generale, nell'ottica della redazione degli atti di programmazione. Quanto alle forme procedimentali, si avrà la pubblicazione di un avviso pubblico che inviti gli enti del terzo settore che operano in un dato settore e territorio, alla partecipazione al procedimento attraverso osservazioni e documenti.
B) Vi è poi la co-progettazione (comma 5), che si pone a valle della copro programmazione e mira alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2.

L'art. 55 al terzo comma stabilisce che «ai fini di cui al comma 3, l'individuazione degli enti del terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti *partner*». Dunque sia la co-programmazione che la co-progettazione sono forme di evidenza pubblica debole e non forte come quella dell'affidamento dei contratti pubblici e sono volte a garantire l'imparzialità della pubblica amministrazione ed evitare che si creino canali differenziati e privilegiati di partenariati con taluni enti. Mentre nella co-programmazione è sufficiente la pubblicazione di un avviso pubblico, nella co-progettazione si fa riferimento al concetto di accreditamento. Quella descritta al terzo comma appare una procedura aperta, con partecipazione a domanda degli enti interessati. si avrà inizialmente la pubblicazione di un bando che auto vincola l'amministrazione nella conduzione della procedura. L'esito della procedura non è costituito dall'adozione di un provvedimento che individua un unico partner di collaborazione, ma si avrà la redazione di un elenco di enti da cui attingere, secondo principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento. in assenza di più puntuali parametri si applica il principio della rotazione. l'accreditamento può essere accompagnato dalla stipula di una convenzione quadro che regola, sul modello di un contratto normativo, i rapporti che si instaureranno. Alla

stipula dell'accordo quadro può seguire la stipula di singoli contratti di servizio con l'ente di volta in volta individuato (si tratta di contratti di diritto privato con natura negoziale ex artt. 1374 c.c. e 1339 c.c.). L'art. 56 prevede l'ulteriore strumento delle convenzioni. Il campo di applicazione sul piano soggettivo coincide con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale e, sul piano oggettivo, con lo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale. Il comma 3-bis dell'art. 56 prevede che «le amministrazioni procedenti pubblicano sui propri siti informatici gli atti di indizione dei procedimenti di cui al presente art. e i relativi provvedimenti finali». I medesimi atti devono altresì formare oggetto di pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti nella sezione amministrazione trasparente con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013 n. 33. Il contenzioso relativo a queste procedure finirà dinanzi al giudice amministrativo, trattandosi di attività amministrativa autoritativa in relazione alla quale vengono in rilievo posizioni di interesse legittimo pretensivo; invece le controversie relative alla fase negoziale rientrano nella condizione del giudice ordinario trattandosi di diritti soggettivi. I rapporti con le pubbliche amministrazioni non sono generalmente oggetto dell'atto costitutivo e degli statuti, ma si tratta di un contenuto solo facoltativo di tale atto. Tuttavia la disciplina statutaria può assumere un peso assai importante ai fini della concreta apertura dell'ente a forme di partenariato con il settore pubblico, individuando ex ante le attività istituzionali, strumentali e accessorie, connesse allo svolgimento di funzioni pubbliche rientranti nell'oggetto dell'attività dell'ente e consentendo per azioni a ciò funzionali. Condizione di ammissibilità della domanda o punteggio aggiuntivo può essere la coerenza con le finalità istituzionali dell'ente o un particolare assetto organizzativo che agevoli la conduzione del partenariato[48].

2 *I rapporti di partenariato con gli enti pubblici nella disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici*

Il codice dei contratti pubblici, nella parte relativa ai "principi generali" contempla, all'art. 6, una disposizione specifica relativa ai rapporti con gli enti del terzo settore. In particolare si stabilisce che " la pubblica amministrazione può apprestare in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del terzo settore di cui al codice del terzo settore, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base

[48] GALLONE, G., cit., p. 5-8.

al principio del risultato". La stessa disposizione chiarisce che «non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal titolo VII del codice il secondo del terzo settore, di cui al decreto legislativo numero 117 del 2017». L'art. 6 alla finalità di rimarcare in senso negativo il perimetro entro cui le norme del d.lgs. 36/2023 sono destinate a trovare applicazione[49]. L'art. recepisce la sentenza n. 131 del 2020 della corte costituzionale, che ha sancito la coesistenza di due modelli organizzativi alternativi per l'affidamento dei servizi sociali:

A) L'uno fondato sulla concorrenza;
B) L'altro sulla solidarietà e sulla sussidiarietà orizzontale.

Il secondo tipo riguarda in particolare i servizi sociali di interesse generale erogati dagli enti del terzo settore e non rappresenta una deroga al modello generale basato sulla concorrenza, bensì uno schema da coordinare con il primo. Il fondamento costituzionale si rinviene negli artt. 118 comma 4 e nell'art. 2 Cost.. La finalità perseguita è quella di garantire un bilanciamento fra concorrenza e sussidiarietà orizzontale[50]. A tal fine gli enti affidatari del servizio devono essere scelti né nel rispetto di principi di non discriminazione, trasparenza, effettività, nel rispetto del principio del risultato. Questa disciplina ha superato il parere n. 2052 del 20 agosto 2018 con cui la commissione speciale istituita presso il consiglio di Stato aveva dubitato della compatibilità con il diritto euro unitario delle modalità di affidamento dei servizi sociali previste dal codice del terzo settore, affermando che " in considerazione della prima zia del diritto euro unitario la disciplina recata dal codice dei contratti pubblici prevale in ogni caso sulle differenti previsioni del codice del terzo settore, ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro unitario: troverà, in tali casi, applicazione il meccanismo della disapplicazione normativa, costituente un dovere sia per il giudice sia per le amministrazioni". Il superamento era già stato messo in evidenza con altro parere del Consiglio di Stato[51] secondo cui «sia in sede legislativa che in sede di interpretazione giurisprudenziale e emerge chiaramente una linea evolutiva della disciplina degli affidamenti dei servizi sociali, che rispetto ad una fase iniziale di forte attrazione nel sistema della concorrenza e del mercato, sembra ormai chiaramente orientata nella direzione del riconoscimento gli ampi spazi di

[49] RENNA, M., *I principi,* in *Il nuovo corso di contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine (d.leg. 312 marzo 2023 n. 36),* a cura di S. Fantini e H. Simonetti, Roma, 2023.

[50] Si v. sentenza Corte Costituzionale n. 218/2021, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'obbligo di esternalizzazione degli affidamenti gravante sui concessionari.

[51] Parere del Consiglio di Stato n. 802 del 3 maggio 2022.

sottrazione a quell'ambito di disciplina». La norma recepisce anche la direttiva euro unitaria, relativa alle esclusioni specifiche per gli appalti di servizi, l'art. 77 della direttiva citata e intitolato " appalti riservati per determinati servizi" e deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che prevede che servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza possano essere attribuiti mediante convenzione, in via prioritaria, soltanto ad organizzazioni di volontariato e non a cooperative sociali che possono distribuire a soci ristorni collegati alle loro attività[52]. La co-amministrazione pubblico privato, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma bensì sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e progettazione comune, di servizi e interventi diretti ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico[53]. Dunque l'art. 6 del Codice dei Contratti Pubblici, disegna un modello in cui prevale il pluralismo organizzativo. Sarà l'officina della prassi a dare concretezza al modello costituendo il vero campo di prova per uno strumento che riserva grandi potenzialità[54].

2.1 Approfondimento anac in merito alla fondazione milano-cortina 2026 del 10 dicembre 2024

L'autorità, avendo rilevato la mancanza della sezione "Amministrazione Trasparente" sul sito della fondazione Milano-Cortina 2026, ha ritenuto di svolgere un approfondimento, nell'ambito della propria attività di vigilanza, dell'inquadramento della fondazione, per verificare l'applicabilità del codice dei contratti pubblici e della normativa in materia di anticorruzione e trasparenza. La Fondazione Milano-Cortina 2026 assunto le funzioni di comitato organizzatore dei giochi olimpici, svolge tutte le attività di gestione, organizzazione, promozione e comunicazione degli eventi sportivi relativi ai suddetti giochi. L'art 2, comma 2, del d.l. 11 marzo 2020 n. 16 ha stabilito che tale fondazione non ha scopo di lucro e opera in regime di diritto privato. Lo statuto dell'ente prevede che la fondazione abbia la responsabilità dell'organizzazione dell'evento sulla base degli obblighi contrattuali assunti verso il Comitato internazionale olimpico (CIO) nonché degli impegni presi verso il Comitato Paralimpico internazionale (IPC), non perseguendo in ciò un bisogno di interesse generale (art. 3)[55].

[52] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. VIII, sentenza 7 luglio 2022, cause riunite C 213/21 e C 214/21, *Italy Emergenza Cooperativa Sociale contro Azienda Sanitaria Locale Berletta-Andria-Trani.*

[53] Sentenza Corte Costituzionale n. 131/2020.

[54] GALLONE, G., cit., p. 8-11.

[55] ANAC, *Approfondimenti ANAC in merito alla fondazione Milano-Cortina 2026,* BUSIA G. (a cura di), 14 febbraio 2025, p. 2.

Successivamente all'entrata in vigore del citato decreto-legge, l'avvocatura generale dello Stato, chiamata ad esprimersi sulla qualificazione quale organismo di diritto pubblico e sull'applicabilità alla fondazione delle norme del codice dei contratti (d.lgs 50/2016), parere del 24/06/2020, ha messo la sussistenza di requisiti della personalità giuridica e dell'influenza pubblica dominante. Ha escluso invece il requisito teologico, ma in questo caso senza svolgere una verifica ex novo sulla fondazione in questione, ma basandosi esclusivamente sulle valutazioni del TAR Piemonte (sez. II, 3 marzo 2004, n. 362) in merito alla fondazione TOROC, per i giochi olimpici invernali del 2006[56]. L'avvocatura (applicando i principi affermati per il TOROC) ha concluso che la fondazione in esame non possa essere inquadrata come organismo di diritto pubblico in quanto:

A) Non riceve finanziamenti pubblici essendo il patrimonio, al netto della sua dotazione iniziale, costituito da versamenti, contributi ed entrate derivanti dalla promozione dell'evento;
B) Lo scopo è esclusivamente l'organizzazione di un singolo evento che non può considerarsi funzionale allo svolgimento di un interesse generale;
C) In questa attività, la fondazione, agisce in concorrenza con altri organizzatori di diventi sportivi di eguale rilevanza e offre un prodotto sul mercato, assieme a sponsorizzazioni e diritti televisivi.

È intervenuto successivamente il d.l. 16/2020 che all'art. 2 comma 2 ha stabilito che le attività svolte dalla fondazione, non siano disciplinate da norme di diritto pubblico e che la fondazione non rivesta la qualifica di organismo di diritto pubblico ed operi sul mercato in condizioni di concorrenza e secondo criteri imprenditoriali (art. 11, del d.l. 11 giugno 2024, n. 76 "Disposizioni urgenti per la ricostruzione post-calamità, per interventi di protezione civile e per lo svolgimento di grandi eventi internazionali"). L'ANAC ha ritenuto comunque opportuno effettuare la valutazione in ordine alla sussistenza, in capo alla fondazione, degli indici che connotano la figura di organismo di diritto pubblico, per verificarne l'assoggettabilità al codice dei contratti pubblici alla luce della disciplina euro-unitaria. La nozione di organismo di diritto

[56] Rispetto al TOROC, il TAR ha affermato che "i giochi invernali non sono un servizio pubblico alla cui gestione il Toroc è preposto dalla città di Torino o dal Coni: sono invece un singolo evento la cui organizzazione è compito di un soggetto che la città ospitante deve per obbligo contrattuale e non per compito istituzionale, far nascere entro un tempo predeterminato. Quand'anche si volesse ravvisare un collegamento con interessi di carattere generale, l'attività svolta dal TOROC difetterebbe comunque dell'ulteriore requisito indispensabile per ricondurlo alla categoria degli organismi di diritto pubblico, cioè il carattere non industriale o commerciale dell'attività.

pubblico è di derivazione comunitaria e ha avuto origine dalla necessità di evitare il rischio che un soggetto non qualificabile formalmente come amministrazione aggiudicatrice potesse eludere la normativa in materia di contratti pubblici e, nella scelta dell'affidatario di un appalto, potesse anteporre ragioni ed interessi politici a considerazioni fondate su criteri economici e qualitativi, perché ciò potrebbe pregiudicare il principio della parità di trattamento[57]. Ai fini della sussistenza dei tre requisiti, che qualificano l'organismo come di diritto pubblico, è indifferente la forma di costituzione dell'organismo interessato, anche l'eventuale carattere di diritto privato non costituisce un criterio per escludere la sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi delle direttive appalti[58]. Come esplicitato dalle Sezioni Unite della Cassazione[59] per integrare la categoria dell'organismo di diritto pubblico, è necessario il concorso cumulativo di tre requisiti prescritti dalle norme, e l'interpretazione di queste ultime deve essere condotta privilegiando un approccio non formalistico ma funzionale, che tenga conto delle concrete modalità di svolgimento dell'attività del soggetto[60]. Secondo l'art. 2 par. 1 n.4 della direttiva 24/2014 UE gli organismi di diritto pubblico devono possedere le seguenti caratteristiche:

A) Sono istituiti per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

B) Sono dotati di personalità giuridica;

C) Sono finanziati per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico: o la loro gestione posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi; o il loro organo di amministrazione, di direzione e di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designato dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi. Questi requisiti devono sussistere cumulativamente, dunque la mancanza di anche uno solo di essi non permette di qualificare l'ente come organismo di diritto pubblico. Il requisito dell'influenza dominante è integrato anche in presenza di uno soltanto dei presupposti ivi contemplati[61]. L'avvocatura dello Stato nel parere 24/06/2020 aveva già riconosciuto come sussistenti i requisiti della personalità giuridica e della influenza pubblica dominante, dunque rimane ancora da provare il requisito teleologico. In prima analisi potendo dare per assodato il

[57] ANAC, cit., p. 3.

[58] Corte di giustizia sentenza del 15 maggio 2003, causa C-214/00).

[59] Cass. n. 1494 del 18 gennaio 2022.

[60] Cfr. che Cass., Sez. Un., 28/06/2019, n. 17567; 28/03/2019, n. 8673.

[61] CGE, Sez. IV, 3 febbraio 2021, cause riunite C 155/19 e C 156/19.

requisito della personalità giuridica, occorre far partire l'indagine dal requisito dell'influenza pubblica dominante. L'avvocatura ha ritenuto soddisfatto il requisito della dominanza pubblica sulla base della composizione a maggioranza pubblica del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale della fondazione. Secondo il previgente statuto il primo organo era formato da 22 membri, dei quali 10 nominati da regioni, comuni e province autonome, uno nominato dall'autorità politica delegata dal governo in materia di sport, uno da tutti i fondatori, e 10 nominati dalla componente sportiva (CONI, CIP, CIO). il secondo organo era invece formato da tre membri effettivi e due supplenti, di cui il presidente, un effettivo e un supplente nominati dalla componente territoriale e un effettivo e un supplente nominato dal CONI[62]. L'avvocatura, ha ritenuto sufficiente ai fini della ricorrenza del requisito in esame il riferimento alle nomine da parte degli enti territoriali e del governo, ma oltretutto richiamato la sentenza del TAR Lazio[63] che ha riconosciuto la qualifica di organismo di diritto pubblico delle federazioni sportive nazionali affiliate al CONI come ad esempio la FIGC. Vi sono state poi delle modifiche allo statuto con atto del 7 gennaio 2023[64] ed è mutata la composizione del consiglio di amministrazione, composto da 14 membri nominati ai sensi dell'art. 6 dello Statuto con le seguenti modalità:

A) Sette di intesa dal comitato olimpico nazionale italiano e dal comitato italiano Paralimpico, enti che hanno personalità giuridica di diritto pubblico[65];
B) Sei nominati di intesa dalla regione Lombardia, regione Veneto, provincia autonome di Trento e Bolzano, dal Comune di Milano e dal Comune di Cortina d'Ampezzo;
C) L'amministratore delegato, nominato con decreto del presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare sentita la regione Lombardia, la regione Veneto, le province autonome di Trento e di Bolzano, il Comune di Milano e il Comune di Cortina d'Ampezzo.

[62] ANAC, cit., p. 4.

[63] TAR Lazio, Roma, 13 aprile 2018, n. 4100.

[64] Atto modificativo di Fondazione Notaio Mario Notari Repertorio n. 25438 del 17 gennaio 2023.

[65] Sono definiti enti con personalità giuridica di diritto pubblico dall'art. 1 d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242 e dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. 43 del 27/02/2017.

È opportuno chiarire che la componente sportiva del consiglio di amministrazione della fondazione non è nominata dalle singole Federazioni sportive[66], ma dal CONI, che ha natura giuridica di ente pubblico, come chiarito dal d.lgs. n. 242/1999. Per quanto riguarda il collegio sindacale, anche in questo caso i membri sono nominati da soggetti pubblici, quest'ultimo è composto da tre sindaci effettivi e due sindaci supplenti (art. 11 Statuto). In particolare:

A) I membri della componente territoriale del CDA provvedono alla nomina del presidente del collegio, di un sindaco effettivo e di un sindaco supplente, con decisione assunta a maggioranza;
B) il CONI, per conto dei membri della componente sportiva del consiglio, provvede alla nomina di un sindaco effettivo e di un sindaco supplente[67].

Alla luce di queste considerazioni è possibile affermare che entrambi gli organi della fondazione sono composti interamente da membri di nomina pubblica.

Venendo ad analizzare ora il requisito teologico, appare opportuno chiarire che esso si compone di due elementi:

C) Uno positivo, costituito dall'istituzione per far fronte ad esigenze di interesse generale;
D) E l'altro negativo, relativo al carattere non industriale e non commerciale dell'attività.

Riguardo al primo requisito, non vi è dubbio che questa fondazione sia stata istituita per realizzare un interesse pubblico di portata generale. La Corte Costituzionale con la sentenza n. 57 del 1976 ha qualificato lo sport come «attività umana cui si riconosce un interesse pubblico tale da richiederne la protezione e l'incoraggiamento da parte dello Stato». La stessa Carta Olimpica al punto 4 nell'elencare i principi fondamentali dell'olimpismo sancisce che la pratica sportiva è un diritto dell'uomo e che ciascun individuo deve avere la possibilità di esercitarla. Poi con la legge Costituzionale del 26 settembre 2023 n. 11 si è introdotto nella costituzione il nuovo comma 7 dell'art. 33 attribuendo all'attività sportiva rango costituzionale, questa norma sancisce che «la Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme». Questo art. della Costituzione deve essere eletto in combinato disposto con l'art. 3 Cost. Che affida allo Stato il compito di

[66] La qualificazione come organismo di diritto pubblico delle singole federazioni sportive nazionali, non può essere affermata in assoluto, ma deve essere indagata caso per caso per verificare la sussistenza dei tre requisiti.

[67] ANAC, cit., p. 5.

rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Hanno assunto rilevanza anche nel PNRR le linee di finanziamento dedicate a favorire e potenziare l'attività sportiva[68]. I membri fondatori della fondazione (in base al citato art. 2 del d.l. 16/2020 e all'art. 3 dello Statuto) sono soggetti pubblici:

A) Presidenza del Consiglio dei Ministri;
B) Regione Lombardia;
C) Regione Veneto;
D) Province autonome di Trento e Bolzano;
E) Comune di Milano;
F) Comune di Cortina d'Ampezzo;
G) Comitato olimpico nazionale italiano;
H) Comitato italiano Paralimpico.

La fondazione dunque svolge un'attività che concorre alla realizzazione degli scopi istituzionali di tali soggetti, ne consegue che è volta a realizzare un interesse pubblico di portata generale. Lo stesso CONI secondo il proprio statuto è chiamato a diffondere i principi e valori olimpici e proprio a tal fine l'organizzazione dell'evento olimpico potrebbe essere ritenuto addirittura il principale strumento attraverso cui realizzare questi obiettivi. Il d.l. 16/2020 ha stabilito che l'evento olimpico rappresenti un'occasione di sviluppo per i territori che lo ospitano che consente «una crescita economica attraverso interventi e programmi di modernizzazione infrastrutturale e sportiva, riqualificazione urbana e territoriale» per cui le ripercussioni occupazionali ed economiche «correlate all'organizzazione allo svolgimento dei citati eventi sportivi sono potenzialmente idonei a generare importanti ricadute, durature nel tempo». date queste considerazioni è evidente come l'attività della fondazione sia coerente con gli obiettivi strategici perseguiti dagli enti territoriali, con i quali condivide una stretta connessione e funzionalità, peraltro le scelte della stessa fondazione risultano ampiamente determinate da soggetti pubblici. La fondazione opera in base al d.l. 16/2020 e allo Statuto:

A) Tenendo conto degli indirizzi generali del consiglio olimpico congiunto (composto da 16 membri di cui la maggioranza sono rappresentanti di soggetti pubblici[69]), che

[68] ANAC, cit., p. 6.

[69] Si tratta di un rappresentante del Comitato Olimpico Internazionale (CIO), uno del Comitato Paralimpico Internazionale, uno del Comitato Olimpico Nazionale Italiano, uno del Comitato Italiano Paralimpico, uno del Comitato Organizzatore dei giochi, uno della Regione Lombardia, uno della Regione Veneto, uno della

predispone annualmente una relazione sulle attività svolte e la trasmette al parlamento tramite l'autorità di governo competente in materia di sport;

B) In conformità agli impegni assunti dall'Italia in sede internazionale e in attuazione e nel rispetto delle disposizioni contenute nella carta olimpica, nel codice etico del CIO, dell'*Handbook* dell'IPC e nell'accordo firmato a Losanna nel 2019 tra i soggetti coinvolti[70].

Ed indubbia importanza anche la disposizione che disciplina la devoluzione del patrimonio all'atto dello scioglimento della fondazione previsto per il 31/12/2026 dall'art. 15 dello Statuto il quale prevede che l'80% dell'eventuale residuo attivo del patrimonio sia destinato a soggetti pubblici. Interessante appare lo studio effettuato dalla facoltà di economia dell'Università la sapienza di Roma, commissionata dalla presidenza del consiglio, avente ad oggetto la stima e il monitoraggio dell'impatto economico e finanziario derivante dalla realizzazione dei giochi olimpici e paralimpici invernali di Milano-Cortina 2026. I giochi invernali contribuiranno positivamente alla crescita dell'economia nel suo complesso nonché determineranno il coinvolgimento dei soggetti pubblici nell'ambito della realizzazione, organizzazione e gestione dei giochi. Con riferimento agli investimenti «la spesa è finanziata dalle amministrazioni locali per il 58%, mentre quella finanziata dai privati è pari al 42%». Sono previste ulteriori spese per 415 milioni di euro a carico dell'amministrazione centrale, di cui 402 imputabili alle spese in materia di sicurezza dell'evento (come indicato dal ministero dell'interno), ai quali si aggiunge la quota stimata di maggiori spese imputabili alle altre amministrazioni centrali[71]. Per quanto riguarda la verifica della sussistenza del requisito negativo (carattere non industriale o commerciale) occorre valutare due diversi orientamenti della giurisprudenza. Secondo un primo orientamento inaugurato con la sentenza del consiglio di Stato n. 964/2020[72], ai fini dell'integrazione del requisito assumono rilevanza centrale le ragioni e i compiti attribuiti all'ente, posti alla base della sua istituzione, più che le modalità con cui quest'ultimo svolge le proprie attività. Ricorre il requisito teleologico se l'organismo è stato costituito da un soggetto pubblico appartenente al perimetro allargato della pubblica amministrazione, per dare esecuzione ad un servizio che è necessario perché è strettamente

Provincia autonoma di Trento, uno della Provincia autonoma di Bolzano, uno del Comune di Milano e uno del Comune di Cortina d'Ampezzo.

[70] ANAC, cit., p. 7.

[71] ANAC, cit., p. 8.

[72] Ribadito con la sentenza n. 3621/2021.

connesso alla finalità pubblica di quest'ultimo[73]. Dunque ai fini della valutazione del carattere non industriale non commerciale, è preminente valutare i compiti assegnati all'organismo, che sono alla base della sua istituzione, rispetto alle modalità con le quali l'attività viene effettivamente svolta. L'Allegato 1.1 al d.lgs. 36/2023 stabilisce che l'organismo di diritto pubblico è «istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, attraverso un'attività priva di carattere industriale o commerciale». Si tratta dell'adattamento di alcune nozioni eurounitarie di elaborazione giurisprudenziale. Vanno perciò valutati congiuntamente una serie di indici quali:

A) L'esistenza di una concorrenza articolata;
B) La gestione improntata a criteri di rendimento, efficacia e redditività;
C) Il perseguimento di scopi lucrativi;
D) La verifica che gli effettivi beneficiari del servizio siano privati imprenditori[74].

È necessario che l'organismo di diritto pubblico si faccia guidare da considerazioni diverse da quelle economiche[75], anche quando la sua attività si è eventualmente svolta sul mercato[76]. Dunque non si può qualificare come organismo di diritto pubblico, quello che svolga la sua attività in un contesto economico concorrenziale con i privati con assunzione di rischi rischio di impresa; mentre è riconoscibile tale figura quando l'ente non fonda la sua attività principale solo sui criteri di rendimento, efficacia e redditività e non assume su di sé i rischi collegati allo svolgimento dell'attività, i quali ricadranno sulla pubblica amministrazione controllante e il servizio di interesse generale non può essere rifiutato per mere ragioni di convenienza economica[77]. L'art. 4 del d.l. 16/2020 prevede oltretutto una garanzia dello Stato, fino ad un ammontare massimo di 58 milioni, in favore del CIO per «l'adempimento dell'impegno assunto dal comitato organizzatore di rimborsare quanto ricevuto dal citato comitato olimpico a titolo di anticipo sui diritti televisivi, laddove l'evento sportivo dovesse subire limitazioni, spostamenti o venisse cancellato». Oltretutto l'art. stabilisce che in caso di deficit del bilancio finale della fondazione, all'atto dello scioglimento, si prevede una garanzia con copertura a carico degli enti territoriali che ne siano membri " gli enti territoriali hanno inoltre reiterato con apposite comunicazioni il proprio impegno a coprire, o ognuno per la

[73] Sul punto parere AG 3/2021 delibera n. 398 del 12 maggio 2021 e giurisprudenza *ivi* citata.

[74] In questo senso v. Corte giust., 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99.

[75] Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 15 ottobre 2017, C-567/15.

[76] ANAC, cit., p. 9.

[77] Cass. SS.UU., 28 marzo 2019, n. 8673; Cons. St., V, 19 novembre 2018, n. 6534.

propria quota di competenza, sia il rimborso, in caso di cancellazione dei giochi, al comitato olimpico internazionale dei contributi anticipati sia l'eventuale deficit che la fondazione si dovesse trovare ad affrontare nel periodo di liquidazione della stessa". La corte dei conti nelle recenti precisazioni del 12 luglio 2024 con riferimento alla situazione economico patrimoniale e finanziaria della fondazione in esame, ha affermato che tale ente ha registrato nell'esercizio 2023 un risultato economico o negativo che sommato a quello degli esercizi precedenti porta ad un deficit patrimoniale in costante peggioramento. ad avviso della corte non si rinvengono elementi di certezza sull'effettiva capacità della fondazione di far fronte alle obbligazioni finora assunte e ai costi già sostenuti, pertanto la corte conclude che ove non dovesse realizzarsi l'equilibrio auspicato per le obbligazioni assunte i debitori finali, chiamati alla copertura del deficit patrimoniale, saranno lo Stato italiano e gli enti territoriali abati coinvolti nella gestione dei giochi. Le medesime garanzie sono state offerte per le linee di credito con gli istituti bancari[78] che coprono il fabbisogno finanziario della fondazione. la garanzia di una copertura pubblica, difficilmente consente di qualificare la fondazione come un'impresa che agisce secondo logiche commerciali[79]. Il TAR Piemonte ha escluso nel caso del TOROC che questo fosse qualificabile come organismo di diritto pubblico, perché quest'ultimo ente non beneficiava di alcun meccanismo di ripianamento di eventuali perdite e operava dunque secondo criteri di rendimento, efficienza e redditività con assunzione del rischio economico della sua attività. Alla luce delle considerazioni svolte anche il terzo requisito appare soddisfatto e la fondazione appare qualificabile come organismo di diritto pubblico. Per quanto riguarda l'inquadramento della fondazione ai fini dell'applicabilità della normativa sulla trasparenza si è valutato se la fondazione possa essere ricondotta nell'ambito dei soggetti di diritto privato (art. 2 bis comma 2 lett. c del d.lgs. 33/2013) o nell'ambito dei soggetti previsti dal comma 3 art. 2 bis del medesimo decreto. Il comma due dispone che sono tenuti ad applicare la disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni, in quanto compatibile, «associazioni, fondazioni, enti di diritto privato comunque denominati» ove siano in possesso di alcuni requisiti cumulativi:

A) Bilancio superiore a 500.000 €
B) Attività finanziate in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni

[78] Cfr. bilancio 2023.

[79] ANAC, cit., p. 10.

C) Designazione da pubbliche amministrazioni della totalità dei titolari o dei componenti dell'organo dell'amministrazione o di indirizzo.

Il comma tre invece prevede che quanto previsto per le pubbliche amministrazioni trovi applicazione " limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione Europea" e in quanto compatibile, a società di partecipazione, associazioni, fondazioni, altri enti di diritto privato con un bilancio superiore a 500.000 € e che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore di pubbliche amministrazioni o di gestione di servizi pubblici. Con la delibera n. 1134 dell'8 novembre 2017 l'autorità ha precisato per i soggetti inclusi nel secondo comma lettera c, che la trasparenza si applichi sia per quanto riguarda l'organizzazione che per l'attività; mentre i soggetti di cui al terzo comma del medesimo art. sono tenuti ad assicurare il rispetto degli obblighi di pubblicazione e l'accesso civico semplice e generalizzato per i dati e documenti relativi alle sole attività di pubblico interesse svolte e non anche per quelli inerenti all'organizzazione[80]. Questa distinzione rileva anche ai fini dell'applicazione della normativa di prevenzione della corruzione di cui alla legge n. 190/2012. Si era stabilito che i soggetti contemplati al secondo comma debbano essere destinatari delle indicazioni contenute nel PNA, secondo un regime differenziato: mentre i primi sono tenuti ad adottare un PTPCT, i secondi devono adottare misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del d.lgs. 231/2001. Invece i soggetti contemplati al terzo comma del medesimo decreto sono esclusi dall'ambito di applicazione delle misure di prevenzione della corruzione, diverse dalla trasparenza. Certamente la fondazione in questione rispetta due dei tre requisiti richiesti dalla norma:

A) La nomina pubblica della totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo;
B) Il bilancio superiore a 500.000 €[81].

Più problematico è il terzo requisito relativo al finanziamento pubblico maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni, il cui rispetto è fondamentale per la riconducibilità della fondazione agli enti di diritto privato

[80] ANAC, cit., p. 11.

[81] Nella delibera 1134/2017 ANAC ha precisato che tale parametro va calcolato, tenendo conto anche delle indicazioni del Consiglio di Stato, prendendo in considerazione tutte le poste del conto economico, sia quelle che si proiettano sullo stato patrimoniale che quelle aventi rilevanza soltanto economica (punto 7.3.2).

tenuti all'applicazione dell'intera disciplina sulla trasparenza e sulla prevenzione della corruzione[82]. I soggetti pubblici hanno certamente fornito un contributo per la costituzione della fondazione, comprensivi sia di spese di investimento che di spese di gestione, tuttavia ad oggi non si può ritenere che si siano tali da configurare un finanziamento pubblico maggioritario come richiesto dal secondo comma. Certamente la vendita dei biglietti a partire da gennaio 2025 rappresenterà un'ulteriore fonte di finanziamento, a tale finanziamento sembra potersi attribuire natura pubblicistica in quanto i proventi della vendita potrebbero qualificarsi come corrispettivi di un'attività di interesse pubblico, destinati a rientrare secondo lo statuto nel patrimonio dei soggetti fondatori e me medesima natura andrebbe riconosciuta agli ulteriori introiti diretti e indiretti derivanti dalla sua attività. Ancora al giorno d'oggi non sono soddisfatti cumulativamente i tre requisiti previsti dalla norma, ma per ora la fondazione può essere inquadrata nell'ambito dei soggetti di cui al terzo comma perché soddisfa il requisito del bilancio e anche quello relativo all'attività di pubblico interesse[83]. Le attività in ogni caso previste dal legislatore al terzo comma sono da intendersi solo a titolo esemplificativo. La fondazione dunque sarà tenuta ad applicare le misure di trasparenza in quanto compatibili e limitatamente ai dati e documenti inerenti all'attività di pubblico interesse. È applicabile l'istituto dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con riguardo agli atti, dati informazioni relativi all'attività di pubblico interesse. La fondazione non è invece tenuta a pubblicare i dati relativi all'organizzazione, così come non è assoggettata alle disposizioni della L. 190/2012, né ad adottare il PTPCT o misure di prevenzione della corruzione integrative al modello 231 né a nominare un RPCT[84]. Inoltre i soggetti pubblici coinvolti nella fondazione sono tenuti a pubblicare i dati richiesti dall'art. 22 nella sezione AT dei propri siti istituzionali[85]. La risposta della Fondazione non si è fatta attendere. In un comunicato ufficiale, l'ente organizzatore ha dichiarato di aver già dato mandato ai propri legali per impugnare il documento dell'ANAC davanti al Tar del Lazio. "L'approfondimento dell'ANAC è un atto atipico e tardivo, considerando che lo statuto della Fondazione risale al 2019 e la legge che ne regola le attività è del marzo 2020. Inoltre, contiene un'interpretazione errata e una ricostruzione incompleta"[86]. La questione deve essere ancora definitivamente risolta. Tuttavia, se questo arresto dell'ANAC dovesse essere confermato, potrebbe costituire un modello per stabilire in futuro se e quando

[82] ANAC, cit., p. 12.

[83] Linee guida ANAC 1134/2017 (Parere della Commissione speciale n. 1257 del 29 maggio 2017).

[84] ANAC, cit., p. 13.

[85] ANAC, cit., p. 14.

[86]https://www.liberainformazione.org/2025/02/24/anac-fondazione-milano-cortina-e-ente-di-diritto-pubblico/

una fondazione di partecipazione debba essere classificata come organismo di diritto pubblico, con tutte le conseguenze del caso.

2.2 Aspetti penali delle fondazioni di partecipazione

Gli studiosi del diritto civile ammettono ormai che una fondazione può perseguire qualunque scopo lecito, anche non ideale, purché non di lucro. dunque l'esercizio diretto di attività economica può costituire lo scopo di una fondazione. Non a caso la disciplina dettata dagli artt. 2500-septies e 2500-octies c.c. consente la trasformazione di società in fondazioni e viceversa. Se la fondazione costituisce un'alternativa all'esercizio diretto di attività economica rispetto alla forma imprenditoriale tipica, quella della società commerciale, occorre chiedersi se questa circostanza influisca sul versante del diritto penale. Bisogna perciò comprendere se la fondazione acquisti lo statuto penale delle società commerciali. Quando si considera lo statuto penale dell'impresa societaria commerciale vengono in gioco i reati propri di siffatto imprenditore. Tali sono quelli che possono essere commessi esclusivamente da specifiche figure soggettive. I reati propri si contrappongono ai reati comuni, che invece possono essere commessi da chiunque. L'aggiotaggio informativo (art. 2637 c.c.) e la manipolazione informativa (art. 185 TUF), ad esempio, sono reati che si collocano normalmente nell'ambiente dell'impresa societaria ma in realtà non esigono un autore proprio. Reati propri dell'imprenditore societario sono soprattutto quelli societari e fallimentari, quali:

A) Il falso in bilancio (reato societario);
B) La bancarotta (reato fallimentare).

Questi reati richiedono un soggetto specificamente qualificato. Le figure qualificate sono quelle che rivestono ruoli di amministrazione e controllo all'interno dell'impresa societaria. Bisogna perciò verificare l'applicabilità delle norme incriminatrici dei reati societari e fallimentari alle fondazioni di partecipazione[87]. L'originaria rubrica del Titolo XI del Libro V del c.c. Individuava due categorie di enti come esclusivi destinatari della disciplina dei reati societari: le società e i consorzi. Il problema ermeneutico, riguarda l'assoggettabilità delle fondazioni alla disciplina dei reati societari. In passato si argomentava in senso contrario

[87] ORSI, L., *Le fondazioni di partecipazione. Aspetti penali. Appunti per una discussione.,* in *Convegno dal titolo "Le Fondazioni di partecipazione tra sistema e giurisprudenza",* 24 maggio 2024, p. 1.

basandosi sulla collocazione sistematica della disciplina delle fondazioni, disposta sotto il Capo II del Titolo II del Libro I e quindi assai distante da quella del Libro V.

Non ha costituito argomento di supporto all'idea di applicare la disciplina dei reati societari alle fondazioni la peculiare disciplina dettata dalla legge 23 dicembre 1998 n. 461 e dal d.lgs. 17 maggio 1999 n. 153 per le fondazioni bancarie. L'estensione a questi enti delle regole di redazione del bilancio proprie delle società commerciali non implica che siano anche assoggettati alla disciplina dei reati societari e particolarmente a quella del c.d. falso in bilancio (art. 2621 c.c.). La diffusa opinione secondo la quale il diritto penale societario non si applica alle fondazioni deve tuttavia fare i conti con la vicenda di fondazioni di impresa che incorrano in insolvenza o in stato di crisi. La vicenda più nota è quella della Fondazione San Raffaele, ammessa al concordato preventivo e quindi trattata come una impresa in stato di insolvenza o crisi. Situazione cui ha fatto seguito l'applicazione sul versante penale della disciplina della bancarotta. Dato questo precedente ci si domanda se l'art. 223 della legge fallimentare punisce a titolo di bancarotta le condotte che integrano di per sé reati societari, Tanto non implica che i reati societari possano riguardare la gestione di fondazioni d'impresa a prescindere dalla declaratoria di insolvenza? Interessante questione che attende ancora una risposta definitiva. Il problema dell'applicazione alle fondazioni dei reati societari si arricchisce di un nuovo dato normativo, non va trascurata la nuova formulazione della rubrica del Titolo XI del Libro V del c.c.. Il d.lgs. 15 marzo 2017 n. 38 all'art. 2 ha integrato la locuzione "disposizioni penali in materia di società e di consorzi" aggiungendo "gli altri enti privati". Così taluna parte della dottrina ha sostenuto che i reati societari possano avere campo di applicazione con riguardo alle fondazioni, alle associazioni e agli enti non profit. Appare però che l'aggiunta della locuzione "altri enti privati" debba essere riferita non già a tutti i reati societari ma solo a due di essi:

A) La corruzione tra privati (art. 2635 c.c.);
B) L'istigazione alla corruzione tra privati (2635-bis c.c.)[88].

Queste norme incriminatrici individuano come soggetti attivi gli esponenti di società o enti privati. Il legislatore nazionale ha aggiunto l'espressione "altri enti privati" per uniformare la fattispecie alle indicazioni sovranazionali (Convenzione di Strasburgo del 1999, la c.d. Convenzione di Mérida del 2003 e la decisione quadro 2003/568/GAI) secondo le quali questi reati sono comuni e non societari. Si può allora discutere se sussiste uno spazio di applicazione

[88] ORSI, L., cit., p. 2.

degli articoli in questione alle specifiche figure che operano all'interno delle fondazioni di partecipazione.

Il diritto penale non contempla l''analogia in *malam partem*. Non è dunque consentito estendere la portata della norma incriminatrice del falso in bilancio ai bilanci delle fondazioni sulla scorta della predetta modifica della rubrica del Titolo XI del Libro V. Occorre tuttavia osservare che l'impresa commerciale che svolge un'attività economica analoga a quella esercitata da una fondazione, è soggetta al rilascio di bilanci veritieri e corretti pena alla consumazione del reato di cui all'art. 2621 c.c.; l'ente pubblico, magari partecipe di una fondazione che esercita attività economica, è tenuto a redigere i bilanci veritieri corretti pena la consumazione del delitto di falso ideologico in atto pubblico (art. 479 c.p.). La fondazione, magari esercente attività economica anche su stimolo di anti-pubblici che ne siano partecipi, risulta tuttavia ignota al diritto penale[89].

[89] ORSI, L., cit., p. 3.

Capitolo IV:

1 Le modificazioni (p.158)

1.1 Fase estintiva e operazioni straordinarie (p.168)

1.2 Trasformazione, fusione e scissione (p.171)

1.3 La pubblicità degli atti del procedimento (p.179)

1.4 Gli adempimenti relativi al progetto di fusione (art. 2501-ter) e gli adempimenti relativi alla documentazione informativa (art. 2501-septies) (p.181)

1.5 La disciplina della fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (p.182)

1.6 La situazione patrimoniale e il rapporto di cambio e la delibera dell'organo amministrativo (p.183)

1.7 Bilanci e maggioranze (p.185)

1.8 Forme deliberative (p.185)

1.9 Approvazione dell'autorità governativa e controllo notarile (p.186)

2 Le trasformazioni atipiche (p.187)

2.1 Trasformazioni di associazioni in fondazioni e viceversa (p.188)

2.2 La trasformazione di azienda speciale in fondazione di partecipazione (p.192)

2.3 L'opposizione dei creditori (p.195)

2.4 L'efficacia sanante dell'iscrizione dell'atto di fusione e fusioni e scissioni eterogenee (p.199)

CAPITOLO IV
TRASFORMAZIONI E FUSIONI DELLE FONDAZIONI DI PARTECIPAZIONE

1 *L*e modificazioni

La fondazione può essere descritta come il patrimonio destinato ad uno scopo, la destinazione in questo caso sembra essere perpetua. La perpetuità mette davanti al rischio della c.d. "manomorta". La diffidenza e le resistenze nei confronti delle fondazioni sono dovute alla possibilità, tramite l'utilizzo di questo strumento, di sottrarre beni alle logiche del mercato e di portare avanti l'accumulo di risorse. Questa pratica[1] costituì per lungo tempo una forma di governo e controllo delle risorse da parte della Chiesa[2]. Le attuali fondazioni di partecipazione, invece, presentano delle peculiarità. Gli artt. 23 e 24 c.t.s. dettano norme relative alla procedura di ammissione e all'assemblea delle associazioni, le quali sono applicabili anche alle fondazioni del terzo settore il cui statuto prevede la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, in quanto compatibili e ove non derogati dallo statuto. L'art. 25, comma 3, c.t.s. stabilisce che «lo statuto delle fondazioni del terzo settore può attribuire all'organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, di cui preveda la costituzione la competenza deliberare su uno o più degli oggetti di cui al comma uno, nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione e nel rispetto della volontà del fondatore». Queste disposizioni hanno portata generale, non specialistica, e dunque non sono riservate alle fondazioni di partecipazione del terzo settore[3]. Si tratta allora di verificare quale sia nelle fondazioni di partecipazione il peso della tendenziale perpetuità e della volontà del fondatore e se, per esse, il programma possa essere modificato, e da chi possano essere operate le modifiche[4]. Il codice civile nulla ci dice in materia di modificazioni. L'art. 16 c.c. allude nella sua rubrica alle modificazioni, ma a questa rubrica non corrisponde alcuna disposizione per un difetto di coordinamento generato dall'art. 11 lett. b) d.P.R. 361/2000. L'art. 16 al secondo comma stabilisce che «l'atto costitutivo e lo statuto possono contenere le norme relative all'estinzione dell'ente e alla devoluzione del patrimonio, e, per le fondazioni, anche quelle relative alla loro trasformazione». L'art. 25 c.c. offre un'altra indicazione ovvero 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

[1] LANDI, F., *Il paradiso dei monaci,* La Nuova Italia Scientifica, 1996.

[2] SICCHIERO, G., cit., p. 255-256.

[3] QUADRI, R., *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale,* in *Nuova giur. civ.,* 2018, 708-709.

[4] SICCHIERO, G., cit., p. 259-263.

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». Le fondazioni di partecipazione non sono esenti da questo controllo[5] esterno governativo o amministrativo[6]. L'art. 28 c.c. si riallaccia all'art. 16 comma 2 c.c. e a proposito della trasformazione della fondazione, dispone che «quando lo scopo è esaurito o divenuto impossibile o di scarsa utilità, o il patrimonio è divenuto insufficiente, l'autorità governativa, anziché di dichiarare estinta la fondazione, può provvedere alla sua trasformazione, allontanandosi il meno possibile dalla volontà del fondatore»[7]. La "trasformazione" però «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». La volontà del fondatore dunque costituisce un limite sia all'eterodirezione sia all'eterointegrazione[8]. Nell'alternativa fra l'estinzione e la trasformazione, risulta sempre preferibile la trasformazione attraverso modifiche statutarie, che per quanto possibile rispettino le originarie finalità consacrate nell'atto costitutivo[9]. Il d.P.R. n. 361/2000 fa riferimento alle modificazioni in due articoli. L'art. 2 rubricato "modificazioni dello statuto e dell'atto costitutivo" prevede che «le modificazioni dello statuto dell'atto costitutivo sono approvate con le modalità e nei termini previsti per l'acquisto della personalità giuridica dall'art. uno, 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'art. 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»[10]. L'art. 4 comma 2 del d.P.R. n. 361/2000 dispone che nel registro prefettizio delle persone giuridiche «devono essere iscritte le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto, il trasferimento della sede e l'istituzione di sedi secondarie, la sostituzione degli amministratori, con indicazione di quelli ai quali è attribuita la rappresentanza, le deliberazioni di scioglimento, i provvedimenti che ordinano lo

[5] VITTORIA, D., *Le fondazioni culturali,* cit., 327 e 333.

[6] SICCHIERO, G., cit., p. 263-264.

[7] La regola non si applica alle fondazioni di famiglia: art. 16 comma 3 c.c.

[8] L'art. 10 della legge delega 8 novembre 2000, n. 328, nel disciplinare la trasformazione delle IPAB in persone giuridiche di diritto privato, ha ribadito il necessario «rispetto delle tavole di fondazione e della volontà dei fondatori» e la legislazione regionale si è adeguata.

[9] Cons. St., sez. I, parere 21 marzo 2018, n. 1076, n. aff. 01469/2017, in *giustizia-amministrativa.it*

[10] SICCHIERO, G., cit., p. 265-266.

scioglimento o accertano l'estinzione, il cognome e nome dei liquidatori e tutti gli altri atti e fatti la cui iscrizione è espressamente prevista da norme di legge o di regolamento». Anche il codice del terzo settore si occupa delle modificazioni, in tre articoli. L'art. 22 comma 6 dispone che «le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto devono risultare da atto pubblico e diventano efficaci con l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore. Il relativo procedimento di iscrizione è regolato ai sensi dei commi 2 e 3» dello stesso art.. L'art. 25 prevede che «lo statuto delle fondazioni del terzo settore può attribuire all'organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, di cui preveda la costituzione la competenza a deliberare su uno o più degli oggetti di cui al comma uno, nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione e nel rispetto della volontà del fondatore» (comma 3)[11]. L'art. 48 prevede che nel RUNTS «devono essere iscritte le modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto, le deliberazioni di cancellazione, i provvedimenti che ordinano lo scioglimento, dispongono la cancellazione o accertano l'estinzione, le generalità dei liquidatori, e tutti gli altri atti e fatti la cui iscrizione è espressamente prevista da norme di legge o di regolamento». Tagliati devono essere depositati nel RUNTS entro 30 giorni decorrenti da ciascuna modifica, nel caso di omissione o incompleto deposito, l'ufficio del registro diffida l'ente del terzo settore ad adempiere all'obbligo suddetto assegnando un relativo termine non superiore a 180 giorni, decorsi i quali l'ente è cancellato dal registro. Gli amministratori sono onerati del deposito sotto pena di sanzione amministrativa (art. 2630 c.c.)[12]. I testi positivi sopracitati fanno riferimento alle "modificazioni" e alle "modifiche" dell'atto costitutivo e dello statuto. L'art. 16 c.c. ci dice che «l'atto costitutivo e lo statuto possono inoltre contenere le norme relative all'estinzione dell'ente e alla devoluzione del patrimonio, e anche quelle relative alla trasformazione» (comma2)[13]. Il codice del terzo settore distingue fra atto costitutivo e statuto. Ai sensi dell'art. 21 «l'atto costitutivo deve indicare la denominazione dell'ente; l'assenza di scopo di lucro e le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale da perseguire, l'attività di interesse generale che costituisce l'oggetto sociale; la sede legale; il patrimonio iniziale ai fini dell'eventuale riconoscimento della personalità giuridica; le norme sull'ordinamento; amministrazione e la rappresentanza dell'ente; i diritti e gli obblighi degli associati; la nomina dei primi componenti degli organi sociali obbligatori; le norme sulla devoluzione del patrimonio residuo in caso di scioglimento di estinzione; la durata dell'ente se è prevista». Quanto allo statuto l'art. 21

[11] Invece l'art. 25 comma 1 lett. *i)* c.t.s. stride con il fatto che l'autonomia negoziale non generi competenze inderogabili evocate invece nella rubrica di questo art..

[12] SICCHIERO, G., cit., p. 266-268.

[13] RESCIGNO, P., 1968, voce *Fondazione (dir. civ.),* destinata all'*Enc. dir.,* ora in ID., *Persona e comunità,* II, Cedam, 1988, 3, spec. 28.

stabilisce che questo debba contenere «le norme relative al funzionamento dell'ente» e quest'ultimo «anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo» e «in caso di contrasto fra le clausole dell'atto costitutivo e quelli dello statuto prevalgono le seconde»[14]. Le modulazioni dunque possono riguardare:

A) Il contenuto meramente documentale dell'atto costitutivo;
B) Le regole programmatiche che governano la destinazione e l'assetto organizzativo della fondazione di partecipazione[15].

L'art. 25 comma 3 c.t.s. consente che lo statuto delle fondazioni di partecipazione possa attribuire all'organo assembleare o di indirizzo la competenza a deliberare sulle modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto, con il doppio limite:

A) Che ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione;
B) Che sia rispettata la volontà del fondatore.

Questa norma è applicabile anche alle fondazioni di partecipazione che non hanno la qualifica di enti del terzo settore, avendo portata generale. Gli statuti delle fondazioni di partecipazione spesso:

A) Spostano la competenza a decidere dal consiglio di amministrazione all'assemblea o all'organo di indirizzo;
B) Non pongono limiti alle modificazioni;
C) Consentono lo scioglimento della fondazione per decisione dell'organo interno competente, cui viene riconosciuta anche facoltà di deliberare in merito alla devoluzione del patrimonio[16].

[14] CAMPOBASSO, G.F., *La costituzione della società per azioni,* relazione presentata al Convegno di Courmayeur del 27 e 28 settembre 2002, in CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE (a cura del), *La riforma del diritto societario,* Giuffrè, 2003, 45, 48.

[15] SICCHIERO, G., cit., p. 268-270.

[16] BELLEZZA, E., *Durante Noi Onlus. Statuto Fondazione,* in FONDAZIONE ITALIANA PER IL NOTARIATO (cur.), *Fondazioni di partecipazione,* cit., 11, segn. 18.

Dunque nelle fondazioni di partecipazione le modificazioni possono riguardare tanto aspetti essenziali quanto elementi accessori[17]. Una gran parte della dottrina[18] ritiene ammissibili le modificazioni che siano coerenti con l'attuazione dello scopo, purché questo rimanga immodificabile[19]. Si sono distinti tre diversi filoni interpretativi:

A) Un primo percorso ritiene che nelle fondazioni di partecipazione e lo scopo sia intangibile, dunque la modifica dello scopo determinerebbe una necessaria riqualificazione come associazione[20];
B) Un secondo percorso interpretativo riconosce all'organo interno competente la facoltà di modificare lo scopo[21];
C) Un terzo percorso interpretativo ritiene che l'organo competente alle modificazioni abbia un potere propositivo, ma che la decisione debba comunque seguire al provvedimento dell'autorità governativa o amministrativa[22] o dell'ufficio del registro unico nazionale del Terzo settore[23].

L'obiettivo in ogni caso è dare rilievo alla volontà del fondatore mantenendo fermo il modello fondazionale da questi prescelto, dunque si è stabilito che la modifica dello scopo fondazionale non abbia efficacia immediata, ma che la produzione degli effetti sia subordinata all'approvazione dell'autorità amministrativa. L'art. 25 comma 3 c.t.s. consente di attribuire la competenza all'organo assembleare o di indirizzo, nel rispetto di due limiti:

A) Il limite di compatibilità con la natura dell'ente quale fondazione;
B) Il limite del rispetto della volontà del fondatore.

Dunque se si riconosce competenza a deliberare la modifica (inclusa quella relativa allo scopo) occorre riconoscere alle modificazioni deliberate alcuni effetti. L'art. 2 comma 1 d.P.R. n. 361/2000 ci dice che «queste modificazioni sono approvate con le modalità e nei termini previsti per l'acquisto della personalità giuridica dall'art. uno, salvo i casi di riconoscimento della personalità giuridica per atto legislativo». L'art. 22 comma 6 c.t.s. Stabilisce che queste

[17] MALTONI, M., *L'organizzazione delle fondazioni del Terzo settore,* cit.

[18] ZOPPINI, A., *Le fondazioni,* cit., 72 ss., 98 ss., 220 ss., *Problemi e prospettive,* cit., p. 373 ss., *Prime osservazioni,* cit., 21 e *Profili evolutivi,* cit., 23.

[19] SICCHIERO, G., cit., p. 284-285.

[20] ZOPPINI, A., *Profili evolutivi,* 23 e *Le fondazioni,* cit., 102 ss., spec. 105.

[21] La prassi è fortemente criticata da DE GIORGI, M.V., LAUDONIO, A., *Le persone giuridiche,* 599 ss.

[22] SICCHIERO, G., *Le fondazioni di partecipazione,* in *Contratto e impresa,* 2020, 19, 44 ss.

[23] SICCHIERO, G., cit., p. 286-287.

modificazioni divengano «efficaci con l'iscrizione nel registro unico nazionale del terzo settore». La deliberazione di modificazione richiederà l'iscrizione nel registro prefettizio e nel RUNTS, sottoposto a controllo governativo, amministrativo e dell'ufficio del registro unico nazionale nonché sottoposto al controllo notarile. Viceversa se non si riconosca la competenza a deliberare la modifica, allora in tal caso si tratterà di una deliberazione riguardante una proposta di modifica rivolta all'autorità governativa o amministrativa o all'ufficio del registro unico nazionale del terzo settore. In questo caso la deliberazione del consiglio di amministrazione o dell'organo assembleare o di indirizzo della fondazione di partecipazione avrà la natura di mera sollecitazione[24] di un procedimento amministrativo e la modificazione sarà disposta in forza di un provvedimento dell'autorità governativa o amministrativa o dell'ufficio del registro unico nazionale[25]. Gli artt. 26 e 28 c.c. limitano l'ipotesi di intervento della pubblica amministrazione al caso tipico dello «scopo divenuto impossibile o di scarsa utilità». È necessario dunque verificare se vi sia o meno la competenza degli organi interni della fondazione di partecipazione a deliberare sulla modificazione dello scopo[26]. Il primo aspetto di questa analisi riguarda la compatibilità con la natura[27] dell'ente quale fondazione. Questa verifica può risultare complessa perché nel nostro ordinamento l'impianto delle fondazioni non si regge su un regime di tipicità, diversamente dalle società. Le società sono soggette ad una verifica di tipicità, mentre le fondazioni ad una verifica di legalità[28]. Occorre innanzitutto verificare in che senso il programma possa essere condiviso, l'apertura a terzi infatti può essere uno strumento di adesione economico finanziaria oppure uno strumento di condivisione organizzativa dialettica e di concorso al governo dell'ente, nel primo caso si parlerebbe di "fondazione di partecipazione statica", nel secondo di "fondazione di partecipazione dinamica"[29]. Nel primo caso i nuovi partecipanti rimangono esterni al progetto e il programma resta appannaggio del fondatore[30]; nel secondo caso l'adesione dei nuovi partecipanti consente

[24] BOGGIALLI, D., *Ammissibilità e limiti della modifica dello scopo di una fondazione,* in *Altalex*.; GALGANO, F., *Delle persone giuridiche,* cit., 284 s. (nota 2).

[25] SICCHIERO, G., cit., p. 289-291.

[26] SICCHIERO, G., cit., p. 292.

[27] FICI, A., *op. cit.,* nota 6, ha corretto l'espressione con «la qualifica di ente del Terzo settore».

[28] Proprio l'assenza di una struttura tipizzata ha lasciato mano libera all'autorità governativa di ottenere la modificazione degli statuti alla stessa presentati ai fini del riconoscimento, v. VITTORIA, D., *Le fondazioni culturali,* cit., 318.

[29] SICCHIERO, G., cit., p. 295.

[30] MALTONI, M., *L'organizzazione delle fondazioni del Terzo settore,* cit.

a seconda delle circostanze di orientare diversamente lo scopo[31]. In questo caso si prevede che l'autorità governativa o amministrativa e l'ufficio del registro unico nazionale del terzo settore debbano tenere conto anche della volontà dei partecipanti prima di pronunciarsi sul coordinamento dell'attività di più fondazioni o l'unificazione della loro amministrazione o sulla trasformazione. La lettura più corretta è quella che riconosce la facoltà al fondatore di conferire competenza all'assemblea o allo statuto, di operare e modificazioni anche essenziali, che possono coinvolgere lo scopo statutario[32]. Per quanto riguarda il secondo limite si tratta di determinare entro quali margini ciò possa avvenire. L'art. 27 comma 1 c.c. stabilisce che l'atto costitutivo possa prevedere altre cause di scioglimento, oltre alle cause legali di scioglimento. L'art. 28 comma 2 c.c. riconosce che l'autorità governativa o amministrativa non possa provvedere alla trasformazione della fondazione «quando i fatti che vi darebbero luogo sono considerati nell'atto di fondazione come causa di scioglimento della persona giuridica e di devoluzione dei beni a terze persone»[33]. Tutto ciò sta ad indicare che il fondatore può prevedere le condizioni d'uso e di durata della destinazione e la devoluzione successiva del patrimonio destinato a terze persone, indipendentemente dal fatto che lo scopo sia esaurito o sia divenuto impossibile o di scarsa utilità o insufficiente[34] (ipotesi *de residuo*)[35]. Altro requisito che deve essere rispettato è quello del rispetto della volontà del fondatore stabilito dagli artt. 26 e 28 c.c.[36]. Sembrerebbe potersi applicare al caso di specie la regola del *nemo potest venire contra factum proprium*[37], scatta un dovere di coerenza, dunque ai privati non è consentito appellarsi ad una utilità meta individuale e poi ottenuta la separazione patrimoniale fare evaporare le ragioni giuridiche che la sorreggono[38]. Tuttavia questa regola non trova applicazione per le fondazioni di partecipazione, perché in queste ultime la modificazione dello scopo è, di regola, una via per vivificare il programma e portare avanti il progetto fondazionale[39]. Ma dato il ragionamento in corso è opportuno porsi una domanda: è possibile una revisione totale dello

[31] SCOGNAMIGLIO, R., *Dei contratti in generale,* in *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca,* Art. 1321-1352, Zanichelli-Il Foro italiano, 1970, 161.

[32] SICCHIERO, G., cit., p. 297-298.

[33] Lo stesso è da dirsi per l'ufficio del registro unico nazionale del Terzo settore competente ai sensi dell'art. 90 c.t.s.

[34] RESCIGNO, P., *ad vocem cit.,* 28.

[35] SICCHIERO, G., cit., p. 298-299.

[36] SICCHIERO, G., cit., p. 300; FERRARA, F., *Teoria delle persone giuridiche,* cit., 732.

[37] SACCO, R., *La parte generale del diritto civile,* 1, *Il fatto, l'atto, il negozio,* nel *Trattato di diritto civile* diretto dal medesimo A., Utet, 2005, 1, 86 ss.

[38] SICCHIERO, G., cit., p. 302-303.

[39] SICCHIERO, G., cit., p. 303.

scopo? L'art. 16 comma 1 c.c. mette in risalto la caratteristica che distingue le fondazioni di partecipazione degli enti associativi, perché sottolinea il ruolo degli associati nella associazione e la destinazione di un patrimonio ad uno scopo nella fondazione: dunque l'atto costitutivo e lo statuto dovranno determinare quando si tratti di associazione, i diritti e gli obblighi degli associati e le condizioni della loro ammissione; invece quando si tratti di fondazioni, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite, vale a dire i criteri adoperati per il perseguimento dello scopo[40]. Lo statuto giuridico di un patrimonio presuppone l'esistenza di un patrimonio, se questo manca non si tratterebbe di fondazione ma di una scatola vuota[41]; se manchi invece lo scopo le regole di gestione in nulla cambierebbero rispetto all'ordinario diritto di proprietà e la destinazione sarebbe "illusoria"[42]. Nelle fondazioni di partecipazione vi deve essere convergenza con il programma iniziale, ma i nuovi partecipanti introducono un meccanismo di condivisione e partecipazione, dunque se c'è accordo lo scopo può essere modificato, entro certi limiti. La modifica deve essere coerente o almeno convergente rispetto al programma[43] e la valutazione deve essere fatta in chiave diacronica e non sincronica[44]. Altra questione è invece la sostituzione integrale dello scopo, a riguardo si può dire che nelle fondazioni di partecipazione mentre sono consentite le modifiche dello scopo coerenti o convergenti, non sono invece consentite le modificazioni incoerenti o divergenti rispetto allo scopo originario. Le deliberazioni modificative assunte, anche quella relativa allo scopo, assumono portata dispositiva, salvi i controlli di legge e l'iscrizione nei registri. Vista da un profilo funzionale la decisione di modificazione dell'atto costitutivo e dello statuto è un atto organizzativo esecutivo del negozio fondazionale[45]. L'art 25 comma 3 c.t.s. prevede che questa decisione sia attribuita all'organo assembleare o di indirizzo. La deliberazione di modificazione deve essere conforme alla legge e allo statuto. L'art. 24 comma 6 c.t.s. dichiara applicabili «alle fondazioni del Terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato», le regole assembleari fissate dai commi uno a cinque per le associazioni, in quanto compatibili e ove non derogate dallo statuto. Si tratta però di un rinvio non automatico

[40] SICCHIERO, G., cit., p. 305-306.

[41] Si accosta BASILE, M., *op. cit.,* 133.

[42] ALPA, G., relazione su *Le fondazioni* presentata al Convegno in onore di P. Rescigno a Gardone Riviera, 23-24 giugno 2000, in D. CARUSI (cur.), *Associazioni e fondazioni,* cit., 81, 97.

[43] BOBBIO, N., *Diritto e logica,* 1962, in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico,* Giappichelli, 1994, 103, in part. 128 ss.

[44] SICCHIERO, G., cit., p. 307-308.

[45] FERRO-LUZZI, P., *La conformità delle deliberazioni assembleari,* Giuffrè, Milano, 1993, *passim,* segn. 48 ss., 58 ss., 70 s., 73 ss., 115 ss., 118 ss., 136 ss., 151 ss., 176 ss.

e sussidiario[46]. Chiusa la fase deliberativa, si apre la fase di controllo, quest'ultimo punta a verificare che «siano state soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento»[47]. Si tratta di un controllo di legalità formale e sostanziale (non di un sindacato di merito sulle ragioni di opportunità e convenienza della modificazione) sia per l'iscrizione nel RUNTS[48], sia per l'iscrizione nel registro prefettizio, regionale o provinciale[49]. L'iscrizione nel RUNTS o nel registro prefettizio (o in quello regionale o provinciale) ha per oggetto l'atto costitutivo e lo statuto modificati, non invece la delibera modificativa, né il verbale (atto modificato - atto modificativo)[50]. L'art. 22 comma 6 c.t.s. richiede ai fini dell'iscrizione nel RUNTS non solo che la delibera sia conforme alla legge, ma anche all'atto costitutivo e allo statuto. L'eventuale contrasto della delibera modificativa con l'atto costitutivo o lo statuto, non riguarda l'iscrivibilità su cui vigila l'autorità governativa o amministrativa, ma piuttosto la validità della delibera, su cui vigila l'autorità giudiziaria[51]. Si può dunque operare una distinzione:

A) Per le fondazioni non aventi la qualifica di enti del terzo settore il controllo è sia preventivo notarile di carattere documentale (sull'atto verbale), sia successivo amministrativo di legalità (sull'atto delibera). Ai sensi dell'art. 2 d.P.R. n. 361/2000 «le modificazioni sono approvate» dall'autorità governativa o amministrativa «con le modalità e nei termini previsti per l'acquisto della personalità giuridica, salvo i casi di riconoscimento della personalità giuridica per atto legislativo», «alla domanda è allegata alla documentazione necessaria a comprovare il rispetto delle disposizioni statutarie inerenti al procedimento di modifica dello statuto». «Qualora la prefettura ravvisi ragioni ostative all'iscrizione ovvero la necessità di integrare la documentazione presentata entro il termine di» 120 giorni dalla data di presentazione della domanda, «ne dà motivata comunicazione ai richiedenti i quali nei successivi 30 giorni, possono presentare memorie e documenti. Se nell'ulteriore termine di 30 giorni, il prefetto non

[46] SICCHIERO, G., cit., p. 309-310.

[47] Art. 1 comma 3 d.P.R. n. 361/2000 e sulla stessa lunghezza d'onda si colloca l'art. 22 comma 2 c.t.s. che parla di verifica notarile della «sussistenza delle condizioni previste dalla legge».

[48] L'art. 22 comma 2 c.t.s. impone al notaio un controllo di pura legalità.

[49] Analogamente GALGANO, F., *Delle persone giuridiche,* cit., 181 e 225.

[50] SICCHIERO, G., cit., p. 312.

[51] FERRO-LUZZI, P., *Sui recenti orientamenti in tema di omologazione,* in *Impresa comm. ind.,* 1983, 247.

comunica ai richiedenti il motivato diniego ovvero non provvede all'iscrizione, questa si intende negata»[52].

B) Per le fondazioni del terzo settore il controllo di regolarità è invece esclusivamente notarile per il profilo sostanziale (si tratta di un controllo di legalità e non solo documentale). Il controllo notarile in questo caso può avere esito positivo, il notaio depositerà il verbale, con i relativi allegati, entro 20 giorni presso il competente ufficio del registro unico, chiedendo l'iscrizione. L'ufficio, verificata la regolarità formale della documentazione, iscriverà la modifica nel registro. Se la verifica notarile è invece negativa, il notaio ne darà comunicazione motivata, non oltre 30 giorni agli amministratori[53]. Gli amministratori nei 30 giorni successivi, possono domandare all'ufficio del registro unico competente di disporre l'iscrizione, ma in questo caso l'ufficio del registro unico dovrà verificare la regolarità sostanziale. Se l'ufficio nei 60 giorni dalla presentazione della domanda, non comunica ai richiedenti il motivato diniego, o non chiede di integrare la documentazione o non provvede all'iscrizione, quest'ultima si intende negata[54].

Per concludere si può affermare che le modificazioni delle fondazioni di partecipazione siano consentite entro il limite in cui non obliterino la natura della fondazione, vale a dire la destinazione ad uno scopo, e non tradiscano la volontà del fondatore, ossia l'aspettativa legittimamente riposta sul fatto che gli apporti siano utilizzati per la realizzazione del programma. Lo scopo originario nella fondazione di partecipazione può dunque essere modificato, rispettati i suddetti limiti, per via dell'apertura del progetto fondazionale a nuove partecipazioni a seguito dell'ingresso di nuovi partecipanti nell'organizzazione. Tuttavia lo scopo non può essere modificato *ad nutum* perché ciò farebbe fuoriuscire la fondazione di partecipazione dal modulo fondazionale[55].

1.1 *F*ase estintiva e operazioni straordinarie

[52] Per M. BASILE, *op. cit.,* 223, la verifica è duplice: l'autorità governativa o amministrativa verifica l'esistenza dei presupposti di legge e l'inesistenza di ragioni ostative.

[53] Si tratta dell'unico senso plausibile del riferimento effettuato dal comma 2 al comma 3 dell'art. 22 c.t.s. il quale allude «ai fondatori, o agli amministratori dell'ente».

[54] SICCHIERO, G., cit., p. 313-316.

[55] SICCHIERO, G., cit., p. 320-321.

Occorre approfondire anche la fase finale dell'esistenza della fondazione di partecipazione. Il codice del terzo settore non detta una disciplina[56] compiuta dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione degli enti da esso governati[57]. La fondazione di partecipazione ETS, non si distacca dal *genus* di appartenenza, tanto che si prevede che la disciplina associativa possa trovare applicazione solo in caso di compatibilità con la "natura dell'ente quale fondazione"[58], oltreché con "la volontà del fondatore"[59]. A tutela dell'indisponibilità endogena dell'oggetto e della veste organizzativa interessa al patrimonio destinato è stata operata una riforma del procedimento di riconoscimento con il d.P.R. n. 361/2000, il cui art. 2 richiede che l'amministrazione competente debba approvare le modifiche statutarie[60], imponendo di «allegare la documentazione necessaria a comprovare il rispetto delle disposizioni statutarie inerenti al procedimento di modifica» (per le fondazioni)[61]. L'art. 2500-*octies* comma 4 c.c. prescrive l'intervento dell'autorità amministrativa per realizzare la trasformazione eterogenea di una fondazione[62]. L'art. 42-bis c.c. del Libro I ha stabilito la necessaria iscrizione nel registro delle persone giuridiche o nel RUNTS degli atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni. Se si accetta questa interpretazione si deve escludere che la proposta di scioglimento dell'ente possa direttamente provenire da una deliberazione dell'organo amministrativo o assembleare, ma bensì sarà rivolta all'autorità competente[63], ove

[56] L'attenzione appare maggiormente focalizzata sulle associazioni ed è stato correttamente rilevato da M.V. DE GIORGI e A. LAUDONIO, *op. cit.,* 598 ss. che «Per quanto riguarda le fondazioni ETS, occorre, infatti, evidenziare che le disposizioni che innestano su di esse la disciplina dell'organo assembleare dettata per le associazioni (artt. 23, ult. comma 24, e 25 ult. comma c.t.s.) sono sempre collocate in coda a queste ultime, quasi ad evidenziarne topograficamente l'ancillare derivazione sistematica».

[57] SICCHIERO, G., cit., p. 333.

[58] Un accento su questo aspetto viene posto da SICCHIERO, G., cit., p. 45.

[59] La volontà del fondatore può determinare la disapplicazione degli interventi conservativi da parte dell'autorità competente delineati negli artt. 26 e 28 c.c..

[60] Ancora una volta l'art. 20 comma 1 lett. c), d.m. n. 106/2020 si rivela poco preciso, perché prevede per gli ETS il deposito da parte del rappresentante legale o degli amministratori; RESCIO, G.A., *Il regime pubblicitario degli enti del terzo settore e le interferenze con gli altri sistemi pubblicitari,* in *Riv. dir. civ.,* 2023, I, 1021, 1032, 1035 ss.

[61] A differenza di quanto previsto dall'art. 2 comma 3 d.P.R. n. 361/2000, nella disciplina del RUNTS emerge una criticità: né il codice del terzo settore, né il d.m. n. 106/2020 menzionano le delibere di approvazione delle modifiche statutarie o i relativi allegati tra i documenti da acquisire.

[62] DE GIORGI, M.V., e LAUDONIO, A., *op. cit.,* 591 s.

[63] MALTONI, M., *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità,* in *Fondazioni di Partecipazione,* Atti del Convegno di Firenze, cit.

non sia possibile una soluzione salvifica, si avrà l'apertura della fase liquidativa[64]. Le stesse regole si applicano anche quando alla fondazione di partecipazione partecipino soggetti a matrice pubblicistica, a nessun fondatore è infatti consentito disporre di quegli elementi della fondazione che fin dall'inizio si sono collocati oltre la portata dell'autonomia privata. queste regole valgono anche per la pubblica amministrazione per ragioni di parità di trattamento quando questa operi come partecipante *jure privatorum*[65]. Si avrà l'impulso del competente organo interno alla fondazione con la propria deliberazione, seguito da una richiesta di accertamento del verificarsi di una causa legale o statutaria[66] di scioglimento rivolta alla pubblica amministrazione[67]. Per poter avviare l'istruttoria, la deliberazione deve fornire una descrizione dettagliata dell'ipotesi di dissolutiva che si sia verificata e allegare ogni altro elemento documentale per consentire all'amministrazione procedente di verificare le circostanze ed esercitare il proprio potere. La deliberazione, avendo la fondazione di partecipazione configurazione corporativa come l'associazione riconosciuta, dovrà ispirarsi al metodo collegiale e dunque al principio maggioritario[68]. In materia di scioglimento ed evoluzione del patrimonio, in mancanza di una espressa previsione statutaria, il punto di riferimento appare l'art. 21 comma 3 c.c. che esige «il voto favorevole di almeno tre quarti degli associati», da leggersi come riferito ai fondatori e agli ascritti[69]. L'organo demandato di proporre alla pubblica amministrazione lo scioglimento, coincide di norma con l'assemblea[70], nella quale sono riuniti i fondatori. La convocazione ed informazione dell'assemblea spetterà generalmente all'organo amministrativo. La presenza di un ulteriore organo di controllo potrà giovare a garantire la correttezza e veridicità delle informazioni fornite e a sorvegliare sulla legittima adozione della delibera di scioglimento[71]. Nella fondazione di partecipazione la

[64] SICCHIERO, G., cit., p. 335-338.

[65] RESCIGNO, P., *Conclusioni,* cit., che afferma «La fondazione rimane un istituto di diritto privato che si rivela strumento utile anche per attività che siano, ripeto, tutte ed integralmente di soggetti pubblici».

[66] Con l'ovvia eccezione di una causa statutaria consistente, nella stessa delibera di scioglimento, che costituirebbe una elusione dell'inderogabile immutabilità dell'ente.

[67] SICCHIERO, G., cit., p. 344-345.

[68] SICCHIERO, G., cit., p. 346-347.

[69] FUSARO, A., *Gli Enti del Terzo Settore,* cit., 152 ss.

[70] CAVANNA, M., *op. cit.,* 302 ss.

[71] V. M. V. DE GIORGI e A. LUDONIO, *op. cit.,* 616; diversamente M.L. VITALI, *Riforma del terzo settore, nuova disciplina dell'impresa sociale e regole societarie,* in *Oss. Dir. civ. comm.,* 2020, 115 ss.

riduzione ad uno dei partecipanti[72], o anche la loro completa eclissi[73], non possono essere considerate in sé come cause di scioglimento[74], a meno che un simile effetto non sia statutariamente collegato al venir meno di uno o più di essi. Non si può inoltre dimenticare di sottolineare che l'insufficienza patrimoniale, quale causa di scioglimento prevista dal libro I del codice civile, potrebbe interferire con la certezza della disciplina delle perdite incidenti sul patrimonio minimo ricercata dall'art. 22 comma 5 c.t.s.[75]. La problematica dell'insufficienza patrimoniale e della sua vaghezza, non si pone per gli enti sportivi dilettantistici, i quali potranno acquisire la personalità giuridica in presenza di un patrimonio minimo predeterminato per legge invariabilmente pari a 10.000 €. Anche il codice del terzo settore prevede per gli enti sportivi personificati che questi possano incontrare causa di scioglimento quando risulti che il patrimonio minimo sia diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, ma la generica insufficienza patrimoniale non potrà essere scrutinata dall'autorità competente[76]. Per quanto riguarda il tema della devoluzione/destinazione del patrimonio residuo al termine della liquidazione, questa dovrebbe essere affidata all'organo amministrativo, in modo che possa essere condotta una valutazione dei potenziali beneficiari e delle situazioni meritevoli di supporto patrimoniale[77]. Per le fondazioni di partecipazione cui partecipino enti pubblici[78] si esclude la legittimità di clausole statutarie che dispongano la restituzione a tali enti dei beni da essi conferiti[79]. Un modo per evitare la rigidità di questi vincoli, sarebbe quello di prevedere un diritto reale minore (superficie, usufrutto o uso, a seconda del tipo di attività) oppure un vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. sul bene che si vuole attribuire alla fondazione, così che sarebbe garantita la riespansione della posizione dominicale pubblica al venir meno per qualunque motivo della fondazione partecipata[80].

---

[72] Di per sé idonea a determinare lo scioglimento anche nelle associazioni riconosciute (art. 27 comma 1 c.c.).

[73] V. Trib. Belluno 15 febbraio 2018, in *Nuova giur. civ. comm.,* I, 2018, 1039 ss.

[74] SICCHIERO, G., cit., p. 47 ss.

[75] SICCHIERO, G., cit., p. 351-352.

[76] SICCHIERO, G., cit., p. 352-353.

[77] Non va infatti dimenticato che la fondazione potrebbe essere andata incontro ad una fattispecie dissolutiva legata, alla sopravvenuta impossibilità del suo scopo o scarsa utilità e in tal senso una previsione statutaria che rimetta all'organo amministrativo il potere di realizzare l'astratto obbligo devolutivo concede una misura di adattabilità rispetto a circostanze impreviste.

[78] In dottrina v. IBBA, *op. cit.,* 335 ss.

[79] SICCHIERO, G., cit., p. 354.

[80] SICCHIERO, G., cit., p. 355-356.

In relazione ad un altro importante tema quello dell'apertura di una procedura concorsuale liquidativa, bisogna affermare anzitutto che non vi sia una diretta interferenza fra l'apertura della procedura concorsuale liquida attiva e lo scioglimento dell'ente. La liquidazione giudiziale ha la funzione di realizzare un'esecuzione collettiva del patrimonio di un imprenditore commerciale, dunque lo scioglimento dell'ente imprenditoriale appare eccedente rispetto a tale principale finalità, e risulta contrario all'introduzione di numerosi strumenti alternativi recuperatori che sono stati introdotti sin dal 2005. Nella fondazione di partecipazione anche un eventuale liquidazione concorsuale che annientasse l'impresa potrebbe non importare ulteriori conseguenze, perché non è detto che venga meno la possibilità di riavviare l'impresa o di coltivare altre attività statutariamente previste[81].

1.2 Trasformazione, fusione e scissione

L'art. 42-bis del Codice Civile introduce e conferma la possibilità per gli enti regolati dal Primo Libro di procedere a fusioni e scissioni, un concetto che precedentemente era stato riconosciuto soltanto in via interpretativa, in particolare per quanto riguarda le fusioni, dalla dottrina e dalla giurisprudenza. La disposizione evidenzia due principi fondamentali:

A) L'applicazione, nei limiti della compatibilità, delle regole previste per la fusione e la scissione delle società, con particolare attenzione alle diverse fasi della relativa procedura.

B) Il principio secondo cui devono essere applicate le regole di pubblicità inerenti al tipo di ente coinvolto nell'operazione.

La verifica della compatibilità richiede un'attenta valutazione dei seguenti aspetti:

A) La disciplina relativa alla fusione in presenza di acquisizione con indebitamento.

B) La situazione patrimoniale degli enti coinvolti.

C) Il rapporto di cambio e la sua valutazione.

D) La relazione degli amministratori.

E) La perizia sul valore del patrimonio nelle fusioni e scissioni trasformative.

[81] SICCHIERO, G., cit., p. 356-358.

F) La possibilità che l'organo amministrativo deliberi autonomamente l'operazione.

G) I bilanci degli ultimi tre esercizi.

H) Le forme deliberative applicabili.

I) L'approvazione dell'autorità governativa e il controllo notarile, in relazione alle nuove norme sul riconoscimento della personalità giuridica introdotte dalla riforma del Terzo Settore.

J) Il diritto di recesso nelle associazioni.

K) La riduzione dei termini legali prevista per le fusioni societarie.

Permangono alcune criticità, ad esempio, riguardo ai quorum richiesti per la deliberazione o all'eventualità di una fusione o scissione tra una fondazione e un'associazione riconosciuta, specie per quanto riguarda l'attribuzione della qualifica di associato a seguito dell'operazione[82]. Il Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 117, emanato in attuazione della delega conferita con la legge 6 giugno 2016, n. 106, ha introdotto il Codice del Terzo Settore, in vigore dal 3 agosto 2017. Questo provvedimento ha avuto come obiettivo una revisione organica della normativa sugli enti del Terzo Settore, incluse le disposizioni tributarie applicabili, al fine di promuovere iniziative private mirate a perseguire il bene comune e favorire la cittadinanza attiva, la coesione sociale e la crescita personale, in linea con i principi costituzionali[83]. Anche se il legislatore non è intervenuto direttamente sul Codice Civile[84], ha comunque inserito nel Primo Libro una disciplina specifica per regolamentare fusioni e scissioni tra enti, indipendentemente dalla loro eventuale qualificazione come enti del Terzo Settore. L'art. 42-bis sancisce che, salvo diversa previsione statutaria, associazioni riconosciute e non riconosciute e fondazioni possono effettuare reciproche fusioni, scissioni o trasformazioni. La trasformazione comporta gli effetti stabiliti dall'art. 2498 del Codice Civile. L'organo amministrativo deve preparare una relazione sulla situazione patrimoniale dell'ente, con un elenco dei creditori aggiornato a non più di 120 giorni prima della delibera di trasformazione, oltre alla relazione prevista dall'art. 2500-sexies.

[82] MAGLIULO, F., *Fusione e scissione di associazioni riconosciute e fondazioni,* in *Consiglio Nazionale del Notariato Studio n. 77-2020/I,* Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 23/04/2020, p. 1-2.

[83] Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante "Codice del Terzo settore, a norma dell'art. 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106".

[84] A tale riguardo il codice si è limitato a disporre all'art. 3 secondo comma, che "Per quanto non previsto dal presente Codice, agli enti del Terzo settore si applicano, in quanto compatibili, le norme del Codice civile e le relative disposizioni di attuazione".

Si applicano, nei limiti della compatibilità, anche gli articoli 2499, 2500, 2500-bis, 2500-ter (secondo comma), 2500-quinquies e 2500-nonies. Le disposizioni relative alla fusione e scissione societaria, disciplinate nelle sezioni II e III del capo X del Titolo V del Libro V del Codice Civile, si applicano anch'esse nei limiti della compatibilità. Tuttavia, gli atti relativi a trasformazioni, fusioni e scissioni che il Libro V prevede di iscrivere nel Registro delle Imprese devono essere registrati nel Registro delle Persone Giuridiche o, in caso di enti del Terzo Settore, nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore. L'art. 42-bis risponde alla delega contenuta nell'art. 3, lettera e) della legge 106/2016, che indicava la necessità di disciplinare fusioni e trasformazioni tra associazioni e fondazioni, ispirandosi ai principi introdotti dalla riforma del diritto societario del 2003[85]. Con la sua introduzione, questo art. colma un vuoto legislativo, poiché le fusioni e scissioni erano regolate solo per le società, ma non per gli enti del Primo Libro. L'art. 42-bis si limita a disciplinare fusioni e scissioni all'interno delle categorie di enti del Primo Libro[86]. Prevede fusioni e scissioni reciproche tra associazioni riconosciute, non riconosciute e fondazioni. Tuttavia, quando l'ente di partenza o di arrivo è una società, si applicano anche le norme delle sezioni II e III del Capo X del Quinto Libro, oltre agli articoli 2500-*septies* e 2500-*octies*, relativi alle trasformazioni eterogenee. Alcuni esperti ritengono che le fusioni e scissioni possano coinvolgere enti di diversa tipologia all'interno del Primo Libro, considerando che:

A) La legge delega del 2016 fa riferimento alla fusione tra associazioni e fondazioni, senza limitarla a fusioni tra enti della stessa tipologia.

B) L'art. 42-bis consente la trasformazione tra associazioni e fondazioni, rendendo plausibile un'unica operazione che comprenda trasformazione e fusione[87].

C) Anche in ambito societario, fusioni e scissioni trasformative sono accettate[88].

Se le operazioni coinvolgono enti che non sono qualificati come appartenenti al Terzo Settore, la pubblicità delle operazioni avviene nel Registro delle Persone Giuridiche. Per

[85] BIANCA, M., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore,* cit. rileva che la legge delega non menziona espressamente anche le associazioni non riconosciute e le scissioni.

[86] MAGLIULO, F., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore,* cit., 32; D'ANGELO, S., *Le operazioni straordinarie degli Enti del Terzo Settore,* reperibile sul sito www.uneba.org, 3; LOFFREDO, F., *Gli enti del Terzo settore,* cit., 245.

[87] Cfr. MAGLIULO, F., *La fusione delle società,* cit., 77.

[88] MAGLIULO, F., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore,* cit., 98.

associazioni e fondazioni del Terzo Settore, la pubblicità è effettuata nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore. Fusioni e scissioni sono consentite solo se non esplicitamente vietate dall'atto costitutivo o dallo statuto. Per enti con la qualifica di impresa sociale, l'art. 12 del d.lgs. 112/2017 prevede ulteriori limitazioni. La compatibilità delle norme applicabili, ispirate alla disciplina societaria, va valutata caso per caso, includendo la predisposizione del progetto, la documentazione necessaria, e la gestione dell'opposizione dei creditori sociali. In definitiva, l'art. 42-bis rappresenta un'importante innovazione, offrendo chiarezza normativa per regolamentare fusioni e scissioni tra gli enti del Primo Libro del Codice Civile[89]. L'art. 2500-*octies* comma 4 c.c. prevede l'intervento dell'autorità amministrativa ai fini della trasformazione eterogenea di una fondazione[90]. Nelle ipotesi contemplate dagli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c., il legislatore ha moltiplicato le ipotesi attraverso cui operare il passaggio trasformativo, ammettendo dei mutamenti da o verso situazioni di titolarità o enti personificati estranei a qualsiasi vincolo associativo (comunioni d'azienda e fondazioni), mentre a taciuto alcuni mutamenti frequenti invece nella prassi (tra associazioni e cooperative o con consorzi, tra consorzi e società consortili). La cornice legislativa piuttosto disordinata e lacunosa ha lasciato spazio alle interpretazioni dottrinali, recepite dalle corti ordinarie, è stato nella giurisprudenza amministrativa che si è generata la casistica più consistente, culminata in due provvedimenti contrapposti[91] del Consiglio di Stato[92]. Con l'art. 3 comma 1 lett. e), della legge delega n. 106/2016 è stato richiesto al legislatore delegato «di disciplinare il procedimento per ottenere la trasformazione diretta e la fusione fra associazioni e fondazioni, nel rispetto del principio generale della trasforma fra enti collettivi diversi introdotto dalla riforma del diritto societario di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6»[93]. Infine con l'introduzione dell'art. 42-bis c.c. si è avuta l'unica modifica all'interno del codice civile realizzata in attuazione della L. 106/2016 e si è ha avuto un massiccio trapianto di regole del Libro V del codice civile all'interno del Libro I, con il ricorso alla clausola di compatibilità[94]. È necessario

[89] MAGLIULO, F., cit., p. 2-7.

[90] Prima di tale riforma l'estensione dell'istituto della trasformazione al di fuori dell'alveo societario, e in particolar modo agli enti del Libro I c.c., era stata indagata da VITTORIA, D., *Il cambiamento del "tipo" per gli enti del I libro del codice civile,* in *Contr. impr.,* 1992, 1149 ss.

[91] Da un lato Cons. Stato 23 ottobre 2014, n. 5226, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2015, I, 471 ss.; dall'altro Cons. Stato parere 30 gennaio 2015, n. 296.

[92] SICCHIERO, G., cit., p. 361-363.

[93] Per delle considerazioni critiche su tale disposizione v. M.V. DE GIORGI e A. LAUDONIO, *op. cit.,* 743 s.; CEOLIN, M., *La trasformazione e le altre operazioni straordinarie degli enti non lucrativi tra Codice Civile e Codice del Terzo Settore,* 2023, 466 ss.

[94] SICCHIERO, G., cit., p. 363.

individuare alcune prime coordinate sistematiche valevoli per tutti gli enti non lucrativi che sorreggeranno tutte le soluzioni di seguito proposte con specifico riguardo alle fondazioni di partecipazione:

A) Non si riscontra alcuna controindicazione alla transitabilità fra i vari schemi organizzativi astrattamente predisposti per l'intervento nei settori privilegiati di volta in volta definiti;

B) Non si può fuoriuscire da questi ambiti senza prima spogliarsi dei benefici ottenuti in funzione degli scopi qui ci si era inizialmente vincolati;

C) Anche laddove non sia specificamente proibito, non è consentito trasformare un'associazione con scopi ideali o comunque non egoistici o una fondazione in una comunione d'azienda o in un'impresa individuale, perché ciò consentirebbe un'appropriazione delle utilità percepite fra i partecipanti o in favore del partecipante[95]. Si devono escludere dal novero delle trasformazioni, quelle variazioni dell'assetto interno che portano l'ente ad assumere o a privarsi dell'apertura all'adesione di terzi (della partecipatività), dell'adozione della qualifica d'impresa sociale, ETS, di ente filantropico, ricorrendone i diversi presupposti. L'abbandono dello schema del patrimonio destinato personificato rappresenta un segnale alternativo del ricorrere della trasformazione di una fondazione, che richiede anche l'intervento dell'autorità amministrativa, ma questo caso è diverso da tutti gli altri casi di trasformazione in cui sia coinvolto un ente[96]. Si possono innanzitutto delineare dei fondamentali corollari:

A) L'assenza di qualunque previsione riguardo la trasformazione della fondazione non rappresenta un ostacolo all'esercizio del potere spettante alla pubblica amministrazione[97];
B) La presenza di clausole impeditive della trasformazione nelle tavole fondazioni inibisce il potere modificativo dell'amministrazione ex artt. 42-bis o 2500-octies comma 4 c.c. Allo stesso modo in cui non le sarebbe consentito procedere all'alterazione dell'oggetto

[95] Salva forse l'ipotesi i cui a partecipare alla fondazione siano esclusivamente degli enti pubblici o altri enti non lucrativi, in favore dei quali, è ammissibile una autodestinazione in sede devolutiva dei beni con cui si è dotato l'ente.

[96] SICCHIERO, G., cit., p. 365-366.

[97] IORIO, G., *Le trasformazioni eterogenee,* Giuffrè, Milano, 2010, 100 ss., 186 ss.

ai sensi dell'art. 28 del codice civile, qualora il fondatore l'avesse interdetto preferendo lo scioglimento dell'ente[98];

C) L'amministrazione dovrà essere sempre messa a conoscenza di ogni dato rilevante, delle ragioni giuridiche ed economiche per le quali si è disposta la trasformazione, essendo altrimenti impedito l'inizio della fase istruttoria[99].

Per la verbalizzazione della decisione modificativa in seno alla fondazione, non è necessario ricorrere alla verbalizzazione notarile, dato che il controllo di legalità sostanziale è in ogni caso rimesso all'amministrazione competente e sarà il provvedimento di quest'ultima a dover rispecchiare i contenuti richiesti per la costituzione dell'ente risultante. Contrariamente invece il codice del terzo settore prevede per la pubblicità nel RUNTS come emerge dal combinato disposto degli articoli 16 comma 6, 20 comma 9 d.m. 106/2016, che sia richiesto il ministero notarile per la verbalizzazione di trasformazioni, fusioni e scissioni anche laddove si è riconosciuto all'ufficio del RUNTS un potere di controllo[100]. Per quanto riguarda l'organo competente alla deliberazione per la vicenda trasformativa, si rinvia a quanto già illustrato in relazione allo scioglimento, l'unica cautela da osservare deriverà dalla presenza di quorum differenziati. Di conseguenza, l'opzione dovrà ricadere su quozienti previsti per le deliberazioni modificative dell'atto costitutivo o dello statuto; laddove invece l'operazione comporti una modifica causale[101], sembra più consono optare per i quorum dettati per lo scioglimento dell'ente[102]. In mancanza dovrà farsi ricorso ad una deliberazione unanime[103]. Una deliberazione maggioritaria di trasformazione, potrebbe dar luogo all'esercizio del diritto di recesso da parte di chi non vi abbia consentito, se ciò sia previsto nelle tavole fondazionali[104]. L'atto unilaterale di recesso nella fondazione di partecipazione può produrre i propri effetti solo se alla deliberazione dell'ente segua l'approvazione dell'amministrazione competente, essendo sospensivamente condizionato ad essa[105]. Si ritiene poi che il recesso possa dar luogo a pretese

[98] MAGLIULO, F., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti* non profit, cit., 42 e s.

[99] Saranno necessari tutti i documenti di volta in vota richiesti, quali: situazioni patrimoniali aggiornate, relazioni di stima, relazioni di organi di controllo, relazioni di esperti nel caso di fusioni e scissioni.

[100] SICCHIERO, G., cit., p. 369-371.

[101] M.V. DE GIORGI e A. LAUDONIO, *op. cit.,* 783 ss. (per gli ETS) e 787 e s. (per le imprese sociali).

[102] Propende per tale soluzione M. TAMPONI, *op. cit.,* 340 e s.

[103] SICCHIERO, G., cit., p. 372-373.

[104] Ammette in termini generali la possibilità di recesso G.A.M. TRIMARCHI, *Autonomia privata e recesso dalle società di capitali. Seconda parte, Notariato 3/2017) al primo comma elenca le ipotesi di recesso legale,* 443.

[105] SICCHIERO, G., cit., p. 374.

e restitutorie nei confronti della fondazione solo in favore di enti pubblici e altri enti non lucrativi partecipanti unicamente nei casi in cui un diritto alla retroversione dei beni da essi conferiti sia riservato da apposite clausole statutarie, anche quelle di devoluzione in caso di scioglimento. L'art. 2500-octies comma 4 c.c. prevede che le partecipazioni della società risultanti dalla trasformazione debbano essere assegnate secondo le disposizioni dell'atto costitutivo e in difetto dell'art. 31 c.c.[106]. Deve trattarsi in questo caso di fondazioni con una cerchia limitata o quantomeno identificabile di beneficiari, come ad esempio le fondazioni di famiglia[107]. In questi casi è naturale che la partecipazione societaria sia assegnata a coloro che partecipano alla sua gestione e a cui talora sono destinate le rendite del patrimonio, questa opzione invece non è praticabile per gli enti che perseguono scopi di interesse generale[108].

Oltre a disporre il compimento dell'operazione, l'autorità amministrativa provvederà anche all'assegnazione delle quote di partecipazione, tenendo conto dell'indicazione dell'organo che ha proposto la trasformazione, agli enti con finalità analoghe[109]. È necessario che nell'ente trasformato sia riprodotto per quanto possibile il complessivo equilibrio di poteri preesistente[110]. Anche nella fusione e nella scissione è necessario ricomporre, l'equilibrio partecipativo identificabile negli enti coinvolti. L'organo amministrativo deve dare conto nella propria relazione dell'eventuali difficoltà di valutazione incontrate per determinare la compagine dei partecipanti dell'ente risultante e ciò deve essere riscontrabile anche nella relazione degli esperti. Decorsi 15 giorni dalla pubblicazione del progetto di fusione o di scissione, si potrà procedere negli enti coinvolti alla deliberazione dell'operazione che dovrà essere adottata nelle fondazioni di partecipazione con i *quorum* valevoli per lo scioglimento[111]. La realizzazione dell'atto di fusione o di scissione potrà avere luogo trascorsi 30 giorni[112], nei

[106] SICCHIERO, G., cit., p. 373-375.

[107] Cfr. anche A. FUSARO, *La fondazione tra modello tradizionale e modello partecipativo,* cit., 1098 ss.

[108] CETRA, A., *op. loc. ult. cit.*

[109] Con riferimento alla trasformazione o allo scioglimento, gli artt. 31 comma 2 e 32 c.c. salvaguardano il rispetto della destinazione a scopo diverso da quello proprio dell'ente, impressa a beni ricevuti a titolo gratuito: G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee,* cit., 109 ss., 213 ss.

[110] SICCHIERO, G., cit., p. 376.

[111] Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno riconosciuto effetti estintivi alla fusione e, implicitamente, anche alla scissione, con la nota sentenza 30 luglio 2021, n. 21970 e in questo caso la soluzione del problema è estesa anche agli enti non societari.

[112] È applicabile la dimidiazione dei termini dei termini endoprocedimentali dell'art. 2505-*quater* c.c., ma questa dimidiazione non vale per i termini riservati ai vari uffici onde realizzare i controlli loro demandati in vista della pubblicità delle varie fasi procedimentali delle operazioni di fusione e scissione.

quali potrà essere proposta dai creditori l'opposizione di cui all'art. 2503 c.c.[113]. In particolar modo le scissioni possono giocare nell'ambito delle fondazioni di partecipazione un ruolo importante all'interno della cornice di gestione collettiva. La scissione infatti può dimostrarsi uno strumento versatile per realizzare un processo volontario di ristrutturazione diretto ad enucleare dal complessivo fondo patrimoniale dell'ente un ramo di attività cui attribuire autonomia in vista della sua crescita[114]. A tale distacco patrimoniale si accompagnerebbe una migrazione di partecipanti, che quantomeno in caso di scissione proporzionale si troverebbero a replicare i rispettivi equilibri nel nuovo ente[115]. Un'alternativa che si è presentata a seguito dell'attuazione nel nostro ordinamento della direttiva UE 2019/2121 che è dedicata a trasformazioni, fusioni e scissioni frontaliere, e la scissione mediante scorporo. Con questa operazione[116] si prevede che «una società assegna parte del suo patrimonio a una o più società di nuova costituzione e a sé stessa le relative azioni o quote, continuando la propria attività». Il riferimento esclusivo alle società deve intendersi come superato e questa scissione mediante scorporo facilita anche nelle fondazioni di partecipazione il raggiungimento di un risultato precluso alla scissione ordinaria e di norma attuabile solo mediante un conferimento. Molte sono le possibili utilizzazioni di tale istituto: la possibilità di realizzare agevolmente il distacco di una particolare porzione del patrimonio fondazionale interessata da uno specifico vincolo di destinazione[117] o la possibilità di facilitare la risoluzione di un contrasto gestionale[118].

1.3 La pubblicità degli atti del procedimento

L'ultimo comma dell'art. 42-bis del Codice Civile è pienamente allineato ai principi stabiliti dal Codice del Terzo Settore, secondo i quali gli atti relativi agli enti di questa categoria devono essere pubblicati nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore. La norma ribadisce un principio già emerso in passato attraverso l'interpretazione, secondo cui gli atti inerenti ai procedimenti di fusione o scissione devono essere resi pubblici, in conformità con il tipo di

[113] Per ragioni non condivisibili e comunque superate dall'art. 42-bis c.c., in giurisprudenza Trib. Roma 25 gennaio 2016, cit., nega che si possa dare pubblicità alla deliberazione sulla fusione adottata dall'organo amministrativo di una fondazione, e che possa essere conseguentemente proposta opposizione.

[114] Un esempio analogo era formulato da A. ZOPPINI, *op. loc. ult. cit.,* il quale riteneva consentite «modificazioni anche profonde, se ed in quanto coerenti all'attuazione dello scopo».

[115] SICCHIERO, G., cit., p. 380-381.

[116] Riscontrabile anche nell'ordinamento tedesco, con specifico riguardo alla *Stiftung.*

[117] Non si avrà alcuna variazione nei rapporti di potere tra i propri aderenti interni.

[118] SICCHIERO, G., cit., p. 381-382.

struttura organizzativa coinvolta[119]. Nel caso di operazioni di fusione o scissione che coinvolgano sia enti privi di requisiti per essere qualificati come enti del Terzo Settore sia enti che soddisfano tali requisiti, la pubblicità degli atti sarà effettuata nel registro appropriato per ciascun ente partecipante o derivato dall'operazione. Per le imprese sociali, l'art. 11, terzo comma, del Codice chiarisce che l'iscrizione nella sezione specifica del Registro delle Imprese soddisfa il requisito di registrazione nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore. Pertanto, per queste imprese, la pubblicità formale deve essere effettuata presso la sezione prevista del Registro delle Imprese, come stabilito dall'art. 5, secondo comma, del decreto legislativo 112/2017[120]. Inoltre, il richiamo generale alle norme sulla fusione societaria consente l'applicazione di disposizioni che permettono la pubblicazione di determinati atti procedurali sul sito internet dell'ente. Introdotte dal decreto legislativo 123/2012 in attuazione della direttiva 2009/109/CE[121], tali norme prevedono la possibilità di rendere pubblico il progetto di fusione mediante pubblicazione sul sito internet dell'ente, invece del deposito presso il registro pubblico competente. Questa pubblicazione deve garantire la sicurezza del sito, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione. Inoltre, durante i 30 giorni precedenti la decisione sulla fusione o scissione, la documentazione relativa all'operazione può essere resa disponibile ai soci attraverso il sito internet dell'ente. Tali disposizioni non mostrano incompatibilità con le caratteristiche degli enti disciplinati nel Primo Libro[122]. Simili modalità di pubblicazione sono previste anche per il bilancio degli enti del Terzo Settore con ricavi superiori a un milione di euro. Si distingue tra casi in cui la pubblicazione sul sito internet integra altre tecniche pubblicitarie e quelli in cui è esclusiva, nel qual caso devono essere adottate le misure necessarie per garantire sicurezza, autenticità e certezza della data di pubblicazione[123].

---

[119] MAGLIULO, F., *La fusione delle società,* cit., 81; MAGLIULO, F., *La scissione delle società,* Ipsoa, Milano, 2012, 111; MAGLIULO, F., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore,* cit., 34; D'ANGELO, S., *Le operazioni straordinarie degli Enti del Terzo Settore,* cit., 3.

[120] [120] MAGLIULO, F., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore,* cit., 35; LOFFREDO, F., *Gli enti del Terzo settore,* cit., 166, la quale per tale ragione ritiene che l'iscrizione nel Registro unico Nazionale del Terzo settore, pur prevista apoditticamente dall'art. 46, comma 1, lett. d) del Codice, non sia "indispensabile per le imprese sociali".

[121] Sia consentito rinviare sul punto a F. MAGLIULO, *L'attuazione della direttiva sulla semplificazione del procedimento di fusione e scissione,* in *NDS,* n. 17, 2013, 53 e ss.

[122] MAGLIULO, F., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore,* cit., 92; D'ANGELO, S., *Le operazioni straordinarie degli Enti del Terzo Settore,* cit., 6.

[123] MAGLIULO, F., *Fusione e scissione di associazioni riconosciute e fondazioni,* cit., p. 8-11.

1.4 *G*li adempimenti relativi al progetto di fusione (art. 2501-ter) e gli adempimenti relativi alla documentazione informativa (art. 2501-septies)

L'art. 42-bis del Codice Civile richiama le disposizioni dell'art. 2501-*ter*, che disciplinano la procedura di fusione societaria. Queste prevedono che il progetto di fusione sia depositato nel registro delle imprese o pubblicato sul sito internet della società, assicurando sicurezza, autenticità e certezza della data. Tra la pubblicazione o il deposito e la decisione sulla fusione devono trascorrere almeno 30 giorni, a meno che tutti i soci rinuncino al termine. Per gli enti del Primo Libro, la pubblicità sarà effettuata nel Registro delle Persone Giuridiche o nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore, con la possibilità di pubblicare il progetto sul sito internet, purché dotato delle caratteristiche tecniche richieste. Nel caso delle fondazioni prive di organo assembleare con competenze decisionali sulla fusione o scissione, non è necessario rispettare il termine di 30 giorni previsto dal quarto comma dell'art. 2501-*ter*[124]. Questo perché, in tali fondazioni, le decisioni sono di competenza dell'organo amministrativo e il termine è finalizzato alla tutela dei soci, che in questo caso sono assenti. Pertanto, la delibera di fusione può essere adottata una volta esperiti gli adempimenti pubblicitari, senza attendere il decorso dei termini. L'art. 2501-*septies*[125] richiede che la documentazione relativa alla fusione sia messa a disposizione dei soci. Tuttavia, nel caso di fondazioni senza organo assembleare e prive di soci, queste disposizioni devono essere adattate. L'art. 2505[126], relativo all'incorporazione di società interamente possedute dall'incorporante, stabilisce che le regole di pubblicità dell'art. 2501-*septies* si applichino alla società incorporante. La stessa logica può essere estesa alle fondazioni, ove la decisione spetti esclusivamente agli amministratori. Nel caso di fondazioni sprovviste di soci, la situazione patrimoniale aggiornata deve essere riferita al deposito del progetto di fusione previsto dall'art. 2501-*ter*[127]. Gli amministratori devono procedere tempestivamente a tale adempimento, evitando ritardi che potrebbero ostacolare l'operazione. Questo approccio consente di mantenere coerenza con gli obiettivi normativi e garantisce una gestione efficiente del procedimento. In sintesi, le disposizioni del Codice Civile, integrate con

[124] MAGLIULO, F., *La fusione delle società,* cit., 579.

[125] Nello stesso senso M. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore,* cit.

[126] MAGLIULO, F., *La fusione delle società,* cit., 581.

[127] Massime della Commissione per la elaborazione di principi uniformi in tema di società istituita presso il Consiglio Notarile di Milano (massima XI). Al riguardo v., anche per più ampi riferimenti bibliografici, MAGLIULO, F., *La fusione delle società,* cit., 286.

le norme societarie, assicurano un quadro completo per la pubblicità e gli adempimenti procedurali necessari nelle fusioni e scissioni tra enti del Primo Libro[128].

1.5 La disciplina della fusione a seguito di acquisizione con indebitamento

La compatibilità delle norme sulla fusione societaria con la fusione tra enti del Primo Libro si pone anche con riferimento al *leveraged buyou*t, noto come "fusione a seguito di acquisizione con indebitamento" (art. 2501-bis del Codice Civile), introdotto come una delle novità più significative dalla riforma del diritto societario. Questa norma si applica a ogni tipo di fusione, indipendentemente dalla forma societaria coinvolta, incluse le scissioni di tipo aggregativo[129]. L'obiettivo del legislatore è impedire che tali operazioni vengano effettuate senza valide motivazioni imprenditoriali, gravando la società target di debiti eccessivi per scopi puramente speculativi[130]. Nel caso della fusione o scissione tra enti del Primo Libro, l'applicazione dell'art. 2501-bis appare complessa, poiché è difficile configurare il debito contratto da un ente partecipante per ottenere il controllo sulla struttura *target*. Il concetto di controllo deve essere interpretato in base all'art. 2359 c.c., che distingue il controllo di diritto (quando una società detiene la maggioranza dei voti nell'assemblea ordinaria di un'altra) dal controllo di fatto (quando una società dispone di voti sufficienti per influenzare le decisioni dell'altra). L'acquisizione di quote di partecipazione nell'ente target potrebbe portare a un controllo di diritto o di fatto, in base alla proporzione tra quota di partecipazione e diritto di voto. Parte della dottrina ritiene che una forma di controllo potrebbe verificarsi anche in enti governati dal principio del voto capitario, come nelle associazioni, o privi di un organo assembleare, come avviene spesso nelle fondazioni[131]. Sebbene questa sia un'ipotesi marginale, non è escluso che la fusione o scissione aggregativa con indebitamento possa verificarsi anche in presenza di controllo contrattuale, come definito nell'art. 2359, n. 3, c.c.[132]. In tali casi, il

[128] MAGLIULO, F., *Fusione e scissione di associazioni riconosciute e fondazioni,* cit., p. 11-13.

[129] MAGLIULO, F., *La scissione delle società,* cit., 591 e ss.

[130] Sia consentito rinviare, anche per una più puntuale indicazione dei riferimenti bibliografici, a MAGLIULO, F., *La fusione delle società,* cit., 129 e ss.

[131] MAGLIULO, F., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore,* cit., 94; BIANCA, M., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore,* cit.

[132] MAGLIULO, F., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore,* cit., 94; MAGLIULO, F., *La fusione delle società,* cit., 157 e s.

debito assunto dall'ente controllante deve essere finalizzato a instaurare il controllo contrattuale sulla struttura *target*[133].

1.6 *La situazione patrimoniale e il rapporto di cambio e la delibera dell'organo amministrativo*

Il richiamo alle norme societarie rende applicabile anche l'art. 2501-*quater* del Codice Civile, che prevede: gli organi amministrativi degli enti partecipanti devono redigere, secondo le regole del bilancio d'esercizio, la situazione patrimoniale aggiornata a una data non antecedente di oltre 120 giorni rispetto al deposito del progetto presso la sede dell'ente o alla pubblicazione sul sito internet; in alternativa, la situazione patrimoniale può essere sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio, se chiuso entro sei mesi dalla data del deposito o della pubblicazione. Non sembra applicabile[134] l'ultimo comma dell'art. 2501-*quater*[135], che consente ai soci e ai titolari di strumenti finanziari con diritto di voto di rinunciare all'unanimità alla situazione patrimoniale. Questo è perché, per gli enti del Primo Libro, tale documento è fondamentale per verificare la solidità patrimoniale delle associazioni o fondazioni risultanti dall'operazione straordinaria[136]. La determinazione del rapporto di cambio, prevista dall'art. 2501-*ter*, comma 1, n. 3, c.c., non trova applicazione nel contesto delle fusioni e scissioni tra enti del Primo Libro, poiché questi non emettono azioni o quote patrimoniali connesse al capitale sociale. Di conseguenza, sono inapplicabili anche le disposizioni relative al parere degli amministratori (art. 2501-*quinquies* c.c.) e alla congruità del rapporto di cambio (art. 2501-*sexies* c.c.)[137]. Tuttavia, la relazione degli amministratori, pur non includendo criteri di determinazione del rapporto di cambio, deve spiegare e giustificare il progetto di fusione sia da un punto di vista giuridico che economico. Una deroga a tale obbligo potrebbe essere contemplata solo in casi eccezionali, come la fusione per incorporazione di una società

[133] MAGLIULO, F., *Fusione e scissione di associazioni riconosciute e fondazioni,* cit., p. 13-14.

[134] MAGLIULO, F., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore,* cit., 95.

[135] Sia consentito rinviare sul punto a F. MAGLIULO, *L'attuazione della direttiva sulla semplificazione del procedimento di fusione e scissione,* cit., 53 e ss.

[136] Ed invero, già prima della riforma del terzo settore, con riferimento alla fusione ed alla scissione fra enti del Primo Libro, si era segnalata "l'opportunità di redigere una situazione patrimoniale (prevista in materia di fusione dall'art. 2501-quater c.c.), tenuto conto che l'autorità governativa, in sede di controllo ai fini dell'iscrizione della fusione nel registro delle persone giuridiche, dovrà valutare l'adeguatezza del patrimonio ai fini della realizzazione dello scopo".

[137] MAGLIULO, F., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore,* cit., 96; LOFFREDO, F., *Gli enti del Terzo settore,* cit., 254.

interamente posseduta dall'incorporante, ove manca la necessità di stabilire un rapporto di cambio. Tuttavia, nelle fusioni tra associazioni o fondazioni, dove esistono compagini sociali o centri di interesse distinti, è ragionevole ritenere necessaria la relazione, salvo rinuncia unanime. Nelle fondazioni, la mancanza di un organo assembleare comporta che il diritto di ricevere la relazione e la facoltà di rinuncia spetti ai componenti dell'organo statutario competente a deliberare sull'operazione. In questi casi, gli amministratori, che sono responsabili della stesura della relazione, non sono tenuti a sottoporla a un organo assembleare. Pertanto, il documento serve principalmente a garantire un'informativa interna all'organo amministrativo stesso. Quando la fusione o la scissione implica una trasformazione tra enti del Primo Libro, devono essere rispettati specifici adempimenti. La situazione patrimoniale deve includere un elenco dei creditori e essere aggiornata a meno di 120 giorni dalla data di deposito del progetto. Deve essere redatta la relazione prevista dall'art. 2500-*sexies,* secondo comma. È richiesta una perizia ai sensi dell'art. 2500-*ter,* secondo comma. Un ultimo interrogativo riguarda la possibilità di affidare la delibera di fusione o scissione all'organo amministrativo anziché all'assemblea. Per le associazioni, questa competenza assembleare è considerata normale, mentre nelle fondazioni di partecipazione è possibile solo se espressamente prevista nello statuto. La decisione nelle fondazioni prive di organo assembleare spetta agli amministratori, a condizione che l'operazione non contrasti con la volontà del fondatore. Tuttavia, nelle fondazioni di partecipazione, questa competenza può essere attribuita a un organo assembleare o di indirizzo, secondo quanto stabilito dallo statuto. Non è obbligatorio conferire a tale organo tutte le competenze previste dall'art. 25, comma 1, del Codice Civile. Questi adattamenti garantiscono flessibilità e chiarezza nella gestione delle fusioni e scissioni tra gli enti del Primo Libro, rispettando al contempo le volontà dei fondatori e le disposizioni normative applicabili[138].

1.7 B*ilanci e maggioranze*

Il secondo comma dell'art. 2502-bis del Codice Civile stabilisce l'obbligo di depositare presso il registro pubblico competente, insieme alla deliberazione relativa, i bilanci degli ultimi tre esercizi. Tuttavia, per gli enti del Primo Libro che non possiedono la qualifica di enti del Terzo Settore, potrebbe non essere richiesto l'obbligo di redigere il bilancio di esercizio, obbligatorio solo per gli enti che rientrano in tale categoria[139].

[138] MAGLIULO, F., *Fusione e scissione di associazioni riconosciute e fondazioni,* cit., p. 14-17.

[139] MAGLIULO, F., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore,* cit., 99.

In merito alle maggioranze necessarie per approvare fusioni e scissioni, la normativa prevede regole differenti a seconda del tipo di ente coinvolto. Nelle società di persone, il consenso deve essere espresso dalla maggioranza dei soci, calcolata sulla quota degli utili attribuita a ciascuno. Nelle società di capitali, invece, si seguono le norme relative alla modifica dello statuto o dell'atto costitutivo. Di conseguenza, l'approvazione di fusioni e scissioni deve rispettare le regole specifiche del tipo di ente coinvolto, considerando sia i quorum sia l'identificazione dell'organo competente a deliberare[140].

1.8 F*orme deliberative*

Per gli enti del Terzo Settore dotati di personalità giuridica, l'art. 22, sesto comma, del Codice del Terzo Settore, prevede che le modifiche dello statuto e dell'atto costitutivo debbano essere formalizzate tramite atto pubblico e diventino efficaci solo dopo l'iscrizione nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore. In modo analogo, per gli enti dotati di personalità giuridica ma privi della qualifica di enti del Terzo Settore, la deliberazione che approva la fusione o la scissione assume valore decisionale, modificando l'organizzazione interna dell'ente stesso. Per garantire il rispetto degli obblighi pubblicitari, è richiesta la forma di atto notarile pubblico[141]. Ci si domanda se possa essere applicabile, per analogia, l'art. 2500-*octies* ultimo comma c.c., che disciplina la trasformazione di fondazioni in società di capitali e richiede l'approvazione dell'autorità governativa su proposta dell'organo competente. Tuttavia, si ritiene che tale norma non possa essere estesa genericamente alle operazioni di fusione e scissione, poiché l'art. 42-bis tratta tali operazioni alla stregua di modifiche statutarie ordinarie. La dottrina[142] concorda nel ritenere che le trasformazioni definite dall'art. 28 del Codice Civile possano, in alcuni casi, consistere semplicemente in modifiche statutarie che non comportano necessariamente un cambiamento del tipo organizzativo, come la modifica dello scopo, dell'ambito territoriale di operatività o la fusione con altre fondazioni[143].

---

[140] MAGLIULO, F., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore,* cit., 100; BIANCA, M., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore,* cit.; D'ANGELO, S., *Le operazioni straordinarie degli Enti del Terzo Settore,* cit., 6.

[141] MAGLIULO, F., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore,* cit., 86. Quanto alla forma delle delibere e dell'atto, già prima della riforma del Terzo settore si è ritenuto, in materia di fusione, che laddove si tratti di enti il cui atto costitutivo ai sensi dell'art. 14 c.c. deve avere forma di atto pubblico o di testamento, anche la sua modifica deve rivestire la medesima forma.

[142] M.V. DE GIORGI, *Le vicende estintive e modificative,* in *Le persone giuridiche* a cura di Basile, Milano, 2003, 434; M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea, 428.*

[143] MAGLIULO, F., *Fusione e scissione di associazioni riconosciute e fondazioni,* cit., p. 26-29.

1.9 *Approvazione dell'autorità governativa e controllo notarile*

Le operazioni di fusione e scissione devono essere approvate dall'autorità governativa, con ruoli e modalità differenti:

A) Fusione per incorporazione o scissione a favore di enti già esistenti: il provvedimento assume la funzione di approvazione delle modifiche statutarie e dell'atto costitutivo, secondo le modalità previste per il riconoscimento della personalità giuridica.

B) Fusione propria o scissione a favore di enti di nuova costituzione: il provvedimento comporta il riconoscimento come persona giuridica dell'ente risultante o beneficiario dell'operazione, oltre all'approvazione delle modifiche statutarie degli enti coinvolti.

C) Associazioni o fondazioni del Terzo Settore: l'approvazione avviene tramite la procedura speciale prevista dall'art. 22 del Codice del Terzo Settore.

L'art. 2502-bis c.c., applicabile alle fusioni di società di capitali, stabilisce che la deliberazione deve essere depositata nel Registro delle Imprese, insieme ai documenti indicati nell'art. 2501-septies, secondo quanto previsto dall'art. 2436. Per gli enti del Terzo Settore dotati di personalità giuridica, l'art. 22 del Codice prescrive che il notaio rogante verifichi la conformità della documentazione alle norme di legge. L'atto, con i relativi allegati, deve essere depositato entro 20 giorni presso il Registro Unico Nazionale del Terzo Settore, che si limita a verificare la regolarità formale. Se il notaio rileva irregolarità, entro 30 giorni deve comunicarle ai fondatori o amministratori dell'ente, che possono chiedere l'iscrizione al registro entro ulteriori 30 giorni. Se l'ufficio non risponde entro 60 giorni, l'iscrizione si intende negata. La procedura di cui all'art. 22 del Codice si applica:

A) In caso di fusione per incorporazione o scissione a favore di enti preesistenti, se tutti gli enti coinvolti possiedono la qualifica di enti del Terzo Settore.

B) In caso di fusione propria o scissione a favore di enti di nuova costituzione, se tutti gli enti partecipanti e quelli di nuova costituzione sono qualificati come enti del Terzo Settore.

C) In operazioni in cui solo l'ente incorporante o beneficiario, risultante dalla fusione, possiede tale qualifica.

Al contrario, la procedura non è applicabile quando nessuno degli enti partecipanti o risultanti dall'operazione è qualificato come ente del Terzo Settore. In questi casi, si applica la

procedura ordinaria di modifica statutaria o riconoscimento della personalità giuridica prevista dal D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361[144].

2 *Le trasformazioni atipiche*

Sono ammissibili trasformazioni atipiche o determinate trasformazioni atipiche, differenti da quelle previste dal legislatore? E, in caso di risposta positiva, quale disciplina risulta applicabile? Quella contenuta nel codice civile consente la trasformazione al di là dell'area societaria: in particolare prevede la trasformazione eterogenea di società di capitali in enti non societari e con scopo diverso da quello lucrativo e addirittura in comunioni di azienda, superando la barriera non solo sussistente tra società ed altri enti, ma tra enti con scopi diversi e tra enti e una pluralità di soggetti. Caratteristico dell'istituto della trasformazione è la continuità nell'esercizio dell'attività, in particolare di impresa o anche solo, nel caso del passaggio da società a comunione d'azienda, nei rapporti. Ciò pone l'interrogativo in ordine all'ammissibilità di ulteriori ipotesi di trasformazione non previste. Secondo un orientamento minoritario in dottrina, si tratterebbe di un sistema chiuso, mentre invece l'orientamento prevalente lo ricostruisce in senso aperto, al fine di favorire l'autonomia delle società e degli enti nella scelta del codice organizzativo più appropriato nei singoli casi o nei singoli momenti della loro vita[145]. In tale prospettiva, sono ammissibili trasformazioni atipiche, in mancanza di limiti espressi o ricavabili dal sistema[146]. Ci si è chiesti anche se l'espressa previsione della trasformazione delle società di capitali in altri enti possa essere di ostacolo all'ammissibilità della trasformazione di società di persone in altri enti. Infine ci si è chiesti se si ammissibile la trasformazione tra di loro degli enti previsti come punto di partenza o di arrivo della trasformazione eterogenea[147].

2.1 *Trasformazioni di associazioni in fondazioni e viceversa*

Il Codice del Terzo Settore[148] ha introdotto nel codice civile l'art. 42 bis sulle operazioni straordinarie delle associazioni e delle fondazioni, stabilendo che le associazioni riconosciute e

[144] MAGLIULO, F., *Fusione e scissione di associazioni riconosciute e fondazioni,* cit., p. 29-33.

[145] CAGNASSO, O., *La trasformazione da azienda speciale in fondazione di partecipazione.,* in *Fondazione Anselmi,* 25/09/2024 – OC, p. 1.

[146] Cfr. A. CETRA, *Le operazioni straordinarie negli enti del primo libro e negli enti del terzo settore,* in *Giur. comm.,* 2024, I, p. 532 ss. con una ampia bibliografia a p. 533 ss.

[147] CAGNASSO, O., cit., p. 2.

[148] Cfr. CRIANNI, F., *Trasformazione di associazioni riconosciute e fondazioni.* Studio 78/2020 approvato dalla Commissione Studi d'impresa il 23 aprile 2020; v. anche F. MAGLIULO, *Fusione e scissione di*

non riconosciute e le fondazioni possono operare reciprocamente trasformazioni, fusioni o scissioni (comma 1). il secondo comma è dedicato in particolar modo alla trasformazione e il legislatore fa salvo il caso dell'espressa esclusione dell'ammissibilità di tali operazioni contenuta nell'atto costitutivo o nello statuto. La disciplina della trasformazione è strutturata:

A) Con il rinvio ad una norma generale sull'operazione;
B) Con una regola peculiare al caso in esame;
C) Con il rinvio ad alcune norme relative alla trasformazione omogenea in un caso senza limitazione, negli altri con il limite della compatibilità;
D) Con il rinvio ad una sola norma contenuta nell'ambito della disciplina codicistica delle trasformazioni eterogenee con il filtro della compatibilità.

La norma di carattere generale richiamata è l'art. 2498 c.c., il quale stabilisce che, attraverso tale operazione, l'ente trasformato conservi i diritti e gli obblighi e prosegua in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che abbia effettuato la trasformazione[149]. L'organo di amministrazione deve predisporre:

A) Una relazione relativa alla situazione patrimoniale dell'ente trasformando aggiornata a non più di 120 giorni precedenti la delibera;
B) L'elenco dei creditori.

È richiamato integralmente il secondo comma dell'art. 2500 *sexies*, per cui gli amministratori devono predisporre una relazione che illustri la motivazione e gli effetti della trasformazione. Copia della stessa deve essere depositata presso la sede durante i 30 giorni che precedono l'assemblea convocata per deliberare la trasformazione (la norma deve essere adattata nel caso in cui la trasformazione sia effettuata dalla fondazione); i soci/gli associati hanno diritto di prenderne visione e di ottenerne gratuitamente copia (questa norma deve essere adattata nel caso in cui la trasformazione sia effettuata dalla fondazione). Sono poi richiamati nei limiti della compatibilità alcuni articoli concernenti la trasformazione in generale quali:

A) L'art. 2499 in tema di limiti alla trasformazione;
B) L'art. 2500 in tema di atto di trasformazione;
C) L'art. 2500 bis in tema di invalidità della trasformazione;

associazioni riconosciute e fondazioni. Studio 77/2020 approvato dalla Commissione Studi d'impresa il 23 aprile 2020.

[149] CAGNASSO, O., cit., p. 2.

D) Per la trasformazione omogenea l'art. 2500 ter secondo comma in tema di capitale sociale
E) L'art. 2500 *quinquies* in tema di responsabilità dei soci.

Il legislatore rinvia ad un solo art. in tema di trasformazione eterogenea, nei limiti della compatibilità, l'art. 2500 *novies* riguardante l'opposizione dei creditori. L'art. 42 bis c.c. Disciplina le operazioni straordinarie poste in essere da associazioni, riconosciute o non, da fondazioni, anche di partecipazione, di enti appartenenti al terzo settore oppure no. Il legislatore richiama norme appartenenti sia alla disciplina della trasformazione omogenea sia quella della trasformazione eterogenea. In particolare trova applicazione la norma che si riferisce all'opposizione dei creditori e anche da ciò in dottrina si perviene alla qualificazione della trasformazione, delineata dall'art. 42 bis c.c., nel senso del carattere eterogeneo[150]. Il quarto comma dell'art. 42 bis c.c. Prevede che gli atti relativi alle trasformazioni per i quali è prevista l'iscrizione nel Registro delle Imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso degli Enti appartenenti al Terzo settore, nel RUNTS. Nel passaggio da associazione a fondazione e viceversa viene meno o si costituisce la compagine associativa[151], a meno che si tratti di fondazioni di partecipazione[152].

La fusione o la scissione di fondazione in associazione riconosciuta

Un primo interrogativo relativo alla fusione o scissione di una fondazione in un'associazione riconosciuta riguarda l'identificazione dei soggetti a cui attribuire la qualità di associato nell'ente risultante dall'operazione. L'art. 42-bis del Codice Civile non menziona l'applicabilità dell'art. 2500-octies, ultimo comma, sollevando il problema di una possibile applicazione analogica di questa disposizione. L'art. 2500-octies c.c. si riferisce alla trasformazione di una fondazione in una società, che richiede l'attribuzione di partecipazioni sociali con caratteristiche societarie. Tuttavia, tale art. offre una regola utile anche per identificare le persone a cui assegnare la qualità di socio, una questione rilevante nel caso di trasformazione da fondazione ad associazione. Nelle fondazioni tradizionali, gli amministratori hanno il compito di decidere chi può essere associato nell'associazione risultante dalla fusione o scissione. Possono anche scegliere di mantenere esclusivamente gli associati già esistenti, escludendo nuovi partecipanti. Al contrario, nelle fondazioni di partecipazione, la qualità di

[150] CETRA, A., *Le operazioni straordinarie,* cit., p. 537.

[151] CETRA, A., *Le operazioni straordinarie,* cit., p. 537; art. 12 sull'impresa sociale su cui A. CETRA, *Le operazioni straordinarie,* cit., p. 547.

[152] CAGNASSO, O., cit., p. 3.

associato potrebbe essere direttamente attribuita ai "conferenti" del patrimonio, anche se l'atto costitutivo non prevede che il patrimonio residuo sia devoluto loro in caso di estinzione. Se l'operazione prevede che il patrimonio della fondazione sia devoluto a un ente in cui gli associati possono appropriarsi del patrimonio o dei suoi frutti, l'applicazione analogica degli articoli 2500-octies e 31 c.c. diventa giustificata. Inoltre, se la fondazione viene incorporata dall'associazione che l'ha fondata e il patrimonio residuo è devoluto al fondatore o ai conferenti, l'applicazione di tali articoli consente di attribuire la qualità di associato direttamente ai conferenti, senza necessità di intermediazione da parte dell'associazione[153].

Fusione o Scissione di Associazione in Fondazione

La fusione o scissione di un'associazione, in cui il beneficiario è una fondazione, presenta maggiori complessità. Se la fondazione adotta una struttura tradizionale priva di organo assembleare, i membri dell'associazione perdono la qualità di associati nella fondazione risultante o beneficiaria, evitando così la necessità di assegnazione di quote di partecipazione. Tuttavia, se la fondazione assume la forma di una fondazione di partecipazione, potrebbe essere attribuita ai soci dell'associazione la qualità di "conferenti", ovvero coloro che hanno contribuito al raggiungimento dello scopo dell'ente. Questi ultimi potrebbero partecipare all'organo assembleare o di indirizzo, se previsto dallo statuto. Lo statuto di una fondazione di partecipazione può derogare al principio del voto capitario, attribuendo un diritto di voto proporzionale ai contributi forniti da ciascun conferente[154].

Scissione Non Proporzionale e Scissione Asimmetrica

L'istituto della scissione non proporzionale previsto dall'art. 2506-bis, quarto comma, c.c. non si applica agli enti del Primo Libro, poiché presuppone quote di partecipazione con un valore quantitativo, assenti in questi enti. Al contrario, è parzialmente applicabile il principio di scissione asimmetrica sancito dall'art. 2506, secondo comma, c.c. Questa disposizione tutela il diritto individuale dei soci dell'ente scisso, evitando che venga compromesso senza il loro consenso. Sebbene in ambito societario la perdita della qualità di socio sia compensata con un aumento delle partecipazioni nella società scissa, tale compensazione non trova riscontro negli enti del Primo Libro[155].

[153] MAGLIULO, F., *Fusione e scissione di associazioni riconosciute e fondazioni,* cit., 19-21.

[154] MAGLIULO, F., *Fusione e scissione di associazioni riconosciute e fondazioni,* cit., p. 18.

[155] MAGLIULO, F., *Fusione e scissione di associazioni riconosciute e fondazioni,* cit., p. 21-22.

2.2 L*a trasformazione di azienda speciale in fondazione di partecipazione*

La fondazione di partecipazione, presente nell'art. 12 c.c. e ora nell'art. uno D.P.R. 10 febbraio 2020 n. 361, costituisce una sorta di "ibrido" o variante della fondazione con caratteri propri dell'associazione. Ciò posto, ci si chiede se sia possibile la trasformazione di un'azienda speciale, ente pubblico, in una fondazione di partecipazione. Accogliendo la tesi maggioritaria che ricostruisce il sistema in tema di trasformazione come aperto[156] e, tenendo conto che lo stesso legislatore prevede espressamente la trasformazione delle aziende speciali in società di capitali all'art. 115 T.u.e.l., non pare sussistano ostacoli all'ammissibilità della trasformazione di aziende speciali in fondazioni di partecipazione. Si potrebbe anche estendere il ragionamento che è stato utilizzato per giustificare la trasformazione di società di persone negli enti punto di arrivo della trasformazione eterogenea. Con una sorta di ricorso alla proprietà transitiva, si prevede che, se una società di persone può trasformarsi in una società di capitali e quest'ultima in associazione, fondazione, consorzio, società consortile, cooperativa, comunione d'azienda, non si comprende perché debba escludersi una trasformazione diretta[157]. Così l'azienda speciale può trasformarsi in una società di capitali per espressa previsione di legge e quest'ultima è una fondazione sempre per espressa previsione di legge, sembra configurabile anche in questo caso dunque un'ipotesi di trasformazione diretta[158]. Tale trasformazione comporta come sottolinea il legislatore all'art. 2500 *septies* c.c. gli stessi effetti derivanti dall'atto di fondazione e quindi il sorgere del vincolo di destinazione immodificabile del patrimonio allo scopo perseguito, proprio per questa ragione sembra più appropriato far riferimento alle regole della trasformazione eterogenea. Occorre tener conto al riguardo anche della disciplina specificamente dettata dall'art. 115 T.u.e.l. Che regola la trasformazione delle aziende speciali in società per azioni. Una prima regola inserita nelle norme dedicate alla trasformazione eterogenea regressiva da società di capitali in altri enti ed espressamente riferita alle fondazioni, contenuta nell'art. 2500 *septies* quarto comma c.c. stabilisce che la deliberazione di trasformazione in fondazione produce gli effetti che il codice civile ricollega all'atto di fondazione o alla volontà del fondatore. vi è dunque la necessità che il procedimento si

[156] Un cenno sulla trasformazione come "*mutamento formale dell'organizzazione societaria"* in Cass., SS. UU., 30 luglio 2021, n. 21970, in *Società,* 2021, 1193.

[157] V. CAPO, G., *Le trasformazioni di società e in società*. In *AA.VV. Trattato delle società*, Torino UTET, p. 820.

[158] CAGNASSO, O., cit., p. 5-6.

perfezioni attraverso il riconoscimento come persona giuridica e l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche o come ente del terzo settore e l'iscrizione nel RUNTS[159]. Il tema richiede la risposta a tre principali domande: in primo luogo, è ammissibile una trasformazione da aziende speciale in fondazione di partecipazione; in secondo luogo, sì la risposta sia positiva, di quale tipo di trasformazione si tratta; ed infine quali sono le sue modalità e le norme di riferimento. Le aziende speciali sono definite dall'art. 114 T.u.e.l. primo comma, quali enti strumentali dell'ente locale, dotate di personalità giuridica e autonomia imprenditoriale e di proprio statuto. Uno dei problemi centrali nella ricostruzione della disciplina codicistica relativa alla trasformazione è l'individuazione dell'ambito della sua ammissibilità. Oggi il legislatore prevede la trasformazione eterogenea da società di capitali in enti non societari e con scopo diverso da quello lucrativo e addirittura in comunioni di azienda, superando la barriera non solo sussistente fra società ed altri enti non societari, ma tra enti con scopi diversi e traenti e una pluralità di soggetti. Ciò che sembra caratteristico dell'istituto della trasformazione è la continuità nell'esercizio dell'attività d'impresa o anche solo, nella continuità dei rapporti. L'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza ricostruisce il sistema in senso aperto, al fine di favorire l'autonomia delle società e degli enti nella scelta del codice organizzativo più appropriato nei singoli casi o nei singoli momenti della loro vita. In tale prospettiva, sono ammissibili trasformazioni atipiche, differenti da quelle previste. Prendendo le mosse da un sistema aperto e tenendo conto che lo stesso legislatore prevede espressamente labilità delle aziende speciali in società di capitali all'art. 115 T.u.e.l., non pare sussistano ostacoli all'ammissibilità della trasformazione di aziende speciali in fondazione di partecipazione. Si è osservato che, se una società di persone può trasformarsi in una società di capitali e quest'ultima in associazione, fondazione, consorzio, cooperativa, comunione di azienda, non si comprende perché debba escludersi una trasformazione diretta. Così l'azienda speciale può trasformarsi in una società di capitali per espressa previsione di legge e quest'ultima in una fondazione sempre per espressa previsione di legge, sembra dunque apertamente giustificabile una trasformazione diretta. Con riferimento alla trasformazione di aziende speciali in società di capitali si è ritenuto che si trattasse di una trasformazione omogenea, anche alla luce della circostanza che tale operazione era prevista prima della riforma societaria e, se si ritenesse applicabile la disciplina della trasformazione eterogenea, si sarebbero introdotti ulteriori strumenti di tutta la prima non previsti. Ponendo a confronto l'azienda speciale e la fondazione di partecipazione, e tenendo conto che tale trasformazione comporta, come sottolinea il legislatore all'art. 2500 *septies* c.c., gli stessi effetti derivanti dall'atto di fondazione e quindi il sorgere del vincolo di destinazione

[159] CAGNASSO, O., cit., p. 6-7.

immodificabile del patrimonio allo scopo perseguito, sembra più appropriato far riferimento alle regole della trasformazione eterogenea. Pertanto la decisione dell'organo consiliare dell'azienda speciale avrà effetto decorsi 60 giorni dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari, entro i quali i creditori potranno fare opposizione, salvo quanto previsto dall'art. 2500 *novies* c.c.. Sarà possibile in tale termine anche la promozione di un'azione invalidante. Prese in considerazione le norme del codice civile che disciplinano la trasformazione eterogenea e in particolare quelli che regolano il passaggio da società di capitali in fondazione, ma occorre oltretutto tener conto anche della disciplina specifica dettata dall'art. 115 T.u.e.l. che regola la trasformazione delle aziende speciali in società per azioni. Nell'art. 2500 *septies* quarto comma c.c., si stabilisce che la deliberazione di trasformazione in fondazione produce gli effetti che il codice civile ricollega all'atto di fondazione o alla volontà del fondatore. Tale regola viene intesa nella necessità che il procedimento si perfeziona attraverso il riconoscimento come persona giuridica e l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche. Assume rilievo il secondo comma dell'art. 2500 *sexies*, la norma prevede la predisposizione di una relazione da parte degli amministratori da redigere anteriormente rispetto all'operazione. Tale relazione deve illustrare le motivazioni e gli effetti della trasformazione. Copia della relazione deve essere depositata presso la sede sociale 30 giorni prima dell'approvazione dell'operazione a disposizione dei soci. Si tratta dunque di un'informazione fornita dagli amministratori diretta a motivare la scelta e illustrare le relative conseguenze (regola estensibile anche al caso di trasformazione dell'azienda speciale in fondazione di partecipazione). Viene in considerazione anche il primo comma dell'art. 42 bis c.c., Per cui l'organo di amministrazione deve predisporre una relazione concernente la situazione patrimoniale dell'ente in via di trasformazione contenente l'elenco dei creditori, aggiornata a non più di 120 giorni precedenti la delibera di trasformazione, e quindi un bilancio infrannuale che consente ai creditori di avere una situazione aggiornata. Come è proprio delle trasformazioni, la fondazione conserva tutti i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione subentrando in tutti i rapporti attivi e passivi, compresi quelli processuali. Trattandosi di fondazione di partecipazione potrà essere prevista la struttura aperta e quindi la successiva partecipazione di soggetti pubblici o privati, la modalità di composizione e di nomina dei vari organi, le modalità di incremento del patrimonio[160].

2.3 L*'opposizione dei creditori*

Come in tutte le ipotesi di trasformazione eterogenea, l'operazione ha effetto, ai sensi dell'art. 2500 *novies* c.c., dopo 60 giorni dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti,

[160] Fondazione Anselmi 15/04/2024 – OC.

salvo il consenso dei creditori o il pagamento dei creditori non consenzienti: i creditori possono, nel suddetto termine, fare opposizione salvo quanto previsto dall'art. 2500 *novies* c.c.. Sarà possibile entro tale termine anche la promozione di un'azione invalidante.

L'art. 2500 *novies* prevede l'opposizione dei creditori, si tratta di uno strumento posto a tutela dei creditori che trova applicazione nei vari casi di trasformazione eterogenea descritti nei precedenti articoli. La trasformazione eterogenea ha effetto dopo 60 giorni dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti dal legislatore, salvo che costi il consenso dei creditori o il pagamento dei creditori non consenzienti. Entro tale termine i creditori possono fare opposizione. Il tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure ritenga che la società abbia prestato idonea garanzia, dispone che l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione. Si tratta di uno strumento che consente al singolo creditore di "bloccare" la trasformazione, sospendendo l'efficacia della deliberazione fin quando il tribunale avrà deciso in ordine alla sussistenza del pregiudizio fatto valere. questa facoltà è controbilanciata dalla possibilità ex ante di richiedere il consenso dei creditori e di effettuare il pagamento a favore dei creditori non consenzienti o, ex post, dalla possibilità di richiedere al tribunale l'autorizzazione a porre in essere la trasformazione nonostante l'opposizione, ove manchi il pregiudizio oppure venga prestata idonea a garanzia. Compete al creditore «provare il pericolo concreto di pregiudizio sulla base di circostanze specifiche anche se non gli si chiederà di dimostrare che dalla trasformazione possa derivare un danno effettivo»[161]. Per il principio della continuità nei rapporti, che è caratteristica fondamentale della trasformazione, la consistenza patrimoniale rimane invariata[162]. Dunque c'è una profonda differenza fra il pregiudizio che può derivare dalla fusione o dalla scissione con la confusione o separazione di patrimoni, rispetto a quello conseguente alla trasformazione che lascia intatto il patrimonio della società. In qualche misura può avvenire in considerazione la disciplina del mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti previsto dall'art. 1461 c.c. che può consentire la sospensione dell'esecuzione, che si collega a mutamenti non solo di carattere quantitativo relativi al patrimonio del debitore, ma anche al sopravvenire di circostanze che possano incidere sulla sua capacità di adempiere. Il legislatore prevede l'opposizione dei creditori nelle varie ipotesi di trasformazione eterogenea, ritenendo che in ciascuna di esse si realizzi una situazione potenzialmente pregiudizievole per i creditori. Viene da chiedersi però quali modificazioni

[161] SARALE, M., *Opposizione dei creditori,* in *Trasformazione, fusione, scissione.* Opera diretta da A. Serra, coordinata da I. Demuro, Bologna, 2014, p. 322.

[162] SARALE, M., *Opposizione,* cit., p. 322.

indotte dalla trasformazione siano tali da giustificare l'opposizione dei creditori[163]. Nell'ambito della trasformazione omogenea e, in particolare, di quella da società di persone in società di capitali si verifica una profonda differenza nel regime di responsabilità, con passaggio da società con tutti o alcuni soci illimitatamente responsabili a società con il regime di responsabilità limitata. Tuttavia, i creditori non sono pregiudicati, dal momento che la trasformazione non incide sulla responsabilità personale dei soci in relazione ai creditori con titolo anteriore rispetto alla pubblicità dell'operazione. Si tratta di una regola di portata generale collegata ai principi in tema di responsabilità patrimoniale. Nell'ipotesi inversa, il passaggio da una società con regime di responsabilità limitata a società con soci illimitatamente responsabili, i creditori possono giovarsi di quest'ultima e i soci rispondono anche delle obbligazioni pregresse. Si tratta di una regola di portata generale presente all'interno della disciplina della trasformazione omogenea, ma estesa anche a quella eterogenea. Attraverso l'analisi delle varie fattispecie di trasformazione eterogenea non pare possibile individuare un'unica ragione che giustifichi l'opposizione dei creditori. Emergono certamente le differenze fra l'ente di partenza e quello di arrivo sotto il profilo dello scopo perseguito, della *governance*, della compagine personale dell'ente. Il passaggio d'azienda speciale a fondazione di partecipazione, comporta una modificazione profonda fra l'ente di partenza e quello di arrivo, incidendo sullo scopo, sulle modalità di *governance*, sull'indisponibilità del patrimonio[164]. Pare quindi giustificata l'applicazione dell'art. 2500 *novies* c.c., a tutela dei creditori, con una sostanziale equiparazione sotto questo profilo al caso della trasformazione di società di capitali in fondazione. La disciplina della trasformazione eterogenea di società di capitali prevede particolari maggioranze, il diritto all'assegnazione di una partecipazione proporzionale a ciascun socio, il contenuto della responsabilità dei soci che rispondono illimitatamente per le obbligazioni sociali. Si tratta di norme inserite nei commi primo, terzo e quarto dell'art. 2500 sexies c.c., che non vengono in considerazione nel nostro caso ove si prevede la decisione unilaterale del consiglio dell'ente locale o dell'assemblea del consorzio e l'assenza di soci che diventeranno illimitatamente responsabili. Assume rilievo il secondo comma dell'art. 2500 *sexies*. La norma prevede la predisposizione di una relazione da parte degli amministratori da redigere anteriormente rispetto all'operazione. tale relazione deve illustrare le motivazioni e gli effetti della trasformazione. copia della relazione deve essere depositata presso la sede sociale 30 giorni prima dell'approvazione dell'operazione a disposizione dei soci. Quest'ultima dovrà illustrare le ragioni che hanno indotto ad effettuare un'operazione di mutamento così radicale

[163] CAGNASSO, O., cit., p. 7-8.

[164] CAGNASSO, O., cit., p. 9.

del codice organizzativo e gli effetti sullo stesso. Si tratta dunque di un'informazione fornita dagli amministratori diretta a motivare la scelta ed illustrarne le relative conseguenze, dunque questa regola appare estensibile anche al caso di trasformazione dell'azienda speciale in fondazione di partecipazione. La seconda parte del primo comma dell'art. 115 T.u.e.l. disciplina le modalità di determinazione del capitale iniziale delle società di capitali derivanti dalla trasformazione delle aziende speciali[165]. Questa regola può trovare applicazione anche nel nostro caso, adattandola alle peculiarità della fattispecie, al fine di determinare il patrimonio della fondazione e i vincoli sullo stesso. La relazione prevista nel comma terzo dell'art. 115 T.u.e.l. Prevede che, entro tre mesi dalla trasformazione, gli amministratori debbano richiedere ad un esperto designato dal presidente del tribunale una relazione giurata ai sensi e per gli effetti dell'art. 2343 primo comma del codice civile (stima dei conferimenti di beni in natura e di crediti). Entro sei mesi dal ricevimento gli amministratori e i sindaci determinano i valori definitivi[166]. È dubbio se tale regola debba essere rapportata con la disciplina codicistica della relazione di stima dei conferimenti in natura nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata. In ogni caso, questa norma appare strettamente correlata alla natura dell'ente risultante dalla trasformazione e quindi non estensibile all'ipotesi della trasformazione in fondazione (nel nostro caso ai creditori viene concessa la tutela costituita dal diritto all'opposizione). Piuttosto potrebbe venire in considerazione il primo comma dell'art. 42 *bis* c.c. per cui l'organo di amministrazione deve predisporre una relazione concernente la situazione patrimoniale dell'ente in via di trasformazione contenente l'elenco dei creditori, aggiornata a non più di 120 giorni precedenti la delibera di trasformazione e quindi un bilancio infrannuale che consente ai creditori di avere una situazione aggiornata. Come è proprio delle trasformazioni, la fondazione conserva tutti i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione subentrando in tutti i rapporti attivi e passivi, compresi quelli processuali. Trattandosi di fondazione di partecipazione potranno essere previste la struttura aperta e quindi la successiva partecipazione di soggetti pubblici o privati, la modalità di composizione e nomina dei vari organi, le modalità di incremento del patrimonio[167]. Il richiamo operato dall'art. 42-*bis* del

[165] CAGNASSO, O., cit., p. 10.

[166] Come si può constatare, ponendo a confronto le due relazioni, quella prevista dall'art. 2500 *septies* c.c. e quella prevista dall'art. 115 T.u.e.l., si tratta di due regole profondamente differenti. L'una è anteriore rispetto alla trasformazione e in qualche misura ne costituisce un presupposto, l'altra è successiva e rappresenta uno strumento di controllo del capitale iniziale e in genere di valori patrimoniali conferiti; l'una è opera degli amministratori, l'altra dell'esperto nominato dal Presidente del Tribunale; l'una ha carattere informativo, l'altra è uno strumento di controllo dell'effettiva sussistenza dei valori patrimoniali trasferiti.

[167] CAGNASSO, O., cit., p. 11.

Codice Civile alle norme che regolano la fusione e la scissione comprende anche l'applicabilità del meccanismo dell'opposizione dei creditori, che rappresenta uno dei principali strumenti di tutela per i creditori sociali, soprattutto nel contesto delle fusioni. Questo strumento richiede che la delibera di trasformazione sia sempre iscritta nei registri pubblici competenti, indipendentemente dal fatto che la decisione sia stata adottata dall'assemblea o, come spesso accade nelle fondazioni, dall'organo amministrativo. Nel caso in cui la fusione o scissione comporti anche una trasformazione tra enti del Primo Libro, le norme contenute nell'art. 42-*bis* devono essere applicate, generando potenziali problemi di coordinamento per quanto riguarda la disciplina dell'opposizione dei creditori. È evidente che il diritto di opposizione non può essere limitato ai creditori antecedenti all'iscrizione del progetto, e vi possono essere diversi punti temporali di riferimento. Nel caso di pubblicità del progetto dell'operazione, questa potrebbe influire sulla legittimazione dei creditori a presentare opposizione. Inoltre, il termine di 60 giorni per l'opposizione dei creditori di un ente che modifica il proprio scopo non può essere ridotto, come previsto dall'art. 2505-*quater* c.c., poiché tale agevolazione non è inclusa. Per procedere prima della scadenza di tale termine, è necessario ottenere il consenso dei creditori o saldare i debiti di quelli che non lo hanno concesso. Tuttavia, non è prevista la possibilità di depositare le somme presso una banca, opzione non applicabile in caso di trasformazione[168].

2.4 L*'efficacia sanante dell'iscrizione dell'atto di fusione e fusioni e scissioni eterogenee*

L'art. 42-bis richiama anche l'art. 2504-quater c.c., che stabilisce che, una volta effettuate le iscrizioni previste per l'atto di fusione ai sensi dell'art. 2504, l'invalidità dell'atto non può più essere dichiarata. Tuttavia, resta il diritto al risarcimento dei danni eventualmente subiti dai soci o dai terzi. In tema di trasformazione, l'art. 42-bis cita esplicitamente l'art. 2500-bis c.c., che attribuisce anche alle operazioni di trasformazione un'efficacia sanante mediante l'iscrizione nei registri pubblici. Questo principio di pubblicità sanante introdotto dalla riforma del Terzo Settore si estende oltre il sistema societario e coinvolge il Registro delle Persone Giuridiche e il Registro delle Imprese, conferendo validità agli atti registrati. Sebbene l'art. 42-bis non entri nel merito delle fusioni e delle scissioni tra enti del Primo Libro e società, esso riconosce alcuni principi che suggeriscono la possibilità di ammettere tali operazioni eterogenee. Questa apertura conferma l'evoluzione del sistema normativo verso una maggiore flessibilità e integrazione tra diverse tipologie di enti[169].

[168] MAGLIULO, F., *Fusione e scissione di associazioni riconosciute e fondazioni,* cit., p. 36-39.

[169] MAGLIULO, F., *Fusione e scissione di associazioni riconosciute e fondazioni,* cit., p. 39-40.

Capitolo V:

1 Introduzione al caso pratico (p.203)

1.1 Venezia capitale mondiale della sostenibilità quale fondazione di diritto privato (p.204)

1.2 Presa d’atto e accettazione (p.212)

1.3 Bozza di statuto (p.215)

CAPITOLO V

1 I*ntroduzione al caso pratico*

L'esame di un caso pratico ha lo scopo di poter riflettere sulla fattispecie della Fondazione di partecipazione quale " transizione di fase" innescata dall'inadeguatezza del modello tradizionale di fondazione rispetto alle esigenze poste dalla prassi (a sua volta pressata dall'economia e dal diritto globalizzato) e dall'espandersi di istituti diversi nella struttura ma simili nelle finalità come il trust (anche nella sua declinazione di "*trust* domestico") e dal riconoscimento normativo dei vincoli di destinazione ancorché privi, allo stato, di un'espressa configurazione di tipo normativo. È emersa altresì la necessità di comprendere l'applicabilità alla fondazione di partecipazione della qualifica di persona giuridica pubblica, del codice dei contratti pubblici e di tutte le problematiche del diritto amministrativo chiaramente illustrate nel presente testo. In particolar modo il notariato ed ogni singolo notaio ha il potere-dovere di operare una valutazione "*dell'adducere inconveniens*" ma del pari l'obbligo istituzionale del "*solvere argumentum".* Mai come in questa materia appare la sofferta solitudine nella decisione del notaio. Nel suo apporto professionale devono trovare mediazione ed intermediazione tutte le tensioni e le torsioni di un istituto che nella sua struttura codicistica rappresenta, per usare le parole del Professor Zoppini "più un modello dogmatico ed ideologico che un modello normativo". Il superamento di tale modello non può però, come chiarito d'altro illustre giurista Maltoni, scivolare su un piano inclinato inerziale nel riconoscere all'autonomia privata piena libertà di creare i corpi intermedi. Il limite del "tipo normativo" impedisce, in buona sostanza, all'autonomia privata di creare tipi nuovi dotati di rilievo reale nel campo delle fondazioni. Di cui il compito del notariato e del notaio di innestare, nel rispetto del tipo, quei modelli organizzativi che, pur trascendendo il modello tradizionale, non ne alterino i dati strutturali fondanti: destinazione del patrimonio allo scopo, immutabilità dello scopo se non per intervento della Pubblica Autorità. È dal punto di vista della configurazione dell'ordinamento interno che la fondazione di partecipazione attua il suo "polimorfismo". Ciò che rileva dunque, quanto alla configurazione dell'ordinamento interno, utilizzando le parole di Maltoni "non è la forma della struttura organizzativa ma la coerenza dell'azione degli organi alle caratteristiche funzionali dell'ente: destinazione del patrimonio allo scopo, immodificabilità dello scopo medesimo".

1.1 V*enezia capitale mondiale della sostenibilità quale fondazione di diritto privato*

In data 11 luglio 2021 a Venezia, nel contesto della Conferenza Clima G20 Economia, presso il Palazzo della Prefettura Ca' Corner è alla presenza del Ministro dell'Economia, e delle Finanze, del Governatore della Regione Veneto, del Sindaco della Città di Venezia e delle istituzione Ca' Foscari di Venezia, Conservatorio di Musica Benedetto Marcello, Accademia delle Belle Arti di Venezia, Fondazione Giorgio Cini, Generali S.p.A., Snam S.p.A., ENI S.p.A., Confindustria Veneto, Boston Consulting Group veniva siglato il protocollo per la procedimentalizzazione del progetto "Venezia Capitale Mondiale della Sostenibilità" attraverso una fondazione dedicata. L'intento negoziale dei soci fondatori si era indirizzato, nella redazione dell'atto costitutivo e dello statuto, sui seguenti punti non negoziabili:

A) La presidenza della fondazione avrebbe dovuto legittimamente essere affidata a soggetto con funzioni politiche ma senza incorrere nei divieti di cui al dettato d.lgs. N. 39/2013 e della legge 20 luglio 2004 n. 215 (c.d. Incompatibilità);
B) La designazione del legale rappresentante della fondazione avrebbe potuto essere effettuata da soggetto o ente non partecipante alla costituzione della fondazione e quindi "*per relationem*";
C) Nessuno dei fondatori intendeva partecipare alla costituzione di una fondazione a potenziale prevalenza pubblica rientrante nel perimetro di applicabilità del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, con tutte le conseguenze del caso, anche in termini di assoggettabilità della stessa alla giurisdizione della Corte dei conti, oltre che alle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di contratti all'esterno (Delibera numero 130 del 14 ottobre 2020, Corte dei conti, sezione regionale di controllo per il Veneto);
D) La designazione del legale rappresentante della fondazione avrebbe potuto essere effettuata da soggetto o ente non partecipanti alla costituzione della fondazione e quindi *per relationem*.

In coordinamento con gli enti interessati la struttura di fondazione che meglio sembrava adattarsi alle richieste esigenze veniva individuata non in una fondazione codicistica tradizionale bensì in una fondazione di partecipazione; fondazione che la prassi a tendenzialmente consolidato secondo uno schema organizzativo costruito su due livelli:

A) Uno a valenza istituzionale cui partecipano i fondatori e gli altri partecipanti con funzione di definizione delle linee guida dell'azione volta al perseguimento dello scopo;
B) L'altro ha valenza gestionale ed esecutiva dei piani programmatici decisi dal primo.

Volendo compiere uno sforzo di astrazione della fattispecie concreta siamo in presenza di un ente così connotato:

C) Perseguimento di uno scopo generalmente di utilità sociale, e comunque non lucrativo (eterodestinazione del risultato);
D) Vincolo di destinazione del patrimonio al perseguimento dello scopo;
E) Articolazione dell'organizzazione per garantire la partecipazione dei conferenti in funzione attuativa e di controllo del rispetto del vincolo di destinazione al patrimonio;
F) Tendenziale apertura della struttura organizzativa al reclutamento di coloro che effettuano, anche in tempi successivi, apporti patrimoniali funzionali al perseguimento dello scopo;
G) Tendenziale adozione del sistema maggioritario all'interno degli organi di indirizzo, di controllo ed esecutivi;
H) Tendenziale ricorrenza a modelli organizzativi a democrazia imperfetta, nei quali la misurazione del valore proporzionale del voto del singolo è condizionata o dall'entità dell'apporto (plutocrazia ideale) o dalla natura, propria del votante, di soggetto esponenziale degli interessi della collettività come ad esempio il Comune, la provincia, la regione e gli enti pubblici in generale.

Tale modello di fondazione, rispetto a quello tradizionale con rigidità di schema codicistico, è coinciso con le necessità fattuali della partecipazione di soggetti istituzionali, anche governativi e di società private operanti sul libero mercato con una *governance* ripartita tra:

A) Un organo di supervisione di indirizzo (Consiglio di indirizzo);
B) Un organo di gestione con attribuzioni esecutive (Comitato di gestione);
C) Organi di controllo.

Al fine di superare il problema concreto della partecipazione di un soggetto avente ruoli di governo di assumere la funzione del Presidente della Fondazione (e legale rappresentante) e lo statuto della Fondazione, come detto, è stato articolato in modo da separare l'attività di gestione da quella di indirizzo per le finalità istituzionali sfruttando la duttilità dello schema della Fondazione di partecipazione rispetto a quello rigido civilistico. Nella fondazione di partecipazione, secondo i rilievi della Dottrina notarile che per prima si è occupata dell'argomento, ciò che rileva non è la forma della struttura organizzativa ma la coerenza dell'azione degli organi alle caratteristiche funzionali dell'ente: destinazione del patrimonio

allo scopo, immodificabilità dello scopo medesimo. La prevalenza sia del momento patrimoniale sia della destinazione di esso ad uno scopo è considerata dalla letteratura specialistica il tratto emblematico della fondazione di partecipazione. Tale premessa risulta necessaria per attuare il coordinamento interpretativo tra il d.lgs. n. 39/2013, la legge 20 luglio 2004 n. 215 alla luce di interpretazione evolutiva datane dalla Autorità Nazionale Anticorruzione. L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha avuto modo di pronunciarsi con la determinazione n. 1134 del 2017 con riferimento alle fondazioni. In detta determinazione pur assoggettando le fondazioni del tipo in esame alla disciplina sulla trasparenza l'Autorità osserva che tali oneri sono "fortemente limitati" potendovi essere tra i soci imprese private operanti sul libero mercato. Con tale passaggio la stessa Autorità mostra, correttamente, una interpretazione restrittiva della normativa di riferimento (come è normale trattandosi di norme che impongono divieti e che consentono, per definizione, interpretazione estensiva o analogiche). E tale metro ermeneutico va applicato per logicità "necessità di coerenza interpretativa" anche alla legge sull' incompatibilità n. 215 del 2004 nella quale risulta risulta evidente il nesso di interdipendenza funzionale tra incompatibilità ed attività di gestione. Ora nella fondazione di partecipazione denominata "Venezia Capitale mondiale della sostenibilità" lo statuto è inequivoco nell'attribuire tutta l'attività gestori integralmente al comitato di gestione riservando al consiglio di indirizzo esclusivamente le linee dei rapporti istituzionali, senza scopo di lucro, consistenti nelle finalità civiche solidaristiche e di utilità sociale. In buona sostanza nelle fondazioni di partecipazione l'interpretazione dell'art. due della legge n. 215 del 2004 non può essere limitata al solo scopo della fondazione che presenta indefettibilmente tutti i requisiti strutturali sopra precisati ma deve necessariamente estendersi all'articolazione e alla differenziazione fra l'attività di indirizzo (non colpita da incompatibilità) e l'attività di gestione che rientra a pieno titolo nel perimetro della incompatibilità. Ove come Presidente del Consiglio d'indirizzo e quindi Presidente della Fondazione fosse stato nominato un soggetto avente ruoli di governo la strutturazione dello statuto non gli avrebbe consentito la giuridica possibilità di compiere alcuna attività di gestione o altri atti rientranti nel perimetro previsto dall'art. due della legge n. 215 della 20 luglio 2004. la sua nomina risulterebbe al di fuori del perimetro delle incompatibilità previste dal predetto art. due nell'interpretazione restrittiva, *per relationem*, datane dall'Autorità Nazionale Anticorruzione con l'arresto n. 1134 del 2017. Tale linea interpretativa fu condivisa dalla struttura giuridica di Palazzo Chigi che vi aveva richiesto apposito parere all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Parere reso in senso favorevole alla tesi sopradescritta come comunicato dal Presidente del Consiglio professor Mario Draghi con lettera del 20 gennaio 2022. La particolare strutturazione dell'atto costitutivo e dello statuto della fondazione presenta nell'art. 12 punto 12.1 bis (i) la peculiarità della

nomina di un Consigliere del Consiglio di indirizzo da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri: e quindi *per relationem* da soggetto estraneo e non partecipante alla costituzione della fondazione, a sua volta determinato, *per relationem* nel soggetto, *pro tempore*, che riveste la qualità di Presidente del Consiglio dei Ministri. Tale previsione statutaria ha posto due tematiche, una di carattere generale e l'altra di carattere specifico. Quella di carattere generale costituita dalla attività endoprocedimentale nella nomina di un Consigliere del Consiglio di indirizzo che si innesta nella norma relativa alla nomina dell'intero Consiglio di indirizzo. Quella specifica dovuta alla previsione statutaria della determinazione *per relationem* del soggetto dominante individuato nel Presidente, pro tempore, del Consiglio dei Ministri. Il provvedimento di nomina rimane atto individuale del Presidente del Consiglio e non certo atto collegiale del governo, né assume alcuna valenza ordinamentale rimanendo nel perimetro privatistico. Risulta questione interpretativa se la nomina da parte del Presidente del Consiglio costituisca un'effettiva nomina o una mera designazione confermativa su istanza ed impulso dei soci soci fondatori, in linea con la nota del Presidente del Consiglio Mario Draghi di data 26 maggio 1950 si evince +1 conferma di designazione che è una vera e propria nomina. La prassi operativa, confermata da costante giurisprudenza amministrativa e autorevole dottrina, ha consentito di recepire alcuni elementi di natura associativa nello schema fondazionale, riducendo inoltre il peso del patrimonio per valorizzare invece l'apporto, anche in conto gestione, dei fondatori o di altri soggetti che successivamente alla costituzione intendono sostenere un particolare progetto (i partecipanti). Vi è la possibilità di prevedere fondatori successivi, allargando il numero degli stessi per riconoscere l'importanza di apporti patrimoniali che si aggiungono nel tempo e generano un continuo flusso di risorse utili alla vita dell'ente. Trattandosi di un ente non profit, questa opzione consente una maggiore dinamicità delle fondazioni tradizionali, amplificata dalla possibilità di creare categorie di partecipanti che sostengono la vita dell'ente con modalità diverse dall'apporto patrimoniale. si tratta di una caratteristica particolarmente interessante poiché consente la condivisione degli scopi dell'ente anche con chi desideri mettere a disposizione risorse non facilmente quantificabili sul piano economico ma certamente rilevanti su quello culturale e sociale. I vantaggi dello schema giuridico proposto sono:

A) Una struttura di controllo modellata secondo criteri che rispondono alle volontà dei fondatori e che risultano slegati da qualsiasi automatismo con i fondi conferiti;
B) La previsione di un organo di indirizzo espressione dei fondatori che assume, pur senza l'obbligo del rapporto organico, la veste di assemblea dei fondatori e dei partecipanti che cura le direttive principali e l'approvazione degli atti amministrativi di livello più

elevato (nomina dei Componenti il Consiglio di Amministrazione, approvazione dei bilanci);

C) Diluizione nel versamento delle risorse necessarie, fermo restando l'importo minimo per ottenere il riconoscimento della personalità giuridica, in funzione delle esigenze della fondazione;

D) Possibile utilizzo delle risorse pervenute sia per investimenti a carattere patrimoniale, con conseguente destinazione al patrimonio, sia in conto gestione per le spese correnti e gli investimenti in beni strumentali destinati al loro utilizzo per il conseguimento dei fini istituzionali;

E) Accettazione da parte dell'opinione pubblica in quanto il termine fondazione è notoriamente associato a componenti positive, con possibilità quindi di attrazione e di risorse esterne ai fondatori nella misura in cui la fondazione saprà proporsi come soggetto credibile;

F) Possibilità per la fondazione di ricevere i contributi pubblici e liberalità senza incorrere nella regola *de minimis* prevista dal Trattato CE non avendo natura di impresa;

G) Apertura verso nuovi soggetti partecipanti con la facoltà di coinvolgerli anche nei processi decisionali.

In tale contesto risultava essenziale, per scongiurarla, verificare la possibile qualificazione della natura giuridica della fondazione Venezia Capitale Mondiale della Sostenibilità quale fondazione di diritto pubblico. La nozione di organismo di diritto pubblico, nata in ambito comunitario e successivamente recepita nell'ordinamento nazionale, va ricercata nella necessità di evitare che i soggetti sostanzialmente pubblici possono sottrarsi alla disciplina in materia di contratti pubblici in virtù della loro veste formale di natura privatistica. La nozione di organismo di diritto pubblico non coincide, con una figura giuridica a sé stante, ma costituisce il criterio individuato, per attrarre nell'ambito di applicazione della disciplina in tema di contratti pubblici soggetti sostanzialmente pubblici, indipendentemente dalla loro forma giuridica pubblica o privata. L'obiettivo della disciplina dell'organismo di diritto pubblico è, in altre parole, quello di stabilire quegli elementi in grado di "snidare la pubblicità reale che si nasconde sotto diverse forme". A tale scopo, l'art. 1 comma 1 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei Contratti Pubblici) prevede che "il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione".

Le amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi dell'art. tre, comma uno lettera a) del medesimo decreto legislativo sono "le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni; unioni; consorzi; comunque denominati; costituiti da detti soggetti". Ai sensi dell'art. tre, comma uno lettera d), cit., è qualificabile come organismo di diritto pubblico "qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell''allegato IV:

A) Istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
B) Dotato di personalità giuridica;
C) La cui attività si è 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, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà e designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".

Pertanto, l'organismo di diritto pubblico, qualificabile quale amministrazione aggiudicatrice e, quindi, soggetto alle norme del d.lgs. n. 50/2016 si configura nei casi in cui:

A) L'ente sia stato istituito per la realizzazione di specifiche finalità di interesse generale non aventi caratteri industriali o commerciale (c.d. requisito teologico);
B) Sussista la personalità giuridica (requisito personalistico);
C) La sua attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali, o da altri organi organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure, ancora, il cui organo di amministrazione, di direzione o di 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. Per giurisprudenza consolidata italiane ed europea i tre requisiti menzionati devono sussistere cumulativamente, con la conseguenza che la mancanza anche di uno soltanto di essi esclude che l'organismo in esame possa essere qualificato come "di diritto pubblico".

Si precisa che, essendo il terzo requisito costituito da diverse fattispecie, è stato stabilito in giurisprudenza che affinché si intenda soddisfatto è sufficiente la sussistenza anche di una sola delle predette fattispecie rientranti nel menzionato requisito.

Al riguardo, la Corte di Giustizia UE ha chiarito che "considerato l'obiettivo delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di escludere la possibilità che un organismo finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organi organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche, la nozione di organismo di diritto pubblico deve avere una interpretazione funzionale". La Corte di Lussemburgo ha aggiunto che tale interpretazione deve essere "indipendente dalle modalità formali della sua attuazione" al fine di evitare "che venga operata una distinzione in base alla veste legale e a regime giuridico applicabile all'entità di cui trattasi in virtù del diritto nazionale ovvero in base alla forma giuridica delle disposizioni che istituiscono tale entità". Seguendo questo orientamento, per quanto riguarda questi ultimi due requisiti, meno problematici, la Corte di Cassazione, Sezioni Unite, con la sentenza del 28 marzo 2019 n. 8673, dopo aver ribadito il principio generale per il quale i requisiti dell'organismo di diritto pubblico vanno interpretati secondo un approccio non formalistico ma funzionale, che tenga conto delle concrete modalità di azione, ha statuito che " il requisito della personalità giuridica va inteso in senso ampio, comprensivo anche degli enti di fatto; l'influenza pubblica dominante deve essere integrata da almeno uno dei fattori (partecipazione, finanziamento o controllo pubblico) previsti dalla citata norma". Maggiori criticità interpretative sono sorte, con riferimento al requisito teologico, che si compone di due elementi: quello positivo, rappresentato dal fatto che l'organismo deve essere stato istituito per soddisfare specificatamente esigenze riconducibili ad un interesse generale e quello negativo, relativo al carattere non industriale e non commerciale delle esigenze (*rectius* attività svolte). Nel caso di Venezia Capitale, tuttavia, non sembra che possano sussistere dubbi sul fatto che la volontà di costituirla sia correlata all'obiettivo di conseguire finalità di interesse pubblico. Va tuttavia tenuto conto della decisione del Consiglio di Stato sez. V con la sentenza 12 febbraio 2018 n. 858, con la quale si è precisato che costituisca tratto distintivo ai fini della configurazione di un organismo pubblico " lo svolgimento di attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organi organismi di diritto pubblico, oppure contraddistinti da una gestione che sia soggetta al controllo di questi ultimi o dall'essere gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza costituiti da membri dei quali più della metà sia designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico". Pertanto secondo il Consiglio di Stato qualora una fondazione risulti caratterizzata dai suddetti elementi strutturali la stessa dovrà essere qualificata e considerata alla stregua di un organismo di diritto pubblico.

Tali tematiche sono state superate nella fattualità dall'art. 5.4 dello statuto che prevede che il patrimonio della fondazione sia costituito in via maggioritaria da risorse provenienti da soggetti di diritto privato. Tale formulazione esclude, in radice, che eventuali passivi della fondazione possano debbano essere ripianati con denaro "pubblico". Il Presidente del Consiglio dei Ministri facendo riferimento alle note ricevute in merito al progetto "Venezia Capitale mondiale della Sostenibilità" e alla necessità di procedere alla designazione del presidente della omonima Fondazione di partecipazione che doveva guidare la *governance* del progetto, ha espresso opinione favorevole in data 2 gennaio 2022 rispetto alla proposta ricevuta di indicare il prof. Renato Brunetta, quale presidente del Consiglio di indirizzo della Fondazione. Con la specificazione della necessità che tale incarico e le attribuzioni esso connesse, come definiti dagli atti costitutivi della fondazione, non comportino oneri a carico della presidenza e che le stesse siano compatibili con lo svolgimento dell'incarico attualmente ricoperto, come previsto dall'art. 10 comma 10 dello schema di statuto, sul quale si è espresso favorevolmente l'Autorità garante della concorrenza del mercato.

1.2 P*resa d'atto e accettazione*

La comunità veneziana e veneta, nell'arco di molti secoli della sua storia repubblicana, ha realizzato un modello di sostenibilità ambientale, economico e sociale *ante-litteram*, che ha regalato alla civiltà occidentale un ecosistema i cui esiti formali, artistici e architettonici, costituiscono un patrimonio culturale di valore universale. Oggi Venezia si trova ad affrontare una nuova fase della sfida millenaria per far superare all'ecosistema la sfida epocale dei cambiamenti climatici combinando obiettivi di salvaguardia del suo contesto fisico ed ambientale, l'*urbs*, con quelli di vitalità della comunità veneziana, la *civitas*, depositaria della conservazione di un patrimonio artistico ed architettonico di eccezionale valore e oggi operanti in un contesto metropolitano che va oltre i confini lagunari e degli stessi confini amministrativi del Comune di Venezia. Le parti intendono mettere a frutto le esperienze nella gestione di sfide complesse, avviando un'iniziativa volta a promuovere la realizzazione di un modello ambientale, economico, sociale e urbanistico, finalizzato allo sviluppo sostenibile del Comune di Venezia e della Laguna Veneta e del contesto metropolitano nel quale oggi Venezia si esprime. Nel contesto sopra descritto, il progetto e in particolare la costituzione di una Fondazione di partecipazione avrà come obiettivi primari:

A) Rendere Venezia un polo di riferimento mondiale per il dibattito scientifico, accademico e culturale sui temi relativi alla sostenibilità ambientale e sociale (in linea con i criteri ESG) anche attraverso l'organizzazione periodica di una "biennale della sostenibilità"

a cui far partecipare istituzioni, accademici, esponenti del mondo dell'arte e delle scienze, imprese per la discussione costruttiva di argomenti inerenti al cambiamento climatico e, più in generale, alla sostenibilità;

B) Coltivare il tema della sostenibilità integrata ambientale, economica e sociale fatta di "salvaguardia e rivitalizzazione" di una comunità come Venezia, anche promuovendo lo sviluppo di una base economica, fisica e digitale diverse migliori soprattutto in termini di turismo, e più resiliente per il sito ed i suoi abitanti. Contributi al superamento dei nodi che impediscono alla portualità veneziana e alla nuova manifattura di Marghera di transitare nella nuova sostenibilità integrata risulteranno cruciali;

C) Promuovere azioni concrete in ambito ESG, transizione energetica e sostenibilità ambientale quali, a titolo esemplificativo e non esaustivo:

    A) Avviare un polo di idrogeno ed energie alternative a Marghera in prospettiva nel Veneto;
    B) Favorire la de carbonizzazione e la circolarità a Venezia;
    C) Realizzare il progetto VeniSIA, un centro di innovazione e accelerazione di start-up;
    D) Tutelare l'ecosistema lagunare, la biodiversità e la promozione della bioagricoltura;
    E) Supportare e realizzare centri di ricerca per favorire il rilancio dell'offerta accademica e lo sviluppo di corsi di formazione sui temi della sostenibilità;
    F) Studiare un piano strategico per il rilancio delle attività produttive direzionali, nazionali ed internazionali, di Venezia storica, anche attraverso un aggiornamento tecnologico e un ridisegno del sistema di trasporto locale che favorisca il superamento della cesura lagunare;
    G) Studiare un piano strategico per il rilancio di commercio e residenzialità locali anche attraverso azioni ed interventi volti a favorire l'inclusione sociale.

La Fondazione di partecipazione è costituita da:

    A) Enti territoriali, quali la Regione Veneto e il Comune di Venezia;
    B) Istituzioni culturali e accademiche, quali l'Università Ca' Foscari Venezia, l'Università IUAV di Venezia, l'Accademia delle Belle Arti di Venezia, la Fondazione Giorgio Cini, e il Conservatorio di Musica

Benedetto Marcello di Venezia, l'Università degli Studi di Padova aderisce al progetto con una successiva formalizzazione, alla pari di altri Atenei accademici;

C) Imprese e associazioni imprenditoriali quali Confindustria Veneto, Snam S.p.A., Generali S.p.A., Boston Consulting Group ed ENI S.p.A.

Fatta salva la possibilità di deliberare i successivi ingressi di co-fondatori, sostenitori e membri onorari che condividono le finalità della fondazione. La *governance* è ripartita tra:

A) Un organo di supervisione e indirizzo;
B) Un organo di gestione con attribuzioni esecutive;
C) Un comitato scientifico internazionale;
D) Organi di controllo (collegio sindacale e revisori).

La composizione delle attribuzioni, unitamente alla determinazione degli apporti iniziali e successivi (incluse le modalità di contribuzione), oltre alle modalità di amministrazione di patrimonio e fondo di gestione della fondazione sono concordati in buona fede e definite nello statuto all'atto di costituzione, nel rispetto delle tempistiche che i fondatori abbiano stabilito, tenuto conto delle rispettive procedure interne di delibere approvazione[1].

1.3 B*ozza di statuto*

Nell'approssimarsi delle ultime revisioni di dettaglio ad uno statuto ormai nella sua sua struttura generale di impianto già delineato, si erano sollevate delle considerazioni e precisazioni emerse su alcuni punti che nella bozza di statuto non risultavano sufficientemente correttamente esplicitati. Il primo punto relativo alla partecipazione del Governo. Il Governo nella sua articolazione non può partecipare naturalmente all'atto costitutivo della Fondazione quale "Socio Fondatore". Già l'art. 11 del codice civile non menziona (in continuità con il codice del 1865) lo Stato tra le persone giuridiche pubbliche. Come chiarito nella relazione del Ministro Guardasigilli Grandi fu, questa, 1:00 scelta normativa per sottolineare che lo Stato rappresenta la persona giuridica per eccellenza e pone a sé stesso le condizioni dello svolgimento delle sue attività e quelle per lo svolgimento di ogni altra attività pubblica e privata. La fondazione VCMS prevede la partecipazione di enti territoriali, di istituzioni culturali-accademiche, di soggetti imprenditoriali nonché di soci sostenitori e membri onorari e risulta

[1] TOGNA, C., *Un caso pratico (La Fondazione Venezia),* in *Convegno Le Fondazioni di partecipazione tra sistema e giurisprudenza,* Consiglio. Notarile di Roma, venerdì 24 maggio 2024.

essere, strutturalmente, persona giuridica privata che acquisterà personalità giuridica con il riconoscimento mediante l'iscrizione nel registro apposito istituito presso la Prefettura, in ossequio al D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616 che ha abrogato l'art. 12 del codice civile. Né mai la fondazione VCMS rientrerà nel perimetro del riconoscimento della personalità giuridica di diritto pubblico. Il ruolo del Governo nella fondazione VCMS non può essere quello di "Socio Fondatore" (in assenza di una fonte normativa primaria di riferimento), ma si è inteso definito "*per relationem*" ed in particolare individuando nel Presidente del Consiglio dei Ministri il soggetto cui spetta l'indicazione del Presidente del Consiglio di Indirizzo (che è anche Presidente della Fondazione) nella persona con esperienza governativa con un profilo funzionalmente e teleologicamente strutturale alla città di Venezia. E prevedendo che la persona nominata Presidente della Fondazione, abbia facoltà e diritto di nominare un ulteriore Consigliere del Consiglio di Indirizzo. Nella sostanza risulta confermata la presenza nel Consiglio di indirizzo di due membri di nomina, in senso lato governativa. Nella forma, ciò avviene seguendo l'articolazione sopraindicata. Per quanto concerne i rilievi sulla formazione del patrimonio della Fondazione e sulla formula di nomina del Presidente del Comitato di Gestione. L'art. 5.4 che recita "il patrimonio della fondazione è costituito in via maggioritaria da risorse provenienti da soggetti privati" effettivamente limita le capacità della fondazione di poter acquisire risorse patrimoniali e si sarebbe potuto sostituire con un più efficace art. 5.4 del seguente tenore "il patrimonio della fondazione è costituito da risorse provenienti da soggetti privati e pubblici in conformità a quanto previsto dalle normative dal presente statuto". Altro punto cruciale riguarda la nomina del Presidente del Comitato di Gestione. Sul punto è corretta l'osservazione sulla necessità di coerenza sui criteri di nomina conformando ed adeguando la nomina del Presidente a quella del Presidente del Consiglio di Indirizzo, secondo formula del seguente tenore art. 15.2 " il presidente del comitato di gestione viene nominato dal consiglio di indirizzo, mediante deliberazione adottata con la maggioranza di cui all'art. 14.6 dello Statuto, tra i Consiglieri di Gestione in carica, su proposta della Regione del Veneto, previo consenso del Governo italiano e del Comune di Venezia".

Conclusioni

L'assenza di una regolamentazione normativa specifica per la fondazione di partecipazione ha reso la prassi, l'elaborazione dottrinale di notai ed avvocati, i provvedimenti delle autorità di controllo quali l'ANAC quali fonti di produzione del cosiddetto "diritto vivente" che si è innestato, modificandone profondamente la struttura, nella scarna normativa codicistica dell'istituto della fondazione. L'affermazione della fondazione di partecipazione non risulta derivata, come illustrato nella presente tesi, da un intervento legislativo unitario bensì da una stratificazione normativa settoriale e da un ampio riconoscimento da parte della prassi amministrativa concretizzatosi attraverso il rilascio della personalità giuridica da parte delle autorità amministrative competenti. Tale soggiacenza della normativa codicistica alla contingenza della regolamentazione di assetti negoziali mediatori tra la rigidità della fondazione tradizionale e la flessibilità dell'ente associativo ha comportato la valorizzazione di una struttura organizzativa improntata alla partecipazione attiva di più soggetti nella gestione dell'ente ed alla determinazione delle strategie e delle finalità istituzionali. L'impatto del diritto vivente sull'originario istituto codicistico della fondazione ha operato una "torsione" della struttura talmente pervasivo da far dubitare della stessa riconducibilità della fondazione di partecipazione al tipo della fondazione codicistica. Ed infatti non sono mancati, in dottrina, autorevoli interventi che collocano la fondazione di partecipazione nel novero delle figure negoziali "atipiche". In questo lavoro si è cercato di dar conto della genesi dell'istituto dal risalente concetto di comunità alla moderna necessità del cosiddetto "partenariato" tra pubblico e privato quale emerso, per necessità, nelle attuali economie di mercato per la realizzazione di iniziative di interesse generale. E si è cercato di dar conto, ricostruendone le fattispecie organizzative e procedimentali, degli elementi strutturali e funzionali che delineano i profili distintivi della fondazione di partecipazione.

BIBLIOGRAFIA

ALPA G., relazione su *Le fondazioni* presentata al Convegno in onore di P. Rescigno a Gardone Riviera, 23-24 giugno 2000.

AMBROSINI S., *La responsabilità degli amministratori*, vol. II, Padova, 2010.

ANDREWS M., *A study of company-sponsored Foundations*, New York, 1960.

ASCARELLI T., *Riflessioni in tema di consorzi, mutue, associazioni e società*, Milano, 1953, II.

BALLARINO T., I problemi internazionalprivatistici delle società commerciali, in G. E. COLOMBO, G. B. PORTALE, *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1994.

BASILE M., *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Di diritto priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2003.

BELLEZZA E., *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità*, in *Fondazione Italiana del Notariato,* Milano, 2006.

BELLEZZA E., FLORIAN F., *Le fondazioni di partecipazione*, Piacenza, 2006.

BENEDETTELLI M., *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997.

BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.* Milano, 2019.

BIANCA C.M., *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1990.

BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. I, Milano, 1978.

BIANCA M., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, Roma, 2021.

BIGIAVI W., *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948.

BONIFATI S., *Associazioni, nuove imprenditorialità e fallimento. Un nodo da sciogliere*, in *Giur. it.*, 2021.

CAGNASSO O. ,*La trasformazione da azienda speciale in fondazione di partecipazione*, in Fondazione Anselmi, 25/09/2024 – OC.

CAPOZZI M., MANETTI G., *Pianificazione e controllo per le aziende non profit. Valutazioni di efficacia, efficienza, economicità ed impatto socio-economico*, Milano, 2011.

CARRABBA A., *Scopo di lucro e autonomia privata*, Napoli, 1994.

CEOLIN M., *La trasformazione e le altre operazioni straordinarie degli enti non lucrativi tra Codice Civile e Codice del Terzo Settore*, Padova, 2023.

CETRA A., *Le operazioni straordinarie negli enti del primo libro e negli enti del terzo settore*, in *Giur. comm.*, Milano, 2024, I.

CORSO S., *La disciplina del conflitto di interessi*, in *Tratt. delle Società diretto da Vincenzo Donativi*, vol. III, Segrate (MI) , 2022.

COSTANZA M., *I soggetti: gli enti non commerciali*, nel *Tratt. dir. civ. del C.N.N.*, Napoli, 2012.

COVIELLO L. jr., *Osservazioni in tema di estinzione di persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1949.

COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1910.

DE CESARI P., *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino, 2011.

DE GIORGI M.V., *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni*, in *Tratt. Rescigno*, vol. 2, 2008 (rist.).

DE RUGGIERO R., Istituzioni di *diritto civile*, Messina, 1934 I, VI ed.

DE GOETZEN S., *Fondazioni legali tra diritto amministrativo e diritto privato*, Trieste, 2011.

DINACCI G., *Delle associazioni e delle fondazioni*, Comm. Gabrielli, 2011, in Le fondazioni di Partecipazione a cura di SICCHIERO G., 2024

DINACCI G., Lo scopo dell'associazione e della **fondazione**, Comm. al c.c., in *Le fondazioni di Partecipazione* a cura di SICCHIERO G., sub art. 25 c.c.., 2024

DI ROSA G., *Il mandato. Artt. 1710-1730*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2017.

FERRARA F., *Le fondazioni nel sistema europeo*, Torino, 2008.

FERRARA F., *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Dir. Civ.*, fond. da VASSALLI, II, t. 2, Torino, 1956.

FERRARO LUZZI P., *La conformità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1993.

FERRARO LUZZI, P., *Sui recenti orientamenti in tema di omologazione*, in *Impresa comm. ind.*, 1983.

FICI A., *Tipo e status nella nuova disciplina dell'impresa sociale*, in *Contr. impr.*, Padova, 2023.

FORTE P., *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, in AA. VV., *Fondazioni*, a cura di PALMA, G, Torino, 2012.

FUSARO A., *Gli enti del terzo settore*, Milano, 2022.

FUSARO A., *La fondazione tra modello tradizionale e modello partecipativo quale strumento per la tutela delle categorie svantaggiate*, *Vita notarile*, Milano, 2011.

FUSARO A., *Le varianti al tipo di fondazione*, in *Notariato*, Milano, 2021.

FUSARO A., *Trasformazione da e in fondazione di partecipazione*, in AA. VV., *Fondazioni di partecipazione*, Roma, 2007.

GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1969.

GALGANO F., *«Pubblico» e «privato» nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, I, seconda ed., Padova, 1999.

GALGANO F., *Voce Fondazione*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1984.

GALLONE G., *Le fondazioni di partecipazione viste con gli occhi dell'amministrativista – profili di giurisdizione amministrativa*, in *Fondazione Anselmo Anselmi*: Atti del Convegno, Roma, 24 maggio 2014 "Le fondazioni di partecipazione tra sistema e giurisprudenza", 2024.

GIANI L., *L'amministrazione ed il controllo di associazioni e fondazioni in una prospettiva di riforma*, in *Rassegna di diritto civile*, Padova, 2007.

GIORGI G., *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, III ed., Firenze, 1913.

GIUFFRÈ A., *Enciclopedia del diritto*, Varese, 1968.

GRUNEBAUM-BALLIN, *Les Fondations. Rapport général*, in *Travaux de la Semaine internationale de droit*, III, Paris, 1937.

IBBA C., *Il registro delle imprese*, nel *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2021.

IBBA C., *La pubblicità degli enti del terzo settore*, in *Riv. dir. civ.*, Padova, 2019, I.

IORIO G., *Le fondazioni*, Milano, 1997.

IORIO G., *Le trasformazioni eterogenee*, Milano, 2010.

JACOMETTI V., POLIANI F., *Azione sociale e azione di responsabilità esercitata dai soci: aspetti procedurali*, Torino, 2015.

LANDI F., I*l paradiso dei monaci*, Roma, 1996.

LAUDONIO A., in A. LAUDONIO, M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche, II, Vicende modificative ed estintive*, nel *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2020.

LOFFREDO F., *Gli enti del terzo settore*, Milano, 2018.

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

MAGLIULO F., *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, Milano, 2018.

MAGLIULO F., *La fusione delle società*, Milano, 2009.

MAGLIULO F., *La scissione delle società*, Milano, 2012.

MAGNOZZI A., *L'assenza di un regime di responsabilità dell'organo gestorio negli enti del terzo settore. Mero rinvio o disciplina sui generis?*, in *Contr. imp.*, Napoli, 2019.

MALTONI M., *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato e-library*, Roma, 2007.

MARASÀ G., *La «commercializzazione» degli enti del libro I del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, Padova, 2023, I.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, nona ed., Milano, 1957.

MODEL V., *Das Unternehmertestament*, Köln, 1956.

NICOLÒ R., *Negozio di fondazione-Istituzione di erede*, in *RDC*, I, Padova, 2023.

PONZANELLI G., *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, in *N. giur. civ. comm.*, Milano, 2006, II.

PONZANELLI G., *Le fondazioni bancarie tra libertà e controllo*, Torino, 2005.

PRELE C., *La fondazione: evoluzione giuridica di un istituto alla ribalta*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 2007.

PRIVITERA A., *Fondazione di partecipazione: caratteristiche e finalità di uno strumento a metà tra fondazione e associazione*, in *Notaio Antonio Privitera* – Milano, 2017.

RENNA M., *I principi*, in *Il nuovo corso di contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine* (d.leg. 312 marzo 2023 n. 36), Roma, 2023.

RESCIGNO P., *Fondazione e impresa*, in *Riv. soc.*, 1967.

RESCIGNO P., *Voce Fondazione (diritto civile)*, *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968.

RESCIGNO P., *Le società intermedie*, in *Persona e comunità*, Bologna, 1966.

RIGANO F., *La tutela della «corretta» concorrenza fra associazioni non lucrative e imprese*, in *Giur. cost.*, 1994.

ROSATO F., *Il mandato. Artt. 1710-1730*, in Comm. Schlesinger, Milano, 2017.

ROVERSI M., *Gli enti di gestione*, Milano, 1966.

SACCO R., *La parte generale del diritto civile, 1, Il fatto, l'atto, il negozio*, nel *Trattato di diritto civile* diretto dal medesimo A., Torino, 2005.

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca*, Art. 1321-1352, Bologna - Roma, 1970.

SENIGAGLIA R., *Voce Fondazione*, *Dig.*, civ., Appendice aggiornamento, Torino, 2012.

SICCHIERO G., *Le fondazioni di partecipazione*, Milano, 2024.

SOLMI A., *L'idea fascista nel nuovo codice civile*, Roma, 1940.

TAMBURRINO G., *Le persone giuridiche*, Torino, 1980.

TAMBURRINO G., *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute. Comitati*, Torino, 1980.

TERRANOVA G., *La responsabilità degli amministratori di S.p.A. nei confronti della società (art. 2932 c.c.)*, in MARCHETTI, C., (a cura di), *La responsabilità degli amministratori delle società di capitali*, Torino, 2021.

TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di Diritto Privato*, ventiquattresima edizione, Milano, 2019.

VITALI M.L., *Riforma del terzo settore, nuova disciplina dell'impresa sociale e regole societarie*, in *Oss. Dir. civ. comm.*, Parma, 2020.

VITTORIA D., *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive di tecnica fondazionale*, in *Riv. Dir. Comm.*, Milano, 1975, I.

ZANCHI G., *Interpretazione e ruolo della prassi nella definizione dello statuto soggettivo della fondazione*, *Jus civile*, Venezia, 2017.

ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995.

GIURISPRUDENZA

Trib. Grand sentenza 14 gennaio 1850.

App. Parma 7 dicembre 1897, in Le leggi, 1898, I, 267.

Cons. St., sez. V, 19 novembre 1949, n. 993, in Foro it., 1950, III, 112.

App. Caltanissetta 19 luglio 1951, in Foro sic., 1951, 242.

App. Napoli 6 febbraio 1952, in Dir. eccl., 1952, II, 536.

Cass. 25 giugno 1953, n. 1975, DF, 1953, II, 581.

Cass. 25 giugno 1953, n. 1975, in Giust. civ., 1953, 2152.

Cass. 25 giugno 1953, n. 1975, in Foro it., 1954, I, 1464.

Cass. 3 febbraio 1955, n. 282, in Giust. civ., 1955, I, 1137.

Cons. St., sez. II, 29 gennaio 1958, n. 80, in Cons. St., 1958, I, 1578.

Cons. St., sez I, 11 marzo 1958, n. 330, in Cons. St., 1959, I, 291.

Cass. 4 luglio 1959, n. 2130, in Giust. civ., 1959, I, 1961.

Cass. 4 luglio 1959, n. 2130.

Trib. Chiavari 11 luglio 1959, in Giur. it., 1962, I, 2, 101.

Cass. 26 novembre 1960, n. 3141, in Cal. Giud., 1960, 337.

Cons. St., commissione speciale, 1° giugno 1960, n. 148, in Cons. St., 1961, I, 644.

Cons. St., 30 maggio 1961, n. 874.

Cons. St., sez. I, 12 dicembre 1961, n. 2186, cit.

Cons. St., sez. I, 19 dicembre 1961, n. 2213, in Cons. St., 1961, I, 1964.

Cons. St., sez. I, 6 febbraio 1962, n. 147, in Foro it., 1962, III, 405.

Cass. 19 ottobre 1964, n. 2622, in Foro it., 1965, I, 666.

Cass. 29 febbraio 1968, n. 654, GI, 1968, 1, 1360.

Cass. 29 febbraio 1968, n. 654, GC, 1968, I, 808.

Trib. Milano 19 settembre 1968, GI, 1969, I, 727.

App. Bari 16 settembre 1963, in Corti B.L.P., 1964, 179, ha ritenuto responsabile colui che «dirige l'organizzazione».

Trib. Roma 15 settembre 1987, FI, 1989, I, 907.

Cass. 18 settembre 1974, n. 2504.

Cons. St., V, 291, 19 aprile 1974.

Cass. civ., sez. I, 18 maggio 1976, n. 1756, in Foro it., 1976, I, 1839 ss. e spec. 1842.

Cass. 10 novembre 1997 n. 11046, cit. Cass. 8 aprile 2010 n. 8372, in Contratti 2010, p. 693.

Cass. 14 maggio 1997, n. 4244, in Foro.it, 1997, I, 2484; F. GALGANO, cit., 364.

Cass. 14 maggio 1997, n. 4244, cit., GALGANO, F., cit., 363.

Cass. 1° luglio 1998, n. 6427; Cass. 30 luglio 1984, n. 4530.

Trib. Roma 4 novembre 1998, in Gius, 2000, 576.

Trib. Roma 4 novembre 1998.

Cass. 10 luglio 1979, n. 3969, Giur. it., 1980, I, 1, 882, soluzione affermata in primo grado da Trib. Genova 9 luglio 1971, in Giur. it., 1971, I, 2, 556.

Trib. Trieste 18 gennaio 2000, in Foro it., 2000, I, 2689.

Cons. St., parere 288/2000 del 20 dicembre 2000.

Cons. St., sez. IV, sentenza 17 giugno 2003, n. 3405.

Cons. St., 17 giugno 2003, n. 3405.

Trib. Milano, sez. spec. B, 1° marzo 2012, in Giur. it., 2012, spec. 1121.

Trib. Voghera 6 giugno 2001, in Giust. civ., 2002, I, 2001.

Trib. Voghera 6 giugno 2001, cit., 2002.

TAR Liguria, Genova Sez. II, 18 febbraio 2009, n. 230.

TAR Potenza, sez. I, 6 novembre 2013, n. 671.

Trib. Roma, sez. spec., 1° marzo 2023, n. 3429, in Giurisprudenza delle imprese.

Trib. Belluno 15 febbraio 2018.

Cons. St., 13 luglio 2018, n. 4288.

TAR Lazio, Roma, 13 aprile 2018, n. 4100.

Cons. St., parere 30 gennaio 2015, n. 296.

Cons. St. 23 ottobre 2014, n. 5226, in Nuova giur. civ. comm., 2015, I.

Corte Giust. U. E., sez. VIII, sentenza 7 luglio 2022, cause riunite C 213/21 e C 214/21, Italy Emergenza Cooperativa Sociale contro Azienda Sanitaria Locale Berletta-Andria-Trani.

Sentenza Corte Cost. n. 131/2020.

Sentenza Corte Cost. n. 218/2021.

Cass. 18 giugno 2021, n. 17563.

Cass. 9 novembre 2020, n. 24986.

Cass. 14 gennaio 2022, n. 1494.

Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673.

Corte Giust. U. E., 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99.

Corte Giust. U. E., sentenza 15 ottobre 2017, C-567/15.

Cass. SS. UU. sentenza 30 luglio 2021, n. 21970.

Cass., SS. UU., 30 luglio 2021, n. 21970, in Società, 2021, 1193.

CGE, Sez. IV, 3 febbraio 2021, cause riunite C 155/19 e C 156/19.

SITOGRAFIA

altalex.com - GIACINTI, R., *Fondazioni: la presenza pubblica non sempre vieta l'iscrizione al RUNTS*, pubblicato il 28 ottobre 2021.

arena.it

fondazionecariplo.it

fondazioneisoladelba.it

fondazioneluigieinaudi.it

fondazionemps.it

fondazionemanarola.org - *Perché una fondazione di partecipazione*, in Fondazione Manarola Cinqueterre O.N.L.U.S.

fonmed.it

giustizia-amministrativa.it - *Cons. St., sez. I, parere 21 marzo 2018, n. 1076, n. aff. 01469/2017.*

irisonline.it - SANTUARI, A., *Le fondazioni di partecipazioni non sono "società in house"*, Cass., sez. un., 22 dicembre 2016, n. 26643; Cass., sez. un., 2 febbraio 2018, n. 2584.

notariato.it - *Studiod'Impresa n. 78/2020/I Trasformazione di associazioni riconosciute e fondazioni*, di CIRIANNI F., approvato dalla Commissione Studi d'impresa il 23 aprile 2020.

studiodelprato.it - DEL PRATO, E., *Inquadramento civilistico delle fondazioni partecipate*, Convegni-2025.

teatroallascala.org

tsrm-pstrp.org

uneba.org - D'ANGELO, S., *Le operazioni straordinarie degli Enti del Terzo Settore.*

unite.it - ROMANO G., *La Fondazione di Partecipazione.*

www.amministrativamente.it - V. SARCONE, *Le fondazioni "pubbliche"*, Fascicolo 2/2012.

www.iris.unina.it - QUADRI R., *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ.*, 2018.

www.liberainformazione.org - ANAC, *Fondazione Milano Cortina è ente di diritto pubblico*, pubblicato il 24 febbraio 2025.