

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Privato

LE FONDAZIONI DI PARTECIPAZIONE

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa

Rossella Borgia

CANDIDATA

Teresa Massaro

Matr. 104233

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Attilio Zimatore

CORRELATORE

Chiar.ma Prof.ssa

Teresa Pasquino

ANNO ACCADEMICO 2013-2014

INDICE

CAPITOLO I

I FONDAMENTI DOGMATICI DELLA PERSONALITA' GIURIDICA E I LORO PROFILI EVOLUTIVI.

1. Separazione patrimoniale e personalità giuridica.....pag. 4
2. Persone giuridiche a base associativa e persone giuridiche
con destinazione di beni a uno scopo.....pag. 10
3. L'acquisto della personalità giuridica: la fase genetica.....pag. 16
4. I meccanismi decisionali delle persone giuridiche a base
associativa: le associazioni riconosciute e le società di
capitali.....pag. 26
5. I meccanismi decisionali delle fondazioni.....pag. 35
6. Contratti aperti e adesioni di altre parti al contratto: l'art
1332 c.c. e la nascita delle Fondazioni di Partecipazione.....pag. 41

CAPITOLO II

LA FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE

1. Il principio di tipicità degli enti giuridici ed il problema
della legittimità delle fondazioni di partecipazioni: l'art. 12
c. c. ora art.1 D.P.R. 361/2000.....pag. 47

2. La natura giuridica delle fondazioni di partecipazione.....pag. 54
3. La rivoluzione della destinazione patrimoniale a struttura aperta. Il Patrimonio: fondo di dotazione, fondo di gestione e beni in concessione d'uso.....pag. 57
4. Gli organi: il problema della presenza di strutture assembleari.pag. 63
5. I meccanismi di indirizzo e controllo e l'assetto gestionale della fondazione partecipata.....pag. 73

CAPITOLO III

DALLA FONDAZIONE PARTECIPATA ALL'IMPRESA NON LUCRATIVA.

1. Gli aspetti di interesse civilistico del no profit: gli enti non commerciali.....pag. 78
2. La possibilità di svolgimento di attività di impresa attraverso le persone giuridiche. Scopo fondazionale ed esercizio dell'attività.....pag. 84
3. Il perseguimento di finalità non lucrative. Il profitto fra lucro oggettivo, lucro soggettivo, e finalità di interesse generale.....pag. 91
4. Lo svolgimento di attività di impresa nella Fondazione di Partecipazione. Lo scenario dell'impresa non lucrativa.....pag. 97

CAPITOLO IV

LE FONDAZIONI DI PARTECIPAZIONE TRA PUBBLICO E PRIVATO E I PROFILI D' ATTUALITA' DELL'ISTITUTO.

1. La presenza di enti pubblici nella Fondazione di Partecipazione: modalità e profili problematici.....pag. 105
2. Le fondazioni per la gestione dei servizi culturali: l'innovazione della fondazione partecipata.....pag. 113
3. Il coordinamento di formule gestionali pubbliche e no-profit: il possibile modello italiano della fondazione network.....pag. 118

CAPITOLO I

I FONDAMENTI DOGMATICI DELLA PERSONALITA'

GIURIDICA

E I LORO PROFILI EVOLUTIVI.

1. Separazione patrimoniale e personalità giuridica.

Vi sono, nella realtà giuridica, formazioni sociali che trascendono la considerazione della singola persona, ed assumono un'individualità propria, che si differenzia da quella delle singole persone fisiche, che contribuiscono a sostanziarle.

A tali organizzazioni collettive il legislatore attribuisce il nome di persone giuridiche, e ne inserisce la disciplina nel libro primo del codice civile, dedicato alle persone.

L' inserimento non è casuale, sebbene la scelta legislativa abbia dato vita ad una pluralità di interpretazioni dottrinali volte a porre un fondamento alla figura della persona giuridica. Precisamente, la prima tesi dell'epoca moderna fu la così nota "*teoria della finzione.*" Riconducibile al Savigny, essa individua una "*fictio iuris*" tale per cui, il legislatore finge che categorie diverse dall'uomo abbiano, al pari di queste, l'attributo di persona ed estende la categoria degli essere umani ad una sorta di "uomo artificiale": soggetti di diritto creati artificialmente, ed esistenti solo sul piano giuridico. Tale concezione fu ripresa dal legislatore del 1865, ma poi venne superata dalla c.d. "*concezione organica*" della persona giuridica, che trovò il suo massimo esponente in Otto Von Gierk: in merito alla persona giuridica non si compie alcuna "*fictio,*" essa rappresenta un organismo naturale, esistente nella realtà empirica, dotata di una propria volontà e portatrice di un proprio interesse, distinto dall'interesse dei propri membri. Di tale visione,

si contestò l'eccessivo antropomorfismo fino all'eccesso di negare del tutto la validità, e l'esistenza stessa di realtà plurisoggettive. In particolare Kelsen, affermò che non esistono nella realtà giuridica altri soggetti di diritto che non siano uomini: *“l'ordinamento può imporre dei doveri ed attribuire dei diritti soltanto ad esseri umani dato che soltanto il comportamento di esseri umani può essere regolato dall'ordinamento giuridico.”*¹

Non si può porre in dubbio, dunque, che agli occhi del legislatore esista un unico soggetto di diritto: la persona.² La natura della dicitura di persona giuridica usata dal legislatore è essenzialmente formale.³ Essa individua nella realtà giuridica ogni soggetto di diritto, distinto dalla persona fisica, costituito da un'organizzazione collettiva di persone, cui l'ordinamento riconosce la natura piena di soggetto di diritto⁴.

Più precisamente, la considerazione quale unità soggettiva autonoma, titolare di situazioni giuridiche soggettive e patrimoniali, discende per un'organizzazione collettiva privata solo all'avvenuto riconoscimento della “personalità giuridica”⁵.

¹ Sulla disamina delle teorie sul fondamento della persona giuridica vedi: F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 2, Bologna – Roma, 2006, p. 4 e ss. Sui presupposti ideologici della teoria della finzione vedi: R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, in *Diritto romano*, 1, 1968, p. 20 e ss. Sulla critica kelesiana: H. KELSEN, *Teoria Generale del diritto e dello Stato*, 1994, p. 98; riprende la critica in Italia: T. ASCARELLI: *Problemi Giuridici* vol.1, 1959, p. 233 e ss.

² *“Le persone giuridiche, al pari di quelle fisiche, rappresentano concetti di specie di quest'unico genere riconosciuto dal legislatore”*. Così F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p.24.

³ Così F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 24/25. *“E' linguistica la vera natura della persona giuridica”*. Non si può definire che cosa sia una persona giuridica, la funzione di queste parole non è designare qualcosa ma è una funzione diversa ossia quella di indicare una disciplina complessa di rapporti fra più persone. Vedi anche F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche ed analisi del linguaggio*, 1989, p.64 e ss.: *“La persona giuridica è un mero nomen cui non corrisponde alcun ens, quindi nessuna cosa è reperibile in quel dominio di oggetti dei quali nel discorso giuridico si parla.”*

⁴Va specificato se possa parlarsi, in riferimento alle persone giuridiche, di soggettività giuridica in senso pieno, si rivela risolutrice la posizione espressa dalla Cassazione per la quale: *“ la soggettività delle persone giuridiche non corrisponde a quella delle persone fisiche, poiché esse sono tali in senso traslato e la qualificazione viene richiamata per analogia”* pertanto, *“ la soggettività delle persone giuridiche, siano esse riconosciute e non, è sempre un'incompleta soggettività, diversa da quella delle persone fisiche.”* Cassazione 8 Novembre 1984 n.5642, in *Giurisprudenza Italiana*, 1985, I, I, p. 989 e ss.

⁵Il procedimento di riconoscimento della personalità giuridica è oggi disciplinato dall'art.1 del D.P.R. 10 febbraio 2000, n.361, di esso ci occuperemo nel paragrafo 3.

Due sono i caratteri propri delle persone giuridiche riconosciute: l'attribuzione di una capacità giuridica piena, per la quale l'ente potrà autonomamente agire attraverso propri organi a ciò preposti;⁶ e l'acquisizione della c.d. autonomia patrimoniale perfetta, ossia il diritto di tenere separato, dal patrimonio della persona giuridica, quello proprio dei singoli membri. Sotto il primo profilo, siamo nella c.d. capacità di agire. La persona giuridica non può compiere validamente atti, se non all'interno del "*rappporto organico*": essa cioè, è capace di agire esclusivamente per mezzo dei suoi organi, non investiti di un autonomo e distinto potere in tal senso. Siamo di là del semplice rapporto rappresentativo. Il legame organico ente-soggetto agente non è un rapporto fra soggetti, ma è un legame tale per cui, affermare che la persona agisce attraverso i suoi organi, equivale ad affermare il più complesso fenomeno dell'attribuzione all'ente dei risultati giuridici degli atti compiuti.

In linee più generali, l'assunzione della capacità giuridica pone, anche, il problema dell'applicabilità alle persone giuridiche delle norme legislativamente formulate con generico riguardo alle persone. Si suole enunciare il criterio per il quale ogni norma, concepita in merito alle persone fisiche, risulta applicabile ad eccezione di quelle, che presuppongono un substrato corporeo ed una vita fisica del soggetto. Traducendo il criterio in termini di capacità giuridica e capacità d'agire se ne deduce il principio per cui la capacità delle persone giuridiche è piena e si estende a tutti i rapporti che l'ordinamento giuridico prevede a disciplinare, ad eccezioni di quelli che hanno per presupposto che soggetto del rapporto sia una persona fisica."⁷

Dal secondo profilo caratterizzante, quale la separazione patrimoniale, discenderà, necessariamente, che delle obbligazioni contratte dall'ente risponda solo questo con tutto il suo patrimonio, mentre i suoi membri godranno del

⁶ "Gli atti sono prodotti dagli organi nella loro accezione soggettiva (*imputazione psicologica*) e successivamente attribuiti all'ente (*imputazione giuridica*)". A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, VIII, cit., p.12 e ss.

⁷ F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 66.

beneficio della limitazione della responsabilità patrimoniale⁸. E' possibile analizzare la varia consistenza, che l'attribuzione patrimoniale assume, in relazione a ciascuna organizzazione collettiva esistente. Nelle associazioni non riconosciute e i comitati, si determina, in mancanza del riconoscimento, una situazione di separazione patrimoniale imperfetta, da cui discende la mancanza del beneficio della limitazione della responsabilità patrimoniale. In particolare nelle associazioni non riconosciute vige, data la rispondenza del patrimonio dell'ente alle obbligazioni contratte dello stesso, l'impossibilità di domandare la divisione del fondo comune dell'associazione, finché resta in vita l'associazione (art. 37 cod. civ.). La responsabilità patrimoniale è qui, una responsabilità personale in capo a chi ha agito in nome e per conto dell'associazione (art. 38 cod. civ.).⁹

Le associazioni riconosciute e le fondazioni al contrario, acquistano, all'avvenuto riconoscimento, un'autonomia patrimoniale piena, che dà luogo alla separazione assoluta del patrimonio dell'organizzazione da quello dei singoli membri; così che il patrimonio è insensibile agli accadimenti personali del singolo, ed unicamente finalizzato alla realizzazione dell'obiettivo predeterminato.

Così come negli enti societari,¹⁰ si determina dunque, una "modificazione" al regime applicabile in termini di responsabilità patrimoniale. In particolare, si

⁸ Il concetto di responsabilità limitata fa in realtà il suo ingresso già in epoca romana, in precedenza alla nozione stessa di persona giuridica: essa era allora nel senso di "responsabilità del socio limitatamente al bene da lui destinato". E' l'introduzione del concetto di persona giuridica, che muta il senso stesso della limitazione di responsabilità: essa "*cessa di essere responsabilità limitata all'apporto e diviene irresponsabilità del socio per i debiti della società*". Così F. GALGANO: in *Diritto Privato*, XIV, 2008, p.87.

⁹ Per approfondimenti sulla natura patrimoniale e solidale di tale responsabilità vedi: G. IORIO, *sub artt. 37,38*, in G. BONILINI- M. CONFORTINI- C. GRANELLI (a cura di), *Codice Civile Ipertestuale vol. 1*, 2009 p. 108 e ss. Per quanto riguarda i comitati, all'autonomia patrimoniale piena, data all'impossibilità di aggredire i fondi raccolti da parte dei creditori personali dei promotori e degli organizzatori, corrisponde, dall'altra parte, la responsabilità patrimoniale di tutti i membri del comitato, per le obbligazioni contratte nei confronti dei terzi (art.41 cod. civ.). Vedi: G. IORIO, *sub art. 41*, in G. BONILINI- M. CONFORTINI- C. GRANELLI (a cura di) *Codice Civile Ipertestuale vol. 1*, cit., p.115 e ss.

¹⁰ Anche le società di capitali sono passibili di acquisire, con l'iscrizione nel registro delle imprese, la personalità giuridica, a norma dell'art 2331 del c. Le società per azioni, le società in accomandita per azioni e le società a responsabilità limitata, divengono, quindi, soggetti di diritto formalmente distinti dalle persone dei soci (piena e perfetta autonomia patrimoniale). I soci godranno di conseguenza del

sovverte a quello che il principio generale della responsabilità universale del debitore, conferendo ai soggetti membri il beneficio della limitazione di questa, a norma del secondo comma dell'art.2740 c.c.¹¹ Per la dottrina tradizionale, in concomitanza a tale limitazione della responsabilità patrimoniale si avrebbe sempre la contemporanea formazione di un "patrimonio separato", poiché i beni che restano sottoposti a responsabilità piena formano un gruppo a sé stante nel patrimonio del debitore, che resta devoluto esclusivamente alla soddisfazione dei crediti di dati creditori. Si ritiene in particolare, che per qualificare un'entità distaccata dal patrimonio di provenienza come patrimonio separato è necessario verificare in quale modo trovino attuazione nei suoi confronti, i principi della responsabilità patrimoniale illimitata *ex art.2740* e della *par conditio creditorum ex art. 2741*. Il criterio alla base della separazione non può che essere identificato, nella specie, nell' insensibilità dei beni separati alla sorte degli altri, per quanto riguarda la responsabilità, e nell'esclusione della *par conditio*, attraverso la riserva di certi beni ad alcuni creditori soltanto.¹² Si determinerebbe così, almeno in tale impostazione, una continuità fra il fenomeno della separazione patrimoniale e quello della personalità giuridica¹³. Tale che, per poter qualificare un'entità distaccata dal patrimonio di provenienza come patrimonio separato, è necessario verificare in quale modo trovino attuazione nei suoi confronti, i

beneficio della responsabilità limitata: i beni conferiti saranno beni di proprietà della società: i soci, i creditori personali dei soci non possono soddisfarsi sul patrimonio sociale, né i creditori sociali possono soddisfarsi sul patrimonio personale dei soci. Godono di tale beneficio i soci delle società per azioni (art. 2325); i soci delle società a responsabilità limitata (art 2472c.c), i soci accomandanti della società in accomandita per azioni, non gli accomandatari che sono invece solidalmente ed illimitatamente responsabili (art 24 62).

¹¹ Art. 2740, 2° co. "Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge." Si afferma un principio di ipotesi legali per le limitazioni della responsabilità patrimoniale, poste per la particolare qualità di alcuni beni o per la qualità di alcuni tipi di credito o di debito. Vedi L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali, artt.2740,2744*, in *Commentario Schelesinger*, Milano, 1991, p.59, per un'esauriente indicazione delle ipotesi di limitazione effettiva della responsabilità patrimoniale, distinte da quelli apparenti che costituiscono limitazioni del debito.

¹² Esponente dell'impostazione tradizionale: F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 66.

¹³ La teoria dei patrimoni separati di origine tedesca, si diffuse in effetti, presto anche in Europa proprio perché offriva una spiegazione per alcuni istituti esistenti come le fondazioni e le società. Era possibile, infatti, osservando la loro struttura patrimoniale, considerarli come patrimoni di destinazione, ossia parti distaccate del patrimonio individuale di uno stesso soggetto e destinati ad uno scopo individuato. Vedi in proposito: F. Ferrara, *La teoria della persona giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 1911, p. 173.

principi della responsabilità patrimoniale illimitata *ex art.2740* e della *par conditio creditorum ex art. 2741*. Il criterio alla base della separazione non può che essere identificato nell' insensibilità dei beni separati alla sorte degli altri, per quanto riguarda la responsabilità, e nell'esclusione della *par conditio*, attraverso la riserva di certi beni ad alcuni creditori soltanto.¹⁴ Ben presto in termini del tutto antitetici, la dottrina italiana ha sollevato la necessità di distinguere i due fenomeni¹⁵. Nel dibattito dottrinale si sottolinea come, sebbene separazione patrimoniale e personalità giuridica siano strumenti equivalenti nel creare regimi differenziati della garanzia patrimoniale e nel curare interessi prestabiliti, non possono non considerarsi elementi propri della persona giuridica assolutamente insuscettibili di applicazione sul diverso piano della separazione patrimoniale. Primo fra tutti, di tali elementi bastevoli a differenziare i due fenomeni, la presenza all'interno della persona giuridica di un assetto organizzativo sufficiente a rendere il patrimonio insensibile alle vicende della persona fisica che agisce, e ad assicurare la continuità dell'azione giuridica.¹⁶

In conclusione, tra i fenomeni autonomi di separazione patrimoniale e l'autonomia patrimoniale della persona giuridica resta un'unica assimilabilità sul piano funzionale, quella della limitazione della responsabilità patrimoniale.

¹⁴ L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, 1982, p. 284.

¹⁵ Contrario all'assimilazione dei due elementi: F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, 1958, p. 22. Per l'autore: "*Le persone giuridiche non possono considerarsi dei semplici patrimoni, perché le persone giuridiche possono nascere ed esistere, prima ancora che esista un patrimonio, avendo tutta la capacità di acquistarlo.*"

¹⁶ P. SPADA, *Persona giuridica e articolazione del patrimonio*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, p. 847. "*La presenza nelle persone giuridiche di un'organizzazione assicura l'obiettivo di rendere il patrimonio insensibile alle vicende biologiche della persona fisica che agisce, e determina la continuità dell'azione giuridica pur nella discontinuità degli attori*".

2. Persone giuridiche a base associativa e persone giuridiche con destinazioni di beni ad uno scopo.

Diverse classificazioni possono operarsi della persona giuridica in virtù di vari criteri; nella specie distingueremo tra persone a struttura associativa, di formazione contrattuale, con la partecipazione di una pluralità di persone; e persone a struttura istituzionale, costituiti da volontà unilaterale di un costituente o fondatore. Alla bipartizione corrispondono rispettivamente le associazioni e le fondazioni. Altre distinzioni operabili sono quelle che distinguono fra: tra persone giuridiche pubbliche e persone giuridiche private, il codice detta solo la disciplina delle prime, limitandosi a rinviare alla disciplina del diritto pubblico per quello che attiene agli enti pubblici (art.11 c.). Ulteriore differenziazione è quella tra persone giuridiche con scopo di lucro e persone con fini ideali. Nelle prime rientrano le società, nelle seconde le associazioni, che hanno per norma fini ideali (politici, ricreativi, sociali, sindacali, culturali, sportivi ecc.).¹⁷ La distinzione tra figure associative e figure struttura istituzionale non è di secondaria importanza nella nostra analisi. Difatti, al fine di meglio comprendere le innovazioni introdotte dal modello della fondazione di partecipazione, oggetto centrale della nostra analisi, e la sua compatibilità con la fondazione, è opportuno individuare le differenze fondamentali con l'associazione, così da evidenziare ulteriormente i caratteri che essenzialmente qualificano la fondazione stessa.

Sia la fondazione che l'associazione nascono da un atto di autonomia privata, che riceve esecuzione per mezzo della costituzione di una struttura organizzativa. Tuttavia diversi sono i negozi di autonomia privata da cui esse traggono vita, e diverse sono le modalità di esercizio della struttura organizzativa di cui ciascuna è dotata. L'associazione nasce per contratto: il contratto di associazione. Questo, fra gli atti di autonomia contrattuale, è un contratto *plurilaterale con comunione*

¹⁷Sulla classificazione: F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012, p. 40.

di scopo, ossia un contratto, come ai sensi dell'art. 1420 c.c., “*di due o più parti le cui prestazioni sono dirette al conseguimento di uno scopo comune*”. Le parti non agiscono per scopi contrapposti a vantaggio dell'una o dell'altra, come nei contratti di scambio, ma mirano allo svolgimento di un'unica comune attività. La realizzazione dello scopo comune è affidata ad organi a ciò preposti e, la previsione di norme, che regolano l'attività degli organi demandati all'attuazione del contratto, fa del contratto associativo un *contratto di organizzazione*.¹⁸

Il vincolo che scaturisce dal contratto in esame, è un vincolo a struttura “*aperta*”: è possibile, successivamente alla costituzione, l'adesione di altri membri all'associazione senza che ciò comporti una modificazione della natura o della struttura dell'associazione.¹⁹La possibilità di adesioni successive corrisponde legislativamente all'adesione di altre parti al contratto, regolata all'art 1332 c.c.

L'atto di fondazione ha, per contro, sempre natura di atto unilaterale, non recettizio e revocabile.²⁰Esso è così qualificato a prescindere dal numero dei suoi autori,²¹ ed assume *ad substantiam* la forma dell'atto pubblico. Oltre che per atto unilaterale la fondazione può costituirsi anche per testamento, ai sensi dell'art. 14, 1 e 2 co. cod. civ.²² Tale forma di costituzione per testamento non incide sulla funzione dell'atto, si registrano, solamente, l'improduttività degli effetti

¹⁸ Della categoria dei contratti plurilaterali di organizzazione fanno parte, oltre che l'associazione, anche i diversi tipi di società. GALGANO in *Diritto Privato*, XIV, cit., p.638

¹⁹ Si rientra nella vasta categoria dei *contratti aperti* sulle cui vicende vedi paragrafo 6 cap. 1.

²⁰Cassazione 29/02/1968, n. 5654, in *Giurisprudenza Italiana*, 1968, I, pag. 1354: l'atto di fondazione è “*atto di autonomia privata con il quale viene manifestato 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.*” Il negozio di fondazione, poi, come un negozio unilaterale dal contenuto patrimoniale, va qualificato ai sensi e per gli effetti degli artt. 1324 e ss. c.c., così che è possibile applicarvi, in quanto compatibile, la disciplina generale dei contratti.

²¹ F. GALGANO, voce *Fondazione di diritto civile*, in *Enciclopedia Giuridica XIV*, Roma, 1989 pag. 2 e ss. Dello stesso avviso F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, cit., pag. 234: “*Anche quando i fondatori sono più, si ha sempre un atto unilaterale, emanante da più persone, un fascio di volontà convergenti in un'unica direzione*”.

²² Sulla possibilità di fondazioni costituite per testamento, F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p.206 : “*E' da abbandonare il tradizionale postulato secondo il quale il testamento non può contenere altri atti di disposizione patrimoniale che non siano l'istituzione di erede o il legato : si deve ammettere l'esistenza in forma di testamento o di atto tra vivi di quell'ulteriore figura negoziale, implicante una disposizione patrimoniale che prende il nome di atto di fondazione.*”

prima della morte del fondatore e la revocabilità, propria di tutti gli atti di ultima volontà²³. Per tradizionale insegnamento l'atto di fondazione è composto da due distinti atti: l'atto di fondazione in senso stretto, diretto alla nascita del nuovo soggetto; l'atto di dotazione, come atto di disposizione patrimoniale accessorio al primo.²⁴ Per contro, secondo la tesi unitaria, negozio di dotazione e negozio di fondazione sarebbero entrambi elementi inscindibili dell'atto costitutivo, quale unitario "negozio di fondazione" avente come causa quella di destinare dei beni alla realizzazione di uno specifico scopo. IL problema è in realtà solo nominale: all'atto di dotazione patrimoniale, concepito come autonomo negozio, non si potranno applicare le norme che presuppongono la qualificazione dei beni come eredità o quelle proprie di vicenda traslative come successione a titolo universale.²⁵ Il contenuto tipico dell'atto di fondazione e dello statuto, è disciplinato dall'art 16 c. c. ²⁶Alcuni degli elementi richiesti sono in comune all'associazione e alla fondazione, poiché rappresentano il contenuto essenziale

²³ La disposizione così conformata rientra tra quelle "disposizioni aventi carattere non patrimoniale, che si consente siano contenute in un testamento. Le quali, hanno efficacia: "se contenute in un atto che abbia la forma del testamento, anche se mancano disposizioni patrimoniali". (Art. 587, co. 2°). Vedi P. RESCIGNO, voce *Fondazione (diritto civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1968, p.801. Coerenti con tale ricostruzione: G. BONILINI, voce *Testamento*, in *Digesto civile*, XIX, Torino, 1999, p.39; e A. ZOPPINI, *Note sulla costituzione della fondazione*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1997, I, p.297.

²⁴ La tesi è sostenuta da F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p.203 e ss.: "La dottrinale scomposizione di questa fattispecie negoziale in distinti atti rappresenta un mero artificio di costruzione teorica di economie di pensiero tipica del ragionamento dei giuristi" Alla tesi del negozio unitario sembra avere recentemente aderito anche la giurisprudenza della Cassazione, vedi in proposito: E. BILOTTI, nota a Cassazione 8 ottobre 2008, n. 24813, in *Rivista del Notariato*, 2009, 3, p. 679 e ss. Per la ricostruzione tradizionale invece, l'atto di dotazione non avrebbe una sua tipicità negoziale, dovendo ricondursi allo schema della donazione o del lascito testamentario. RESCIGNO, voce *Fondazione (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 801.

²⁵ La fondazione disposta dal testamento non potrà, per esempio, rinunciare alla dotazione patrimoniale; o qualora disposta per atto fra vivi non dovrà, come deve il donatario, esprimere alcuna accettazione. In proposito, F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p.205. Per l'autore, l'inapplicabilità delle dette norme spiega perché l'atto di dotazione della fondazione rappresenta un'attribuzione patrimoniale a titolo gratuito che non ha in sé una propria causa, ma la trova nell'atto di fondazione.

²⁶ La disposizione menziona separatamente atto costitutivo e statuto, ed è prassi diffusa difatti redigere due documenti. La dottrina maggioritaria ritiene però, che i due documenti devono considerarsi espressione di un unico atto. Così F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p.218. L'unitarietà comporta che questi siano redigibili anche in un unico documento, e che, in questo caso, sia sufficiente che i requisiti essenziali richiesti dalla norma siano contenuti in almeno uno dei due.

del contratto associativo o dell'atto di fondazione. Altri, invece, riguardano le due figure soltanto in maniera separata.²⁷ La presenza degli elementi essenziali di cui al primo comma art. 16, vale solo al riconoscimento della personalità giuridica per gli enti; nulla toglie, che essi possano continuare ad agire come enti di fatto, pur se privi di uno o più dei requisiti in esame. In relazione allo scopo perseguibile, sono individuabili ulteriori caratteri distintivi per le due organizzazioni collettive. Per tradizionale impostazione, le associazioni si caratterizzano per scopi altruistici ma non economici, mentre le fondazioni unicamente scopi ad utilità sociale. In vero, per le prime la situazione è mutata in virtù di un più ampio spettro di scopi riconducibili al fenomeno. Le associazioni possono perseguire qualsiasi scopo anche egoistico purché non previsto dalla legge per altre figure associative. La tesi in esame si scontra con la necessità di distinguere tra figure associative a scopo non economico e figure associative a scopo economico, quali notoriamente le società. L'associazione, al contrario della società, persegue sempre scopi ideali: tale è lo scopo non patrimoniale, ossia di natura extra-economica. Le prestazioni svolte dall'associazione non saranno, cioè, mai dirette a soddisfare un interesse patrimoniale degli associati.²⁸ Nel caso delle fondazioni, invece, il conferimento di scopi diversi da quelli della pubblica utilità non pare possibile²⁹. La ragione va ricercata nel fatto che, in esse, si determina un fenomeno che il legislatore vede con sfavore, quale la sottoposizione di determinati beni siano ad un vincolo potenzialmente perpetuo.

²⁷ “Atto costitutivo e statuto devono necessariamente contenere, per entrambe le figure: la denominazione, l'indicazione dello scopo, del patrimonio, della sede, le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione le norme sull'estinzione e sulla devoluzione del patrimonio. Quando si tratta di fondazione, devono anche indicarsi i criteri e le modalità di erogazione delle rendite; mentre riguardano soltanto le associazioni: diritti e gli obblighi degli associati e le condizioni sulla loro ammissione (art. 16, 1°, 2°, co.)

²⁸ Vedi, G. IORIO *sub. art. 16*, in G. BONILINI- M. CONFORTINI- C. GRANELLI (a cura di) *Codice Civile Iperattuale vol.1*, cit., p.58 e ss. Anche sulla nuova concezione ampliativa in merito agli scopi perseguibile dall'associazioni.

²⁹ F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p.227. Non si dà seguito quindi alla tesi dottrinale, rimasta minoritaria, che vuole tale limitazione delle finalità non applicabile, poiché non imposta da alcuna norma giuridica del codice civile. Non è possibile ravvisare anzi, in senso più ampio in tale ricostruzione, alcuna generale preclusione alla possibilità che il fondatore riservi a se stesso il diritto ai vantaggi realizzati. Vedi in tal senso: G. PONZARELLI in *Gli enti non profit in Italia*, Padova, 1994, p.283; R. COSTI, *Fondazione e Impresa*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1968, p.1.

Per vincolo di destinazione su un bene si intende la determinazione di una specifica funzione del bene stesso, che viene percepito di fatto come una alternativa alla personalità giuridica, e permette di vincolare ad un dato scopo beni determinati, contestualmente e correlativamente determinando una limitazione della responsabilità patrimoniale³⁰. Tale vincolo, potrà trovare la sua fonte nella legge, in un atto amministrativo o in un atto di autonomia privata,³¹ ed in quest'ultima ipotesi, vanno distinti i vari modelli di possibile costituzione, attraverso un atto di autonomia privata. Il privato decide se e quando porre il vincolo, ma la regolamentazione dello stesso è fissata inderogabilmente dalla legge (es. il fondo patrimoniale); il privato può imporre il vincolo con suo atto di autonomia privata, ed anche determinarne la disciplina; salvo richiamare uno schema tipico (es. fondazione), poiché in questo caso l'autonomia privata si dovrà muovere entro determinati principi inderogabili (ed è quanto avviene nella fondazione partecipata); infine, l'autonomia può stabilire il vincolo di destinazione facendo ricorso ad un istituto liberamente modellabile, che non risulti limitato da predeterminati paradigmi (fiducia, *trust*, negozio di destinazione ex art. 2645-ter).

Pertanto, il ricorso a tali formazioni risulta ammissibile solo in presenza di scopi di utilità pubblica, che compensino gli inconvenienti economici. Inoltre, se nell'associazione lo scopo si dice interno dell'ente, poiché posto autonomamente dall'organo assembleare in esecuzione dell'impegno derivante dal contratto associativo, nella fondazione esso è esterno all'ente, in quanto al medesimo attribuito dal fondatore. Ne consegue che nelle fondazioni le finalità saranno immutabili rispetto a quelle fissate; mentre nelle associazioni l'organo assembleare conserverà una piena governabilità anche in punto alle finalità perseguibili. Anche sul piano dell'organizzazione, la posizione delle due figure è

³⁰Sul vincolo di destinazione: A. FUSARO, voce *Destinazione (vincolo di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche* 1989, p. 321 ss.

³¹La distinzione è tradizionalmente accolta. In particolare: M. CONFORTINI, voce *Vincoli di destinazione*, in N. IRTI (a cura di) *Dizionario del diritto privato*, I, 1980, p. 873.

profondamente diversa. Nelle associazioni è prevalente l'elemento personale: esse sono costituite da gruppi di persone che si riuniscono per il raggiungimento di un scopo. Nelle fondazioni, al contrario, è l'elemento patrimoniale a prevalere, essendo patrimoni destinati, dalla volontà di un singolo, ad uno scopo determinato. Uno dei primi criteri per differenziare tra associazioni e fondazioni contrapponeva, difatti, le prime quali *universitas personarum*, pluralità di persone unite da uno scopo comune, alle seconde quali *universitas bonorum*, complesso di beni vincolato ad un dato obiettivo.³² Tuttavia, la prevalenza dell'elemento personale o di quello patrimoniale nei due tipi di enti non significa certamente esclusione dell'altro: come nell'associazione occorrono pur sempre un patrimonio e dei mezzi adeguati per il raggiungimento dello scopo, così nella fondazione ricorre una certa organizzazione di uomini; sebbene vi sia in dottrina una difformità di opinioni sull'individuazione dell'elemento personale. Alcuni lo identificano nei destinatari dell'attività della fondazione, altri negli amministratori, oppure tramite essi nella persona o nelle persone dei fondatori.³³ E' da sottolinearsi ancora che, mentre nell'associazione c'è coincidenza tra coloro che conferiscono il patrimonio dell'ente e coloro che ne beneficiano (gli stessi associati), nella fondazione tale parallelismo verrebbe meno, con significative differenze anche sulle modalità di amministrazione dell'ente stesso. In verità non rappresenta un dato imprescindibile delle associazioni che esclusivamente gli associati debbano essere i beneficiari esclusivi dell'attività dell'ente, e nemmeno il fatto che i mezzi patrimoniali debbano essere forniti dagli associati. Anche che il patrimonio della fondazione provenga da soggetti diversi dal fondatore è dato possibile. Ancora in merito

³² Vedi, in proposito, più recentemente il parere del *Consiglio di Stato, Commissione speciale, 20/12/2000, n. 288/00* in *Cons. Stato*, 2001, I, p. 490: "Il modello giuridico dell'associazione, nella quale prevale l'elemento personalistico e nella quale il patrimonio è uno strumento di cui gli associati si avvalgono per il raggiungimento degli scopi statutari che possono anche essere modificati, è incompatibile con il modello giuridico della fondazione, che ha natura patrimoniale e nella quale le persone sono soltanto strumento per il raggiungimento di scopi assegnati al patrimonio dalla volontà del fondatore."

³³ Fa un'esposizione dei diversi orientamenti dottrinali: F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, cit., p. 46 e ss.

all'amministrazione, può riscontrarsi che, mentre gli organi direttivi nelle associazioni sono in posizione dominante; nelle fondazioni essi saranno sempre sottoposti alla volontà del fondatore. Mentre nell'associazione gli associati sono in primo piano con la loro volontà, che trova espressione nell'organo sovrano dell'associazione: l'assemblea. Nella fondazione, sono in primo piano i beni destinati allo scopo da una volontà che si è esaurita e fissata, quella del fondatore

³⁴ In particolare , sul rapporto fondatore-fondazione, si osserva precisamente che, Il fondatore rimane estraneo all'ente, che è nato in virtù del riconoscimento, sulla base tra l'altro dell'atto di autonomia privata da lui compiuto, e per questo si giustifica anche, l'opinione che il fondatore, se si tratta di atto di autonomia tra vivi, non possa riservarsi poteri che incidano sulla vita e sull'amministrazione dell'ente. Il diverso piano su cui si pongono gli organi direttivi nelle due figure, è allora, da attribuirsi alla presenza dell'assemblea nelle associazioni ed la sua mancanza nelle fondazioni. Nella fondazione, data l'assenza di un organo direttivo, gli amministratori sono i soli arbitri della gestione, fermi restando la volontà del fondatore ed i controlli amministrativi³⁵. Essi determinano secondo il loro giudizio i criteri di gestione e di amministrazione del patrimonio. Mentre, nelle associazioni, proprio le attribuzioni dell'assemblea, costituiscono un limite ai poteri degli amministratori. Essa ha il potere di approvare o meno il bilancio redatto dagli amministratori e di emanare direttive generali, esercitando di fatto un controllo sui criteri di gestione adottati³⁶. La dotazione o meno dell'organo assembleare imprime fra i due istituti, anche una differenza sulla possibilità di modificare le norme originarie dello statuto e dell'atto costitutivo. Nelle associazioni la modificabilità è consentita, in virtù della presenza dell'assemblea che esprime la volontà dell'ente; viceversa per le fondazioni, i due atti, salvi i

³⁴ Per la dicitura secondo la quale l'associazione ha "*organi dominanti*", mentre la fondazione ha "*organi serventi*", F. GALGANO, *Personae Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p.83 e ss. Nello stesso senso F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1997, p.40. E giustifica anche in questo: "*La necessità di un controllo dell'autorità governativa nell'attività della fondazione*".

³⁵ P. RESCIGNO, voce *Fondazione (diritto civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., p.802

³⁶ Le attribuzioni proprie dell'assemblea sono regolate dall'art. 21 c.c., e saranno oggetto della nostra analisi più avanti.

casi espressamente previsti dalla legge e per i quali è comunque prevista l'approvazione da parte dell'autorità amministrativa, non sono modificabili nei loro elementi originari. In tal senso si dice appunto che: mentre la fondazione è eteronoma, poiché le regole sono poste al suo esterno dal fondatore e gli amministratori sono vincolati alle norme statuarie che la esprimono; l'associazione è autonoma, proprio perché le regole sono poste da un suo organo interno. Contro tale ricostruzione si pone chi ritiene che si tratti, in entrambi i casi, di norme contenute nello statuto dell'ente e questa loro origine non ne muta la portata, o il valore per gli amministratori dell'ente. Oggi invero, il procedimento di modifica dello statuto, nei limiti anzidetti, è stato semplificato, essendo stato abrogato dal D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 il terzo comma dell'articolo 16 c. c., che prevedeva l'approvazione dell'autorità governativa. L'articolo 2, co. 3 del D.P.R. 361/2000 ammette la possibilità di apportare modificazioni statutarie anche per le fondazioni, che siano coerenti con la migliore realizzazione dello scopo, facendone richiesta all'autorità governativa. Diversamente, ove si tratti di atti che rientrano nei limiti delle attribuzioni e dei poteri degli amministratori e che non incidano sulla struttura giuridica dell'ente, non occorre alcun intervento dell'autorità governativa.³⁷

In conclusione, l'analisi appena terminata affronta la configurazione canonica e codicistica delle due figure, che contrappone la fondazione, come ente autoritario, il cui statuto è posto dal fondatore, all'associazione, nella quale è forte il modello organizzativo partecipativo. Ma a tale ricostruzione non è assoluta. Sempre più frequentemente la distinzione tra i due enti cessa di essere posta in termini antitetici, e viene inquadrata in un contesto omogeneo, quale

³⁷ Vedi: P. RESCIGNO, voce *Fondazioni (diritto civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., p.803. Certi sono i limiti entro i quali la modificazione degli elementi originari è ammessa: non può essere mutato il fine consacrato nello statuto e tutti gli elementi originari qualificanti il tipo fondazionale, e la conformazione dell'ente come voluta dal fondatore; è ammissibile invece, la modifica delle clausole che attengono l'organizzazione interna della fondazione, come ad esempio la modifica dell'indicazione relativa alla sede, o la modifica parziale delle finalità originarie, soprattutto quando queste rinviano a una più ampia categoria all'interno della quale è possibile una variazione. Vedi sull'argomento: G. PONZANELLI, *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2006, pag. 421.

quello delle “istituzioni”.³⁸ E, con specifico riguardo alle fondazioni, la prassi manifesta uno spiccato interesse ad accogliere soluzioni che permettano nuove forme di partecipazione, con una conseguente modifica della struttura tradizionale, che meglio analizzerò appresso.³⁹

3. L’acquisto della personalità giuridica.

L’art.1 del D.P.R. n.361 del 2000, in luogo dell’abrogato art.12 c.c., disciplina il sistema del riconoscimento della personalità giuridica. Associazioni, fondazioni, ed altre istituzioni di carattere privato⁴⁰, acquistano la personalità giuridica per mezzo di un adempimento pubblicitario, quale l’iscrizione nel registro delle persone giuridiche, disposta dal prefetto o dalla regione. L’espressione “*altre istituzioni di carattere privato*” utilizzata dalla norma in esame rende la categoria degli enti riconoscibili una categoria aperta. In sostanza, l’ente per ottenere il riconoscimento non deve conformare la propria struttura secondo i prototipi legislativi di associazioni e fondazioni. Ciò non toglie, che il riconoscimento di queste istituzioni atipiche è subordinato alle medesime condizioni, cui è subordinato per associazioni e fondazioni il riconoscimento della personalità

³⁸ Il contesto omogeneo che può inquadrare entrambe le figure è quello delle istituzioni o formazioni sociali ex art. 2 Cost. Così F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p.82: “Per definire il comune genere in cui associazioni e fondazioni sono specie si suole impiegare il termine “istituzione”. Si può anche utilizzare il più moderno concetto di formazione sociale, cioè ogni gruppo sociale intermedio fra l’individuo e la società generale”. In senso opposto, posizioni più conservatrici, secondo cui la nozione d’istituzione non va considerata quale *tertium* genere tra associazioni e fondazioni: “Sembra che il legislatore abbia accolto la più comprensiva nozione di istituzione, quale *genus*, di cui associazioni e fondazioni siano considerate *species*. In realtà la ricorrenza del termine non basta a dargli un significato concreto. Il campo delle persone giuridiche appare suscettibile di essere ordinato secondo i tre tipi che sono oggetto di specifica disciplina: associazioni, fondazioni, società.” P. RESCIGNO, voce *Fondazioni di diritto civile*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, 1968, p.792.

³⁹ A. FUSARO, voce *Fondazione*, in *Digesto civile*, Torino, 1992, p.360, sulla nuova tendenza nelle fondazioni: “La rivalutazione dell’elemento personale, l’apertura di un possibile legame del fondatore con la vita dell’ente, sono le sublimazioni concettuali sollecitate da una prassi ormai da tempo insofferente, nei confronti dello schema consegnato dalla tradizione, forgiato su fenomenologie che oggi appaiono quasi scolastiche”.

⁴⁰ Così F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p.160.

giuridica. Perché il riconoscimento operi, è necessario che si rimanga all'interno d'istituzioni a carattere privato⁴¹; ed ai fini del riconoscimento è richiesto che l'ente soddisfi determinate condizioni previste dalla legge. Prime fra tutte che lo scopo risulti lecito e possibile e che il patrimonio risulti adeguato al raggiungimento dello stesso.⁴²

Non solo associazioni e fondazioni sono passibili di ottenere il riconoscimento della personalità giuridica, anche le società di capitali possono divenire persone giuridiche all'atto dell'iscrizione nel registro delle imprese (art. 2331 c.c.).⁴³ Il significato giuridico del riconoscimento è noto: all'atto dell'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, associazioni e fondazioni assumono tutta una serie di prerogative, comunemente riassunte nel concetto di personalità giuridica⁴⁴. Così che, ne risulta chiarito il rapporto tra persona giuridica e personalità giuridica. La persona giuridica è il soggetto di diritto, diverso dalla persona fisica, la personalità giuridica, indica la piena capacità giuridica dell'ente e la sua autonomia patrimoniale perfetta, conseguenti all'avvenuto riconoscimento. Tuttavia tale significato si è legata al procedimento in esame

⁴¹ Per gli enti pubblici il procedimento è regolato da leggi speciali, ma generalmente è un riconoscimento per legge: la stessa legge istitutiva dell'ente attribuisce ad esso la personalità giuridica. Lo stesso art. 11 c.c., sottrae la disciplina di tale categoria a quella delle persone giuridiche in genere, demandandola alle leggi speciali di diritto pubblico. Per un approfondimento: G. IORIO, *sub. art. 11*, in G. BONILINI- M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di) *Codice Civile Iperattuale vol. 1*, cit., p. 40 ss.

⁴² In particolare nell'ente istante è necessario che sussistano ai fini del riconoscimento: il rispetto delle condizioni previste da norme di legge o da regolamento per la costituzione dell'ente; uno scopo possibile e lecito; l'adeguata consistenza patrimoniale al raggiungimento dello scopo, dimostrata dai documenti allegati alla domanda (per questi: art. 1, co. 1, 3, 4 c.c.); il rispetto della causa non lucrativa; lo scopo di pubblica utilità nel caso delle fondazioni.

⁴³ Il problema del rapporto tra personalità giuridica e società nasce dall'art. 13 c.c., questo, al pari dell'art 11, per gli enti pubblici, esclude l'applicabilità alle società delle norme dettate in merito alle persone giuridiche. Da qui l'interpretazione, per la quale nel linguaggio legislativo associazioni e fondazioni sono designate quali persone giuridiche *tout court*, distinte dalle società, quali semplici enti aventi la personalità giuridica. Vedi F. GALGANO, *Persona Giuridica*, in *Digesto civile*, Torino, 1995, p.392. Ma dal contenuto della norma in esame non può ricavarsi la regola di un'assoluta inapplicabilità delle norme sulla personalità giuridica alle società, di cui al Titolo V c.c. Alcune norme dettate per associazione e fondazione risultino applicabili agli enti societari: "Ma ciò accadrà solo a condizione che in esse sia dato ravvisare il più generale principio, formulato per queste non in quanto associazioni e fondazioni, ma in quanto enti collettivi. F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p.190.

⁴⁴ Si è affrontato all'inizio del capitolo il rapporto tra persona giuridica e personalità giuridica. La persona giuridica è l'ente, soggetto di diritto, diverso dalla persona fisica, che non va confusa con il concetto di personalità giuridica, che indica la piena capacità giuridica dell'ente e la sua autonomia patrimoniale perfetta, conseguenti all'avvenuto riconoscimento.

solo in epoca moderna. La funzione originaria del riconoscimento era quella di un “*riconoscimento dell’autonomia privata delle parti*”. Il riferimento, in via più generale, era quello di uno Stato, come organizzazione politica della comunità, e le varie organizzazioni sorte per iniziativa privata; si trattava di far rientrare tali formazioni private all’interno del diritto statale. Se non riconosciute le situazioni soggettive interne ad associazioni e fondazioni restavano fenomeni propri di un ordinamento diverso da quello statale, e pertanto estranee ai compiti di questo. Il provvedimento sostanzialmente autorizzava i privati a costituire un rapporto di associazione o fondazione giuridicamente legittimo⁴⁵. Sussisteva, quindi, in capo all’autorità competente in materia, una discrezionalità politica piena, tale per cui questa poteva concedere o negare il riconoscimento secondo valutazioni da effettuarsi caso per caso.

Con l’intervento della Costituzione l’atteggiamento dello Stato nei confronti delle formazioni sociali muta, e di conseguenza muta anche la funzione che il riconoscimento era tradizionalmente tenuto ad assolvere⁴⁶. L’art.2 della carta costituzionale rende lo Stato garante dei diritti dell’individuo in ogni formazione sociale di cui il singolo sia membro, e ciò opera, per tutte le organizzazioni sociali tipiche e non, come un generale riconoscimento normativo di legittimità. Il riconoscimento non vale più ad esprimere il giudizio se sia conforme o meno all’interesse della comunità l’ingresso di un determinato ente nell’ordinamento giuridico. Tuttavia, data la conformazione codicistica di cui all’art 12 c.c., ancora vigente, permane un certo potere di valutazione in capo all’autorità. Difatti, se

⁴⁵ Vedi in tal senso: S. ROMANO, *L’Autonomia Privata*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1956, p.837: “*La questione della persona giuridica incide direttamente sulla linea di demarcazione tra diritto pubblico e privato. Si è in un campo in cui l’ente, creato con una funzione e una struttura tende a varcare i confini naturali della sfera privata. Per cui: “sembra logico che l’ordinamento giuridico riservi al diritto pubblico la prerogativa di valutare, con ampi poteri discrezionali l’ammissibilità stessa di un ente.*”

⁴⁶ Ci si rende conto che la possibilità di una discrezionalità in capo all’autorità contrasta con i nuovi principi della Costituzione che si rifanno ad una *concezione pluralista* della società: le formazioni sociali, nella loro varietà di esperienze rappresentano un momento fondamentale della società civile, e lo Stato consapevole di questo muta in un atteggiamento di assoluto favore la propria posizione rispetto alle formazioni sociali ad iniziativa privata Per approfondire vedi G. IORIO, *sub. art. 12*, in G. BONILINI-M. CONFORTINI- C. GRANELLI (a cura di), *Codice Civile Iperattuale vol. 1*, cit., p. 47.

essa non può più esprimersi circa l'esistenza giuridica delle persone giuridiche, è competente ad attribuire o meno all'ente la prerogativa della limitazione della responsabilità patrimoniale dei suoi amministratori. Permane ancora, la valutazione pubblica di situazioni soggettive private, sebbene l'interesse pubblico valutato sia solo quello che attiene ad esigenze di tutela del credito nella concessione di una limitazione di responsabilità. L'autorità può negare, in questo sistema, il riconoscimento della personalità non solo in virtù di un inadempimento di prescrizioni di legge, ma anche per tutte quelle situazioni che rendono necessaria la permanenza di una responsabilità piena.⁴⁷ E' solo con il sistema introdotto dal d.p.r. 361 del 2000, che si supera del tutto l'ingerenza pubblica nel procedimento, con l'adozione di un sistema corrispondente a quello vigente per società di capitali e cooperative. L'entrata in vigore del D.P.R, rappresenta pienamente la nuova tendenza del legislatore verso gli enti privati. Si abbandona l'impostazione per cui, l'attribuzione della personalità giuridica era giustificata solo dall'interesse pubblico all'attuazione di finalità di utilità sociale, e s'impone una nuova visione, per la quale la persona giuridica è strumento per la realizzazione di un qualunque interesse, indipendentemente dalla valutazione legislativa di esso.

Nel nuovo modello si provvede, alla salvaguardia dell'interesse pubblico della tutela del credito, in maniera del tutto autonoma dall'attribuzione di poteri discrezionali ad organi pubblici, così che in capo ad associazioni e fondazioni, viene a configurarsi un vero e proprio *diritto soggettivo* al conseguimento della personalità giuridica.⁴⁸ Lo stesso controllo pubblico su queste esercitate, previsto dall'art.25 c.c., diviene un controllo di mera legalità rispetto ai criteri legislativi

⁴⁷ Si pensi ad una situazione economica precaria dell'ente istante. Questo persistente potere discrezionale degrada chiaramente la posizione di aspettativa delle istituzioni private a mero *interesse legittimo*. Così: F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p.179.

⁴⁸ Si esprime così: F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 180. Vedi anche per una precisione sull'attribuzione di un valore costitutivo al riconoscimento, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 40: "l'elevazione a unità del soggetto non può che dipendere da questo, ed in questo senso è sicura la funzione costitutiva del medesimo. Non però nel senso che questo possa bastare a creare un soggetto quando manchi l'organismo necessario a portare la personalità: il c.d. substrato è condizione necessaria per l'esistenza della persona giuridica".

posti. L'autorità non può intervenire se non quando gli amministratori abbiano violato lo statuto, la legge, o abbiano agito in difformità allo scopo della fondazione. Per quanto attiene alla disciplina generale del nuovo procedimento, questo è disposto su domanda, art. 1, co.2 D.P.R. 10.2.2000n. 361, o nel caso di fondazioni istituite per testamento anche d'ufficio(art.1, comma 7).⁴⁹La domanda, con i documenti di cui ai commi 1,2,4 dell'art. 1, è presentata dal prefetto, il quale la istruisce ed accerta, a seguito di istruttoria⁵⁰, che nell'ente siano presenti i requisiti, cui la concessione del riconoscimento è subordinata, provvedendo poi all'iscrizione dell'ente nel registro delle persone giuridiche. (art 1 comma 5). Nel caso in cui la prefettura ravvisi "ragioni ostative" all'iscrizione, ovvero la necessità che venga integrata la documentazione presentata, ne dà, in termini, comunicazione motivata alle parti, che nei successivi 30 giorni possono provvedere alla reintegrazione della domanda. Qualora in questo ulteriore termine, il prefetto non comunichi diniego o non provveda all'iscrizione, questa si intende negata. (art. 1 comma 6)⁵¹

Si è detto in precedenza, che il modello di riferimento del procedimento in esame, può essere quello del riconoscimento della personalità giuridica per società di capitali e cooperative. Nel richiamo va sottolineata una fondamentale differenza. Il riconoscimento di associazioni e fondazioni, non ha efficacia costitutiva: l'iscrizione nel libro delle persone giuridiche non opera quale condizione di esistenza dell'ente: le istituzioni in esame possono giuridicamente

⁴⁹ E' previsto, dallo stesso comma, che il riconoscimento delle fondazioni istituite per testamento possa essere concesso dal prefetto quando si manifesti un'ingiustificata inerzia del soggetto legittimato alla presentazione della domanda. L'autorità competente pertanto dovrà preliminarmente verificare se l'inerzia del soggetto sia giustificata o meno prima di procedere all'iscrizione d'ufficio. Nell'ipotesi in esame, in ogni caso, l'iscrizione avviene su denuncia del notaio intervenuto alla stipula dell'atto o alla pubblicazione del testamento, con il quale sia stata creata la fondazione.

⁵⁰ Per l'istruttoria è concesso un termine di 120 giorni, ed il *dies a quo* risulta dalla ricevuta rilasciata dalla prefettura (art.1, co. 2).

⁵¹ Tali disposizioni hanno posto in dottrina alcune questioni interpretative circa il silenzio da parte dell'autorità governativa: ci si domanda cioè, se esso debba considerarsi quale silenzio assenso o quale silenzio adempimento. Per il primo orientamento vedi: A. ZOPPINI, *Prime osservazioni sistematiche sulla riforma del riconoscimento delle persone giuridiche private*, in *Corriere giuridico*, 2001, p.3, Contra: M.V. DE GIORGI, *La Riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica degli enti senza scopo di lucro*, in *Studium Iuris*, 2000, p.502.

esistere, anche al di fuori del riconoscimento, quali associazioni e fondazioni non riconosciute. Il punto è pacifico per le associazioni: se la domanda di riconoscimento viene negata ad un'associazione, questa rimarrà nella condizione giuridica di associazione non riconosciuta. Non sarà una persona giuridica, pertanto non godrà della disciplina ad esse applicabili e si caratterizzerà quale ente ad autonomia patrimoniale imperfetta, di cui abbiamo già detto all'inizio del capitolo. Per le fondazioni non è prevista, in via legislativa, una generale possibilità di operare quali fondazioni non riconosciute, senonché forme possibili di fondazioni non riconosciute come persone giuridiche sono ravvisabili nei comitati e, secondo una certa ricostruzione, anche nell'art. 32 c. c. L'articolo concede che nel caso di trasformazione o scioglimento di un ente, al quale sono stati lasciati o donati beni con destinazione a scopo diverso da quello proprio, l'autorità devolva tali beni, ad altre persone giuridiche che hanno scopi affini. Ciò significa, volendo ricondurre la disposizione ad una fondazione di fatto, che: *“Anche prima della nascita del soggetto destinatario dei beni, il vincolo di destinazione, che trae origine dallo scopo impresso alle sostanze, s'imporrebbe con efficacia reale, valevole anche nei confronti dei terzi”*.⁵² Il riconoscimento delle società di capitali e delle cooperative, di cui all'art. 2331, ha, al contrario, valore costitutivo: tali soggetti non possono acquisire giuridica esistenza, se non con l'iscrizione nel registro delle imprese. La conferma della natura costitutiva dell'iscrizione è data dal fatto che secondo la maggior parte della dottrina nel periodo che intercorre tra stipulazione dell'atto costitutivo e iscrizione si avrebbe una società in formazione idonea a produrre effetti solo nei rapporti interni, senza alcuna rilevanza estera. Il nuovo art.2331, applicabile anche alle società a

⁵²In dettaglio su tale ricostruzione: F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 429. Si deve tuttavia verificare se l'art. 32 c.c. sia norma suscettibile di estensione analogica. E' del tutto prevalente in dottrina la contraria opinione, basata sull'indiscutibile eccezionalità della disposizione. Per ciò che attiene al comitato per F. GALGANO, *Diritto privato*, cit., p.674, si è in presenza di una fondazione costituita, dato il vincolo di destinazione che la pubblica sottoscrizione imprime sui fondi raccolti, corrispondente a quello che grava sul patrimonio di una fondazione. All'atto della richiesta da parte dei promotori della personalità giuridica, diverrà una comune fondazione, diversa dalle altre solo per il particolare modo in cui si è formata.

responsabilità limitata, assorbe un simile orientamento dettando una disciplina più rigida in tema di operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione.⁵³ La precisazione appena fatta ci consente un ulteriore chiarimento. La diversa condizione giuridica nell'ordinamento di formazioni riconosciute e non riconosciute è solo in parte riconducibile al concetto di personalità giuridica. La qualificazione di un ente come persona giuridica, vale a qualificarlo come soggetto di diritto a sé stante, distinto dalle persone dei suoi membri, ma non vale, in via assoluta, a differenziare gli enti a personalità giuridica da quelli che ne sono privi. E' costatazione generale difatti, che la posizione degli enti riconosciuti sia, sotto questo profilo, equiparata dal legislatore a quella degli enti non riconosciuti: anche a questi ultimi spetta la qualificazione di soggetti di diritto autonomi, rispetto ai propri membri.⁵⁴ L'attribuzione della personalità giuridica allora deve, necessariamente, sostanziarsi nelle ulteriori prerogative che le sono proprie; ossia in tutte quelle particolari norme applicabili all'ente solo in seguito al riconoscimento. In particolare: la separazione netta del patrimonio rispetto a quello singoli, sul quale non possono riversarsi che i creditori dell'ente stesso⁵⁵; la capacità giuridica piena, anche in termini di capacità di essere titolare di diritti reali, l'azione diretta a mezzo dei propri organi. L'attribuzione di tali prerogative ha per l'ente il costo gravoso della sottoposizione a controlli dell'autorità governativa, sia in sede di

⁵³ Vedi D. D'AIUTO, *sub. art.2331*, in G. BONILINI- M. CONFORTINI- C. GRANELLI (a cura di), *Codice Civile Iperattuale vol. 1*, cit., p.514.

⁵⁴ L'affermazione secondo gli enti non riconosciuti, pur non essendo dotati di personalità giuridica, son configurati dall'ordinamento come soggetti di diritto, è confermata dall'analisi del quadro normativo a questi riferibile (artt. 36 e ss.) Non soltanto infatti il secondo comma dell'art.36, è attributivo della capacità di stare in giudizio attraverso la persona cui spetta la presidenza o la rappresentanza dell'ente. Ugualmente da rilevarsi sono le disposizioni che disciplinano il fondo comune (art.37 c.c.): esso, costituito dal contributo degli associati, rappresenta il patrimonio dell'associazione e non si può di richiederne la divisione o il recesso della quota fintanto che è in vita l'associazione. Proprio tale divieto, insieme alla limitazione della responsabilità per i debiti contratti dall'associazione (art.38 c.c.), inducono ad escludere che sia configurabile una comunione diritto comune. Non appartenendo in comunione e, non essendo possibile un patrimonio senza soggetto, il fondo comune non può che appartenere all'associazione non riconosciuta la quale risulta così considerata dall'ordinamento quale autonomo centro d'imputazione di situazioni giuridiche soggettive. Tale orientamento si rinviene anche espressamente nella giurisprudenza della Corte Suprema a partire dalla metà degli anni Settanta.

⁵⁵ E' l'autonomia patrimoniale perfetta che abbiamo già analizzato, in termini di limitazione della responsabilità patrimoniale, ad inizio capitolo.

riconoscimento sia, successivamente, in occasione di eventuali modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto.

L'acquisizione della personalità giuridica rappresenta, in conclusione, il momento nel quale associazioni e fondazioni assumono la possibilità di operare quale autonomi soggetti sia sul piano giuridico che patrimoniale. Gli enti riconosciuti possiedono anche sotto il profilo patrimoniale, una piena capacità giuridica, fanno eccezione solo il diritto di uso e di abitazione, per la natura stessa del rapporto e il diritto di usufrutto che non può avere una durata superiore ai 30 anni (art. 979, co. 2). Un' importante limitazione era rappresentata dal previgente art. 17 c.c. che prevedeva la necessità dell'autorizzazione governativa per l'acquisto a titolo oneroso da parte delle persone giuridiche di beni immobili o di diritti reali immobiliari e per gli acquisti a titolo di donazione eredità o legato di beni mobili ed immobili. L'abrogazione dell'art. 17 cod. civ., Legge 15 maggio 1997, n. 127, art. 13 (c.d. legge Bassanini), ha reintrodotta la piena possibilità in tal senso per le persone giuridiche, anche rispetto alle donazioni o agli altri atti di liberalità di cui fosse destinatario l'ente (istituzioni d'erede, legato). E' necessario rammentare che, per le persone giuridiche diverse dalle società, l'accettazione dell'eredità non può che essere effettuata con il beneficio d'inventario (art. 473 cod. civ.).

Tale passaggio, è necessario sottolinearlo, non incide in alcun modo sulla natura giuridica privata dell'istituzione; esso rappresenta solo una “*vicenda*”,⁵⁶ che importa una parziale modificazione dell'assetto normativo applicabile.

⁵⁶ Si esprime così F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 186. Nel senso invece della concezione tradizionale dell'acquisto della personalità giuridica quale autonomo momento costitutivo dell'ente vedi: A. AURICCHIO, voce *Associazione Riconosciuta*, in *Enciclopedia del Diritto*, III, Milano, 1958, p. 896: “*L'associazione riconosciuta non nasce in un solo momento, già completa di tutti i suoi elementi, ma si forma gradualmente attraverso diverse fasi, ciascuna delle quali può assumere forme diverse*”.

4. I meccanismi decisionali delle persone giuridiche a base associativa: le associazioni riconosciute e le società di capitali.

L'organizzazione delle persone giuridiche può essere più o meno complessa, a seconda della complessità delle funzioni che essa si è assunta, e dei mezzi necessari per realizzarla. Qui in particolare, si tratta dei enti a struttura associativa, a base contrattuale e con la partecipazione di una pluralità di persone. Necessaria è pertanto, la distinzione tra fenomeni associativi a scopi economici, quali le società; e fenomeni associativi a scopi non economici, quali le associazioni riconosciute. Nelle società lucrative, il conferimento del socio presenta il carattere di un investimento di capitali: il socio ha, difatti, i vantaggi patrimoniali costituiti dalla divisione degli utili. Estranei alla struttura causale del "contratto di restituzione" sono invece, gli enti regolati dal primo libro del c. c. In tema di associazioni riconosciute in particolare, "*gli associati non possono ripetere i contributi versati né hanno alcun diritto sul patrimonio dell'associazione*" (art. 24 ult. co.). Si deve quindi concludere, che il conferimento operato dell'associato non ha il carattere di "un investimento di capitali", posto che il membro conferisce "a fondo perduto. Il ché non esclude, che i suoi membri fruiscano di prestazioni matrimonialmente valutabili; ciò che è richiesto, è che le prestazioni, svolte dall'associazione a favore dei suoi membri, non siano dirette a soddisfare un interesse patrimoniale degli stessi.⁵⁷ Il codice civile disciplina solamente due organi: l'assemblea generale e gli amministratori. Sono questi organi necessari, a cui si aggiungono gli organi eventuali, previsti dall'atto costitutivo o dallo statuto. Si pensi, per le associazioni riconosciute: ad un organo di controllo, con funzioni simili a quelle svolte dal collegio sindacale nelle società di capitale, oppure ad un consiglio di disciplina. Le funzioni svolte da questi organi sono esclusivamente regolata dall'atto costitutivo e dallo statuto.

⁵⁷Sulla distinzione tra le due figure: G. PONZARELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, II, Torino, 2000, p. 100; o anche: G. IORIO, *sub. art. 16*, in G. BONILINI- M. CONFORTINI- C. GRANELLI (a cura di), *Codice Civile Ipertestuale vol. 1*, cit., p.61.

L'assemblea costituisce un organo collegiale cui partecipano tutti i membri dell'associazione⁵⁸ e tutti i soci in quanto tali, per ciò che attiene alle società. Per sua stessa natura, essa è organo deliberante e non esecutivo, poiché l'esecuzione della volontà comune spetta agli amministratori. La legge attribuisce all'assemblea degli associati una competenza che non può essere derogata dallo statuto o dall'atto costitutivo. In particolare: l'approvazione del bilancio art. 20 c.c.; la nomina degli amministratori e le azioni di responsabilità contro di essi art. 22 c. c; le modificazioni dell'atto costitutivo art. 21 c.c.; l'esclusione degli associati art.24 c.c.; lo scioglimento dell'associazione (art. 21c.c). Ma non sono solo queste le materie di cui essa si occupa, atto costitutivo e statuto possano esplicitamente investirla di altre funzioni, o può ricevere competenza a deliberare sull'amministrazione dell'ente dagli stessi amministratori e perfino dagli associati (art.21 c. c.). Per quanto attiene al funzionamento interno, l'attività dell'assemblea è dominata dal principio maggioritario;⁵⁹ e la formazione delle deliberazioni assembleari⁶⁰ trova una disciplina particolareggiata nell'ordinamento, anche in merito alle condizioni necessarie affinché queste possano valere come manifestazioni di volontà dell'associazione (artt. 20,21,23 c.c.). Particolarmente caldo è il problema della disciplina della deliberazione invalida. La disciplina tracciata per associazioni deroga, difatti, principi generali in materia di invalidità: il legislatore si è mosso a comminare l'annullabilità, in

⁵⁸ Secondo una formulazione di grande interesse l'assemblea degli associati non costituisce un semplice organo dell'associazione ma è la stessa associazione. Vedi in tal senso F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923, p. 827.

⁵⁹ Costituisce principio inderogabile quello per cui ogni associato è accreditato di un solo voto: la partecipazione di ogni membro infatti non è legata alla quota di capitale conferito, cui commisurare l'influenza nelle decisioni, come accade nelle società lucrative. Vedi G. IORIO, *sub. art. 21*, in G. BONILINI- M. CONFORTINI- C. GRANELLI (a cura di), *Codice Civile Iperattuale vol. 1*, cit., p.78. Sulla democrazia del metodo assembleare vedi: G. GRIPPO, *Deliberazione e Collegialità nelle S. p. a.*, Milano, 1979, p. 41; S. SANTORINI, *voce Associazione*, in *Digesto civile*, I, 4°, Torino, 1987, p. 484.

⁶⁰ Ci si trova di fronte ad un vero e proprio procedimento, che si attua attraverso fasi progressive dalla convocazione assembleare, alla proclamazione del risultato, e la documentazione della deliberazione assunta. Il controllo su ciascuna di questi momenti e sulla validità delle votazioni spetta al presidente dell'associazione. Vedi per l'analisi delle singole fasi: A. AURICCHIO, *voce Associazione riconosciuta*, in *Enciclopedia del Diritto*, III, cit., p.906 e ss.; e ancora: L. G. DISTASO, N. SANTUOSSO, *Disposizione sulla legge in generale, Delle Persone e della famiglia*, in *Commentario codice civile*, I, 1, Torino, 1966, p. 226, per ciò che attiene all'annosa disputa sulle astensioni in sede di deliberazione.

molte ipotesi in cui normalmente è prevista la nullità. Ne risulta, che la deliberazione contraria all'ordine pubblico e al buon costume è semplicemente annullabile; mentre i casi di nullità assoluta dell'atto associativo vanno ricercati fuori dall'art. 23 c. c., in quelle norme che ne regolano la formazione stessa. La disciplina, dunque, corrisponde in linea di massima a quella dell'annullabilità per tutte le ipotesi in cui il vizio non si riferisce alla formazione dell'atto ma al suo contenuto. ⁶¹Mentre l'assemblea svolge la sua attività all'interno dell'associazione, l'attività esterna è affidata agli amministratori. La qualità di amministratore viene assunta con contratto: non basta la nomina da parte dell'ente, ma occorre, anche, l'accettazione da parte del designato. Si discute se il contratto di amministrazione nelle associazioni riconosciute sia un contratto di mandato, oppure un contratto atipico.⁶² Normalmente al potere di amministrazione corrisponde il potere di rappresentanza dell'associazione, ed invero la disciplina della rappresentanza sociale è molto lacunosa. Il problema è, anzitutto, individuare il significato della formula legislativa, di cui all'art. 18 c.c., per il quale gli amministratori sono responsabili nei confronti dell'ente "secondo *le norme del mandato*", con un richiamo esplicito alla disciplina dell'art.1710 c.c. Il riferimento operato va inteso, secondo la dottrina maggioritaria,

⁶¹ Sull'esclusione della nullità in tema di associazione: F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p.334; M. BASILE, *Le Persone Giuridiche*, in *Trattato Iudica Zatti*, Milano, 2003, p. 230. La ratio è chiaramente quella di concedere la più ampia sovranità all'assemblea, senza trascurare gli interessi minoritari contrapposti, che restano tutelati dalla legittimazione degli organi dell'ente, di qualunque associato, o del pubblico ministero all'esperimento dell'azione di annullamento della delibera. Vedi sulla titolarità di tali soggetti. P. G. JAGER, *Interesse Sociale*, Milano, 1963, p. 167; F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, cit. p. 282. La legittimazione spetta ad ogni organo previsto dallo statuto, non essendovi una legittimazione esclusiva all'organo amministrativo, e per l'associato andrà applicato per analogia l'art. 2377, 2° co. che riserva nelle società di capitali la legittimazione al solo socio assente o dissenziente, negando la possibilità dell'azione a chi abbia contribuito con il proprio voto alla formazione della delibera invalida. Concorde è la giurisprudenza della cassazione civile: Cassazione 1335/1985, Tribunale di Roma, 14.1.1975. Sul dibattito circa la legittimazione dell'associato votante vedi: E. PROTETTI, *Persone Fisiche e Giuridiche*, artt. 1-78, in *Commentario codice civile diretto da De Martino*, Novara, 1971, p.269; M. DE GIORGI, *In tema di delibere di associazioni non riconosciute*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1974, I, p. 791.

⁶² Per Galgano non vi si deve "guardare come all'accordo tra associazione e gli amministratori per la costituzione di uno specifico contratto, distinto dal rapporto contrattuale di associazione. La nomina degli a. non è un mandato è, più semplicemente, l'atto che designa le persone preposte all'organo cui, per legge, commesso di amministrare l'associazione". F. GALGANO, *Diritto Privato*, XIV, cit., p. 658. Sulla disciplina del mandato in generale: M. GRAZIADEI, *Mandato*, in *Digesto civile*, Torino, 1994, p. 154.

restrittivamente: l'amministratore dell'associazione non è mandatario in senso tecnico.⁶³In particolare, si ritiene che il rinvio sia operabile al solo 1° co. dell'art.1710, sulla diligenza del mandatario.⁶⁴L'interpretazione corretta da attribuire al riferimento normativo è in realtà più complessa. La particolare posizione assunta dagli amministratori all'interno dell'organizzazione altera senza dubbio lo schema tipico del mandato, ma ciò non esclude che, proprio, le norme sulle obbligazioni del mandatario (artt. 1710-1718c.c), siano la disciplina da applicarsi all'azione degli amministratori, mancando una diversa apposita previsione in tal senso. Così, pare non possa escludersi, nell'ipotesi di amministrazione pluripersonale che non concreti un organo consiliare, l'applicabilità dell'art. 1716 c.c. sulla pluralità di mandatarî;⁶⁵ o per analogia, il 2° co. dell'art.1710, sulle obbligazioni gravanti sul mandatario nei confronti del mandante. Nonché, l'art. 1708 c.c. a norma del quale l'obbligazione degli amministratori resterebbe relegata alla sola ordinaria amministrazione, salvo gli atti, che pur non previsti nella deliberazione assembleare, siano necessari al compimento di quelli previsti (c.d. mandato generale art 1708, co. 2).⁶⁶ Si apre, qui, un'ulteriore questione concernente il normale ambito del potere rappresentativo in capo agli amministratori allorché questo non riceva un'esatta determinazione nell'atto costitutivo o nello statuto. Nell'art. 19 c.c. è chiara la

⁶³ G. MINERVINI, *Gli amministratori di Società per azioni*, Milano, 1956, p. 200.

⁶⁴F. GALGANO, *Personae Giuridiche in Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 294. Si è tentato, in un'altra ricostruzione, di convertire l'espressione sulla responsabilità di cui all'art.18 c.c. nella responsabilità di cui all'art. 2392 c.c. per il quale: *gli amministratori devono adempiere agli obblighi stabiliti dalla legge e dallo statuto, con la diligenza del mandatario*" Tra le due formule appare innegabile la diversità, ed il richiamo è esplicito nel codice per il solo art. 1710. In tal senso: A. AURICCHIO, *voce Associazione riconosciuta*, in *Enciclopedia del Diritto*, III, cit., p.910.

⁶⁵ Ciascun amministratore potrà compiere atti di amministrazione da solo, di cui sarà personalmente responsabile (art. 1716 c.c.) Così M. C. BIANCA, *Diritto Civile, La norma giuridica. I soggetti*, I, Milano, 1990, p.339. Può però essere stabilito che gli amministratori possano operare congiuntamente ed in questo caso vi sarà una responsabilità solidale (art. 1716, co. 2° c.c.); ed infine si può verificare che nell'atto costitutivo sia prevista un'amministrazione collegiale, in tal caso il consiglio di amministrazione agisce secondo il principio della maggioranza e tutti saranno collegialmente responsabili. tranne l'amministratore che non abbia partecipato all'atto, o che abbia fatto constare il proprio dissenso. A. AURICCHIO, *voce Associazione riconosciuta*, in *Enciclopedia del Diritto*, III, cit., p.910.

⁶⁶ Sempre. A. AURICCHIO, *voce Associazione riconosciuta*, in *Enciclopedia del Diritto*, III, cit., p.910. E un'analisi esaustiva: M. DELLA CASA, *Dalla dirigenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori*, in *Comunità Internazionale*, 1999, p.209.

rilevanza della limitazione al potere di rappresentanza, ma manca il termine cui il concetto di limitazione deve riferirsi. Il problema è molto delicato poiché viene a collegarsi alla più spinosa questione, già segnalata, della vera natura del contratto di amministrazione. Una soluzione, che appare preferibile adottare per le associazioni, è applicare, anche per le associazioni riconosciute, la disciplina prevista dalla legge per le società, ove gli amministratori possono compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale (art. 2298 c. c.). L'amministratore sarà legittimato a compiere tutti gli atti rientranti nelle attività da svolgere per il conseguimento dello scopo, a prescindere dalla loro natura;⁶⁷ nonostante il contenuto, concreto delle prestazioni dovute abbia criteri identificativi diversi.⁶⁸ D'altro canto il fatto stesso che l'attività dell'amministratore trovi il suo limite naturale nel cosiddetto oggetto sociale può far dubitare che egli realmente assuma la figura del mandatario generale (art. 1710, co. 2). Fissato così l'ambito normale del potere di rappresentanza risulta chiaro il tenore dell'art. 19⁶⁹, laddove stabilisce che le limitazioni al potere devono risultare dal registro delle persone giuridiche e che, ove tale disposizione non venga ottemperata, tali limitazioni non possono essere opposte ai terzi salvo che si provi che essi ne erano

⁶⁷ Vedi: A. AURICCHIO, voce *Associazione riconosciuta*, in *Enciclopedia del Diritto*, III, cit., p. 911. La soluzione posta converge anche con la considerazione che per amministrazione deve normalmente intendersi qualsiasi attività che si compia in relazione ad un patrimonio, comprendente sia l'ordinaria che la straordinaria amministrazione, con i soli limiti che il legislatore pone. In tal senso: G. MIRABELLI, *I c.d. atti di amministrazione*, in *Scritti in onore di A. Scajola*, III, Bologna, 1953, p.306 e ss.

⁶⁸ Per Galgano l'unica fonte dei poteri e dei doveri degli amministratori va ravvisata nell'atto costitutivo. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p.290. Qui l'autore critica le differenti ricostruzioni di altri autori, tra cui Minervini, per il quale i criteri per individuare le prestazioni in concreto dovute dagli amministratori sono diversi ed in particolare: obblighi di legge, lo stesso atto costitutivo nonché tutte le prestazioni dovute in base alle delibere assembleari. G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p.181. Riprende la classificazione, A. AURICCHIO, voce *Associazione riconosciuta*, in *Enciclopedia del Diritto*, III, cit., p.910.

⁶⁹ L'art. 19 esamina l'ipotesi in cui vi sia una limitazione del potere di rappresentanza e l'amministratore agisca al di là di questi limiti. Diversa è invece l'ipotesi in cui l'amministratore agisca al di là di questi limiti. Diverso invece il caso in cui l'amministratore abbia il potere di rappresentanza, ma esso debba essere esercitato in conformità alle deliberazioni prese dall'assemblea degli associati oppure dal consiglio di amministrazione. Si può assumere come criterio la norma consunta nell'art. 23 c. c., ove si legge che l'annullamento delle deliberazioni non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede in base ad atti di esecuzione della deliberazione medesima: la tutela dei terzi in buona fede stabilita in questa norma è l'equitativo temperamento di un principio assoluto orientato in senso opposto. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 121.

a conoscenza⁷⁰. Al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 19, si applicherà la disciplina generale in materia di rappresentanza per l'amministratore che agisce in nome dell'associazione pur essendo privo del potere corrispondente o eccedendone i limiti: la sua attività non vincola l'ente, ed egli sarà responsabile nei confronti del terzo ai sensi dell'art. 1398. Anche nelle società di capitali, l'assemblea dei soci ha la funzione di organo deliberante. Essa forma la volontà della società nelle materie riservate alla sua competenza dalla legge o dallo statuto, secondo il principio maggioritario;⁷¹ e nel senso dell'insindacabilità nel merito delle decisioni assunte, e della preminenza nell'organizzazione, che deriva soprattutto dal potere di revoca degli amministratori e di modifica dello statuto, può accogliersi la tradizionale considerazione dell'assemblea quale organo "sovrano" della società⁷². L'assemblea può essere ordinaria o straordinaria (art. 2363, 2° co). La distinzione non attiene a caratteri propri della riunione assembleare, ed in particolare al tempo della sua convocazione,⁷³ ma attiene,

⁷⁰ Per quanto riguarda la natura della responsabilità essa deve considerarsi una responsabilità contrattuale, giacché trova il suo fondamento nel contratto associativo. Essa quindi, non sarà una responsabilità di tipo oggettivo, per la sola appartenenza all'ente ma necessiterà di un comportamento dell'amministratore, e computerà il lucro cessante ed il danno emergente nel risarcimento all'ente. Così G. IORIO, *sub. art. 18*, in G. BONILINI- M. CONFORTINI- C. GRANELLI (a cura di), *Codice Civile Ipertestuale vol. 1*, cit., p.72. Sull'ammissibilità di una responsabilità degli amministratori, ex art 2043, nei confronti dei creditori dell'ente vedi S. RODOTA' *Il problema della Responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 177. F. BUSINELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964, p.80.

⁷¹ Il principio assoggetta il singolo socio anche se assente o dissenziente alla volontà espressa dalla maggioranza. G. CAMPOBASSO, *Diritto delle Società*, in *Diritto Commerciale*, II, Torino, 2006, p. 310. Con il D. Lgs. 17.1.2003, n.6, *Riforma organica della disciplina delle società di capitali e delle società cooperative, in attuazione della L. 3.10.2001 n.66-* si è fortemente depotenziato il principio in esame, fino a legittimare una deliberazione assunta senza preventivo di battito assembleare, con l'espressa possibilità del voto per corrispondenza (art. 2370, ult. Co.). Con il depotenziamento del canonico principio della collegialità, inteso quale unità di tempo e di luogo di espressione del voto a seguito della discussione, sembra essere ulteriormente avanzato il processo di erosione della sovranità assembleare della sua centralità: l'assemblea cessa di essere il luogo nel quale necessariamente ed inderogabilmente si forma la volontà sociale, perde il proprio assetto unitario modificandosi a seconda dei tipi sociali nei quali si incardina. Così D. U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario, Autonomia Privata e norme imperative nei D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e 6*, Milano, 2003 p.101, 162. Vedi sul voto per corrispondenza: D. FICO, *L'esercizio del diritto di voto in sede extrassembleare*, in *Società*, V, 2004, p. 533.

⁷² Sul punto: G. COTTINO, *Diritto societario*, I, vol. 2, Padova, 2006, p. 321.

⁷³ Così era nel vecchio codice ove ordinaria era l'assemblea convocata annualmente a fine esercizio, per l'approvazione del bilancio, e straordinaria ogni altra riunione assembleare. Sull'estraneità del criterio sul tempo di convocazione: F. GALGANO, R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario, Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Trattato Galgano*, XXIX ed.vol.1, Padova, 2006, p. 340.

unicamente, alla materia oggetto di convocazione. La competenza dell'assemblea ordinaria varia a seconda che per l'amministrazione ed il controllo della società, valga il sistema ordinario (art. 2364); oppure sia stato adottato dallo statuto un diverso sistema c. d. dualistico, che fra assemblea e amministratori interpone un consiglio di sorveglianza (art.2364 bis).⁷⁴ Mentre sarà straordinaria l'assemblea chiamata a deliberare sulle materie di cui all'art.2365 c.c.⁷⁵ La competenza dell'assemblea è, dunque, una competenza speciale e tassativa⁷⁶, all'opposto, è generale la competenza dell'organo amministrativo: in essa rientra ogni materia che non sia espressamente attribuita all'assemblea, o di specifica attribuzione del collegio sindacale. In tal senso si parla degli amministratori, come di un esecutivo particolarmente forte, il loro potere decisionale è un potere esecutivo, che si estende a tutti gli atti gestori della società, compresa la gestione dell'impresa sociale, da cui resta totalmente esclusa ogni ingerenza da parte dell'assemblea. La riforma del 2003 con l'art 2380 bis, nell'attribuire agli

⁷⁴ Per le società che hanno optato per il modello tradizionale di cui all'art. 2364: V. SARALE, M. AMBROSINI (a cura di), *Il nuovo diritto societario, profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, I, Torino, 2005, p. 163; P. ABADESSA, *L'assemblea nella S.p.A.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giurisprudenza commentata*, 2004, p.3; mentre sulle competenze dell'assemblea ordinaria con consiglio di sorveglianza(art. 2364 bis): S. PESCATORE, V. BUONOCUORE (a cura di), *La Riforma del diritto societario, Commento al D. Lgs. 5-6, 17.1.2003*, Torino, 2003, p. 49; I. MAFFEZZONI, *sub art. 2364 bis*, in A. PICCIAU (a cura di), *Commentario Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari*, Milano, 2008, p. 35. In tema di competenze dell'assemblea, così ridisegnate dalla riforma, è stato osservato come l'intervento legislativo abbia determinato un ridimensionamento rilevante del tradizionale ruolo assegnato all'assemblea sociale, forse anche oltre a quella che era l'indicazione della delega, e messo in discussione anche la sua tradizionale "esclusiva", ossia la competenza a modificare i patti originari. Vedi M. SARELE, S. AMBROSINI (a cura di), *Il nuovo diritto societario. Profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, Torino, 2005, p.162.

⁷⁵ L'assemblea in sede straordinaria continua a deliberare su un numero limitato di materie, che assumono particolare rilevanza per la vita della società. Con particolare riferimento alle modificazioni, a differenza delle disposizioni precedenti, la riforma le riferisce allo statuto e non all'atto costitutivo: V. SALAFIA, *L'assemblea della società per azioni secondo la recente riforma societaria*, in *Le Società*, 2003, p. 1054. anche per i motivi che hanno reso necessaria la modificazione. Sulle altre attribuzioni dell'assemblea straordinaria: G. RESCIO, *L'assemblea nel progetto di Riforma delle società di capitali*, in *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed Attese. Atti del Convegno*, Firenze, 2012, p. 6; P. ABADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato Colombo, Portale*, III, 1, Torino, 1994, p.46

⁷⁶ L'elencazione delle materie di competenza dell'assemblea sociale è tassativa: lo prova la norma dell'art. 2364 n. 5, dalla quale si deduce, in linea di principio, che l'assemblea non può deliberare su altri oggetti attinenti alla gestione della società che non siano ad essa attribuiti dalla legge: B. PETRAZZINI, *sub art. 2364,2364 bis*, in *Commentario Cottino, Bonfante, Cagnasco, Montaleonti*, I, Bologna, 2004, p.472. I. MAFFEZZONI, *sub art. 2364 bis*, in A. PICCIAU (a cura di), *Commentario Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari*, cit., p. 45 e ss.

amministratori la competenza esclusiva dell'attività di gestione, contribuisce a chiarire definitivamente i rapporti che esistono tra le deliberazioni assembleari in materia di gestione e l'azione degli amministratori. Questi ultimi diventano l'unico centro motore dell'attività gestionale della società, e le eventuali deliberazioni dell'assemblea su scelte gestionali, nei casi in cui lo statuto (art. 2364 co. 5), o la legge (art.2357) lo prevedano, hanno una funzione meramente autorizzativa, volta a far venir meno la responsabilità degli amministratori.⁷⁷ Sempre la riforma ha, poi, fortemente ampliato le attribuzioni dell'organo amministrativo: esso può emettere obbligazioni (art. 2410), prima competenza esclusiva dell'assemblea straordinaria, nonché impegnarsi in funzioni suppletive attribuitegli dallo statuto (art. 2365 co. 2).⁷⁸ Spettano sempre agli amministratori i poteri di iniziativa dell'attività assembleare (art.2366).⁷⁹

⁷⁷ Taluni codificano questa importante novità, nel *principio dell'esaltazione del momento gestionale*, un principio di governance, secondo il quale la gestione della società, propria solo degli amministratori, lascerebbe all'assemblea, oltre al potere di indirizzo della politica sociale, il solo potere di concessione o revoca della fiducia con la nomina e l'approvazione del bilancio annuale. Per approfondire il principio vedi: M. GORINI, G. BONILINI- M. CONFORTINI- C. GRANELLI (a cura di), *sub. art.2380 bis*, in *Codice Civile Ipertestuale vol. 2*, Milano, 2009, p.5345. In ogni caso l'assemblea non può più interferire nell'azione di governo, se non nella forma radicale della revoca della fiducia: V. BONOCORE, *La riforma delle società*, in *Giurisprudenza Commentata*, 2003, IV, p. 8. Altro fondamentale precetto introdotto dallo stesso art. 2380 bis, è l'individuazione del contenuto concreto dell'attività di gestione, chiarendo che essa si sostanzia nel compimento di tutte le operazioni, atti o fatti o combinazioni di questi, necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Tra queste rientrano le scelte strategiche necessarie e l'adempimento di tutti gli obblighi di legge. Nell'esercizio di questa generale funzione rientra anche l'esercizio del potere di rappresentanza della società Sul punto: A. TOFFELLETTO, *Amministrazioni e controlli*, in *Diritto delle società*, cit., p.125

⁷⁸ Ancor più significativa in questo senso la successiva riforma del 2011, che ha ampliato l'autonomia statutaria, circa la possibilità di derogare alle competenze dell'assemblea straordinaria, in favore di altri organi sociali. La legge delega (art. 4 co. 9, D. Lgs. 3.10.2011, n. 366) spingeva a che alcune modificazioni statuarie, attinenti alla struttura gestionale della società, fossero demandate dallo statuto all'organo amministrativo: l'assemblea può statutariamente attribuire alcune delle proprie funzioni all'organo amministrativo (modello monistico), ovvero al consiglio di gestione o al consiglio di sorveglianza (modello dualistico). M. SARALE, S. AMBROSINI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 173; V. SALAFIA, *L'assemblea delle Società per azioni secondo la recente riforma*, in *Le Società*, 2003, p. 1054. Attuazione del nuovo principio di valorizzazione dell'autonomia statutaria, riguardo la competenza degli amministratori, è rinvenibile nella facoltà riservata a questi a decidere sull'emissione delle obbligazioni. L'art.4, 5°co. Della legge delega al governo per la riforma del diritto societario, sopra citata, prevede che la disciplina relativa alle emissioni di obbligazioni sia modificata nel senso di consentire all'autonomia statutaria di determinare l'organo competente a decidere l'emissione. Dal punto di vista sostanziale, questa nuova disciplina incide profondamente sull'istituto obbligazionario, rendendolo più agevole e vicino alle altre legislazioni europee. Sul punto: L. D'AMBROSIO, *Commentario d'Ambrosio*, Milano, 2004, p. 669.

⁷⁹ La legittimazione a convocare l'assemblea spetta in prima battuta agli amministratori, (al consiglio di gestione nel modello dualistico) secondo una scelta che, salvo i casi di convocazione obbligatoria, deve

L'organo amministrativo assume, infine, anche nelle società, una conformazione diversa a seconda dei modelli, può esservi un amministratore unico o una pluralità di amministratori. L'art. 2380 bis detta negli ultimi tre commi un disciplina contesto invariato, rispetto alla versione del codice civile precedente alla riforma.⁸⁰ Mentre la disciplina della responsabilità degli amministratori verso la società risulta, dal 2003, nuova per molti aspetti, il più importante dei quali risulta essere la sostituzione del criterio della diligenza del mandatario, con il criterio della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro speciali competenze (art.2392)., ⁸¹Posta fin qui, la configurazione legislativa delle strutture associative in generale, sarà oggetto della successiva analisi l'effetto, che l'attribuzione di alcuni dei meccanismi appena analizzati ha avuto sull'assetto tradizionale delle fondazioni.

essere effettuata dall'organo gestorio in base al criterio di discrezionalità nella gestione: C. MONTAGNINI, *sub. artt. 2363,2366*, in *Commentario G. Niccolini, A. Stagno D'Alcontres*, Napoli, 2004, p. 437 e ss., anche per la ricostruzione delle ipotesi di convocazione obbligatoria. La mancata convocazione dell'assemblea in casi nei quali la convocazione era opportuna potrà essere considerata come violazione del generale dovere di diligenza (art.2392,1°co.) e perciò, fonte di possibile responsabilità degli amministratori, o di grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409. Così F. GALGANO, R. GENCHINI, *Il nuovo diritto societario, Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Trattato Galgano*, cit., p. 352.

⁸⁰ L. NAZZICONE, *sub. art.2380*, in G. LO CASCIO, (a cura di) *La riforma del diritto societario, Società per azioni, amministrazioni e controlli*, Milano, 2003 p.18. All'organo amministrativo possono essere preposte una o più persone: in entrambi i casi esso resta unitario e, se gli amministratori sono più essi fanno parte di un organo collegiale, quale in consiglio di amministrazione. G. FERRI, *Le società*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1987, p.667. Gli amministratori, nell'organo gestorio pluripersonale, devono necessariamente operare collegialmente, essendo inammissibile una clausola, che preveda un regime di amministrazione disgiuntiva; di conseguenza qualunque attribuzione di competenze, che non si concretizzi nell'attribuzione di delega, ai sensi dell'art. 2381, è destinata ad operare in via di mero fatto. M. STELLA RICHTER, *La collegialità del consiglio di amministrazione*, in B. LIBONATI (a cura di) *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, Milano, 1995, p. 291. Alla stessa conclusione era giunta la giurisprudenza già prima della riforma del 2003: Cassazione n. 9314 del 1995, in *Foro.it*.

⁸¹ Taluni affermano che il legislatore avrebbe fatto meglio ad indicare la diligenza professionale, quale criterio dell'attività svolta. L'attività di amministrazione, difatti, non è suscettibile di diversificazioni, ed unico deve essere, di conseguenza, il criterio con il quale essa viene valutata, che non può non essere la diligenza professionale ex art. 1176, 2°co. Sempre: V. BUONOCUORE, *Le nuove riforme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giurisprudenza Commentata*, 2003, p. 406. Malgrado l'espressione, secondo cui "gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società per i danni inerenti la loro carica", la responsabilità investe ciascun amministratore in ragione del fatto di aver personalmente partecipato al fatto dannoso(2392,1°co.), o di non aver fatto tutto il possibile per impedirne il compimento (2392, 2 co.); se più amministratori appaiono responsabili la loro sarà una responsabilità solidale. L'aver eseguito, inoltre, una deliberazione consiliare non libera da responsabilità l'amministratore: semmai involge la responsabilità ad altri componenti il consiglio di amministrazione. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Padova,2003, p. 278.

5. I meccanismi decisionali delle fondazioni.

L'interdipendenza tra scopo e patrimonio è, nelle fondazioni, ulteriormente articolata se si inserisce il riferimento all'organizzazione; lo stesso giudizio, sull'adeguatezza del patrimonio della fondazione, va formulato in riferimento all'organizzazione e allo scopo.⁸² Il rapporto intercorrente tra l'elemento patrimoniale e quello organizzativo, può variamente atteggiarsi. Il patrimonio può in talune forme di fondazione assumere rilievo preponderante rispetto alla organizzazione: quest'ultima può ridursi, come nel caso delle fondazioni costituite per l'assegnazione di premi o borse di studio, ad operare una attività di mera erogazione, a favore dei destinatari della fondazione, delle rendite del patrimonio. Mentre in questi casi l'organo amministrativo ha un ruolo veramente modesto, in altre ipotesi l'elemento organizzativo assume rilievo dominante. Il patrimonio assolve, come nel caso degli istituti di istruzione, dei centri di studi, e degli istituti di ricerca scientifica, semplicemente la funzione di consentire il funzionamento di una complessa organizzazione, la cui attività realizza lo scopo perseguito dal fondatore. E' proprio su questo secondo binario che attualmente si muove il fenomeno fondazionale.⁸³ La rivalutazione dell'elemento personale nel modello fondazionale, trae argomento dall'ampiezza dei poteri riservati all'unico

⁸² Lo chiarisce: A. GUARINO, *Le Fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in P. RESCIGNO *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, p. 16;

⁸³ Vedi, sulla tendenza a porre l'accento sull'assetto personale: G. ALPA: *Il regime delle Fondazioni in Italia e in Francia. Considerazioni Preliminari*, in G. ALPA (a cura di) *Le fondazioni. Tradizione e modernità. Materiali raccolti*, Padova, 1988, p.6 e ss. E ancora, A. ZOPPINI, *Le Fondazioni, Dalla Tipicità alla tipologia*, Napoli, 1995, p. 63: "Ulteriore indizio del mutamento è identificabile nel ruolo assunto dall'organo amministrativo, e più in generale dall'elemento personale, in cui è possibile riscontrare una funzione non più "servente", ma "sovrana", secondo la terminologia mutata dalla dottrina tradizionale che voleva la fondazione schiva del proprio fondatore." "L'evoluzione è resa possibile dall'atteggiarsi dello statuto, che sovente contiene previsioni a tal punto generiche da consentire un vasto margine di discrezionalità all'organo amministrativo."

organo della fondazione, quale il consiglio di amministrazione⁸⁴. Esso deriva i propri poteri direttamente dal negozio di fondazione; con l'atto costitutivo, il fondatore provvede all' indicazione della composizione dell'organo, delle modalità di nomina dei suoi componenti, nonché dei relativi poteri e funzioni. La regola aurea secondo cui il fondatore rimane estraneo all'ente riceve una forte disappetenza: dalla negazione per il fondatore della facoltà di riservarsi *“poteri che incidessero sulla vita e l'amministrazione dell'ente”*, o *“di attribuire a sé per il futuro la nomina, in tutto o in parte di organi della fondazione”*;⁸⁵ si è passati ad un sistema più elastico, nel quale resta forte la presenza del soggetto propulsore.⁸⁶ Si ammette che il fondatore, nell'atto costitutivo si riservi la nomina a vita dei consiglieri, pur restando fermo, che questi non può riservarsi di nominare gli amministratori ad ogni successiva rinnovazione dell'organo, né può riservarsi la facoltà di sciogliere il consiglio di amministrazione⁸⁷. Parallelamente, risultano in atto tendenze inclini ad accordare all'organo amministrativo poteri di modifica e di adattamento della volontà del fondatore.⁸⁸ Resta escluso, che gli amministratori possano, a differenza dei componenti dell'associazione, alterare a proprio piacimento il contenuto dell'atto costitutivo,

⁸⁴ Per quanto attiene alla sua formazione, l'organo amministrativo, come nelle strutture a base associativa, può essere formato da una sola persona, ma è usuale la previsione di un consiglio di amministrazione che deliberi a maggioranza. Non sorgono dubbi in relazione alla possibilità di designare quale amministratore una persona giuridica, che eserciterà le funzioni tramite i propri rappresentanti legali. In tal senso F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pag. 256, che pur accogliendo la soluzione, sottolinea come *“le funzioni amministrative verrebbero esercitate dagli amministratori della persona giuridica amministrante, ossia da soggetti scelti da terzi, sostituibili ad opera di terzi e revocabili da costoro.”*

⁸⁵ P. RESCIGNO, voce *Fondazione di diritto civile*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 807.

⁸⁶ *“La terzietà del fondatore disattesa dalla prassi statuaria che rende possibile la diretta incidenza sulla vita dell'ente riconoscendo ad essa il compito sia di nominare il c. d. a., sia di scioglierlo (per esplicita previsione statuaria nelle fondazioni ex leggi speciali: qui fondazione culturale)”* A. ZOPPINI, *Le Fondazioni, Dalla Tipicità alla tipologia*, cit., p. 62.

⁸⁷ Vedi Consiglio di Stato, comm. spec., 1. 6. 1960, n.148, in *Consiglio di Stato*, 1961, p. 644: *“Il fondatore può riservarsi all'atto della fondazione, la nomina a vita dei membri del consiglio, ma non può riservarsi tale nomina per ogni successiva rinnovazione del Consiglio. Il Fondatore non è organo dell'ente da lui istituito: pertanto non può sciogliere il consiglio di amministrazione, modificare l'atto costitutivo o lo statuto della Fondazione.”*

⁸⁸ *“Poteri estremamente ampi, attribuiti dallo statuto, in particolare per quanto attiene alla gestione del patrimonio, ai criteri di devoluzione, così come alla modificazione dello statuto, alla trasformazione, alla destinazione del patrimonio, allo scioglimento”*. Sempre: A. ZOPPINI, *Le Fondazioni, Dalla Tipicità alla tipologia*, cit., p. 63.

deliberare lo scioglimento dell'ente o modificare gli elementi essenziali⁸⁹; l'esercizio di questi poteri spetta solo all'autorità governativa, sotto il cui controllo si svolge l'intero operato dell'ente⁹⁰. All'esigenza di vigilare sul rispetto di tali limiti, e non di meno quello di restare ancorati al perseguimento dello scopo dell'ente, è devoluto l'art. 25 c.c.⁹¹ La disposizione riguarda i controlli pubblici attuabili durante la vita della fondazione, nei diversi modi e tempi disciplinati nei tre commi. Tale sistema di controlli si è reso necessario poiché difetta, o è insufficiente, nella fondazione un controllo interno analogo a quello, che nelle associazioni viene esercitato dalla assemblea. La difformità dell'azione degli amministratori rispetto allo statuto, allo scopo della fondazione o alla legge costituisce il presupposto in base al quale l'autorità può sciogliere

⁸⁹ Sulle attribuzioni degli amministratori inoltre, il Consiglio di Stato ha negato che, nella clausola statutaria, possa rimandarsi agli amministratori la valutazione della opportunità di prevedere o meno alla nomina di amministratori delegati; e più generalmente che il consiglio di amministrazione possa determinare l'ambito della propria competenza. Così: P. RESCIGNO, voce *Fondazione (diritto civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., p.807. Sui limiti dei poteri degli amministratori vedi anche: Cassazione 19.6.1964, n. 2622, in *Giustizia Civile*, 1964, p.1901

⁹⁰ A. FUSARO, voce *Fondazione*, in *Digesto civile*, cit., p. 365: "L'assoggettamento di una massa di beni ad un vincolo di destinazione potenzialmente perpetuo, il distacco del patrimonio originario dall'orbita di influenza del suo titolare originario, l'affidamento dell'attuazione del programma statutario a soggetti che ne divengano i soli arbitri, sono tutte congiunture, per cui il governo risulta dal codice affidato al controllo pubblico." Sull'esigenza e la natura di tale controllo ove l'ingerenza pubblica è qualificata quale amministrazione pubblica del diritto privato, gestione, invero, nella pratica assai raramente esercitata: D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, Napoli, 1976, p. 29 e ss.

⁹¹ Sul controllo specificamente: M. DE GIORGI, *Il controllo sull'amministrazione delle Fondazioni*, in *Nuova Giurisprudenza commentata*, 1999, p. 786. Nell'annullamento delle delibere la competenza dell'autorità si riduce ad un sindacato di "mera legittimità", giacché ciò che rileva ai fini dell'intervento è la violazioni di disposizioni giuridiche, trattandosi di un ente privato, infatti la pubblica amministrazione non potrebbe imporre direttive, per il raggiungimento di fini pubblici. Così: C. M. BIANCA, *La norma giuridica. I soggetti, Diritto civile*, I, cit., p. 321. Può ammettersi, semmai, un esame del merito della gestione, solo per giungere alla verifica dell'illegittimità del comportamento degli amministratori, vedi: F. GALGANO, *Personae Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p.394. Un intervento più diretto dell'autorità è consentito, a norma degli artt. 27 e 28, in tema di trasformazione ed estinzione dell'ente, quali rimedi attivabili a fronte dell'obsolescenza dello scopo, e dell'eccessivo assottigliarsi del patrimonio. Nel senso che la competenza, a deliberare su estinzione e trasformazione, è dell'autorità governativa vedi: *Consiglio di Stato*, sez. 1, 10.8.1960, n. 1976, in *Consiglio di Stato*, 1963, I, p. 1023. Trova, infine applicazione, sempre in termini di controllo pubblico, l'art.17 c.c., il quale subordina all'autorizzazione amministrativa: gli acquisti immobiliari, l'accettazione di donazioni o eredità, il conseguimento di legati; e la giurisprudenza è persuasa nel qualificare tale autorizzazione, quale condizione legale di efficacia. Cassazione, 4. 6. 1976, n. 2027, in *Giurisprudenza Italiana*, 1978, I, p.657. Per un'esauritiva trattazione dell'argomento dei controlli: P. BAGNASCO, *I controlli sugli atti di straordinaria amministrazione delle persone giuridiche private*, in *Nuovi Quaderni di Vita Notarile*, 1, Milano, 1982, p.31 e ss.

l'amministrazione, nominando amministratori straordinari, ma il controllo non può spingersi fino a considerare l'opportunità e la convenienza degli atti in relazione allo scopo. Relativamente a questo aspetto, nonché alla limitazione del potere di rappresentanza degli amministratori, sono dettate regole, che si applicano tanto agli amministratori di un'associazione, quanto agli amministratori di una fondazione, di cui agli artt. 18 e 19 del c.c., e art. 33 co. 4, anche esso passibile di applicazione in entrambi gli istituti.⁹²Le azioni contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità, il cui esercizio è affidato al commissario straordinario, ai liquidatori o ai nuovi amministratori, devono essere sempre autorizzate dall'autorità governativa (art. 25 co. 3).⁹³L'art. 25, inoltre, affida all'autorità governativa il potere di annullare le delibere dell'organo amministrativo che siano contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico e al buon costume.⁹⁴Accanto al consiglio di amministrazione possono essere previsti altri organi⁹⁵: lo statuto può prevedere la nomina di un comitato esecutivo, quale organo più ristretto, in seno al consiglio di amministrazione, cui è demandata *l'amministrazione attiva*, salvi il controllo, e quindi la responsabilità, dell'intero organo amministrativo.⁹⁶ Si ritiene ammissibile, anche l'istituzione di un organo di controllo, al quale potrà andare il

⁹² I principi posti negli artt. 18, 19, 33 co. 4 sono anzi "*principi di ancor più generale validità, poiché corrispondono a regole poste anche in tema di società con personalità giuridica*": P. RESCIGNO, voce *Fondazione di diritto civile*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p.807. Sull'analisi degli artt. 18 e 19, sulla responsabilità degli amministratori e sulla limitazione del potere di rappresentanza, si rimanda al capitolo precedente sulle associazioni riconosciute.

⁹³ Di più, una volta ottenuta l'autorizzazione, si ritiene che l'azione di responsabilità debba obbligatoriamente essere esercitata, pena la sospensione dei soggetti ad essa preposti: E. PROTETTI, *Persone Fisiche e Giuridiche*, sub. artt. 1, 78, in *Commentario De Martino*, Novara, 1971, p.278. .

⁹⁴ La specifica competenza dell'autorità governativa esclude la possibilità che l'annullamento possa essere pronunciato dall'autorità giudiziaria, anche in caso di nullità, essendo la nullità convertita in annullabilità. Così: Tribunale *Salerno* 27.1.1999, in *Foro.it*. Per la considerazione che, in alcuni casi, sarebbe possibile, anche in tema di fondazioni, ricorrere all'autorità giudiziaria: M. BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato Iudica Zatti*, Milano 2003, p. 290.

⁹⁵ Sugli altri organi della fondazione: P. RESCIGNO, voce *Fondazione di diritto civile*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p.807.

⁹⁶ Sul comitato esecutivo della fondazione il Consiglio di Stato (01/06/1960 n. 148) ammette che, lo statuto potrà, altresì, prevedere la nomina, in sede al consiglio di amministrazione, di un più ristretto collegio, corrispondente al comitato esecutivo delle società di capitali (art. 2381), al quale siano delegate le attribuzioni di quest'ultimo. Vedi anche sul punto: F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 255.

nome di collegio sindacale, la cui nomina è affidata dallo statuto agli amministratori; mentre non può ammettersi, nella fondazione a contrario che nell'associazione, la costituzione di un collegio arbitrale, chiamato a risolvere le controversie sull'interpretazione e l'attuazione dello statuto. Per intuirne la ragione è necessaria una precisazione. Nell'associazione, alla stipulazione dell'atto costitutivo, o con l'atto di adesione, può dirsi compiuto e accettato dagli associati il deferimento ad arbitri delle controversie future; nella fondazione, invece, i beneficiari, e in genere i soggetti interessati alla puntuale osservanza delle norme statutarie, non compiono atti di adesione, e quindi di accettazione delle clausole statutarie, essendo soggetti terzi ed estranei all'ente. Di qui, l'impossibilità di un simile organo nel modello fondazionale⁹⁷. Quanto poi, alle clausole, che la prassi notarile prevede in ordine alla presenza di un ulteriore organo, definito "assemblea dei soci", si rinvia alle nuove figure partecipative che l'ente va assumendo, ed in merito alle quali svolgeremo le opportune considerazioni nel capitolo successivo. Collegato, infine, al tema dell'organizzazione della fondazione è il tema della tutela dei beneficiari. Lo statuto può prevedere la partecipazione all'organo amministrativo di rappresentanti delle categorie o gruppi sociali, a cui beneficio è stata istituita la fondazione, più spesso di rappresentanti degli enti che perseguano il fine istituzionale della cura degli interessi della categoria o del gruppo. E' evidente che una simile previsione non contrasta con l'estraneità dei beneficiari alla struttura amministrativa della fondazione.⁹⁸ Il codice civile sull'argomento si limita a prevedere poche norme contenute nell'art. 16 co. 1, ove si prescrive che l'atto costitutivo e lo statuto della fondazione debbano determinare i criteri e le modalità di erogazione delle rendite. Lo scopo è chiaramente quello di evitare che non sia lasciato all'arbitrio degli amministratori la determinazione dei

⁹⁷ Tutt'al più secondo alcuni potrebbe contemplarsi nello statuto della fondazione, la creazione di un collegio arbitrale facoltativo, per l'evenienza che ad adesso vogliano deferire la decisione le parti della concreta futura controversia. P. RESCIGNO, voce *Fondazione di diritto civile*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p.807.

⁹⁸ Sempre P. RESCIGNO, voce *Fondazione di diritto civile*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p.807.

beneficiari dell'ente. Ma resta il problema di accertare in quale misura e in che modo le aspettative e le pretese dei possibili destinatari debbano essere tutelate, posto che sino al momento della delibera, con cui si procede all'attribuzione, tutti coloro che si trovano nella situazione prevista dallo statuto hanno uguale titolo di aspettativa; peraltro, è esclusa l'esistenza di un diritto a pretendere per sé del beneficiario, da far valere nei confronti della fondazione.⁹⁹ Anche il riconoscimento del diritto del beneficiario a controllare che l'amministrazione dell'ente, si svolga in conformità alla legge e allo statuto, rappresenta una problematica aperta. Generalmente si tende a negare tale tipo di intervento ai soggetti beneficiari, essendo oggi riconosciuto, in materia di fondazione, unicamente un controllo di tipo pubblico. Proprio in questa limitazione del diritto di agire in confronto della fondazione, la più sensibile e moderna dottrina ravvisa uno dei punti di maggiore debolezza, del vigente diritto in materia; difatti, attribuendo al singolo beneficiario la possibilità di ottenere, attraverso la pronuncia del giudice, che la condotta dall'organo amministrativo si adegui alla legge, o allo statuto; o eventualmente di vedersi riconosciuto il diritto al risarcimento danni, si allevierebbe, per la giurisprudenza, l'onere dei controlli, che le autorità governativa e giudiziaria sono tenute ad esercitare.¹⁰⁰

6. Contratti aperti e adesioni di altre parti al contratto: l'art 1332 c.c. e la nascita delle Fondazioni di Partecipazione.

⁹⁹ Particolari ipotesi, però, sono quelle in cui la cerchia dei possibili fruitori, è circoscritta ad un gruppo relativamente limitato di persone. In questi casi giurisprudenza e dottrina ritengono possibile, al fine di assicurare tutela ad interessi non diversamente tutelabili, applicare lo schema della promessa al pubblico ai sensi dell'articolo 1989 e seguenti del codice civile. Così: A. FUSARO, *voce Fondazione*, in *Digesto civile*, cit., p.364. Il rimedio, per contro, è ritenuto insufficiente nel caso di enti di vaste dimensioni, nei confronti dei quali dovrebbe potenziarsi lo strumento del controllo pubblico: D. VITTORIA, *Le Fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statuaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1975, p. 52

¹⁰⁰ Cassazione, n. 2662 del 1964, in *Foro.it*: “*se è contemplato un controllo amministrativo sugli atti delle fondazioni private e questo controllo può condurre all'annullamento amministrativo dell'atto, ciò non significa che, ove si discuta sulla validità o invalidità di un negozio giuridico, in cui sia parte una fondazione di diritto privato, non ricorra il potere di pronuncia dell'autorità giudiziaria*”.

La crisi delle fondazioni tradizionali aveva portato una situazione per cui la loro rilevanza nello scenario delle organizzazioni collettive era decisamente scarsa. La quasi totalità delle fondazioni risultava, agli inizi del secolo scorso, sotto patrimonializzata, e paralizzata dal distacco del fondatore, con la conseguente autoreferenzialità degli amministratori, a discapito degli interessi generali a base dell'atto di liberalità.¹⁰¹

In questo scenario, era necessario un nuovo strumento non lucrativo, che consentisse la collaborazione tra pubblico e privato, per il raggiungimento di finalità di interesse generale, senza la necessità di allocare dall'inizio ingenti patrimoni.¹⁰² Un'innovazione decisiva in questo senso, è stata offerta dalla prassi statutaria delle fondazioni, che sempre più frequentemente, ammetteva la possibilità di un intervento successivo di altri soggetti nell'ente costituito.

Così, anche mutuando l'esperienza già in atto in altri paesi, nasce una nuova figura cui si darà il nome di Fondazione di Partecipazione: una fondazione, *che non necessitano di leggi speciali, per esistere in sintonia con il sistema positivo di diritto civile e con il quadro delineato dalla Carta Costituzionale*, risultava strutturalmente aperta alla partecipazione di più soggetti giuridici.¹⁰³

¹⁰¹ Analisi in questi termini la situazione delle Fondazioni: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni di Partecipazione*, Milano, 2006, p.28/29.

¹⁰² Sulla necessità di qualche modifica innovativa del modello fondazionale tradizionale: E. BELLEZZA-F. FLORIAN, *Le fondazioni del Terzo Millennio, Pubblico e Privato per il non-profit*, cit., p. 38: “*La strumentazione giuridica non lucrativa offerta dal codice civile, se da un lato continua egregiamente ad assolvere il proprio compito, dall'altro risente del fatto che tali strumenti siano stati concepiti come “di lusso”, in effetti poco idonei ad agire in concreto nella società, destinati a promozioni ideali ed astratte. Ne sono esempio, le poche e scarse norme, la quantità di controlli amministrativi previsti, la comunanza di disciplina, la necessità di continui interventi della giurisprudenza di merito per l'applicazione di norme che si riferiscono ad altri settori*”.

¹⁰³ Fautori di questa nuova prassi statutaria, che ha dato vita alle fondazioni di partecipazione, tra tutti il notaio Enrico Bellezza, che spiega, nel testo E. BELLEZZA, *Fondazione di Partecipazione e riscoperta della comunità*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2006, p. 8, come a partire dal 1996, parendo dallo studio storico di un particolare modello, quale quello della Cattedrale, abbia approfondito lo studio della Fondazione, attraverso “*l'evoluzione che aveva avuto nella prassi degli ultimi cento anni*”, ricercando una formula, “*che non fosse a scopo di profitto, che perseguisse finalità di interesse generale*” e che “*concedesse una qualche forma di partecipazione, a tutti i componenti della Comunità che avessero voluto partecipare*”. Sulle ragioni della scelta del modello storico delle cattedrali vedi sempre l'articolo citato, nella prima parte dell'analisi.

In vero, in uno stadio prodromico all'introduzione della figura delle Fondazioni di Partecipazione, il fenomeno del reclutamento di "nuovi fondatori", desiderosi di apportare mezzi per il raggiungimento dello scopo comune, era stato legislativamente promosso in alcune fondazioni a partecipazione pubblica, quali le fondazioni liriche e le Fondazioni universitarie.¹⁰⁴

Allo stato, non esiste una disciplina normativamente posta a disciplinare la figura, e dunque, per legittimarne la presenza, bisogna necessariamente rifarsi alla coerenza dell'interpretazione giuridica, che per alcuni commentatori, richiama la categoria, di cui dell'art. 1332 c.c.

Quest'ultima riguarda i cosiddetti "*contratti aperti*," ossia quei contratti nei quali, successivamente alla loro conclusione, può verificarsi una modificazione dei soggetti originari, con l'aggiunta di una o più altre parti.¹⁰⁵ L'ingresso di

¹⁰⁴ G. ALBENZIO, *Le fondazioni teatrali come nuovo modello di fondazione-impresa*, in *Rivista Notarile* 1998, pag. 657. Quest'ultime, introdotte nel nostro sistema dall'art. 59, comma 3, della legge 23 dicembre 2000, n. 388171 (legge finanziaria per il 2001) e regolamentate con il D.P.R. del 24.5.2001, n. 254, presentano, attenendoci solo agli aspetti che coinvolgono la presente ricerca, tre forme di partecipazione. L'art. 6, del regolamento citato, individua i soggetti cui spetta la qualifica di "fondatori," ovvero, oltre agli enti di riferimento, anche i soggetti pubblici o privati, che accettano di contribuire al fondo di dotazione iniziale ed al fondo di gestione. Inoltre è prevista la figura dei c. d. "partecipanti istituzionali", ovvero quei soggetti, pubblici o privati, che contribuiscono al raggiungimento degli scopi della fondazione mediante contributi periodici, previo gradimento. Infine, possono prevedersi dei soggetti "partecipanti", che a differenza degli altri aderenti contribuiscono solo in via occasionale e non continuativa. Anche sotto il profilo degli organi la fondazione universitaria rispecchia questa esigenza partecipativa, e nella definizione dei rapporti tra gli enti di riferimento e la fondazione, non si registra la rescissione tipica, con l'atto di fondazione, del legame tra fondatori-enti di riferimento e fondazione. Per un approfondimento sulle Fondazioni universitarie: G. M. RICCIO, *Le fondazioni universitarie. Analisi del D.P.R. 24 maggio 2001*, n. 254, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2002, pag. 141. R. GIACINTI, *Le fondazioni come supporto alla didattica e alla ricerca delle università*, in *Enti non profit*, approfondimenti 2005, 7, pag. 469. La fondazione teatrale o lirico-sinfonica è, invece, disciplinata dal D. Lgs. 29 giugno 1996, n. 367, ed è anche essa aperta a forme di partecipazione. Il decreto prevede che la fondazione sia retta da un consiglio di amministrazione, nel quale confluiscono i rappresentanti dei fondatori pubblici, in particolare il Sindaco, l'autorità governativa e la Regione, nonché i rappresentanti dei fondatori privati, che assicurano, per i primi tre anni di vita della fondazione, un apporto annuo. Inoltre è previsto che lo statuto debba disciplinare la possibilità di intervento successivo nella fondazione di "altri soggetti, pubblici o privati", il che, come si è detto, ha anticipato la strada, nel nostro ordinamento alle Fondazioni di Partecipazione. Per ciò che attiene alla natura delle due figure se per le fondazioni universitarie, nonostante la partecipazione o la costituzione da parte di soggetti pubblici, chiara è la natura privatistica dell'ente, come chiarito testualmente dal già citato dall'art. 1, co. 1, del D.P.R. del 24.5.2001, n. 254; Il modello della fondazione lirico- sinfonica o teatrale costituirebbe, secondo alcuni autori, una figura legale solo formalmente privatistica ma sostanzialmente di diritto pubblico sotto il profilo organizzativo, finanziario e funzionale. M. IMMORDINO, *Le fondazioni teatrali e la loro ancora incerta collocazione tra pubblico e privato*, in *Nuove autonomie*, 2005, p. 913.

¹⁰⁵ Vedi. F. MESSINEO, voce *Contratto plurilaterale*, in *Enciclopedia del Diritto*, X, 1962, p. 143. Molto ampia è la dottrina italiana sui contratti plurilaterali, più recentemente vedi: A. BELVAEDERE, *La*

nuove parti ad un contratto, già perfezionato e di per sé idoneo a produrre i suoi effetti, significa, in buona sostanza, che il contratto a due parti si trasforma in un *contratto plurilaterale*, per il solo fatto che vi aderiscano o una più altre parti; senza che sia necessario passare per un nuovo procedimento di formazione del vincolo.¹⁰⁶

L'adesione successiva è garantita dall'intersezione nel contratto della clausola di adesione, o di apertura. E' assai controversa la natura della clausola di apertura; vi è chi ritiene che ad essa vada attribuita natura di offerta al pubblico,¹⁰⁷ e chi, sulla scia della Relazione al codice civile, ritiene si tratti di una vera e propria proposta¹⁰⁸. Essa si considera riferibile soltanto ad un certo tipo di contratto, ossia quelli c.d. a comunione di scopo. Difatti, solo nei contratti nei quali le parti perseguono uno scopo comune, i nuovi soggetti aderenti possono inserirsi nel vincolo contrattuale senza ledere gli interessi dei contraenti originari¹⁰⁹. Questa almeno è la posizione della dottrina maggioritaria, per la quale lo scopo comune

categoria di cui agli artt. 1420,1446,1459,1466 c.c., in *Rivista trimestrale di diritto civile*, 1971, p. 660 e ss.; B. INIZIARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, in *Rivista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile*, 1973, p. 476; A. CARLO, *Il contratto plurilaterale associativo*, Napoli, 1967. S. MAIORCA, voce *Contratto plurilaterale*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988, 1 ss.; G. FERRI, voce *contratto plurilaterale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, 1959, p. 658; T. ASCARELLI, *Noterelle critiche in tema di Contratto Plurilaterale*, in *Rivista diritto commerciale*, 1950, p.259.

¹⁰⁶ M. MESSINEO, *Dottrina Generale del contratto*, Milano, 1948, nota 3, p. 48: "Col procedimento di cui all'art. 1332, non si fa luogo ad una nuova formazione del contratto, il contratto è già formato fra due parti. Se non che anche gli aderenti finiscono per trasformarsi in parti, seppur in un momento successivo, quando parrebbe, a prima vista, che il contratto stia così come sorto e non possa essere modificato dalla sopravvenienza di altre parti". Per l'autore la cosa è concepibile, così come spiegato nel testo, perché si tratta sempre di contratto associativo.

¹⁰⁷ Vedi: G. OSTI, *Contratto*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, IV, Torino, 1959, p. 520, e più di recente, ma con alcuni distinguo: C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, Milano, 1987, p. 250.

¹⁰⁸ E. CESARO, *Contratto aperto e adesione del terzo*, Napoli, 1979, p.70. Ma tale ricostruzione, per i commentatori, incontra un limite: i contraenti originari sono tenuti fra loro e non possono arginare o respingere le adesioni successive, il che non è compatibile con la natura di una proposta in senso tecnico. Inoltre, la clausola di adesione non sarebbe recettizia, né sarebbe possibile applicare ad essa la disciplina del termine di efficacia della proposta stessa.

¹⁰⁹ Sempre: E. CESARO, *Contratto aperto e adesione del terzo*, cit., p. 92, e R. SCONAMIGLIO, *Dei Contratti in generale, sub artt. 1321-1352*, in *Commentario Scialoja Branca*, 1970, p. 161. Per quanto attiene alla forma dell'adesione, per lo più il riferimento è nel senso della alienità da speciali formalismi, Cassazione Civile, Sez. II, 1992/95, in *Foro.it*, anche se un precedente orientamento, voleva il rispetto della forma del negozio originario, concretando l'adesione di una nuova parte una modificazione soggettiva del negozio iniziale. Vedi: Cassazione 3230/1975, Cassazione 3399/1973 in *Foro.it*. Vincoli di forma potrebbero essere imposti dalla clausola di apertura, nel qual caso la adesione dovrebbe essere prestata nella forma prevista dal contratto C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p.244.

rappresenta il secondo elemento caratterizzante il contratto plurilaterale, insieme alla pluralità di parti. Allo scopo comune, previsto esplicitamente dall'art. 1420 c. c, ma riconducibile ai contratti aperti in base alla struttura di cui all'art 1332, si fa riferimento come dato funzionale della figura in esame: ossia, come *la causa del contratto plurilaterale*.¹¹⁰ Tale causa, propriamente, consiste nell'interesse dei contraenti e nella loro partecipazione allo scopo comune, in quanto godimento *pro parte* del risultato dell'attività rivolta al raggiungimento dello scopo. In attesa di una sistemazione dogmatica è, anche, il problema della natura dell'adesione del terzo. Secondo alcuni l'adesione conserverebbe la propria natura di atto formative, e dirigendosi verso un contratto già formato, sarebbe per così dire post- negoziale; mentre all' opposto vi è chi ritiene si tratti di un negozio giuridico unilaterale, di natura negoziale.¹¹¹Tornando all'oggetto della nostra analisi, non può negarsi la *piena attinenza* di quanto appena descritto in merito all'art. 1332,e la nuova figura delle Fondazioni di Partecipazione.¹¹²Nella fondazione partecipata, l'adesione di nuove parti è resa possibile da una clausola di apertura, insita nello statuto,¹¹³il quale prevedrà anche i presupposti e le

¹¹⁰ Così: F. MESSINEO, voce *Contratto plurilaterale*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 146; C. GARRUTI, *L'adesione di altre parti al contratto aperto*, in *Studi in onore di Giorgianni*, Napoli-Roma, 1988, p. 319, E. CESARO, *Contratto aperto ed adesione del terzo*, cit., p. 38. Contra F. REALMONTE, *Accordo delle parti e rapporti giuridici preparatori, responsabilità precontrattuale*, in *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, XIII, 2, Torino, 2000, p. 111, il quale ritiene che la norma in oggetto sarebbe applicabile anche ai contratti di scambio, in quanto occorrerebbe verificare, in concreto, l'esistenza di un interesse delle parti ad una successiva integrazione di uno dei poli soggettivi del contratto. Opponibile l'osservazione, come desumibile da quanto fin qui osservato, che nuovi soggetti possano inserirsi nel contratto solo laddove il loro ingresso non turbi l'equilibrio contrattuale: il ché appare possibile unicamente in un contratto avente comunanza di scopo: M. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in A. CICU, F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1973, p.598.

¹¹¹G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario codice civile*, IV, Torino, 1980, p. 88

¹¹² Così E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni del Terzo Millennio, Pubblico e Privato per il non-profit*, Firenze- Antella, 1998. p. 65: "Risulta difficile non affermare e rilevare la piena attinenza di quanto sopra (art. 1332) alle Fondazioni di Partecipazione allorché si ponga attenzione e se ne immaginino la genesi, la struttura e la dinamica e, soprattutto, la potenzialità operativa, assicurata dall'ingresso di nuovi soggetti partecipanti, altre a quelli primigeni."

¹¹³ Sulla delineaione e le funzioni dell'atto costitutivo di una fondazione di partecipazione vedi: F. FLORIAN, *La Fondazione di Partecipazione, le Fondazioni tradizionali, le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, cit., p. 67 e ss., ove, nel delineare gli elementi distintivi, rispetto agli altri enti, della nuova figura, si segue un'impostazione "pratico statuaria" volta a sottolineare la dinamica che presiede la redazione dello statuto, per il soddisfacimento delle parti contraenti. O ancora, C.

modalità procedurali dei nuovi accessi. Laddove invece, tale indicazioni dovessero mancare, l'adesione di altre parti sarà diretta da organi a ciò predisposti; elemento, che per gli ideatori della nuova figura, rafforza la conformità della categoria dei contratti aperti rispetto alle Fondazioni Di Partecipazione. Lo stesso articolo 1332legittima, infatti, che l'adesione di altre parti, sia "*diretta dall'organo che sia stato costituito per l'attuazione del contratto*".¹¹⁴

E' la partecipazione, dunque la caratteristica peculiare del nuovo modello di Fondazione. Non soltanto perché il fondatore partecipa attivamente alla gestione del nuovo ente, alla strategia operativa, alla composizione degli organi, in una logica del tutto antitetica a quella delle fondazioni tradizionali;¹¹⁵ ma anche perché, più soggetti, pubblici e privati, pongono in essere la nuova figura giuridica, attraverso un unico atto di volontà. La fondazione di partecipazione nascerebbe cioè, da un atto *inter vivos* tra più soggetti. Invero, data l'ipotesi di più fondatori partecipanti all'atto, può seriamente dubitarsi dell'unicità del negozio giuridico istitutivo dell'ente. La dottrina più accreditata propende per la teoria della pluralità dei negozi giuridici, senza intaccare l'unità della forma in cui sono contenute le singole dichiarazioni di volontà dei partecipanti: poiché singoli atti di autonomia sono indirizzati al raggiungimento di uno scopo comune, ad essi fa seguito un unico atto amministrativo di riconoscimento

BARZELLOTTI, *Struttura dell'atto Costitutivo*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, cit., p. 74 e ss.

¹¹⁴ E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni del Terzo Millennio, Pubblico e Privato per il non-profit*, cit., p. 70: "A ulteriore conferma che tale apertura afferisca ad una strutturazione tipica del patrimonio milita sempre l'art. 1332, laddove afferma che l'adesione di altre parti, deve essere "*diretta dall'organo che sia stato costituito per l'attuazione del contratto: nella Fondazione di Partecipazione esso potrà essere il Consiglio Generale ovvero Il Consiglio di amministrazione*". Inoltre, collegandoci al già affrontato problema della natura non associativa della figura in esame, l'autore più avanti afferma: "*Di più. Sempre lo stesso articolo afferma che, in mancanza del citato organo, saranno gli originari contraenti ad attuare il contratto. E chi sono gli originari contraenti se non i fondatori? E sa la gestione estrema della destinazione patrimoniale spetta ai fondatori, cos'è una Fondazione di Partecipazione se non una Fondazione?*"

¹¹⁵ G. IORIO, P. CENDON (a cura di) *Le Fondazioni nel diritto privato oggi*, Milano, 1997, p. 12 e ss., che sottolinea bene la portata dell'evoluzione rispetto al modello passato ove l'esecuzione era del tutto affidata, a "persone diverse dal fondatore".

dell'ente.¹¹⁶ Per i fautori invece, a dar vita all'ente è un *atto unilaterale multi personale*.¹¹⁷ La natura della Fondazione di Partecipazione sarebbe tale che, essa può nascere tanto per iniziativa del singolo, quanto per iniziativa di più soggetti, senza perdere la sostanza di fondazione.¹¹⁸ Uno scenario nuovo sempre in termini di partecipazione è aperto da un altro elemento caratteristico della fondazione partecipata, che attiene al suo assetto patrimoniale. Tutti coloro che contribuiscono possono partecipare alla composizione degli organi della fondazione, e in ogni caso partecipano alla e della attività dell'ente¹¹⁹.

La nuova Fondazione di Partecipazione presenta, in sostanza, molteplici elementi peculiari rispetto al modello tradizionale, non ultimo il fatto che essa, salvo rare eccezioni, non è mai costituita per erogare rendite, come le fondazioni tradizionali, ma è una “*fondazione operativa*”, tesa a gestire progetti non lucrativi, raccogliendo tutti i contributi possibili.¹²⁰

¹¹⁶ P. RESCIGNO, *Negoziato privato di Fondazione e atto amministrativo di Riconoscimento*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1968, p. 1353/1358.

¹¹⁷ Usa l'espressione E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni di Partecipazione*, cit., p.30.

¹¹⁸ Della natura giuridica non associativa, ma di fondazione della figura ci occuperemo nel capitolo successivo.

¹¹⁹ E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni di Partecipazione*, cit., p.31 e ss. Le peculiarità dell'assetto patrimoniale delle fondazioni di partecipazione saranno specifico oggetto della successiva trattazione.

¹²⁰ G. IUDICA, P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, 2000, p. 531 “*Occorre ricordare che il tipo fondazionale previsto nel codice civile è quello della fondazione di mera erogazione, ovvero quello di una fondazione chiusa. Una figura elementare e ben lontana dalla complessa realtà degli enti no profit che perseguono oggi fini culturali o sociali o comunque non lucrativi.*”

CAPITOLO II

LA FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE

1. Il principio di tipicità degli enti giuridici ed il problema della legittimità delle fondazioni di partecipazione.

L'introduzione di nuovo modello fondazionale in un ordinamento giuridico completo solleva non poche perplessità. Bisogna individuare, anzitutto, quale sia il grado di elasticità dei tipi normativi preesistenti, nel caso che ci occupa delle fondazioni; e quale sia, poi, il rapporto tra autonomia privata e forme giuridiche. Va chiarito, in sostanza, se è nella autonomia privata la libertà di creare soggetti di diritto, e quale sia il rapporto di questi, rispetto al principio della tipicità degli enti, su cui è informato il nostro sistema.¹²¹ Invero, il rapporto tra l'autonomia privata e tipicità delle forme giuridiche, che della prima sono strumento¹²², non attiene unicamente alla libertà di creare soggetti di dritti, ma riguarda anche la libertà di regolare, e prima ancora di avvalersi della soggettività giuridica, quale strumento di organizzazione dei propri interessi; nonché alla possibilità di decidere il contenuto, in particolare economico, della forma giuridica prescelta.¹²³

¹²¹ Sulla tipicità delle fondazione fa un'attenta analisi: A. ZOPPINI, *Le Fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p.13 e ss. In particolare p. 16: "All'elevarsi di un patrimonio ad autonomo organismo sociale sembra conseguire, quale implicazione necessaria, il sacrificio dell'autonomia individuale e di conseguenza l'impossibilità di determinarne il contenuto."

¹²² "Poiché le persone giuridiche sono, prima di tutto, ordinamenti, il problema relativo alla creazione ed al riconoscimento di questi rientra in quello dell'autonomia privata." S. ROMANO, *Autonomia Privata*(appunti), in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1956, p.801 e ss.

¹²³ In questo senso può dirsi che la persona giuridica è insieme oggetto, strumento e soggetto dell'autonomia negoziale. Sulle movenze dell'autonomia privata: P. RESCIGNO, *L'Autonomia dei privati*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, 1968, p.529; S. ROMANO, voce *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, p.14 e ss.

Le persone giuridiche costituiscono, normativamente, un numero chiuso¹²⁴: la creazione di un centro unitario di imputazione, rilevante per la generalità, per mezzo dello scopo di pubblica utilità, spetta esclusivamente all'ordinamento, ed è predisposto da questo, attraverso un sistema di fattispecie tipiche.

Le forme dotate di rilievo reale costituiscono, dunque, un numero chiuso, sia per gli effetti che ne conseguono per la collettività, sia sotto il profilo della responsabilità dei partecipanti o dei gestori, che necessitano di una riconoscibilità pubblica, a tutela della certezza dei rapporti giuridici e della sicurezza del traffico negoziale¹²⁵.

I tipi rinviano ad un necessario modello organizzativo ed a una disciplina, che costituiscono la fisionomia qualificante della persona giuridica.

Nella rigidità di tale sistema, si inserisce l'art. 12 c.c., ora art.1 DPR 361/2000, il quale prevede, anche per "*altre istituzioni di carattere privato*", la possibilità di acquistare la personalità giuridica.

I tipi normativi cui si fa riferimento sono certamente sussunti dal genere delle istituzioni¹²⁶, ma vi è il problema di stabilire se esistano, e quali siano le istituzioni di carattere privato irriducibili alle forme tipiche.

Meglio, in relazione a quello che qui interessa, il problema è accertare che la Fondazione di partecipazione sia legittimabile ai sensi della disposizione, o al contrario, leda il principio di tipicità degli enti.

Una parte della dottrina, riconduce la formula, che compare nell'articolo in commento, ad una spiegazione di carattere storico.¹²⁷ Essa non ascriverebbe

¹²⁴ Per numero chiuso deve intendersi l'indisponibilità per i privati dell'effetto reale di queste, del tutto sottratto alla loro competenza: D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988; M. BASILE, *Associazioni e fondazioni, novità legislative e problemi aperti*, in G. PONZARELLI, *Gli enti no profit in Italia*, 1994, Padova, p. 15 e ss.

¹²⁵ A. ZOPPINI, *LE fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 89. M. MALTONI, *La Fondazione di Partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della fondazione italiana notariato*, Milano, 2006, p. 3. In particolare qui si sottolinea l'inammissibilità della figura, proprio in ragione del principio della tipicità degli enti.

¹²⁶ P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 1982, p. 182; M. DE GIORGI, P. RESCIGNO (a cura di) *Le persone giuridiche in generale: le associazioni le fondazioni*, in *Trattato di diritto privato*, II, 1999, p. 195, sottolineano l'influenza della teoria istituzionale elaborata da Santi Romano, nella redazione della norma in commento: "*associazione e fondazione sarebbero species di un unico genus che è quello dell'istituzione*" S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1977, p. 55 e ss.

alcuna velleità concessiva all'autonomia privata, di creare corpi intermedi¹²⁸; il contesto storico e sistematico della norma conducono piuttosto a ritenere, che il suo compito fosse quello di impedire ad enti, insuscettibili di essere ricondotti ai tipi nominati, di sfuggire al riconoscimento statale.¹²⁹ Così che è inammissibile identificare forme miste¹³⁰ tra associazione e fondazione, salvo attribuire alla locuzione una valenza puramente sociologica e descrittiva, giuridicamente irrilevante.¹³¹ In seno a tale ricostruzione si ci è pure interrogati sulla possibilità di attribuire ad un organo assembleare il governo anche parziale dell'ente¹³², propendendo ancora una volta per una risposta negativa¹³³. In una fondazione potrebbe identificarsi un carattere associativo, solo se si concludesse per la compatibilità tra tale fattispecie e la ricorrenza di poteri, che al rapporto associativo sono essenziali: tuttavia, l'attribuzione statutaria, all'assemblea o agli organi amministrativi, della disponibilità dello scopo, si rileva una violazione incompatibile con la stabilità della destinazione, che della fattispecie è caratteristica.¹³⁴

¹²⁷ A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p.90.

¹²⁸ M. MALTONI, *La Fondazione di Partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della fondazione italiana notariato*, p. 3.

¹²⁹ Sul reale significato da dare alla norma: A. ZOPPINI, *LE fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p.90.

¹³⁰ Sull'inesistenza di figure al di fuori di quelle previste dagli artt. 12 e 13 c.c.: P. RESCIGNO, voce *Fondazione*, (*diritto civile*), in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, cit., p.7; S. PUGLIATTI, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol.2, *Il soggetto di Diritto*, Milano, 1939, p.24.

¹³¹ G. ALPA, *Il Regime delle Fondazioni in Francia e in Italia, considerazioni preliminari*, in *Le Fondazioni. Tradizione e Modernità*, 1998, Padova: "Le associazioni sono enti diversi dalle fondazioni e non vi è alcuna connessione o intersezione tra questi due tipi di enti."

¹³² D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive di tecnica fondazionale*, in *Rivista del diritto Commerciale*, 1975, p. 14 e ss.; Sull'esito negativo dell'analisi: D. VITTORIA, *Gli enti del primo libro del codice civile*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le Fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, p. 47; G. PALERMO, *Le istituzioni prive di riconoscimento*, in AA. VV. (a cura di), *Amministrazione e rappresentanza negli enti diversi dalle società*, Atti del convegno Roma 30 settembre 01 ottobre 1988, Milano, 1990, p. 147 e ss.

¹³³ A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 98 e ss., che fa un'attenta analisi sull'atipicità di associazioni e fondazioni, concludendo infine per l'inapplicabilità di schemi altri, da quelli posti dal legislatore.

¹³⁴ R. COSTI, *Fondazione e Impresa*, in *Rivista del diritto civile*, 1996, p. 46 e ss.; nel senso che una persona giuridica non possa essere riconosciuta se non chiarisce la sua natura associativa o fondazionale: Cons. di Stato 30 maggio 1961, in *Consiglio di Stato*, 1962, I, p. 638. Dell'analisi sulla gestione associativa della fondazione partecipata mi occuperò nel prosieguo del capitolo.

L'orientamento conservatore, in sostanza, riconduce l'analisi degli enti del I libro c. c. alle due figure dell'associazione e della fondazione, *tertium non datur*, e propende per l'inammissibilità della nuova figura partecipata, denunciando il rischio di un "*abuso della forma giuridica*"¹³⁵.

All'opposto si collocano i fautori della Fondazione di Partecipazione:¹³⁶ la norma in commento va letta nel senso che, il sistema del riconoscimento per atto amministrativo è riferibile anche alle fondazioni partecipate. Queste sono riconducibili all'espressione "*altre istituzioni di carattere private*" e legittimate dalla valenza "concessoria normativa" dell'articolo 12. Va chiarito però, se l'articolo, dal quale si vuole far discendere l'ammissibilità delle fondazioni partecipate, legittimi l'atipicità delle figure giuridiche del I libro del codice civile, oppure è una norma atta a delimitare l'ambito applicativo del regime di riconoscimento della personalità giuridica, al pari del successivo articolo 13, che esclude dalla disciplina del riconoscimento le società, e dell'articolo 11, che sottrae gli enti pubblici alla disciplina del codice civile. Si protende per il primo orientamento, ammettendo un'ampia portata per la norma in commento.

L'articolo si riferisce non solo a figure giuridiche tipiche ma anche a tutte le figure giuridiche atipiche.

In altre parole, la categoria degli enti riconoscibili è una categoria aperta, non subordinata alla circostanza, che se ne conformi la struttura secondo i modelli tipici dell'associazione, o della fondazione.¹³⁷

¹³⁵ D. Vittoria, *Gli enti del primo libro del codice civile*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le Fondazioni in Italia e all'estero*, cit., p.71; G. PONZARELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, in *Rivista del Diritto Civile*, 1979, p.37. In senso fortemente contrario, nel senso che ammette che una fondazione possa trasformarsi in associazione: D. VITTORIA, *Il cambiamento del "tipo" per gli enti del primo libro del codice civile*, in *Contratto e Impresa*, 1992, p. 1149.

¹³⁶ Così: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni di Partecipazione*, Milano, 2006, p.37:" *possono infatti essere rintracciati elementi documentali che portano a dissolvere le perplessità circa l'ammissibilità della fondazione di partecipazione, con conseguente piena affermazione della legittimità dell'istituto nonché individuazione della disciplina applicabile.*"

¹³⁷ F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 2, Bologna – Roma, 2006, p. 160. Alcuni accenni possono essere riscontrati anche in: S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, in *Contratto e impresa*, 1993, I, p. 1 e ss.; R. COSTI, *Fondazione e Impresa*, in *Rivista del diritto civile*, cit., pag. 13, che rileva come l'abrogato articolo 12 prevedesse "*altri moduli strutturali atipici nei confronti degli archetipi della corporazione e della fondazione*".

In questa prospettiva le “*altre istituzioni di carattere privato*” non sarebbero un istituto indefinito o da definirsi, ma definito volta per volta, in base ad una valutazione concreta dell’ente come determinatosi nella prassi.

Né il legislatore ha dimenticato queste conformazioni miste, e la relazione per l’approvazione del testo sulle disposizioni delle leggi in generale e del primo libro del codice civile né una dimostrazione. Essa contiene l’interpretazione autentica dell’art. 12, ed è una chiara risposta a quanti sostengono la valenza meramente storica sistematica dell’apertura a terze forme istituzionali¹³⁸.

Così che, dalla rilettura in quest’ultima chiave, vengono chiariti almeno due dubbi: è ben possibile riconoscere la personalità giuridica a fondazioni atipiche, senza intaccare il principio di tipicità degli enti giuridici, in quanto quella della figura è un’atipicità di struttura piuttosto che di figura; in secondo luogo, sarà compito dell’interprete verificare di volta in volta, sulla base della volontà negoziale espressa, quale sia la disciplina più aderente alla fattispecie, restando però acquisito il principio della legittimità.¹³⁹

L’apertura a forme nuove troverebbe, inoltre, anche una copertura costituzionale. In particolare, oltre che negli articoli tradizionalmente richiamati a legittimazione di associazioni e fondazioni, quali gli articoli 2, 3, 17, 19 Costituzione, viene in rilievo l’articolo 45 1° comma seconda parte, nel quale si fa carico al legislatore di promuovere lo sviluppo della cooperazione senza fine speculativo con i mezzi più idonei, e quindi anche attraverso il nostro istituto¹⁴⁰.

¹³⁸ “Relazione n. 26 a S. M. il Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Solmi) presentata in udienza il 12 dicembre 1938 per l’approvazione del testo sulle disposizioni delle leggi in generale e del primo libro del codice civile.” Ove in merito all’art.12 si riporta: “si è creduto di aggiungere alla menzione dei due tipi tradizionali associazioni e fondazioni, l’accenno ad altre istituzioni di carattere privato”, che non sono né l’una né l’altra e che “sono caratterizzate da una destinazione ad uno scopo” istituzioni delle quali, siccome “creazioni della vita moderna” “non poteva non tenersi conto nella regolamentazione giuridica del fenomeno. Quanto alla regolamentazione è chiaro che sarà applicabile la disciplina delle associazioni ovvero delle fondazioni, secondo che la loro natura si avvicini prevalentemente all’no o all’altro tipo.”

¹³⁹ Così: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di Partecipazione*, cit., p. 40.

¹⁴⁰ E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non profit*, Firenze, Antella, 1998, p. 67.

Ma non è solo nelle fonti primarie, che la letteratura di settore individua una possibile legittimazione della fondazione partecipata.

Nel panorama legislativo degli ultimi anni, sono andate delineandosi, indipendentemente dal *nomen iuris* utilizzato, strutture atipiche rispetto a quelle individuate nel codice dal legislatore¹⁴¹. Tali provvedimenti, hanno tutti riconosciuto la possibilità, che le fondazioni si dotassero di norme statuarie, che facilitassero l'incontro pubblico/privato, e consentissero la partecipazione di soggetti privati, anche nella designazione dei componenti degli organi.

Da ultimo, quale ulteriore autorevole riconoscimento della figura in esame, conviene citare il regolamento relativo alla costituzione ed alla partecipazione a fondazioni da parte del Ministero per i beni e le attività culturali¹⁴², che sembrerebbe delineare espressamente le Fondazioni di Partecipazione.¹⁴³

Esso ha ricevuto il consenso del Consiglio di Stato¹⁴⁴, che ha addirittura suggerito miglioramenti delle norme statuarie richieste, dimostrando così di aver favorevolmente recepito l'adozione del nuovo modello.

Nell'operazione di qualificazione del tipo, si deduce dalla decisione, la *volontà delle parti* è certamente l'elemento da cui non si può prescindere, ed anzi che rappresenta un limite alla attività qualificatoria stessa. Il *nomen iuris* chiarisce ancora il Consiglio di Stato, non sempre è risolutivo, in quanto potrebbe non esserci corrispondenza tra questo i patti caratterizzanti il tipo che concretamente

¹⁴¹ . Esempio in tal senso il D. Lgs. 29/01/1998, n.19, Disegno di Legge sulla Biennale di Venezia, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il giorno 11/02/1998 n. 289. Nella Relazione, in "Atti parlamentare Senato della Repubblica", si legge: "*Il Governo ha inteso utilizzare l'ampia dizione dell'art.12 c.c., che fa riferimento, come è noto, oltre che ad associazioni e fondazioni, anche ad altre istituzioni di carattere privato*". Per un'elencazione di altri provvedimenti che oltre questo legittimano strutture di fondazioni atipiche: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di Partecipazione*, cit., p.41 e ss.

¹⁴² Regolamento adottato ai sensi dell'art. 10 del D. Lgs. 20 Ottobre 1998, n. 368.

¹⁴³ Vedi capitolo 4 paragrafo 2.

¹⁴⁴ Consiglio di Stato, n. 194/98 del giorno 11/11/1999, come riportato da E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 45 "*Quantunque poi, non si volesse riconoscere la velleità di legittimare la fondazione di partecipazione, riconducendola alla dicitura dell'abrogato articolo 12 codice civile, è possibile indirizzare il processo di qualificazione verso l'identificazione degli aspetti significativi dei modelli organizzativi legali, per poi verificarne la ricorrenza o meno nella fattispecie concreta della fondazione di partecipazione. Il divieto di costituire figure giuridiche atipiche pone difatti anche, il problema dell'identificazione dei singoli tipi. Una cosa è la tipicità della forma giuridica come prevista dall'ordinamento, altro è, il regolamento della forma tipica.*"

vengono inseriti nello statuto, o addirittura potrebbe rilevarsi un contrasto. L'organizzazione interna, infine, può essere modulata dalle parti nei limiti di elasticità tipologica concessi dalla legge, salvo violazioni di disposizioni inderogabili, suscettibile di determinare un contrasto con il tipo.

In conclusione, sebbene nel nostro ordinamento, l'autonomia privata non possa creare tipi nuovi dotati di rilievo reale,¹⁴⁵ ma solo scegliere fra quelli posti a sua disposizione dall'ordinamento e modularne l'organizzazione interna nei limiti di elasticità tipologica concessi dalla legge; la fondazione partecipata è legittima, dato il suo l'*ancoraggio ontologico* al *genus* della fondazione.¹⁴⁶ Anche il legislatore, che già in precedenza, in tema di fondazione tendeva ad accogliere le novità introdotte dal modello empirico,¹⁴⁷ pone un punto importante, a favore dell'ammissibilità dell'istituto. Molti sono difatti, nella realtà odierna le fondazioni di partecipazione costituite e riconosciute. Un riconoscimento, che si pone come valutazione di legittimità dell'impianto statuario, e dunque della stessa esistenza dell'ente; e di merito, sulla possibilità concreta di raggiungere gli scopi dichiarati in statuto¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Sulla questione: G. MARICONDA, *Superare il processo di neutralizzazione*, in *Fondazioni e Associazioni. Proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, 1995, pag. 69; S. CASSESE, *La disciplina delle fondazioni: situazioni e prospettive*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, 1998, pag. 60; G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 2000, p.155 ss.; M. V. DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, in *Rivista del Diritto Civile*, 1999, p. 287 il quale sottolinea come i privati non possono creare soggetti di diritto fuori dalle forme legali, essendo tale prerogativa riservata all'ordinamento, e non potendosi richiamare in tale ambito l'autonomia dei privati, giacché il ricorso all'atipicità è consentito loro solo nel settore dei contratti.

¹⁴⁶ E. BELLEZZA- F. FLORIAN, *Il modello delle cattedrali-Costruire l'impresa non lucrativa*, Milano, 2006, p. 187 e ss.

¹⁴⁷ Il riferimento è alle fondazioni bancarie (D. Lgs. 17 maggio 1999, n. 153, modificato dall'art. 11, c.4, legge 28 dicembre 2001, n. 448), alle fondazioni universitarie (Legge 23 dicembre 2000, n. 388, D.P.R. 24 maggio 2001, n. 254), alle fondazioni teatrali (D. Lgs. 29 giugno 1996, n. 367), alle fondazioni culturali (D. Lgs. 368/1998). Per gli esempi ed i riferimenti: V. VITTORIA, *Gli enti del primo libro codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in P. RESCIGNO (a cura di) *Le fondazioni in Italia e all'estero*, cit., pag. 69.

¹⁴⁸ Per un'elencazione delle Fondazioni di Partecipazione legittimamente costituite e riconosciute: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 46.

2. La natura giuridica delle fondazioni di partecipazione.

L'analisi della natura giuridica della fondazione di partecipazione, essendo questa una mutazione e non una negazione della fondazione, deve necessariamente partire dalle costanti proprie dello schema fondazionale, allo scopo di verificare se queste siano contraddette o snaturate dagli elementi di novità.

Le norme del codice dedicate specificamente all'istituto (artt. 16,25,26,27,28 e 2500*octies*), non consegnano una definitiva impostazione della struttura della fondazione, intervenendo tutte, unicamente, sul momento funzionale. Dal punto di vista della configurazione dell'ordinamento interno, pertanto, la fondazione è morfologicamente neutra;¹⁴⁹ così che è da considerarsi compatibile con lo schema fondazionale, sia una organizzazione con unico amministratore, sia una struttura più complessa ed eventualmente simile a quella associativa.¹⁵⁰ Ciò che importa non è la forma della struttura organizzativa, ma la coerenza dell'azione degli organi rispetto alle caratteristiche funzionali dell'ente.

Non sarà ammissibile, se si vuole mantenere il collegamento alla fondazione, la negazione assoluta di quegli elementi che connotano una fondazione come tale. Seguendo un'accreditata dottrina¹⁵¹, le caratteristiche, che qualificano la fondazione, rendendola profondamente diversa dalle altre figure del primo libro del codice civile, sono, come ho analizzato nel primo capitolo, la destinazione del patrimonio allo scopo e l'immutabilità dello scopo, se non per intervento della Pubblica Autorità. Riportandoli, alla fondazione di partecipazione, possiamo rilevare che essi, rispecchiano in pieno il modello, ed anzi qualificando la

¹⁴⁹M. MALTONI, *La Fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della fondazione italiana notariato*, p.5; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., pag. 102.

¹⁵⁰A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in *Rivista del diritto civile*, 2005, p. 373, il quale richiama ad esempio il caso delle fondazioni-fondi pensione.

¹⁵¹M. MALTONI, *La Fondazione di partecipazione*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della fondazione italiana notariato*, p. 3 e ss.

disciplina della nuova figura partecipata¹⁵². La prevalenza del momento patrimoniale e la destinazione di esso ad uno scopo sono, difatti, considerata, per letteratura specialistica, il tratto emblematico della fondazione di partecipazione;¹⁵³ mentre gli ulteriori aspetti del nuovo modello, quali l'organizzazione interna, la presenza di organi diversi rispetto al quelli tradizionali, le modalità di nomina degli amministratori; non risultano apprezzabili in chiave di qualificazione dell'istituto. Quest'ultimi non caratterizzano l'istituto, ma rispondono alla necessità di adeguarsi alle diverse e nuove esigenze dell'autonomia privata¹⁵⁴. E' chiaro, che la disciplina applicabile alle fondazioni di partecipazione è quella delle fondazioni, e non delle associazioni, proprio in ragione del fatto che la fondazione di partecipazione è una fondazione, ossia un patrimonio, a formazione progressiva,¹⁵⁵ destinato ad uno specifico scopo su cui si innesta l'adesione patrimoniale di altri soggetti¹⁵⁶. Sulla natura non associativa delle Fondazioni di Partecipazione vanno fatte alcune precisazioni, di cui mi occuperò in dettaglio di seguito¹⁵⁷. Tuttavia, va fin da subito escluso che il nuovo assetto organizzativo della fondazione partecipata, assurga al modello associativo, quanto alla disciplina codicistica da applicare. La possibilità che ai soggetti originari possano aggiungersene altri, difatti, non attiene al momento genetico dell'ente, ma ad una strutturazione che è giuridicamente successiva¹⁵⁸. Sempre di fondazione si tratta, poiché, come si è

¹⁵²E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio. Pubblico e Privato per il non profit*, cit., pag. 194.

¹⁵³E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni di Partecipazione*, cit., p. 25.

¹⁵⁴M. MALTONI, *La Fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della fondazione italiana notariato*, cit., p. 5.

¹⁵⁵E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni di Partecipazione*, cit., p. 45, ove si precisa: "Senza tale momento patrimoniale la Fondazione di Partecipazione non sussiste."

¹⁵⁶Gli apporti successivi alla costituzione non possono mai, però, comportare la modifica dei soggetti fondatori, in quanto la fondazione, una volta divenuto patrimonio costituito, "si distacca dall'elemento personalistico che ne ha determinato la nascita e che, rispetto ad essa, diviene un fatto storico immutabile, di cui è solo possibile una diversa modulazione gestoria, (Consiglio di Stato, Commissione speciale, 20/12/2000, n. 288), riportato da A. SANTUARI, *Le ONLUS. Profili civili amministrativi e fiscali*, 2007, p. 133

¹⁵⁷Si veda paragrafo 4 di questo capitolo.

¹⁵⁸E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni del Terzo Millennio. Pubblico e Privato per il non profit*, cit., pag. 59: "Pertanto non siamo in presenza di una struttura associativa."

detto, la pluralità di fondatori non incrina l'unicità formale e l'unidirezionalità delle dichiarazioni negoziali.¹⁵⁹ Inoltre, è evidente come, in tale contesto per nulla rilevi il contratto di associazione in partecipazione,¹⁶⁰ ma sussista, invece, una netta distinzione tra il nostro istituto e il contratto ex articolo 2549e seguenti del codice civile¹⁶¹. La fondazione di partecipazione è ente non commerciale puro, che non può, e non deve, corrispondere utili, che eventualmente prodotti resteranno nell'ambito della stessa, a differenza dell'associazione in partecipazione, che è un tipico contratto commerciale. E' dunque, giuridicamente errato¹⁶² il riferimento giuridico. Anche nel caso in cui una società commerciale si affiancasse la struttura non commerciale della fondazione, e la seconda detenesse la maggioranza del capitale della prima, si tratterebbe sempre di strutture collegate e non associate in partecipazione.¹⁶³ Né può da ultimo, volendo accennare al profilo della garanzia verso i terzi, avanzarsi una diminuzione della garanzia per questi, a causa dell'essenza non associativa dell'istituto. L'associazione riconosciuta è patrimonio autonomo, dotato di capacità giuridica piena anche in punto di tutela dei beneficiari¹⁶⁴; ma con la fondazione partecipata tale garanzia è confermata. La patrimonialità autonoma resta e si struttura, difatti, secondo la disciplina delle fondazioni.¹⁶⁵ Anche nella fondazione partecipata, resta ferma l'autonomia d'imputazione giuridica del nuovo ente rispetto ai

¹⁵⁹ Rileva F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 197: "Può anche accadere che lo statuto preveda la possibilità che ad una fondazione già riconosciuta ed operante si aggiungano, in progresso di tempo, ulteriori apporti forniti da soggetti che assumono anch'essi la qualità di fondatori; ed in caso si renderà necessaria la forma dell'atto pubblico".

¹⁶⁰ D. VITTORIA, *Gli enti del primo libro del codice civile*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le Fondazioni in Italia e all'estero*, cit., p. 24

¹⁶¹ Definibile, come il contratto attraverso il quale l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili verso il corrispettivo di un determinato apporto, esso si caratterizza per due elementi: l'apporto dell'associato, comune alla fondazione partecipata, e l'attribuzione di una partecipazione agli utili per questi; elemento questo invece del tutto incompatibile con la fondazione partecipazione. Sul contratto: G. DE FERRA, *Associazione in partecipazione*, I, *Diritto Commerciale*, in *Enciclopedia Giuridica*, III, Roma, 1988, p.3; G. FERRI, *Associazione in partecipazione*, in *Digesto commerciale*, I, Torino, 1987, p. 506.

¹⁶² E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 45.

¹⁶³ Il che ha trovato approvazione anche nel parere favorevole del Consiglio di Stato in merito al regolamento ex art. 10 D. Lgs. 368/98, già citato.

¹⁶⁴ E non semplicemente patrimonio separato: L. BIGLIAZZI GERI, in C. MORTATI, G. PASSARELLI (a cura di) *voce Patrimonio autonomo*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1982, p. 284.

¹⁶⁵ E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 46.

fondatori, per tramite dei quali si compiranno quotidianamente attività, che andranno sempre e solo imputate all'ente. Non pare, in conclusione, possano avanzarsi argomenti contro la natura fondazionale del nuovo modello introdotto dalla prassi,¹⁶⁶ e questo, senza la creazione di una disciplina che presenti commistioni tra la normativa delle associazioni e quella delle fondazioni, perché sarà lo statuto, di volta in volta, a fornire la regolamentazione necessaria ed esclusiva per l'istituto¹⁶⁷. Così che nessun dubbio può residuare sulla sua collocazione sistematica nell'ordinamento.¹⁶⁸

3. La rivoluzione della destinazione patrimoniale a struttura aperta. Il Patrimonio: fondo di dotazione, fondo di gestione e beni in concessione d'uso.

Una delle caratteristiche essenziali, della nuova figura delle fondazioni partecipate, attiene all'articolazione patrimoniale che le è propria. Va ricordato che l'aspetto patrimoniale è essenziale, poiché l'ente sorge solo se sussiste un fondo, costituito dai conferimenti dei soci al momento della costituzione

¹⁶⁶ Si riconosce si riconosce la compatibilità di una fondazione “*amministrata da un organo composto su base associativa o assemblearmente nominato, in quanto si tratta di un carattere non solo causalmente, ma anche strutturalmente neutro e quindi indifferente*”. A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla Tipicità alle tipologie*, pag. 102. Vedere anche V. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive di tecnica fondazionale*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1975, I, pag. 298.

¹⁶⁷ Dall'istituto resta esclusa la legittimità di clausole, ad esempio, che prevedano una partecipazione diretta degli “associati della fondazione”, perché non si tratta di associati²¹⁴ Alcuni Autori, tra cui D. VITTORIA, *Gli enti del primo libro del codice civile*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le Fondazioni in Italia e all'estero*, cit., p. 24 e ss.; E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, cit., pag. 195.

¹⁶⁸ Contra: A. ZOPPINI, *Le Fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p.122 che limita la libertà di conformare lo statuto con le previsioni che meglio si confanno a regolare l'attività al conseguimento dello scopo “*fino al limite dell'alterazione dei lineamenti tipologici*” Un'importante limitazione della libertà statutaria, citata anche dall'autore, nel D. Lgs. 20/11/1990 n. 356 con nota di G. NAPOLITANO, *La crisi d'identità delle Fondazioni, casse di risparmio di fronte al giudice costituzionale*, in *Giurisprudenza. It.*

dell'ente;¹⁶⁹ anche questo aspetto, del resto, contribuisce alla differenziazione la Fondazione di partecipazione da ogni istituto di tipo associativo.

Si parla più propriamente, nelle fondazioni di partecipazione, di un “*patrimonio a formazione progressiva*.”¹⁷⁰ donazioni successive si aggiungono agli atti di liberalità iniziali dei fondatori, costituendo, gradualmente e non in un'unica soluzione come da modello tradizionale, il patrimonio necessario allo scopo. E' il fenomeno dei c. d “*fondatori successivi*,” o più comunemente *Partecipanti*, intesi come contributori al fondo di dotazione che si aggiungono ai fondatori iniziali.

L'assetto patrimoniale risulterà, quindi, così composto¹⁷¹: *un fondo di dotazione*,¹⁷² che costituisce la massa intangibile della Fondazione; un *fondo di gestione*,¹⁷³ costituito dai conferimenti in qualsiasi natura; e *beni in concessione d'uso* (sottoposti ad un regime particolare, quantomeno in termini di utilizzazione in caso di scioglimento della Fondazione).

Il fondo di dotazione non è più in primo piano come nelle fondazioni tradizionali, ove la tutela del patrimonio è prevalente rispetto agli scopi della fondazione. E'

¹⁶⁹ Abbiamo già visto nel paragrafo precedente come le Fondazioni di Partecipazioni abbiano la stessa disciplina delle fondazioni razionali, anche in punto ai requisiti necessari perché possa validamente istituirsi l'ente.

¹⁷⁰ Usa l'espressione E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 36.

¹⁷¹ Si riprende qui la descrizione di E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p.36

¹⁷² In particolare esso sarà costituito dai conferimenti in denaro, beni mobili od immobili o altre utilità impiegabili per il perseguimento degli scopi, effettuati dai Fondatori (sia promotori che nuovi), e dagli Aderenti; dai beni mobili ed immobili che pervengano o perverranno a qualsiasi titolo, compresi quelli acquistati dalla stessa secondo le norme del proprio Statuto; da contributi dell'Unione Europea, dello Stato o di Enti territoriali, dalle elargizioni fatte da Enti o da privati con espressa destinazione ad incremento del Patrimonio; dalla parte di rendite non utilizzata che, con delibera del Consiglio Generale, può essere destinata ad incremento del Patrimonio. F. FLORIAN, *La fondazione di partecipazione, le fondazioni tradizionali le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, p.67 ss.

¹⁷³ Costituito dalle rendite e dai proventi derivanti dal Patrimonio e dalle attività della Fondazione; dalle donazioni o disposizioni testamentarie che non siano espressamente destinate al Fondo di dotazione; da eventuali altri contributi attribuiti dallo Stato, da Enti territoriali o da altri Enti pubblici; dai contributi volontari dei Fondatori promotori, dei Nuovi fondatori, degli Aderenti e dei Sostenitori; dai ricavi delle attività istituzionali, accessorie, strumentali e connesse F. FLORIAN, *La fondazione di partecipazione, le fondazioni tradizionali le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi*, in *inondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, cit., p.69.

noto difatti, come nella fondazione sussista uno dei vincoli di destinazione più forti, dato che la figura giuridica nasce proprio con la specifica finalità di perseguire determinati scopi per mezzo del vincolo su determinati beni.¹⁷⁴ Il vincolo di destinazione sul patrimonio della fondazione, che sorge al momento del riconoscimento, ha natura reale ed è opponibile ai terzi, e non può essere qualificato in maniera statica, ma dinamica, perché lo scopo imprime una direzione e conforma l'attività verso il conseguimento di un risultato. Il vincolo imposto all'attività dell'ente è cosa diversa dal vincolo di destinazione imposto ai beni che dotano l'ente¹⁷⁵

In questo principio di intangibilità del patrimonio, si inserisce la fondazione partecipata, evolvendolo, attraverso la destinazione esclusiva di una parte del fondo alla gestione dell'ente, salvo poi tentare continuamente la sua ricostruzione.¹⁷⁶ Mentre il fondo di dotazione comprenderà il patrimonio in senso stretto, il fondo di gestione rappresenterà i cespiti che costituiranno “*la cassa della fondazione*”, e quindi le risorse spendibili dalla stessa.

Va inoltre sottolineato, che è all'intero complesso patrimoniale, e non solo al fondo intangibile, che deve guardarsi al fine di valutare la congruità del

¹⁷⁴ Parlano di “*entificazione*” del vincolo di destinazione F. FERRARA, *La teoria della persona giuridica*, in *Rivista del diritto civile*, 1911, pag. 659; G. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, 1943, pag. 115.

¹⁷⁵ Il vincolo di destinazione personificato è particolarmente pregnante, come sottolineato da alcune indicazioni M. CEOLIN, *Fondazioni e fondazioni non riconosciute anche alla luce dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 2009, 6, pag. 1427: la nullità della delibera di smobilizzo assunta in contrasto con le modalità stabilite nello statuto¹²⁴; il fatto che vengono repute valide le clausole di inalienabilità perpetua Sul punto G. ALPA, *Sulla validità della clausola di inalienabilità perpetua contenuta in un atto di fondazione*, in *Foro padoano*, 1980, II, pag. 10, il quale sostiene l'invalidità della clausola che imponga un vincolo di indisponibilità perpetua ai beni che costituiscono la dotazione dell'ente, rimuovibili solo attraverso lo scioglimento della fondazione per impossibilità di raggiungere lo scopo, ex articolo 28 codice civile; la circostanza che il vincolo di destinazione non può cessare né per volontà del fondatore né, fino a quando lo scopo sia attuabile, per intervento dell'autorità amministrativa.

¹⁷⁶ E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni di Partecipazione*, cit., p.532. “*La fondazione esige non solo di un patrimonio ma ne anche di un fondo di gestione, che deve essere costantemente alimentato per sostenere gli eventi che si vogliono realizzare. Appare pertanto normale aprire la Fondazione agli apporti economici ed alla partecipazione di soggetti pubblici o privati diversi dai fondatori, ed è consequenziale a questa necessità quella di consentire a tali soggetti di controllare come vengano spesi i contributi da loro versati.*”

patrimonio dell'ente rispetto al perseguimento delle finalità poste. Tale approccio pare essere condiviso pure dalle autorità preposte al controllo giuridico¹⁷⁷.

Data la conformazione appena descritta, risulta che il patrimonio della fondazione di partecipazione è un patrimonio a “*struttura aperta*.” soggetti pubblici e privati, apportando beni mobili, immobili, denaro, servizi e lavoro, danno corpo alla massa critica, della nuova figura giuridica. Va chiarito che i contributi dei fondatori o dei partecipanti possono consistere non solo in beni patrimonializzabili, ma anche in prestazioni d'opera, in beni immateriali, conferimenti di diritti; in sostanza tutto ciò che possa essere utile al raggiungimento dello scopo. Non vi è dubbio, che tali apporti siano ammissibili solo qualora rientrino nella sfera di liberalità dei soggetti coinvolti, o al più effettuati a titolo gratuito, come pare confermato a livello tributario anche dalla loro certa sottoposizioni all'imposta sulle donazioni degli apporti alle fondazioni¹⁷⁸. Si è posto, invece, un problema essendo questi contributi ad ente diverso dalle società, e dovendosi ipotizzare la loro natura onerosa, in ambienti, come quello oggetto della nostra analisi, dove l'apportante acquista un diritto di partecipazione all'ente. Ma il dubbio è facilmente risolvibile per la fondazione partecipata. La possibilità di apporti a titolo oneroso è configurabile quasi esclusivamente in rapporti di tipo associativo¹⁷⁹ (si pensi alle società o alle associazioni che garantiscono la possibilità all'associato di utilizzare le strutture dell'associazione) ove si acquista un diritto di partecipazione idoneo a soddisfare un in via diretta un interesse patrimoniale dell'apportante medesimo, ed avente, nello stesso tempo, un'incidenza sul patrimonio comune. Ove l'apporto sia

¹⁷⁷ Sempre: BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 34.

¹⁷⁸ È l'art. 1, commi da 47 a 54, dell'allegato alla legge di conversione del D. I. 262/2006, nuovamente istitutiva dell'imposta di successioni e donazioni, secondo la disciplina recata nel T. U. 346/1990, nel testo vigente alla sua soppressione, avvenuta con l'art. 13 della L. n. 383/2001

¹⁷⁹ A. SANTUARI, *Le ONLUS. Profili civili amministrativi e fiscali*, 2007, p. 132; Nello stesso senso: Cons. Stato, sez. II, 4 maggio 1994, n. 759/1994, in *Consiglio di Stato*, 1994, I, p. 1849: “*Lo Statuto di una fondazione non può prevedere fra le entrate le quote associative, trattandosi di ente a base patrimoniale*”.

destinato ad una fondazione invece tale eventualità appare del tutto marginale se non patologica.¹⁸⁰

È dunque legittimo che i fondatori attribuiscono poteri ai soggetti che apportano risorse finanziarie durante la vita della fondazione, non tramutandosi mai la partecipazione ad una fondazione nella soddisfazione di un proprio vantaggio patrimoniale.¹⁸¹ Ciò che si ottiene è la partecipazione democratica all'ente e la possibilità di accertare l'esatta destinazione del contributo versato.

La particolare apertura patrimoniale dell'ente influirà anche quindi, sull'articolazione dei soggetti partecipanti alla fondazione. Essi, in particolare, sono classificabili in : *Fondatori*, promotori del progetto, che rappresenteranno il nucleo forte dell'ente; *Partecipanti Istituzionali*, persone giuridiche o enti prevalentemente pubblici, che si uniranno impegnandosi ad erogare contributi pluriennali; *Partecipanti*, ossia tutti coloro che sosterranno l'ente con contributi, di più varia natura, una tantum.¹⁸² Sarà consequenziale, la necessità di consentire a tali soggetti di poter controllare come vengono spesi i contributi versati e di poter interloquire sulle scelte culturali o economiche compiute dall'ente. E' questo un aspetto fondamentale delle fondazioni partecipate: tutti coloro che contribuiscono possono partecipare alla vita dell'ente, si consente anzi, che il peso dei vari partecipanti sia calibrato, anche, sulla base delle contribuzioni.¹⁸³ L'effettiva partecipazione di coloro che partecipano, è garantita dalla previsione di un organo collegiale, dal quale verranno scelti alcuni rappresentanti che formuleranno proposte in ordine all'attività svolgere. Nel rispetto della diversa tipologia soggettiva e della diversa quantificazione dei

¹⁸⁰ Così: G. FRANSONI, *Le fondazioni di partecipazione nell'imposizione indiretta*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato* cit., p.60. Lo si veda anche in commento alla disposizione sull'imposta sulle donazioni e successioni.

¹⁸¹In tal senso A. GIACINTI, R. CADONI, *Un modello di fondazione atipico: la fondazione di partecipazione*, in *Enti no profit*, 2005, pag. 11

¹⁸² La descrizione è sempre nella letteratura specialistica: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p.33.

¹⁸³ Il che depone a favore della qualificazione della nuova figura posta dai promotori della figura: “una logica di partecipazione che rende l'istituto sempre più simile ad una società di capitali, priva però dello scopo di lucro”. E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p.29.

versamenti dei soggetti partecipanti si innesta, quindi, un sistema di ponderazione dei voti, che consente di assicurare una corretta partecipazione nell'ente, indipendentemente dal numero dei nuovi soggetti che vi potranno aderire in qualità di nuovi fondatori o di partecipanti.¹⁸⁴ Il criterio sarà quello di prevedere che i diritti di voto siano proporzionali alla partecipazione permettendo a chi più contribuisce di influire di più.¹⁸⁵ E' importante che la partecipazione sia effettiva, che non si pensi di inserire nelle regole statuarie una situazione di blocco, che consenta al solo soggetto "forte" di contare in tutte le fasi decisionali, truffando di fatto la buona fede dei partecipanti.

Ne risulta che la prassi, avallata dal riconoscimento amministrativo, ha riscritto la regola dogmatica, ma non normativa, del distacco del fondatore dalla vita dell'ente, a favore di una progressiva possibilità di incidere, attraverso articolazioni collettive preposte, sui procedimenti attuativi dello scopo.¹⁸⁶ Le norme del codice non vietano tale soluzione, che presenta il pregio di garantire il conferente circa l'effettiva destinazione del suo apporto allo scopo; ma sarà ora opportuno esaminare gli schemi organizzativi nuovi che consentono ai fondatori, e in generale ai partecipanti, di detenere un ruolo nella fase attuativa del programma fondazionale¹⁸⁷.

L'articolazione patrimoniale trova infine la sua disciplina ovviamente nell'atto di fondazione dell'ente, o meglio nei due negozi distinti, che lo compongono: il negozio di fondazione, diretto alla nascita del nuovo soggetto giuridico e

¹⁸⁴ R. GIACINTI, D. CADONI, V. SERINO, *La ponderazione di voto nelle fondazioni di partecipazione*, in *Terzo settore*, 2006, 10, pag. 32, i quali tengono a precisare però che "la ponderazione non può costituire predeterminazione di volontà maggioritarie, miranti a togliere al consiglio di amministrazione la piena autonomia accordata dal codice nella gestione dell'ente: peraltro il consiglio di amministrazione delibera la con le maggioranze proprie dell'organo consiliare e non con quelle ponderate dell'assemblea."

¹⁸⁵ Per tale ragione: "è consentito prevedere, voti "pesanti", solo nella sede di indirizzo, dove si ha appunto l'obbligo di assicurare il perseguimento di un interesse generale, e non anche nella fase di gestione". E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p.32. Della distinzione tra le fasi di indirizzo e quelle di controllo mi occuperò nei paragrafi finali di questo capitolo.

¹⁸⁶ D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1975; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 64.

¹⁸⁷ Si veda il paragrafo successivo.

funzionalmente collegato con il riconoscimento della persona giuridica; ed il negozio di dotazione, mero atto di disposizione patrimoniale accessorio al primo¹⁸⁸. Tra i due, gli atti attinenti il fondo di gestione sono destinati ad assumere un rilievo decisivo, perché destinati a chiarire in quali termini gli altri fondatori permetteranno alla fondazione di adempiere alle proprie finalità. In particolare, fanno parte del contenuto necessario di questi, ai sensi dell'art. 16 c. c.¹⁸⁹: la varietà degli apporti possibili, tipo ed entità del conferimento, la distinzione tra gli apporti al fondo di gestione e quelli al fondo di dotazione, la distinzione tra apporti definitivi ed apporti attributivi di diritti temporanei; gli equilibri gestionali e decisionali.

4. Gli organi: il problema della presenza di strutture assembleari.

La presenza preponderante di una struttura personalistica, come già anticipato, non è di per sé illegittima.¹⁹⁰ Essa si tramuta, nelle fondazioni partecipate, in tre strutture qualificanti: l'organo di vigilanza interna, detto Organo di Sorveglianza¹⁹¹, il Consiglio o Assemblea di partecipazione, ed il Consiglio di gestione,

Il Consiglio è la sintesi di tutte le componenti dell'ente. Esso è composto da un membro in rappresentanza di ogni Fondatore Promotore, da soggetti nominati dai fondatori partecipanti, e da rappresentanze nominate dai Partecipanti

¹⁸⁸ Si è già chiarita la natura unitaria dell'atto costitutivo della fondazione di partecipazione (vedi in proposito cap. 1 p.6). Sulla scomposizione dell'atto costitutivo vedi F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p.203ss.

¹⁸⁹ Essendo la fondazione species del genus fondazione, come abbiamo già visto, quanto alla forma ed al contenuto dell'atto costitutivo dobbiamo rifarci agli artt. 14 e 16 del cod. civ. ed all'art. 1 del D.P.R. 361/2000."

¹⁹⁰M. BASILE, *Le Persone Giuridiche*, in G. IUDICA (a cura di) *Trattato di diritto privato*, cit., p. 275, per il quale molteplici dati normativi confermano che "La compatibilità con il modello fondazionale di differenziazioni di struttura, che n salvaguardano i caratteri essenziali. Pure l'autonomia privata nell'istruire una fondazione può introdurre varianti al modello prefigurato dal codice, ferma la centralità dell'organo di governo".

¹⁹¹ Di questo mi occuperò nel prossimo paragrafo dedicato ai modelli di controllo della fondazione.

istituzionali. La maggioranza al suo interno è sempre garantita ai Fondatori.¹⁹² Il sistema di ingresso dei partecipanti istituzionali viene deciso sulla base dei contributi, mentre i partecipanti generalmente vengono nominati per cooptazione, da parte delle prime due categorie¹⁹³. Le funzioni attribuitegli sono moltissime¹⁹⁴, è, in sostanza, la guida della fondazione, approva i programmi e gli obiettivi, proposti dal Consiglio di Gestione, assicurando così il rispetto della dotazione patrimoniale dell'ente, e verifica alla fine i risultati della gestione medesima.

Data la natura fortemente partecipata, si è discussa la legittimità della sua introduzione all'interno di una struttura che, come sottolineato, resta fondazionale. Se nelle associazioni difatti, la presenza di un organo democratico è strutturale; in una fondazione l'introduzione di meccanismi democratici solleva numerose perplessità.

L'introduzione può considerarsi legittima, anzitutto, poiché essa non è vietata da alcuna disposizione codicistica.¹⁹⁵

L'impostazione che il codice offre, della fondazione tradizionale, non impedirebbe cioè, l'introduzione di organi statuari ulteriori rispetto a quello

¹⁹² Lo chiarisce, descrivendo anche i quorum necessari per le varie decisioni: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni di partecipazione*, cit., p.95 e 9. In particolare si distinguono due tipi di quorum, uno a maggioranza "per testa", l'altro, per alcune decisioni "qualificate", quali la nomina del presidente, l'approvazione del bilancio ecc., è quello determinato secondo il modello del voto ponderato, sulla base di punti voto in disponibilità del consiglio di indirizzo.

¹⁹³ F. FLORIAN, *La fondazione di partecipazione, le fondazioni tradizionali le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi*, in, *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato* cit., p.73, sottolinea come "l'introduzione di locuzioni quali soci fondatori, soci partecipanti, soci benemeriti, (pur tendenti a sottolineare l'aspetto partecipativo), risponda a dinamiche soggettivamente lucrative (srl, spa), laddove, se di lucro si vuole parlare nel caso de quo, lo si può fare solo in senso oggettivo." In sostanza una partecipazione commisurata ai contributi e la gestione diretta non depongono per i fautori diretti ad escludere la natura fondazionale e non lucrative dell'ente e delle sue finalità.

¹⁹⁴ Precisamente, in aggiunta alle funzioni più propriamente di programmazione, provvede ad: approvare il bilancio di previsione ed il bilancio consuntivo, approvare, ove opportuno, il regolamento relativo all'organizzazione e funzionamento della fondazione, nominare partecipanti con deliberazione inappellabile, nominare il presidente, individuare i dipartimenti della fondazione e determinarne funzioni e responsabili, nominare il revisore dei conti. L'elencazione in E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni di partecipazione*, cit., p. 95.

¹⁹⁵ Lo ritiene: F. FLORIAN, *La fondazione di partecipazione, le fondazioni tradizionali le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, cit., p.72.

amministrativo, o, come nella fondazione partecipata, rispondenti in altra forma alla stessa logica di questo, ma piuttosto imporrebbe una preclusione quanto alle competenze loro affidabili.¹⁹⁶ Il dubbio, in pratica, sta tutto sulle limitazioni al principio di democraticità, che operano nella fondazione.

E 'solo a precise condizioni che la compagine amministrativa e di indirizzo potrà inserirsi nella fondazione.¹⁹⁷ Il limite individuato è quello del rispetto dello scopo impresso al patrimonio,¹⁹⁸ così che l'organo di indirizzo del nuovo ente potrebbe svolgere funzioni esclusivamente amministrative, mentre, risulteranno certamente incompatibile con il tipo fondazionale, tutte quelle limitazioni derivanti direttamente dal principio di indisponibilità dello scopo.¹⁹⁹

La gradazione delle mansioni sarebbe già solo così assai ampia, potendosi assumere decisioni in ordine ad un atto gestionale, alla approvazione dei bilanci preventivi e consuntivi, alla nomina degli amministratori, tutti annoverabili con certezza fra gli atti di amministrazione di un ente. Tuttavia, fermandosi a questo,²⁰⁰ resterebbe irrisolto il problema del limite che la gestione

¹⁹⁶ Cosa che la prassi aveva preso già da tempo ad attuare come rileva: D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, cit., p. 298.

¹⁹⁷ M. MALTONI, *Le Fondazioni di Partecipazione: natura giuridica e legittimità*. in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, p. 31 e ss., individua dettagliatamente i limiti dell'attività organica a suo parere necessari ai fini della legittimità delle Fondazioni di Partecipazione

¹⁹⁸ Come confermato da una lontana sentenza di merito: [...] *esistono fondazioni il cui statuto, in parte contraddicendo il tradizionale modello, attribuisce rilievo alla struttura organizzativa, sia attribuendo ampie competenze e larghi margini di discrezionalità al consiglio di amministrazione, sia prevedendo, oltre a questo, altri organi collegiali, come assemblee, consigli generali, comitati esecutivi. Resta fermo, però, che gli amministratori non possono, a differenza dei componenti l'associazione, alterare a proprio piacimento il contenuto dell'atto costitutivo, deliberare lo scioglimento dell'ente o modificarne il fine, perché lo svolgimento della loro attività è pur sempre vincolata al perseguimento dello scopo prefissato dal fondatore, e l'esercizio di queste funzioni spetta solo all'autorità governativa.*" Trib. Salerno, 27. 1. 1999, con nota di M. DE GIORGI, *Il controllo sull'amministrazione delle fondazioni*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1999, I, p. 779,

¹⁹⁹ A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*. pag. 220, secondo il quale la modificabilità dello statuto trova limite nei connotati inderogabili della fattispecie, quale l'irrevocabilità del programma ed il carattere necessitato dell'attività, e fermo comunque l'art. 27 codice civile sull'estinzione.

²⁰⁰ Più possibilistico: G. PONZARELLI, *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, in *Nuova giurisprudenza Commentata*, 2006, p. 419 e ss., "Sicuramente legittima sarebbe la modifica parziale delle finalità originarie, soprattutto quando queste rinviano ad una più ampia categoria all'interno della quale è possibile e legittima una variazione". Contra il Parere del Consiglio di Stato 2898/95 del 25 dicembre 1995, in *Il Consiglio di Stato*, 1997, I, p. 1156, "Ha carattere di

incontrerebbe, su aspetti, di particolare rilievo, quali le eventuali modifiche statuarie e la decidibilità o meno dell'estinzione dell'ente.

Va valutato cioè, se nella fondazione di partecipazione sarà derogabile l'intervento dell'autorità governativa,²⁰¹ così da ammettere o meno la legittimità di clausole statutarie che affidino a organi interni la competenza a deliberare le operazioni straordinarie. E', dunque, alla disciplina della trasformazione,²⁰² che bisogna rifarsi per meglio comprendere quali siano le competenze dell'organo di indirizzo compatibili con lo schema fondazionale canonico.

L'art. 28 c.c., affidando alla P.A. la decisione della trasformazione di un ente, sembrerebbe sottolineare l'inderogabilità di tale competenza ed altrettanto dispone l'art. 2500 c.c., che vale per tutti i tipi di trasformazione. Invero, la fattispecie contemplata nell'art. 28 c.c., è puramente modificativa, essa lascia integra l'essenza dell'ente, trattandosi piuttosto di trasformazione di scopo.²⁰³ La previsione detta una deroga ulteriore, rispetto al principio di immutabilità dell'atto di fondazione, di cui all'art. 26 c. c.²⁰⁴, e presenta la trasformazione

associazione, e non di fondazione, l'istituzione che, pur avendo un patrimonio sufficiente al perseguimento dei fini istituzionali, sia costituita da varie categorie di soci e da un'assemblea sociale competente ad adottare i principali atti di indirizzo finanziario, con scissione fra base sociale ed amministrazione e con funzione dominante dell'elemento personalistico".

²⁰¹ M. MALTONI, *La trasformazione eterogenea di fondazioni in società di capitali*, in *Rivista del diritto civile*, secondo cui ove la P. A. conservi discrezionalità, l'unico interesse sarebbe quello d'impresa, ossia la sua continuazione, che imporrebbe la dissoluzione del vincolo di destinazione, riuscendo così pertinente l'accostamento all'estinzione.

²⁰² Preliminare è la ricostruzione del concetto giuridico di trasformazione. Alcuni autori M. V. DE GIORGI, *Le vicende modificative ed estintive*, in M. BASILE (a cura di) *Le persone giuridiche*, Milano, 2003, p. 375 ss.; A. FUSARO, *Trasformazione da e in fondazione di partecipazione*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, cit., pag. 48 la assimilano all'estinzione, con il risultato che anche al primo istituto possono essere applicate le cause convenzionali previste dall'articolo 27 codice civile, ma ciò conferma il necessario intervento dell'autorità amministrativa, contemplato per l'estinzione, anche dall'articolo 6 D.P.R. 361/2000. Altri invece assimilano la trasformazione alle modifiche statutarie, con la conseguenza che in base all'articolo 2 D.P.R. 361/2000 la decisione può essere assunta direttamente dall'organo amministrativo con delibera modificativa dello statuto, previa verifica da parte dell'autorità governativa del rispetto delle disposizioni statutarie in materia: M. MALTONI, *La trasformazione eterogenea di fondazioni in società di capitali*, in *Atti del Convegno notarile di Taormina*, 2006, p. 25 e ss.

²⁰³ Così anche la giurisprudenza: "L'oggetto della modificazione è di regola lo scopo della fondazione", Consiglio di Stato, 12.12.1963, n 260 in Foro.it.

²⁰⁴ Deroga dettata dall'esigenza, si è osservato, "di correggere l'estrema rigidità che deriverebbe dal rispetto della volontà cristallizzata nell'atto di fondazione". P. RESCIGNO, voce *Fondazione (diritto civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 790.

dello scopo come alternativa all'estinzione dell'ente, ma al secondo comma, eccettua tale eventualità per quei fatti che sono previsti quali causa di estinzione, così come già previsto dall'art. 27 c.c., co. 1. Sia l'art. 28 che 31, ammettono dunque la riserva a favore dell'autonomia privata, così che potrebbe dedursi la competenza a deliberare ad un organo interno anziché alla pubblica amministrazione. Ed oggi, secondo le modalità previste dall'art. 2 del D.P.R. 10.2.200 n.361, è ammissibile che sia il consiglio di amministrazione, che diverrà nelle fondazioni oggetto della nostra analisi organo di indirizzo, ad apportare "modiche *organizzative allo statuto dell'ente*". La competenza dell'organo, pure se comportante una certa inabilità dello scopo, troverebbe, per questa via, la sua legittimazione all'interno di una previsione statutaria.

Ma va osservato che, ai sensi delle disposizioni codicistiche sopra citate, la possibilità delle operazioni straordinarie è limitata dal verificarsi di una causa di estinzione, o di revoca del riconoscimento,²⁰⁵ e vi è chi non manca di osservare, come l'equiparazione della trasformazione all'estinzione sortisce l'effetto di estendere alla modificazione dello scopo l'ammissibilità delle cause convenzionali, di cui già all'art. 27 c.c., confermando di fatto, l'inevitabilità dell'intervento amministrativo che almeno per l'estinzione, resta confermato dall'art. 6 del D.P.R. 361/2000.²⁰⁶

Per i sostenitori della fondazione partecipata, in sostanza, il favore del legislatore è per l'autonomia privata, il che deve indurre a ritenere che la trasformabilità sia principio generale, anche in forma atipiche rispetto a quelle di previsione codicistica, avendo la riforma chiarito che non sussiste un interesse pubblico, tale

²⁰⁵ Cause di estinzione sono: l'esaurimento dello scopo, la sopravvenuta impossibilità, la scarsa utilità. Quest'ultima si verifica, come si legge nella Relazione al codice civile, quando una determinata finalità pubblica non è più utile, o socialmente apprezzabile. Per un approfondimento: G. IORIO, *sub. art. 28*, in G. BONILINI- M. CONFORTINI- C. GRANELLI (a cura di) *Codice Civile Iperattuale vol. 1*, cit., p.93. L'insufficienza del patrimonio è solo causa di revoca del riconoscimento, mentre l'assenza di questo sarà causa di estinzione solo qualora questa sia destinata, dal fondatore, ad operare quale fondazione riconosciuta; in tal caso la revoca del riconoscimento impedirà anche la trasformazione: F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p.244.

²⁰⁶ Si veda in proposito: M. MALTONI, *La trasformazione eterogenea di fondazioni in società di capitali*, in *Rivista del diritto civile*, cit., p.; M.V. DE GIORGI, *Le vicende modificative ed estintive*, in M. BASILE (a cura di) *Le persone giuridiche*, cit., p. 375 e ss.

da essere tutelato attraverso un divieto volto ad impedire che qualsiasi organizzazione di patrimonio possa trasformarsi in una forma giuridica diversa, al fine di tutelare l'interesse proprio e dei propri partecipanti²⁰⁷. Di avviso diverso è chi ritiene, che sebbene l'art. 2500*octies* abbia incrementato la flessibilità del vincolo rispetto alla modificabilità dell'ente, non ne ha necessariamente comportato la disponibilità da parte del fondatore o degli organi interni. Esso ha soltanto ampliato l'ingerenza di questi ultimi rispetto ad una decisione che poi spetta sempre all'autorità pubblica. Ancora milita, in tal senso, il distacco del fondatore dall'ente, punto fermo nella ricostruzione tradizionale delle fondazione. L'istituzione deve vivere di vita propria ed a vantaggio dei beneficiari diretti ed indiretti. Anche nelle pronunce del Consiglio di Stato²⁰⁸, quando lo stesso fondatore si riserva la qualità di amministratore a vita nell'organo amministrativo della fondazione, egli, in ogni caso, non avrà un ruolo sovrano ma servente nell'ente, ovvero, incontrerà i limiti sull'indisponibilità dello scopo sopra citati; limiti che invece l'assemblea nelle associazioni non riscontri. Neanche quindi, il fondatore che si riserva un ruolo nella fondazione può sciogliere a suo piacimento la fondazione.

Risolutivo potrebbe risultare, ancora una volta, il D. Lgs. 17.01.2003, n. 6, che ha realizzato una radicale riforma del diritto societario. Anzitutto, il novellato articolo 2048 sancisce in via definitiva il principio già affermatosi in dottrina e nella prassi delle fondazioni partecipate, per il quale l'ente trasformato non si estingue ma prosegue tutti i diritti e gli obblighi dell'ente che ha deliberato la trasformazione²⁰⁹. Nella visione societaria, nasce invero una nuova forma di

²⁰⁷ E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni di partecipazione*, cit., p.125: "Nello scenario descritto, si collocano gli artt. 2500 *species*- 2055 *nonies*. Dall'analisi degli articoli emerge, con chiarezza, il definitivo abbandono della teoria della causa negoziale, che non rileva più in termini di trasformazione."

²⁰⁸ Vedi Consiglio di Stato 1 giugno 1960, n. 148, in *Consiglio di Stato*, 1961, I, pag. 644; anche Consiglio di Stato 11 luglio 1972, in *Consiglio di Stato*, 1972, I, pag. 1451.

²⁰⁹ Si configura la trasformazione come modificazione dell'atto costitutivo, questa, invece di interrompere la continuità del rapporto di fondazione, implica la persistenza dell'originaria persona giuridica con scopo mutato: PANZA, *Successioni tra enti diritto privato*, cit., p. 404; F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 412; P. RESCIGNO, voce *Fondazione*, in *Enciclopedia del Diritto*,

trasformazione, quella eterogenea, di cui agli artt. 2500*septies*-2500*nonies* del c. c., consistente sia nella mutazione dello scopo, da lucrativo a non lucrativo e viceversa, sia nella mutazione dell'ente, da societario a non societario e al contrario. Si sancisce, in pratica, la possibilità di mutare non più solo il tipo, ma anche lo scopo sociale, si pensi al passaggio tra associazione e fondazione o questa e società di capitali, e la forma organizzativa. Muta quindi, il significato stesso dell'operazione che, assumendo nella riforma ad archetipo il principio dell'interesse d'impresa e dunque della prevalenza della sostanza sulla forma diviene il nuovo modo di tutelare la destinazione impressa allo scopo²¹⁰, attraverso la continuità ed il mantenimento dei rapporti giuridici.

Da qui, sorge la questione se la trasformazione dia luogo ad una soppressione accompagnata dalla creazione di un nuovo ente o se invece possa determinarsi la continuità del rapporto di fondazione, in particolare in quei casi in cui il cambiamento non è fra enti dello stesso tipo, non si tratta cioè di semplice fusione tra due fondazioni.²¹¹ E' in relazione allo scopo che sorge il problema in quanto questo, come già osservato, se è interno nell'associazione, e dunque governabile, risulta esterno nella fondazione. Il che renderebbe per la dottrina tradizionale il mutamento di scopo non compatibile con la persistenza della persona giuridica, poiché lo scopo individua il soggetto, e quindi se muta, la personalità si estingue.²¹² A tal proposito, va chiarito, che nella fondazione partecipata l'obiezione non è ammissibile, poiché l'ipotetica trasformazione dell'ente, in particolare in una forma associativa, comporterebbe un affiancamento fra scopi interni ed esterni (*causa mista contrattuale*),²¹³ e non ad

cit., p. 808. Anche M. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, IX, Milano, 1957, p. 296, il quale anziché dichiarare estinta la fondazione, contrappone nettamente la trasformazione all'estinzione.

²¹⁰ Da questo nuovo valore: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di Partecipazione*, cit., p. 124.

²¹¹ Per un approfondimento sul tema della fusione fra fondazioni: C. ROSSI, La fusione tra fondazioni, in *Rivista del Diritto Civile*, 2008, II, p. 603.

²¹² F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, cit., p.359. La conseguenza è, alla trasformazione, la necessaria costituzione di un altro ente avente fine analogo: C. GANGI, *Persone fisiche e giuridiche*, 1948, p.257. Tesi poco persuasive, non potendo l'autorità pubblica costituire nuove persona giuridiche: G. PANZA, *Successione tra enti di diritto privato*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1990, p. 1440.

²¹³ Così: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni di partecipazione*, cit., p.112.

una sostituzione degli stessi. Nello statuto non ci si troverà di fronte a due categorie diverse di scopi, interni ed esterni, ma alla loro sintesi. Resta da vedere quale destino avrà l'ente di partenza, nella trasformazione di un ente in un altro ente di diritto privato suscettibile di riconoscimento giuridico.²¹⁴ Non potendosi ammettere, quindi, il cambiamento da fondazione in associazione;²¹⁵ può invece ammettersi il contrario, ossia la trasformazione dell'associazione in fondazione, o meglio in fondazione partecipata, comportando che la modificazione causale dell'ente, necessiterà del consenso unanime degli associati²¹⁶

Le modifiche statutarie sono deliberate, in conclusione, dagli organi interni, ma la competenza a deliberare la trasformazione, anche nella fondazione partecipata, spetta inderogabilmente all'autorità governativa, non essendo consentite clausole statutarie che affidino tale potere ad organi interni la decisione della trasformazione. Questa ricostruzione, proprio su questo terreno dove è più forte la tendenza a rendere disponibile lo scopo e flessibile il vincolo di destinazione, smentisce la disponibilità dello scopo, demarcando l'ambito delle competenze affidabili agli organi interni, ai quali il fondatore non è in grado di attribuire poteri di cui egli stesso è privo.²¹⁷

²¹⁴ In particolare, è la possibilità della trasformazione di un'associazione riconosciuta in una fondazione di partecipazione. Si veda sull'argomento: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di Partecipazione*, cit., p.110 e ss.; e A. FUSARO, *Trasformazione da ed in fondazione di partecipazione*, in *Fondazioni di Partecipazione, I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano 2006, p. 45/52.

²¹⁵ Certamente agli amministratori della fondazione, poi, non è consentito proporre all'autorità amministrativa la trasformazione della fondazione in associazione, perché una volta ottenuta la nuova configurazione giuridica si riconoscerebbe ai fondatori ed agli amministratori "un potere di governo dello scopo dell'ente che è, invece, loro precluso." In tal senso A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 20. Ammette invece la trasformabilità in associazione V. VITTORIA, *Il cambiamento del tipo per gli enti del primo libro del codice civile*, in *Contratto e Impresa*, 1993, pag. 1149.

²¹⁶ A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 102; contra D. VITTORIA, *Il cambiamento del tipo per gli enti del primo libro del codice civile*, in *Contratto e Impresa*, cit., pag. 1149. E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non profit*, cit., p. 99, distinguono, ammettendo la trasformazione di un'associazione in una fondazione di partecipazione, ma non in una fondazione tradizionale; inoltre sostengono che sia sufficiente per adottare la decisione di trasformazione una delibera dell'assemblea straordinaria. Qualora dovesse accogliersi questa seconda impostazione, l'associato andrebbe tutelato prevedendo statutariamente il diritto di recesso, che non è previsto testualmente nella disciplina degli enti del primo libro, ma che potrebbe ricavarsi per gli enti associativi applicando analogicamente la disciplina del recesso in ambito societario.

²¹⁷ A. FUSARO, *Trasformazione da ed in fondazione di partecipazione*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, cit., p.50. Ove ancora: "La stessa equivalenza

Per terminare l'analisi sul consiglio di indirizzo della fondazione di partecipazione infine, è di pura semplificazione il rifiuto del termine "assemblea." Prevedere tale locuzione in uno statuto di una fondazione partecipata può far sfumare l'esatto inquadramento civilistico della fondazione di partecipazione, quale evoluzione di un modello e non figura atipica,²¹⁸ insinuando il dubbio, soprattutto sotto il profilo fiscale, di trovarsi innanzi ad un "tipo associativo". Si ci rifà allora, ad una terminologia più "tradizionale", indicando con il termine Consiglio²¹⁹ l'organo partecipato della fondazione di partecipazione.

Altri possibili organi della Fondazione di Partecipazione saranno infine: Il Presidente della Fondazione, Il consiglio di gestione²²⁰; Il collegio scientifico; ed Collegio dei Revisori.

Il Presidente della Fondazione, volge la funzione tipica e tradizionalmente riconosciutagli, di direzione della fondazione e di tutti e tre gli organi. Ha inoltre la rappresentanza della fondazione davanti ai terzi, agisce e resiste avanti a qualsiasi autorità amministrativa o giurisdizionale.

funzionale della trasformazione all'estinzione smentisce la disponibilità dello scopo, rendendo l'autonomia privata arbitra della sua vita e morte, potendone programmare la fine al momento stesso in cui la crea, ma non della variazione."

²¹⁸ In tal senso F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione, le fondazioni tradizionali, le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, cit., p. 71 e ss. Di particolare interesse sul punto Consiglio di Stato, Parere 2452/96 del 30 ottobre 1996, in *Il Consiglio di Stato*, 1998, I, p. 144: "La presenza nell'assetto organizzativo di una fondazione (nella specie, del festival dei due mondi) di un organo assembleare non qualifica ipso iure tale ente come associazione, in quanto l'organo assembleare non è indice assoluto della natura giuridica associativa".

²¹⁹ Già presente nella dottrina: F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione, le fondazioni tradizionali, le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi*, *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, cit., p. 67 ss. G. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pag. 257, che distingue tra consiglio di indirizzo ed organo di natura assembleare, evidenziando che "nelle fondazioni (si ci riferisce qui alle tradizionali) può essere anche introdotta dallo statuto (o imposta dalla legge, come nel caso delle fondazioni bancarie) una duplice articolazione dell'organo amministrativo, basato sulla distinzione fra un organo di indirizzo ed un organo di amministrazione attiva. Può anche accadere che lo statuto preveda altresì una assemblea formata dagli utenti o dai beneficiari dell'attività della fondazione o dai rappresentanti degli enti esponenziali della comunità locale o nazionale, quale organo dotato di poteri meramente consultivi; ma, se ad una simile assemblea si attribuiscono poteri decisionali, corrispondenti a quelli del predetto organo di indirizzo, allora dovrà dirsi di essere in presenza di una associazione e non di una fondazione."

²²⁰ Di questo e dei meccanismi di controllo della fondazione partecipata mi occuperò nel prossimo paragrafo.

Il collegio scientifico o Advisory Board, è costituito da persone di comprovata esperienza nei settori di interesse, ed ha specifici compiti di consulenza nell'attività culturale, artistica e sociale dell'ente. In particolare formula pareri e proposte in merito al programma annuale delle iniziative, e ad ogni altra questione per la quale ne richieda espressamente il parere il consiglio d'indirizzo o quello di gestione.

Il Collegio dei Revisori, assicura la regolare tenuta della contabilità e dei flussi finanziari della Fondazione, ed era organo già presente nell'articolazione della fondazione tradizionale²²¹.

Accerta la regolare tenuta delle scritture contabili, esamina le proposte di bilancio preventivo e consuntivo redigendo apposite relazioni e relative verifiche; inoltre può partecipare, senza diritto di voto, alle riunioni dei due consigli.

Quanto alla previsione di un collegio arbitrale, chiamato a risolvere le controversie che insorgano nell'interpretazione e nell'applicazione dello statuto, si è già precisato che, nella fondazione, essendo i beneficiari soggetti terzi ed estranei all'ente, essi non compiono atti di adesione, e quindi non compiono atti di accettazione delle clausole statutarie della stessa. Questa considerazione vale anche ovviamente nella fondazione di partecipazione, dove nel relativo statuto potrà prevedersi la creazione di un collegio arbitrale facoltativo, per l'evenienza che ad esso vogliano deferire la decisione le parti della concreta futura controversia, anche a vantaggio non solo dei beneficiari, ma anche dei partecipanti originari e successivi che si trovassero in conflitto relativamente all'applicazione dello statuto o al funzionamento dell'ente.

²²¹Ci si rifà per gli organi sempre alla descrizione dell'ideatore della figura: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni di Partecipazione*, cit., p. 33 e ss. Si veda anche per la conformazione di questi nell'atto costitutivo: C. BARZELLOTTI, *La Fondazione di Partecipazione. Struttura dell'atto costitutivo*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, cit., p.76 ss.

5. I meccanismi di indirizzo e controllo e l'assetto gestionale della fondazione partecipata.

Dallo schema fin qui riportato emerge un assetto nuovo della fondazione, affermatosi nella prassi e poi assunto nella fondazione di partecipazione, che vede tenuti ben distinti all'interno dell'ente l'aspetto istituzionale da quello gestionale in senso proprio.

I fondatori e gli altri partecipanti garantiscono il livello istituzionale. La fase decisionale e di tenuta delle finalità sta tutta qui, salvo stabilire tutti gli ammortizzatori necessari a garantire la struttura istituzionale dell'ente, e i beneficiari dell'attività di questo.²²² Su un piano diverso, invece, si colloca l'attuazione dei piani individuati.²²³ La fase esecutiva, capace di inserire forti dosi di managerialità nel settore degli enti del primo libro del codice civile, è quella che entra nel cuore delle finalità dell'ente e gestisce i suoi beni. È quindi una fase decisamente delicata che deve essere oltre modo garantita anche in vista di una tutela di tutti i soggetti che prendono parte attivamente alla vita dell'ente. A tale scopo l'organo esecutivo non soltanto risponde annualmente del proprio operato al consiglio di indirizzo, ma è presente, in quanto assolutamente necessario, un sistema di controllo/garanzia interno, che descriverò tra breve.

Il consiglio di gestione sarà un organo collegiale, a maggioranza privata nel caso delle fondazioni pubblico private, ovvero un organo monocratico, il c. d. consigliere delegato, nelle forme più privatistiche, la scelta fra le due tipologie spetta al consiglio di indirizzo.

Il consiglio, ha dimensioni generalmente snelle. La carica è incompatibile con quella nell'organo di indirizzo, dato che netta è la differenziazione delle mansioni, spettando a quest'ultimo solo l'amministrazione ordinaria e

²²² Vedi sulla tutela dei beneficiari l'analisi affrontata nel primo capitolo. Si richiama qui: A. ZOPPINI, *Le Fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 184 ss.

²²³ "Gestione deve significare puntuale attuazione degli indirizzi dati, esecuzione dei piani di sviluppo individuati, nei limiti di bilancio consentiti" E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 35.

straordinaria della fondazione, nell'ambito dei piani, dei progetti e delle linee approvati dal primo.²²⁴ Ove risulti opportuno, in relazione all'attività dell'ente, può istituirsi anche un direttore generale, quale ufficio ausiliare all'organo di gestione.

Molto più delicato è il problema del controllo della fondazione partecipata, stante anche l'astrattezza dell'articolo 25 codice civile. L'ingerenza per le fondazioni tradizionali di un controllo affidato all'autorità pubblica si inquadra nell'ambito della c. d. amministrazione pubblica di diritto privato²²⁵, e, come ho già osservato nell'analisi del modello canonico, si ricollega e si giustifica nella struttura tradizionalmente diversa dell'associazione rispetto alla fondazione, andando a colmare, in quest'ultima, l'assenza di un congegno interno che consenta una regolamentazione della gestione²²⁶.

Nella fondazione partecipata invece, il controllo è posto in essere da una struttura interna a ciò preposta, che troverà naturalmente la sua disciplina nell'atto costitutivo del nuovo ente. Tale organo è individuato nel Consiglio di Sorveglianza. Esso controlla la continua aderenza dell'operato della fondazione alla legge, allo statuto, ed è composto da rappresentanti degli Enti Territoriali o di altri Enti pubblici, anche diversi dai fondatori, potendosi così censurare ogni operato privatistico o forviante rispetto allo scopo, che resta come noto uno scopo di pubblico interesse. L'introduzione di un organo apposito, (soluzione da preferire rispetto a quella di attribuire al consiglio di Amministrazione anche il compito di sorveglianza sulla sua stessa attività di gestione, circostanza che

²²⁴ In particolare il consiglio provvede a : predisporre i programmi e gli obiettivi da presentare annualmente al consiglio di indirizzo; predisporre il regolamento della fondazione, che sarà approvato, ove opportuno, dall'organo di indirizzo; deliberare in ordine all'accettazione di eredità, legati e contributi; presentare il bilanci preventivo e consuntivo; individuare gli eventuali dipartimenti operativi, ovvero i vari settori di attività della fondazione; nominare, ove opportuno, il direttore generale e la segreteria amministrative, determinandone qualifiche, compiti, natura e durata dell'incarico. E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni di Partecipazione*, cit., p. 96.

²²⁵ R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Rivista del Diritto Civile*, 1968, p.14

²²⁶ F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, cit., p. 353, chiarisce bene come nelle fondazioni tradizionali non esiste un sistema interno all'ente che consenta una correzione dell'attività gestoria, e per questo il controllo spetta alla pubblica autorità.

ingenererebbe una inopportuna confusione delle prerogative²²⁷), non esclude la sottoposizione delle fondazioni partecipate al controllo pubblico, anche in termini di necessario riconoscimento dell'ente per la sua esistenza. Pertanto, le funzioni di controllo esercitate, saranno ancillari allo svolgimento dell'attività amministrativa, senza assumere valenza di interesse generale. Solo laddove il controllo interno è imposto dal legislatore la competenza può assumere rilievo pubblicistico. La garanzia in itinere, di una gestione orientata alle finalità, sarà poi, ancora internamente garantita, dalla c.d. funzione "cerniera"²²⁸ svolta sia dagli organi di vertice dell'ente: il presidente piuttosto che il direttore generale; sia da ulteriori strumenti di prassi interna, si pensi agli strumenti contabili di verifica infra-annuale.

La composizione stessa del Consiglio di Sorveglianza è indicativo di come la partecipazione di enti pubblici aggiunga altre occasioni di controllo pubblicistico. Si tratta, della tradizionale verifica a posteriori dell'operato della fondazione rispetto a parametri di legittimità e di merito; nonché dell'influenza sull'attività tramite il potere di indirizzo, riservato ai soggetti pubblici partecipanti.²²⁹ Queste forme di influenza sull'operato delle fondazioni non sono frequenti per le fondazioni tradizionali, ma si spiegano per quelle partecipate, il cui obiettivo è realizzare programmi, che per loro natura necessitano di una funzionalizzazione certa al pubblico interesse. Il controllo di questo tipo troverà principalmente forma negli statuti, ma spesso è anche definito in accordi e patti parasociali.

²²⁷ Riferimenti in tal senso in E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non profit*, cit., p. 71 e ss.

²²⁸ Così: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni di Partecipazione*, cit., p36.

²²⁹ La diversificata casistica delle fondazioni di partecipazione evidenzia situazioni in cui statutariamente si riconosce che l'ente pubblico di riferimento indirizza tramite i propri rappresentanti l'operato delle fondazioni; altre situazioni in cui l'ente pubblico è interessato solo ad assicurare la coerenza delle iniziative della fondazione con i proprio programmi; altre situazioni, ancora, in cui la verifica è solo successiva, secondo i canoni del controllo a posteriori. M. P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazioni di Partecipazione, I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano 2006, p. 45/52.

Nei casi di fondazioni “strumentali” rispetto alla gestione dell’ente pubblico, il mancato rispetto degli indirizzi può legittimare la revoca degli amministratori di nomina pubblica, ed in certi casi anche lo scioglimento dell’ente.

Non vi è dubbio che il controllo pubblicistico, che si determina, contrasta con l’operatività propria delle fondazioni partecipate, ma è giustificato dai casi in cui il modello è utilizzato dagli enti pubblici “disinvolti”, per sfuggire al rispetto delle normative (si pensi alla prescrizioni pubblicistiche in tema di appalti, vincoli finanziari discendenti dalla legge di stabilità ecc....).

Occorre precisare infine, che l’articolazione delle strutture amministrative fin qui descritte non corrisponde a modelli tassativi. Le varianti possono essere moltissime, da modelli più ampi nei quali è possibile ben distinguere l’ambito dirigenziale della fondazione da quello gestori, per pio, deduttivamente, arrivare a figure intermedie, fino a forme embrionali, molto somiglianti alla fondazione tradizionale²³⁰. Soltanto nel primo caso si registrerà la presenza di tutti gli organi, a ciascuno dei quali corrisponderanno altrettante funzioni all’interno dell’organo. Nelle strutture semplificate il consiglio di indirizzo diverrà più simile al consiglio di amministrazione della fondazione canonica, aperto ad un maggiore partecipazione ed affiancato dal segretario generale con forti mansioni esecutive, il quale il più delle volte è concepito non tanto come organo quanto come ufficio particolarmente qualificato.

Gli stessi fautori sottolineano come sia impossibile trovare fondazioni di partecipazione tra loro identiche, i fondatori di ogni nuovo ente individueranno a seconda del progetto, l’organizzazione meglio calibrata alle esigenze, istituzionalizzandone la previsione nello statuto. Questo difatti deve rappresentare una sorta di “legge quadro,”²³¹ da cui possono derivare, per via deliberativa o regolamentare, tutta una serie di previsioni successive, attinenti l’organizzazione. Le varie strutture dunque, saranno attivabili anche

²³⁰ Fa una chiara descrizione delle possibili strutture giuridico amministrative delle fondazioni di partecipazione: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni di Partecipazione*, cit., p. 49 e ss.

²³¹ Lo definisce così sempre: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazione di Partecipazione*, cit., p.55.

progressivamente in relazione allo sviluppo della fondazione, a patto che sia sempre contenuta in nuce la struttura partecipata, anche nella sua forma più ristretta.²³²

Lo statuto dovrà dare copertura all'organizzazione dell'ente ma non necessariamente una disciplina puntuale. Solo la distinzione tra attività e finalità risulta essenziale,²³³ a livello statutario, difatti, individuare e fissare quanto l'ente persegue, e quanto può compiere nel raggiungimento delle proprie finalità, renderà possibile la pacifica convergenza di elementi di tipo associativo con quelli propri di matrice fondazionale, senza ingenerare una sovrapposizione delle rispettive prerogative.

²³² Mi riferisco all'articolazione più ridotta della fondazione partecipata, ove sono presenti unicamente un consiglio di amministrazione, che assicura la partecipazione dei fondatori originari e successivi, nonché degli altri soggetti generalmente rappresentati, ed un revisore unico destinato al controllo, di nomina eventuale.

²³³ Così: F. FLORIAN, *La Fondazione di partecipazione, le fondazioni tradizionali, le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato* cit., p. 7; ove l'autore sottolinea come: "è bene introdurre (nello statuto), un articolo relativo agli scopi ed uno relativo alle attività strumentali, accessorie e connesse."

CAPITOLO III

DALLA FONDAZIONE PARTECIPATA ALL'IMPRESA NON LUCRATIVA.

1. **Gli aspetti di interesse civilistico del no profit: gli enti non commerciali.**

La tradizionale dicotomia pubblico privato è un concetto, ed uno strumento interpretativo ormai superato²³⁴: se, da un lato il settore pubblico ha imboccato un progressivo coinvolgimento dei soggetti privati in molteplici settori, che vanno dalla cultura alla tutela del patrimonio, agli istituti di cura, alla ricerca scientifica; dall'altro i singoli cittadini, e soprattutto le imprese, impegnano risorse crescenti nella cooperazione con l'apparato statale.

Il superamento del modello, per il quale i due settori fossero l'uno impermeabile all'altro, ha aperto uno spazio intermedio tra stato e mercato, finalizzato a realizzare funzioni sociali tradizionalmente riservate al solo settore pubblico, e poi ridistribuite in base ad uno degli elementi di novità più importanti introdotti dalla riforma del titolo V della costituzione del 2001,²³⁵ quale il principio di sussidiarietà orizzontale²³⁶.

²³⁴ Così E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, Firenze Antella, 2001, p.13.

²³⁵ Riforma intervenuta in seguito alla Legge costituzionale del 18 ottobre 2001 n. 31, e modificativa, per quel che interessa l'ambito dei rapporti pubblico privato, degli artt. 118/120 Costituzione, in tema di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione. Si veda G. RAZZANO *Sui principi di sussidiarietà differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione*, in F. MODUGNO, P. CARNEVALE (a cura di), *Nuovi rapporti Stato-Regione dopo la legge costituzionale n.3 del 2001*, Milano 2003, p. 9.

²³⁶ Sulla sussidiarietà orizzontale: T. E. FROSINI, *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in *Rivista giuridica mezzogiorno*, 2000, p. 15 ss.; A. ALBANESE, *IL principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici in Diritto pubblico*, 2002, p. 51 ss.; D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, p. 9 ss.

Un principio, secondo la dottrina maggioritaria²³⁷, di preferenza dei soggetti privati nella ripartizione delle competenze per lo svolgimento di attività di interesse generale²³⁸. L'individuazione di autonomie sociali²³⁹, che si affiancano a quelle pubbliche territoriali, fissa una sorta di tripartizione, dando vita al c.d. terzo settore²⁴⁰, inteso come quel complesso di organismi collettivi operanti, in ambito intermedio, tra individuo ed autorità pubblica.

I soggetti di autonomia collettiva, operanti nel terzo settore, hanno tutti forma giuridica diversa, e la realizzazione degli interessi sociali non avviene attraverso un unico modello organizzativo fissato dalla legge: agiscono una pluralità di soggetti giuridici differenziabili fra organizzazioni “*for profit*”, ossia quegli enti di natura privata che offrono beni e servizi all'interno del settore sociale secondo la logica delle società lucrative, e quindi non rinunciando alla remunerazione di quanto investito ed alla finalità speculativa; ed organizzazione “*no profit*”. Quest'ultime, operano solamente per fini e servizi sociali, al di fuori della logica speculativa: il profitto individuale non è né il fine diretto, né quello principale dell'azione sociale.

Il terzo settore costituisce quindi un fenomeno tipicamente ed unicamente associativo²⁴¹, caratterizzato da finalità solidaristiche e di promozione sociale, non esclusivamente lucrative, che ne costituiscono elementi imprescindibili²⁴².

²³⁷ Le tesi maggioritarie, al contrario di altri orientamenti orientati ad una privatizzazione assoluta o ad una lettura svilente del quarto comma dell'art. 118 costituzione, ritengono che il principio vada letto coerentemente con quanto previsto dai primi tre commi, ossia come distribuzione di funzioni e poteri tra stato ed enti territoriali. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto Pubblico*, 2002, p. 5. Vedi sugli altri orientamenti G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell' art. 118 u. c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli 2005, p. 180 e ss.

²³⁸ Critico su questa ricostruzione P. FALSEA, *L'intervento dei soggetti privati nelle attività di interesse generale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, in L. VENTURA (a cura di), *Autonomia e sussidiarietà*, Torino, 2004, p. 192

²³⁹ Riconosciute e promosse anche dall'art. 5 Costituzione.

²⁴⁰ Sull'emersione del terzo settore come categoria giuridica: P. SCHLESINGER, *Categorie dogmatiche e normative in tema di non profit organization*, in G. PONZARELLI (a cura di) *Gli enti non profit in Italia*, Padova 1994 p. 273 e ss.

²⁴¹ Gli studiosi per il riconoscimento del terzo settore, riconducono il fenomeno entro i principi costituzionali relativi alla tutela delle formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'uomo ex art. 2 della Costituzione: A. PACE, G. BRANCA (a cura di), *Commento all'art. 18 della Costituzione* in

Tutti gli istituti giuridici che operano nel settore, trovano la loro disciplina spaziando dagli enti del I libro del codice civile a quelli del V libro, e passando per istituti introdotti da leggi speciali o recepite nel nostro ordinamento da esperienze straniere. Tralascero qui l'analisi delle organizzazioni for profit, concentrandomi solo sugli istituti operanti al di là di ogni logica lucrativa; sebbene, va specificato, che il fenomeno non si esaurisce in queste due categorie. L'art. 118 della Costituzione favorisce l'autonoma iniziativa dei cittadini anche come singoli, attribuendo alla sussidiarietà orizzontale una portata decisamente più ampia, senza però operare alcuna distinzione in merito alle varie iniziative possibili, lasciando, pertanto, aperto il problema di una chiara e definitiva collocazione nel sistema, dell'autonomia individuale. Del resto si utilizza il termine terzo settore poiché da un lato comprensivo delle organizzazioni indicate, dall'altro in grado di accogliere in sé quanto ancora sfugge del fenomeno a livello normativo²⁴³.

In dottrina è anche sorto il dibattito circa la possibile esistenza nel nostro ordinamento di una categoria di enti non profit della quale farebbero parte associazioni (riconosciute e non) fondazioni, e i comitati, oltre ad enti non profit disciplinati al di fuori del codice civile. Avverso tale proposta si è rilevato come il divieto di distribuzione degli utili non sia idoneo a contraddistinguere una categoria di enti presenti nel diritto positivo, in quanto si tratterebbe soltanto di una categoria interpretativa e non normativa.²⁴⁴ A tale osservazione è stato replicato come sia possibile individuare alcuni indici dai quali sarebbe dato

Commentario della Costituzione, Bologna Roma, 1977, p. 191 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p.189 ss.

²⁴² A. SIMONCINI, *IL terzo settore e il nuovo Titolo V della Costituzione*, in P. CARROZZA, E. ROSSI (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004, p. 98 ss.

²⁴³ Così D. DE FELICE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: un nuovo strumento giuridico nella complessità e dinamicità dell'ordinamento*, in D. L. FITUOSSO, MC. CORMICK (a cura di) *Capitalismo prossimo venturo. Etica Regole e prassi*, Milano, 2012, p.222, nota26.

²⁴⁴ P. SCHELESINGER, *Categorie dogmatiche e normative in tema di non profit organization*, in G. PONZARELLI (a cura di) *Gli enti non profit in Italia: associazioni, fondazioni, volontariato, trust fondi pensione*, cit., p.273.

desumere come la categoria degli enti non profit trovi riscontro nel diritto vigente.²⁴⁵

Al di là dei dibattiti dottrinali, il fenomeno è molto ampio, ed è insegnamento tradizionale che tutti i soggetti coinvolti in questo settore assumano una qualificazione precisa, quale quella di “*enti non commerciali*”, assente nella disciplina codicistica, ma disciplinata da alcune disposizioni a carattere tributario²⁴⁶.

La riconducibilità di un ente, nell’ambito di quelli non commerciali, passa per la necessaria qualificazione dell’attività dallo stesso esercitata: rientrano cioè nella categoria quegli enti che abbiano come oggetto principale od esclusivo lo svolgimento di un’attività che possa essere qualificata di natura “non commerciale”. Nell’ordinamento non è prevista una nozione di attività non commerciale, tuttavia se si esamina il complesso tessuto di norme che delimitano la nozione di ente non commerciale,²⁴⁷ emergono i due requisiti essenziali che devono caratterizzarlo: deve trattarsi di un ente diverso dalla società; e non deve avere come oggetto principale l’esercizio di attività commerciali.²⁴⁸

Per oggetto principale dell’ente si intende l’attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge dallo statuto o dall’atto costitutivo: sarà, dunque, alle previsioni statuite in quest’ultimi che dovrà farsi necessario riferimento, ai fini della qualificazione dell’ente come non commerciale.

²⁴⁵ G. PONZARELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, 2000, p. 28: “*le norme del primo libro del codice civile rappresentano una fattispecie generale applicabile in via diretta o analogica a tutti i fenomeni associativi o fondazionali*”.

²⁴⁶ Si fa riferimento al Testo unico sulle imposte dirette, Legge 22 Dicembre 1986, n. 917 e successive modificazioni.

²⁴⁷ In particolare si ci riferisce all’art. 73 del TUIR, che individua il percorso che deve essere seguito dall’interprete per cogliere la nozione di ente non commerciale.

²⁴⁸ Posto cioè che nel nostro corpo normativo non è prevista una nozione positiva di ente non commerciale, è evidente che essa debba essere desunta in negativo dopo avere definito, e quindi circoscritto, la nozione di ente commerciale: L. CASTALDI, *Gli enti non commerciali nelle imposte sui redditi*, Torino, 1999, p.301; E. DE VITA, *Principi di diritto tributario*, Milano, 2007, p. 275, per il quale: “*sono enti non commerciali tutti i soggetti, diversi dalle società, che non abbiano come oggetto principale o esclusivo l’esercizio di attività commerciali*”; R. LUPI, *Diritto tributario, parte speciale*, Milano, 2004, p. 224.

Il legislatore sceglie cioè un criterio di tipo formale, e solo in subordine, uno di tipo sostanziale, con la verifica del tipo di attività posta in essere dall'ente. Anche in questo caso, naturalmente, l'attività sarà, necessariamente, di tipo non commerciale.

Complesso è, invece, il caso in cui i soggetti operanti nel terzo settore pongano in essere più attività, alcune delle quali anche a carattere commerciale, poiché si apre lo scenario dello svolgimento di attività di impresa, in enti che nascono come estranei a qualsiasi logica di profitto, e per il perseguimento di utilità sociali.

Nel caso in cui, l'atto costitutivo dovesse prevedere una pluralità di attività, alcune di natura commerciale altre non, sarà necessario, individuare l'attività essenziale, ossia quella che gli consente il raggiungimento degli scopi primari e che caratterizza l'ente medesimo. Qualora questa resterà nella non commercialità l'ente medesimo potrà mantenere tale qualificazione ed agire contemporaneamente nel terzo settore come organizzazione senza scopo di lucro, non dovendosi, secondo la dottrina, considerare come principale l'attività commerciale che è servente al finanziamento delle finalità istituzionali, poiché in questo caso lo scopo è perseguito solo indirettamente.²⁴⁹

I criteri distintivi tra l'attività principale e a quella secondaria sono individuati, dunque, mettendo in relazione il tipo di attività con lo scopo stesso dell'ente.²⁵⁰

In sostanza si riscontra una strutturale inidoneità per gli enti del primo libro allo svolgimento di attività non ideali²⁵¹.

²⁴⁹ M. INTERDONATO, *Alcune osservazioni sul decreto di riforma del regime tributario degli enti non commerciali: attività principale, attività prevalente e finalità antielusive*, in *Rivista diritto tributario*, 1998, p.205 e ss. Sulla questione che l'ente che dichiara finalità non lucrative è considerato come ente commerciale qualora l'attività essenziale sia di natura non commerciale: R. LUPI, *Modifiche alla fiscalità degli enti no profit: torna in auge la mancanza di scopo di lucro*, in *Bollettino tributario*, 1996, p. 581.

²⁵⁰ A tal proposito è stato sottolineato come dal tenore letterale dell'art. 73 del TUIR, emerge la separazione voluta dal legislatore tra oggetto e scopo, rappresentando il primo l'attività programmata e consacrata nell'atto costitutivo, ed il secondo l'obiettivo prefissato e legato al primo indissolubilmente, stante la considerazione che l'individuazione dell'oggetto sociale dipende dalla preventiva definizione dello scopo dell'ente: A. FEDELE, *Disciplina degli enti no profit: profili tributari*, in AA. VV. (A cura di), *La disciplina degli enti no profit*, Torino, 2008, p.34.

²⁵¹ Sulla strutturale inidoneità: M.C. BIANCA, *Diritto civile*, I, 2002, p. 401.

Tuttavia, oggi, gli orientamenti maggiormente rappresentativi in dottrina e giurisprudenza, pretendono per l'ammissibilità dell'esercizio dell'attività di impresa nel perseguimento di finalità di interesse generale, a volte ammettendola solo in quanto l'attività economica esercitata sia strumentale rispetto alla diversa e principale attività²⁵², altre volte anche qualora sia svolta a titolo esclusivo o principale.

Ma prima di passare all'analisi di tali orientamenti, di cui mi occuperò nel paragrafo successivo, va individuato un ulteriore elemento, accanto all'idealità dello scopo, che accomuna tutti gli istituti normativi coinvolti, quale quello della destinazione patrimoniale e della sua efficacia reale. Si determina, in tutte queste organizzazioni ex libro I titolo I del codice civile, l'individuazione di una specifica funzione del patrimonio, un vincolo di destinazione dello stesso al raggiungimento dello scopo individuato, nonché, contestualmente al riconoscimento della personalità giuridica, una limitazione della responsabilità patrimoniale. Dal punto di vista strettamente civilistico è dunque agevole l'inquadramento degli enti riconducibili al terzo settore in quanto è sufficiente far riferimento alla forma scelta ed espressa nel "patto associativo"²⁵³, ed alla particolare situazione patrimoniale che viene a determinarsi, anche al di là dell'analisi dell'attività da questi eventualmente svolta.

²⁵² F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile italiano diretto da Vassalli*, 1958, p. 235; R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Rivista del diritto civile*, cit., p. 11 ss.

²⁵³ Così A. BENAZZI, *Enti non commerciali (rassegna di dottrina giurisprudenza e prassi amministrativa*, cit., p. 412.

2. La possibilità di svolgimento di attività di impresa attraverso le persone giuridiche. Scopo fondazionale ed esercizio dell'attività.

Bisogna, qui, valutare la liceità di un'attività economica, svolta in particolare quali associazioni e fondazioni, dato il loro perfetto inquadramento nella disciplina degli enti non commerciali

Va cioè accertato, se sia ancora oggi condivisibile il tradizionale orientamento interpretativo, per il quale a tali persone giuridiche, ed in particolare alle fondazioni, sarebbe precluso lo svolgimento di attività a carattere commerciale, perché la società sarebbe l'unica forma di impresa collettiva prevista ed ammessa nel nostro ordinamento.

Secondo la linea interpretativa²⁵⁴ che oggi tende a prevalere è vero che le figure del primo libro non sono state previste e disciplinate nella prospettiva dell'esercizio di un'attività commerciale, ma la natura ideale dello scopo non preclude la possibilità di esercitare attività di impresa purché essa realizzi uno scopo di pubblica utilità; considerate anche la tendenza ad una progressiva neutralizzazione delle forme giuridiche rispetto all'attività svolta, e l'assenza di dati normativi che impongano l'esclusività a favore delle società commerciali dell'esercizio dell'impresa collettiva²⁵⁵

Del resto numerosi indici normativi, sembrano ammettere in diversi casi, la possibilità per gli enti del primo libro, in via esclusiva, principale o anche solo strumentale, l'esercizio di un'impresa. Si pensi a molteplici fattispecie di associazioni-impresa istituite per legge, alle associazioni sportive dilettantistiche,

²⁵⁴ F. FOSCHINI, *Gruppi associativi esercenti un'attività commerciale e fallimento*, in *Diritto Fallimentare*, 1972, I, pag. 197 e ss.; F. GALGANO, voce *Fondazione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XIV, cit., p. 6; G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit. pag.177; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 164 ss. In giurisprudenza Cassazione 10 luglio 11979, n. 3969, Cassazione 9 novembre 1979, n. 5779, in *Foro.it*.

²⁵⁵ Anzi, esistono altre tipologie di imprese collettive non societarie, quali le associazioni agrarie, l'associazione in partecipazione nell'impresa, la comunione di impresa, l'impresa coniugale ed alcune tipologie di consorzio con attività esterna. Per tutte queste figure giuridiche G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, in *Giurisprudenza commentata*. 1988, I, pag. 619 e ss.

alle fondazioni bancarie di cui al D. Lgs. 17 maggio 1999, n. 153110, alle fondazioni liriche o teatrali di cui al D. Lgs. 21 giugno 1996, n. 367111, alle fondazioni per la gestione e la conservazione di beni culturali di cui al D. Lgs. 368/1998²⁵⁶.

Ma, non volendo assegnare un ruolo centrale alla legislazione speciale, sarà bene analizzare per entrambe le organizzazioni collettive l'ammissibilità dell'esercizio di un'attività commerciale.

Con particolare riguardo alle associazioni dotate di personalità giuridica, inizialmente la possibilità dello svolgimento dell'attività economica era fortemente ostacolata sia per il possibile controllo pubblicistico²⁵⁷, sia per il vincolo posto dall'art. 17c.c.²⁵⁸, sia perché l'esercizio di tali attività sarebbe elemento qualificante il negozio associativo solo in termini di contratto di società.

Come da altra dottrina rilevato²⁵⁹, invece, così come l'art. 17 c.c. può, pur nella diversa realtà sociale economica, continuare a trovare la sua originaria ratio, per il principio già esposto della contemporanea presenza di attività a carattere non economico principale che consentirebbero il controllo amministrativo; alla stessa maniera, il criterio distintivo tra organizzazioni societarie ed associazioni non può essere unicamente individuato nell'assunzione di attività economiche da

²⁵⁶ M. V. DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro. Dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, in *Rivista del diritto civile*, 1999, I, pag. 292 e ss., ricorda che lo svolgimento di impresa commerciale da parte di enti *non profit* è fenomeno sempre più spesso previsto dalle leggi speciali, come nel caso, oltre quelli indicati nel testo, degli esercizi di ristoro nelle sedi di associazioni e fondazioni e dell'organizzazione di spettacoli a pagamento nei circoli, legge 25 agosto 1991, n. 287 articolo 3, dell'attività di impresa turistica svolta dalle associazioni che operano per finalità ricreative culturali, religiose e sociali, legge quadro sul turismo 17 maggio 1983, n. 217 articolo 10

²⁵⁷ Ritiene che i controlli pubblicistici costituiscono un ostacolo più ideologico che reale allo svolgimento di attività economica da parte dell'ente. F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati, sub art. 36, 39*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna Roma, cit., p. 59.

²⁵⁸ Pare avere maggior peso l'obiezione fondata sulla disciplina prevista dall'art. 17 c.c., che sottoponendo gli acquisti immobiliari degli enti ad autorizzazioni presupporrebbe, per le associazioni riconosciute, un'impossibilità giuridica a svolgere attività produttive. Si veda sulla questione relativa all'art.: A. A. CARRRABA, *Scopo di lucro ed autonomia privata*, in *Quaderni della rassegna edizioni scientifiche italiane*, cit., p. 220 e ss.

²⁵⁹ In quest'ottica solo in sede di autorizzazione all'acquisto, allorché si deve dimostrare la destinazione dei beni (ex art. 5 delle disp. att. c.c.), sarebbe "possibile accertare se l'immobile debba o meno essere dall'associazione utilizzato nell'esercizio di attività produttiva". F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati, sub art. 36, 39*, in *Commentario Scialoja Branca*, cit., p.84.

parte delle prime, e non economiche da parte delle seconde²⁶⁰. La riconduzione della forma al tipo normativo deve essere effettuata attraverso una valutazione complessiva, così che lo svolgimento di un'attività economica non è da solo sufficiente ad escludere la natura associativa dell'ente.

Diverse valutazioni vanno fatte per le fondazioni, poiché tradizionalmente tale formula organizzativa oltre che in grado di supportare solo finalità ideali, trova il suo tratto caratteristico nell'alterità fra fondatori e soggetti beneficiari²⁶¹ dei vantaggi dell'attività dell'ente. Lo scopo inoltre, elemento essenziale del negozio di fondazione, deve necessariamente essere portatore di un'utilità tale da giustificare un vincolo di destinazione sui beni oggetto di dotazione della persona giuridica²⁶².

E', dunque, nello scopo fondazionale, e nella sua necessaria utilità, che si fonda l'opposizione principale, a modelli di fondazione in grado di svolgere attività di impresa.²⁶³

Tuttavia oggi tale orientamento, fondato soprattutto sulla visione del legislatore del '42²⁶⁴, non è più condivisibile sulla base della nuova linea interpretativa, per la quale la natura ideale dello scopo non preclude la possibilità di esercitare l'attività economica.

²⁶⁰ Sull'inammissibile unicità del criterio distintivo: M.C. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p.445; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1988, p.186 e ss. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p.128.

²⁶¹ Come già descritto nel primo capitolo della mia trattazione, si richiama qui: R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Rivista del diritto civile*, cit., p. 131.

²⁶² Della costituzione indesiderata dal legislatore di un vincolo di destinazione sui beni, si è già detto nel primo capitolo.

²⁶³ Un argomento a favore in tal senso si rileva nell'art. 669 c.c. Si sostiene difatti che se tale norma deroga al divieto di rendite successive (ex art. 698 c.c.), solo in ragione di "fini di pubblica utilità," parimenti il negozio di fondazione, capace di proporre la medesima situazione, sarà valido solo se preordinato ad uno scopo di pubblica utilità. F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, sub art. 36, 39, in *Commentario Scialoja Branca*, cit., p. 185.

²⁶⁴ Si veda sulla visione di utilità dello scopo nel codice civile e nella carta costituzionale: A. A. CARRRABA, *Scopo di lucro ed autonomia privata*, in *Quaderni della rassegna edizioni scientifiche italiane*, cit., p. 314 e ss.

In tal senso, si fa leva soprattutto sulla mancanza di limiti imposti all'autonomia dei privati,²⁶⁵ ma soprattutto, si dà una lettura nuova del concetto di pubblico riferito all'utilità dello scopo: la necessità di perseguire solo questo tipo di scopi va sciolto nell'ottica dei principi della Costituzione, i quali tendono a legittimare un uso delle strutture organizzative libero da vincoli posti in relazione alle finalità perseguibili²⁶⁶, ed a promuovere un'interpretazione tesa a valorizzare al massimo le potenzialità dell'istituto. Difatti, pur nell'impossibilità di riconoscere nella carta costituzionale, l'affermazione di un vero e proprio "diritto a fondare"²⁶⁷ è certo che non è possibile porre dei limiti all'autonomia dei privati, in relazione alle finalità perseguibili²⁶⁸. L'utilità richiesta dall'ordinamento si giustifica in ragione dei benefici che conseguono il riconoscimento della personalità giuridica, ed ha la sola funzione di accertare un valore positivo, che lo scopo può avere. Certifica, in sostanza, la serietà e l'affidabilità dell'iniziativa; ma non giustifica una limitazione degli scopi perseguibili ai solo fini di pubblica, collettiva, o generale utilità.

Tale soluzione trova, del resto, riscontro anche nella disciplina positiva del codice. L'art. 16 c.c., che fa riferimento alla previsione statutaria "*dei criteri e delle modalità di erogazione delle rendite*", non esclude la possibilità di fondazioni diverse dagli enti che si limitano ad erogare le rendite di un

²⁶⁵ In tal senso neppure l'art. 669 è decisivo per sostenere la necessità di assumere quale scopo della fondazione esclusivamente fini di pubblica utilità: la norma e l'eccezione in essa contenuta mirano a legittimare alcune attribuzioni *mortis causa* a favore di soggetti incapaci di succedere al momento della successione. M. TALAMANCA, *Successione, testamento, sub. artt. 679/712*, in *Commentario Scialoja Branca*, cit., p.594.

²⁶⁶ Per un'esemplificazione riguardo le fondazioni di famiglie e gli artt. 29,30,31, della Costituzione: G. GUARINO, *Le Fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in *Le Fondazioni in Italia e all'estero*, cit. p. 11.

²⁶⁷ Il diritto voleva affermarsi attraverso un tentativo di recupero indiretto di tutta una serie di previsioni costituzionali che garantiscono libertà il cui esercizio può avvenire anche attraverso l'esercizio della forma fondazionale considerata: la cultura, la scuola, la stampa, l'iniziativa economica. Sulla possibilità: G. PONZARELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, in *Rivista del diritto civile*, 1979, p. 44. Un apporto più esplicito poteva trarsi dall'art. 20 della Costituzione il quale menziona, quali strutture per la realizzazione dei fini religiosi anche le "istituzioni." Ma anche questo non giustifica di per sé un diritto a fondare: P. RESCIGNO, *Le Fondazioni: prospettive e linee di riforma*, in *Le fondazioni in Italia e all'estero*, 1989, p. 497.

²⁶⁸ Così G. TAMBURINO, *Persone giuridiche, associazioni non riconosciute e comitati*, Torino, 1980, p. 124.

patrimonio, né la possibilità che il beneficiario di tali rendite sia lo stesso fondatore²⁶⁹. E, lo stesso art. 28 c.c., che prevede che l'utilità dello scopo non deve essere “scarsa”, può supportare la nuova interpretazione, per la quale l'iniziativa del fondatore deve essere seria, non deve cioè fondare su scopi minimi.²⁷⁰

In sostanza se è vero che il costo della personalità giuridica per le fondazioni sia sul piano delle finalità perseguibili²⁷¹, che devono necessariamente essere meritevoli di tutela, esse non possono essere limitate, o, a priori individuate dal legislatore; così che è da ammettere anche per le fondazioni un più generale principio di neutralità funzionale e di forma, che renderà possibile convertirle in esercizio di attività di impresa, senza che la natura ideale dello scopo possa escluderlo.²⁷²

Si ammette, quindi, seppur con percorsi diversi, per dottrina giurisprudenza: la “fondazione impresa” sull'asserita neutralità delle forma giuridiche anche in tema fondazionale²⁷³.

Tuttavia, appurato che lo svolgimento di attività di impresa non confligge con gli scopi ideali dell'ente, in merito alla rilevanza che tale attività può ricoprire nel perseguimento dello scopo comune va chiarito, che è consentito, con particolare

²⁶⁹ Così: R. COSTI *Fondazione e impresa*, in *Rivista di diritto civile*, cit., p. 13 ss.

²⁷⁰ G. GUARINO, *Le Fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in P. RESCIGNO (a cura di) *Le Fondazioni in Italia e all'estero*, cit., p. 13.

²⁷¹ Sotto il profilo dei benefici conseguenti al riconoscimento della personalità giuridica e, in particolare, della limitazione di responsabilità deve essere valutata anche l'ammissibilità di una fondazione costituita per lo svolgimento di un'attività di impresa, poiché si potrebbe sostenere che il fondatore finisce per violare il principio generale disposto dall' art. 2740 c.c. Ma tale principio “*Opera solo fin dove esiste libertà di impresa e non quando sia necessario il riconoscimento dato caso per caso dall'autorità amministrativa poiché in questo caso l'impresa rimane vincolata funzionalmente allo scopo per il quale lo scopo fu concesso*”. Così: R. COSTI *Fondazione e impresa*, in *Rivista di diritto civile*, p. 16 nota 71.

²⁷² Invero la giurisprudenza, seppur non unanimemente, ha ritenuto che le fondazioni possano svolgere esclusivamente un'attività che sia in linea con lo scopo statutario; poiché in mancanza si rischierebbe di consentire alla fondazione lo svolgimento di una qualsiasi attività di impresa con tutte le agevolazioni di cui essa gode rispetto alle società. F. LOFREDO, *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica*, Milano, 2004, p. 94

²⁷³ F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile diretto da Vassalli*, cit., pag. 235; R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Rivista di diritto civile*, cit., pag. 11 e ss.; G. GUARINO, *Le Fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in P. RESCIGNO (a cura di) *Le Fondazioni in Italia e all'estero*, cit., pag. 11; A. A. CARRABBA, *Scopo di lucro e autonomia privata. La funzione nelle strutture organizzative*, 1994, p. 251 e 319.

riferimento alle fondazioni, un esercizio dell'impresa che non sconfessi la vocazione dell'istituto, e pertanto si ponga sempre come strumentale allo scopo istituzionale da esso perseguito²⁷⁴. Il carattere della strumentalità, in tal senso, si ravvisa sia qualora la fondazione abbia come oggetto principale lo svolgimento di un'attività commerciale, sia quando tale attività sia accessoria rispetto a quella principale²⁷⁵.

Superato il problema dell'ammissibilità dell'esercizio di attività di impresa, bisogna interrogarsi se l'ente fondazionale che eserciti attività economico produttiva acquisti la qualifica di imprenditore commerciale. Va chiarita, in sostanza, la compatibilità della struttura fondazionale con tutti i requisiti dello status di imprenditore, previsti dall'art. 2082 c.c., ed in particolare, quelli dello svolgimento professionale dell'attività, e l'intento lucrativo²⁷⁶.

Nonché, la sottoponibilità o meno delle fondazioni, ma lo stesso vale per le associazioni, all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese ex art. 2195 c.c.

In merito, nonostante parte della dottrina²⁷⁷ ritenga, che la sostituzione sia configurabile solo per quegli enti che esercitano in via esclusiva o principale un'attività economica; l'interpretazione prevalente²⁷⁸ ritiene che lo statuto dell'imprenditore sia sempre attuabile per quelle persone giuridiche, che esercitano attività economica, sia sulla base di un principio di effettività, per il quale qualunque figura soggettiva che eserciti attività di impresa deve essere guardata quale imprenditore, senza eccezione o elusione alcuna; sia per la

²⁷⁴ Qualora l'attività esercitata sia al di fuori delle finalità istituzionali dell'ente e non indirizzata al perseguimento di esse, si avrà abuso della personalità giuridica, utilizzata al solo scopo di coprire l'attività imprenditoriale esercitata dal vero titolare dell'impresa, singolo o associazione di fatto esistente, con le conseguenze che ne derivano sul piano della responsabilità e della sottoposizione alle procedure fallimentari. Sul punto Cassazione, sez. I, 16/03/2004, n. 5305, in *Diritto fallimentare*, 2005, II, pag. 843.

²⁷⁵ G. BARALIS, *Enti no profit: profili civilistici*, in *Rivista notarile*, 1999, p. 1091.

²⁷⁶ Al fine di attribuire la qualifica commerciale è necessario che concorrano tre requisiti consistenti: nell'*organizzazione*, intesa come coordinamento e predisposizione di tutti i fattori necessari per la commercializzazione delle opere realizzate; nella *professionalità*, intesa come sistematicità ed abitudine nello svolgimento dell'impresa economica; nel *fine di lucro*. Cassazione n. 2321 del 1997 in *Foro.it*.

²⁷⁷ F. GALANO, *Il fallimento*, in *Trattato Galgano*, X, Padova 1988, p. 131; F. FUSARO, *Le associazioni imprenditrici ed il registro delle imprese*, in *Contratti e Impresa*, 1995, p. 617.

²⁷⁸ G. OPPO, *Impresa imprenditore*, in *Scritti giuridici. Diritto dell'impresa*, 1992, p. 309; G. MARASA', *Appunti sull'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Studim Iuris*, 1966, p. 539.

considerazione che la professionalità non postula che l'attività, sia l'unica, o la principale, svolta dal soggetto.

La giurisprudenza, invece, ritiene che associazioni e fondazioni acquistino la qualità di imprenditori commerciali, solo quando la gestione dell'ente esaurisca l'attività dell'ente o sia prevalente rispetto ad altre attività, in modo da assurgere ad oggetto esclusivo o principale dell'ente medesimo.

In ogni caso, il requisito della professionalità, non viene compromesso né se l'esercizio dell'attività economica rappresenta l'oggetto esclusivo o principale dell'organizzazione, né quando sia accessorio o secondario, essendo bastevole a tal fine la non occasionalità, ovvero l'abitudine.

Da sottolineare, infine, che imprescindibile risulta anche il requisito dell'economicità²⁷⁹ dell'organizzazione, nel senso che, a prescindere dall'intento lucrativo, l'attività produttiva deve essere svolta prevedendo la copertura dei costi con i ricavi e assicurando l'autosufficienza economica. Il difetto del requisito dell'economicità esclude, infatti, che possa considerarsi imprenditrice l'organizzazione che fornisca gratuitamente o a prezzo simbolico beni e servizi; mentre non è escluso dalla qualificazione l'ente che pretenda in cambio dei servizi offerti un corrispettivo idoneo a coprire le spese pur se inferiore a quello di mercato e anche se i beni siano fruibili solo dagli associati o da una determinata cerchia di beneficiari.

L'ente non lucrativo, naturalmente, non si sottrae alla previsione dell'articolo 41 Costituzione: ne discende che anche il diritto di impresa di associazioni e fondazioni deve essere condizionato a quelle misure cui è sottoposta l'iniziativa economica degli imprenditori operanti nel mercato, per evitare che il ricorso alla forma dell'organizzazione *non profit* divenga facile strumento di elusione.

²⁷⁹ Ritengono elemento essenziale, per l'attribuzione dello status di imprenditore agli enti del primo libro, l'economicità dell'attività: P. SPADA, *Impresa*, in *Digesto discipline privatistiche*, VI, 1992, p.32/76. In giurisprudenza: Cassazione Sezioni Unite 02/03/1982, n. 1282, in *Foro it.*

Quanto al fine lucrativo immanente ad ogni attività imprenditoriale, si apre per essi l'innovativo scenario dello svolgimento di un'attività economica al di là della volontà di lucrare, di cui mi occuperò nel prosieguo della trattazione.

3. Il perseguimento di finalità non lucrative: il profitto fra lucro oggettivo, lucro soggettivo, e finalità di interesse generale.

La difficoltà maggiore nel riconoscere la compatibilità fra la natura ideale degli enti del primo libro e lo svolgimento di attività di natura economica, risiede nel tradizionale intento lucrativo che questa deve necessariamente perseguire.

Il problema, naturalmente, si fa ancora più evidente nelle fondazioni ove bisognerà verificare la compatibilità del perseguimento di finalità lucrative con lo scopo della fondazione, che come descritto, non può perseguire la volontà di lucrare del fondatore o degli amministratori.

Lo scopo di lucro rappresenta elemento qualificante dell'attività societaria, come si vedrà, in base all'art. 2247 c.c.; tuttavia una parte della dottrina²⁸⁰, e gli stessi fautori della fondazione partecipata,²⁸¹ ritengono che lo scopo di lucro sarebbe insito nella definizione stessa di attività economica²⁸², sebbene nella definizione codicistica (art. 2082) tale elemento non compaia al pari degli altri elementari

²⁸⁰T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, P. 189; F. FERRARA, F. CORSI (a cura di); *Gli imprenditori e la società*, Milano, 2001, p. 41; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2001, p. 43; F. GALGANO, *Diritto commerciale*, I, Bologna, 2004, p.10.

²⁸¹ E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, cit., p.29 ss.

²⁸² L'esistenza di imprese che sono ex lege sprovviste del lucro, postulando la possibilità di esercitare l'attività di impresa anche senza fine lucrativo, ha portato la dottrina maggioritaria a ritenere sufficiente il metodo economico ossia la tendenza a coprire i costi con i ricavi. Così: G. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2004, p. 33; P. SPADA, *Impresa*, in, *Digesto commentato*, VII, Torino, 1992, p. 50. Di opposta opinione altra dottrina fondata sul presupposto che chi intraprende un'attività d'impresa lo fa per ricavarne un guadagno: G. COTTINO, *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2001, p. 83.

essenziali, quali l'economicità, l'organizzazione e la professionalità, sopra analizzati.

Va introdotta, per superare la problematica, una distinzione concettuale tra lucro oggettivo e lucro soggettivo.

Quanto al rapporto esistente tra i due, va chiarito, che il secondo non necessariamente realizza un momento essenziale: esso accede in via secondaria ed eventuale a quello di oggettiva propensione dell'attività al fine di produrre ricchezza propria di ogni organizzazione economica.²⁸³ Si può assumere, dunque, quanto sopra avanzato: la configurabilità di un'impresa, non sottende che l'imprenditore attribuisca ad altri il profitto conseguito, essendo sufficiente che l'attività di impresa venga condotta secondo modalità oggettive astrattamente lucrative²⁸⁴. Incompatibile, con la natura ideale degli enti del I libro c.c., è il lucro soggettivo, ossia l'intento di redistribuire quanto investito ed ottenuto dallo svolgimento dell'attività economica. Il concetto richiama necessariamente quello di utile, di cui non esiste un'esatta definizione normativa, se non per la citazione che il legislatore ne fa nell'art. 2247 c.c., individuandolo, tra l'altro quale scopo del contratto societario²⁸⁵.

L'articolo impone un necessario collegamento tra utili ed attività economica, così da considerare l'utile, come quella maggiorazione della ricchezza prodotta a seguito della gestione di una determinata attività.

²⁸³ E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, cit., p. 33: per il quale il lucro oggettivo: "è un elemento intrinseco a qualsiasi attività economica, poiché la produzione di ricchezza non può prescindere dalla stessa."

²⁸⁴ Ne è convinta anche la giurisprudenza di legittimità come ha più volte affermato nel porre la distinzione tra lucro oggettivo e lucro soggettivo: Cassazione, n. 5566 del 1994; Cassazione n. 12039 del 1990; Cassazione n. 819 del 1989 in Foro.it

²⁸⁵ Proprio l'art. 2247, rappresenta la definizione legale della fattispecie considerata, nel disporre che con il contratto di società si conferiscono beni allo scopo di esercitare in comune l'attività economica "allo scopo di dividerne gli utili". Per un approfondimento: I. CAPELLI, *sub. art. 2247*, in G. BONILINI- M. CONFORTINI- C. GRANELLI (a cura di) *Codice Civile Ipertestuale vol. 2*, cit., p. 5298 ss. Lo ritengono anche i sostenitori della fondazione partecipata per i quali: "lo scopo di divisione degli utili è elemento costitutivo essenziale del concetto di società. E' quella comunemente definita come la causa del negozio giuridico". E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, cit., p. 34.

Si pone, quindi, un'individuazione dello stesso, in termini di risultato, dell'attività economica.²⁸⁶

Invero, va fatta una specificazione: dal concetto di utile, come appena definito, va distinto quell'incremento patrimoniale che deriva dalla società e che, solo se distribuibile e attribuito agli associati, realizza il c.d. dividendo²⁸⁷.

La distinzione non è di poco conto, poiché è il dividendo a realizzare sicuramente l'interesse lucrativo del socio, realizzando il momento essenziale di realizzazione dello scopo di lucro. Utili e dividendi, dunque, si distinguono sia sotto il profilo il profilo quantitativo poiché si considerano dividendi solo quelle somme per le quali vi è un diritto del singolo socio ad ottenere gli importi monetari relativi,²⁸⁸ sia sul piano funzionale poiché solo il dividendo è effettivamente distribuibile.²⁸⁹

L'utile, o meglio il dividendo, non rappresentano certamente l'unica occasione che di fatto può comportare un vantaggio economico all'associato.²⁹⁰ Ne discende che i due elementi non siano da soli sufficienti a rendere la nozione di lucro, nella quale rientra qualsiasi vantaggio di ordine patrimoniale ottenuto dall'associato grazie alla partecipazione all'ente.²⁹¹

²⁸⁶ L'individuazione del concetto ancorata al profitto dell'attività esercitata, e non già a qualsiasi incremento patrimoniale ottenuto, rende bene la differenza con il termine *guadagno* adoperato nel testo dell'art. 1697 della codificazione abrogata. Sul precedente concetto di guadagno: G.M. RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, 1965, p. 80; G. MARASA' *Le società senza scopo di lucro*, cit., p. 75.

²⁸⁷ La natura del dividendo controversa si veda:

²⁸⁸ G. FERRI, *Diritti agli utili e diritto al dividendo*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1961, p. 408: "costituiscono due diritti diversi: il dividendo è un diritto patrimoniale del socio; il diritto agli utili esprime invece soltanto una posizione giuridica intersoggettiva"; Anche F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit. p. 404.

²⁸⁹ Il riferimento è agli artt. 2433 co. 2 e 2303 co. 1, per i quali sono distribuibili solo gli utili effettivamente conseguiti, così che spesso il legislatore comprende nel concetto degli incrementi attivi che non rientrano nell'esatta definizione giuridica dello stesso. Sul punto: E. SIMONETTO, *Dividendi ed acconti dividendo nelle società per azioni*, Padova, 1963, p.35.

²⁹⁰ Si pensi ad esempio al diritto di opzione spettante ai soci ai sensi dell'art. 2141, co. 1, c. c.. Su questo: F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2004, p. 245; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1990, p. 510; F. FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 532.

²⁹¹ Sullo scopo di lucro la suprema corte ha affermato che: "ai fini dell'art. 2247c.c., il concetto di utile comprende, oltre al diretto incremento pecuniario, qualsiasi utilità economica consista questa in un risparmio di spesa, od in un altro vantaggio patrimoniale. Né il concetto di divisione degli utili deve essere inteso letteralmente, essendo ben possibile che questi ricavano il vantaggio sociale direttamente e non tramite la società" (come accade, oltre che nelle cooperative, ogni volta che, accanto al rapporto sociale, si instauri un diverso rapporto, si pensi alla fondazione che gestisce una società, attraverso il quale vantaggio può essere attribuito). Cassazione, 6 Agosto 1979 n. 4558, in *Giustizia civile*, 1980, II p. 2256 ss.

Il lucro soggettivo comprende quindi necessariamente qualsiasi utilità economica che il socio vede attribuirsi dalla società, sia indirettamente sia direttamente, e non è sufficiente che avvenga la produzione di ricchezza, qui si vuole, poiché normativamente necessario, che la ricchezza prodotta venga divisa ed entri a far parte del patrimonio di ciascuno dei soci.

Diverso è il lucro oggettivo. Quest'ultimo corrisponde al profitto d'impresa ed è legato al normale svolgimento dell'attività imprenditoriale di produzione e di scambio di beni e servizi con la obiettiva idoneità dei corrispettivi a coprire i costi. Il perseguimento di lucro oggettivo, in sostanza, è indicativo del fatto che l'attività economica scelta è stata organizzata in modo tale da ricavare dei profitti, senza alcun riferimento alla destinazione degli utili ritraibili, ossia senza che la direzione dell'attività acceda alla funzione ex. art. 2247.²⁹² La specificazione di oggettivo conduce, cioè, lo scopo di lucro ad essere più vicino all'attività sociale, che alla destinazione dei risultati conseguiti dalla stessa²⁹³.

Il suo conseguimento è, perciò, possibile ed auspicabile, anche in quelle organizzazioni scevre dalla finalità lucrativa, in quanto ciò che si intende vietare è, coerentemente con tutta la normativa relativa agli enti del primo libro del codice civile, l'arricchimento personale ed egoistico, conseguente all'esercizio dell'attività, in sostanza, lo spostamento dei proventi di questa nel patrimonio personale dei promotori.

Va ora aggiunto un ulteriore elemento dirimente, per quelle organizzazioni collettive che operano senza scopo di lucro, ossia le finalità di interesse generale che queste perseguono, in diversi settori filantropici, scientifici, sociali,

²⁹² Sempre la suprema corte individua il lucro oggettivo nello scopo di conseguire un utile e quello soggettivo nella ripartizione degli utili fra i soci. Precisa però che: *“l'esistenza di tali elementi deve essere verificata in base al contratto sociale e non ai risultati ottenuti in base all'attività svolta; cioè al conseguimento o meno dell'utile sperato”*. Cassazione, 6 Agosto 1979 n. 4558, in *Giustizia civile*, 1980, II p. 2256 ss.

²⁹³ A.A. CARRABBA, *Scopo di lucro ed autonomia privata. La funzione nella struttura associativa*, cit., p. 145. *“la specificazione di “oggettivo” posto allo scopo di lucro deve essere apprezzata quale linea di gestione dell'attività indipendentemente dalla destinazione degli utili prodotti a seguito dell'esercizio di tale attività “*.

umanitari, senza avere come destinatari singoli soggetti o gruppi di persone, non considerati in virtù della loro rilevanza sociale.

I due elementi che qualificano, difatti, gli enti operanti nel terzo settore, e rispondenti alle strutture del libro primo del codice, saranno: il lucro unicamente tipo oggettivo, ed il perseguimento di finalità di interesse generale.²⁹⁴

Si ci deve domandare, ora se l'incompatibilità tra il perseguimento di finalità unicamente di interesse generale ed il lucro soggettivo, appena escluso, sia assoluta. In senso tecnico diremo di sì, ma una possibilità di coniugare il perseguimento del lucro soggetti al precedente binomio sussiste²⁹⁵: il prodotto dell'attività è infatti destinabile, e deve esserlo, a beneficio della collettività, ossia il profitto dell'attività economica deve essere reinvestito nella stessa.

Le organizzazioni che si daranno questo tipo di scopi dovranno, cioè, essere impostate in modo da produrre valore da ridistribuire al solo fine di autofinanziamento: sarà lecito il suo perseguimento fin quando resterà risorsa da reimpiegare nell'attività o da destinare ad altre attività di rilevanza sociale, senza abbracciare la famosa finalità puramente lucrativa.²⁹⁶

Del resto, le ragioni che giustificano l'imposizione del divieto di distribuzione degli utili sembrano essere le stesse alla base del successo del modello no profit.²⁹⁷ L'assenza dello scopo di profitto, crea una maggior fiducia degli utenti nei confronti dell'ente, per via dell'attesa di un comportamento meno opportunistico, rispetto a quello aziendale, da parte degli stessi.²⁹⁸

²⁹⁴ Così E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, cit., p.37

²⁹⁵ Lo ritengono i fautori della fondazione di partecipazione: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, cit., p.38 ss.

²⁹⁶ Nel senso esposto prima di scopo di lucro soggettivo ex. art. 227.

²⁹⁷ Le ragioni a favore del divieto di distribuzione degli utili sono state evidenziate nell'ambito di un dibattito più ampio da parte soprattutto della dottrina nordamericana. Numerose sono le sintesi del dibattito in particolare: A. BACCHIEGA, *L'impresa sociale come struttura di incentivo: un'analisi economica*, in C. BORGAZA, J. DEFOURNY (a cura di) *L'impresa sociale in prospettiva europea*, Trento, 2001, p. 218 ss.

²⁹⁸ Contro chi ritiene che l'assenza di fine di lucro non rappresenta neppure una garanzia di adeguato rispetto delle esigenze dell'utente: "*l'esperienza ha dimostrato che lo status di organizzazione non garantisce da sola la qualità nel servizio ed il rispetto dell'utente, ciò che conta è il modo in cui tale status viene concretamente gestito*". J. L. LAVILLE, *Le imprese sociali e lo sviluppo dei servizi di*

Gli enti operanti in quest' ambito costituirebbero, secondo alcuni, la migliore replica al *contract failure*, ossia al fallimento del contratto quale strumento per proteggere i consumatori nei confronti delle imprese operanti sul mercato. In particolare, l'affidamento del cittadino sarebbe maggiore, in quello che viene considerato l'ambito di maggiore fallimento dello strumento, quale la c. d. asimmetria informativa: qualora il fruitore dell'attività non sarebbe in grado di valutarne gli aspetti qualitativi o quantitativi, l'ente non lucrativo offrirebbe maggiori garanzie sull'assenza di un comportamento opportunistico.²⁹⁹ Per altri invece il no profit rappresenta una rivalsea al *government failure*: sarebbe in grado di offrire una risposta più efficiente ed efficace, rispetto alle istituzioni pubbliche, nel provvedere alla fornitura di beni spiccatamente collettivi.³⁰⁰

In termini più generali, la fiducia di cui godono tali enti, da parte della collettività, costituisce la ragione principale del grande capitale umano, che essi sono in grado di accogliere, e che ne fa una delle principali risorse economiche attuali³⁰¹.

Tuttavia non manca chi avanza ragioni contrarie all'imposizione del divieto, ritenendo che nel nostro ordinamento non sia ravvisabile un principio generale in forza del quale sociale=profit³⁰²; né a livello europeo si sia mai del tutto

prossimità, in J. DEFOURNY, C. BORZAGA (a cura di), *L'impresa sociale in prospettiva europea*, cit., p. 122 ss.

²⁹⁹G. ANTONELLI, *Analisi dei modelli economici degli enti no profit*, in *Una proposta per la disciplina dell'impresa sociale*, Roma, 2000, p.28: " il divieto di distribuire gli utili si pone a tutela del consumatore poiché elimina la possibilità di offrire beni e servizi di qualità o quantità inferiori rispetto a quelli promesse allo scopo di massimizzare il profitto, e garantisce quindi l'enforcement intercorrente tra consumatore e produttore (organizzazione non lucrativa), attenuando la divergenza di obiettivi delle parti".

³⁰⁰ Infatti poiché l'azione pubblica è legata alle decisioni assunte a maggioranza, la produzione del servizio pubblico riflette le preferenze e le disponibilità a pagare dell'elettorato mediano. Pertanto taluni gruppi di cittadini rimarranno sicuramente insoddisfatti dell'offerta pubblica. Sul punto: O. CHILLEMI, *Ruolo e problemi della produzione volontaria dei beni collettivi. Le non profit organization*, in W. SANTAGATA (a cura di) *Offerta privata dei beni pubblici*, Bologna, 1991, p. 53.

³⁰¹S. ZIMAGNI, *Non profit come economia civile. Per una fondazione economica delle organizzazioni no profit*, in *Non profit come economia civile*, Bologna, 1998, passim, osserva che: "Le organizzazioni no profit hanno un ruolo rilevante nel processo di accumulazione di capitale umano reputazionale, o meglio di capitale sociale. Per capitale sociale si intende la rete di fiducia esistenti tra i soggetti di una determinata area."

³⁰²M. CARTABIA, *L'ordinamento giuridico e fiscale*, in R. RIGNANO, G. P. BARBETTA (a cura di) *senza scopo di lucro*, Bologna, 1996, passim, osservano che tale principio non è riscontrabile a livello

affermato un modello perfettamente sociale degli enti,³⁰³ poiché si è sempre ammessa una seppur limitata distribuzione degli utili.³⁰⁴

4. Lo svolgimento di attività di impresa nella Fondazione di Partecipazione: lo scenario dell'impresa sociale.

Il D. Lgs, n. 155 del 24 Marzo 2006,³⁰⁵ ha introdotto nell'ordinamento italiano l'impresa sociale.

L'intervento del legislatore dà seguito ad una parte della dottrina, che auspicava la creazione di una nuova figura giuridica, diversa sia dagli enti del I e del V libro del codice civile, e che fosse in grado di produrre beni e servizi di interesse collettivo.³⁰⁶

Gli stessi fautori della fondazione partecipata in un periodo antecedente l'emanazione del decreto attuativo, sottolineavano l'esistenza di ipotesi già operanti nella prassi, in attesa soltanto di essere considerate quali imprese non lucrative.³⁰⁷

costituzionale: “la costituzione non pone a carico del legislatore alcun obbligo di tutela o di agevolazione nei confronti delle associazioni non lucrative”. Contra R. ROMBOLI, *Problemi costituzionali della cooperazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, p. 114 ss., secondo il quale il testo dell'art. 45 Costituzione non potrebbe avere altro significato, se non quello di incentivare l'assenza di fini di speculazione privata.

³⁰³ Il divieto di distribuzione degli utili rappresenta una caratteristica degli enti collettivi con connotazione sociale soprattutto nel sistema statunitense; mentre l'esperienza europea ha fatto ricorso allo strumento della cooperative per il perseguimento di finalità sociali, che seppur non propriamente lucrative possono ritenersi a scopo egoistico: J. DEFOURNY, *Dal terzo settore all'impresa sociale*, J. DEFOURNY, C. BORZAGA (a cura di) in *L'impresa sociale in prospettiva europea*, cit., p. 122.

³⁰⁴ Per un approfondimento ulteriore economiche, deterrenti per gli stessi membri in merito al non *distribution contains* si veda: A. A. CARRABBA, *Scopo di lucro ed autonomia privata. La funzione nella struttura associativa*, cit., p.124 ss.

³⁰⁵ Il D. Lgs. fa seguito alla legge delega del 13 Giugno 2005, n.118 e pubblicato nella gazzetta ufficiale n. 97 del 27 Aprile 2006.

³⁰⁶ Per un quadro sulle ragioni alla base dell'introduzione di una nozione di impresa sociale: A. ZOPPINI, *Relazione introduttiva ad una proposta per la disciplina per l'impresa sociale*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2000 p. 335 ss.; L. SANTUARI, *L'impresa sociale: è un concetto giuridico? Sulla riforma del libro I del codice civile in materia di enti non profit*, in *Diritto, famiglia e persona*, 2000, p. 895 ss.

³⁰⁷ Tra l'altro gli stessi autori immaginavano una possibile disciplina del nuovo soggetto, che necessariamente doveva produrre ricchezza non da distribuire ma da reinvestire per le finalità perseguite,

In particolare, i modelli delineati nella fase antecedente la normativa, erano essenzialmente quattro: (a) la fondazione che gestisce l'impresa di utilità sociale; o che è in tutto o in parte titolare del capitale di una società lucrativa che gestisce l'attività commerciale (b); la società di capitali che gestisce l'impresa (c); e alcuni modelli complessi che prevedono accordi e convenzioni e concessioni con i quali la fondazione affida in tutto o in parte la propria attività ad imprese esterne³⁰⁸.

Tralasciano le ultime due in quanto già ampiamente disciplinate dal codice, nella prima ipotesi, e di non particolare innovazione, nel secondo caso, i primi due modelli costituivano, essenzialmente, le modalità di esercizio dell'attività di impresa da parte della fondazione, prima dell'intervenuto riconoscimento della veste di impresa sociale, successivo al decreto in esame. Nel caso in cui, difatti, una fondazione fosse direttamente responsabile dell'impresa sulla base di un progetto comune da perseguire (primo modello), l'unica strada è la costituzione di una fondazione partecipata in cui ogni componente conferirà oltre a contributi patrimoniali il proprio tempo e le proprie competenze, nella consapevolezza di non ricavare utili dal tempo e dal denaro investito. Nel caso in cui, invece, il tipo di attività svolta richiede un intervento imprenditoriale più spinto, o il bene oggetto dell'attività non può essere sottoposto al rischio di impresa (secondo modello), la strada possibile è quella di una fondazione partecipata che gestisca l'impresa ad utilità sociale affiancandosi ad una società di capitali alla quale affidare tutte le attività tipicamente commerciali.³⁰⁹

Tutto questo era immaginato in assenza di una normativa sull'impresa sociale; ma mantiene ancora oggi la sua attualità; anche alla luce della nuova disciplina,

individuandone i tratti salienti in alcune specifiche caratteristiche: l'impresa, e quindi la presenza di tutti gli elementi ex art.2082, l'utilità sociale, l'assenza di uno scopo di lucro, ed uno snellimento della procedura per l'acquisto della personalità giuridica. Per un approfondimento: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, cit., p. 47 ss.

³⁰⁸ Per un approfondimento sui due modelli: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, cit., p. 67 ss.

³⁰⁹ Per entrambi i modelli e le elencazioni delle molte ipotesi presenti nella prassi: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, cit., p. 59 ss.

difatti, la fondazione di partecipazione costituisce il più avanzato modello italiano di gestione di iniziative nel campo culturale e del no profit, e si sostanzia, qualora lo statuto ne rispetti le prerogative e competenze, in una *impresa non lucrativa* che consente, attraverso la collaborazione tra il pubblico ed il privato, di conciliare l'imprenditorialità e la managerialità privata con l'interesse pubblico.³¹⁰

Sarà bene allora analizzare la disciplina dell'impresa sociale introdotte nel 2006. Con l'emanazione della normativa attuativa di una precedente legge delega del 2005, il legislatore si è proposto di temperare la rigida dicotomia esistente tra gli enti non lucrativi, di cui al I libro del codice civile e gli enti societari di cui al V quinto libro, in merito alla possibilità di esercitare attività commerciali in forma imprenditoriale. Possono, difatti, a norma dell'art. 1 co. 1 del decreto in esame, assumere la qualifica di impresa sociale tutte le organizzazioni private, appena elencate, a condizione che esercitino in via stabile e principale un'attività economica organizzata, al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi di utilità sociale, e diretta a realizzare finalità di interesse generale. E' inoltre necessario il rispetto di una serie di requisiti specifici tra i quali spicca l'assenza dello scopo di lucro.

E' evidente come la nuova impresa mescola tratti dell'attività, con altri del soggetto, essendo stata introdotta proprio al fine di abbracciarli entrambi: risulta chiara cioè, la crasi effettuata, per la sua costruzione, tra gli artt. 2082 e 2047 c.c. La natura necessariamente privata delle organizzazioni poi, è coerente con il principio di sussidiarietà già sopra esaminato, e vale a comprendere, sia le fondazioni che le associazioni nella loro struttura basilare contemplata nel codice, ma anche nelle diverse varianti presentate da leggi speciali e dalla prassi, purché non presentino un profilo incompatibile.³¹¹ Mentre, l'espressa menzione

³¹⁰ Co si legge: BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni di partecipazione*, in *Le Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano 2006, IV ed. p.1.

³¹¹ F. CAFAGGI, *La legge della delega sull'impresa sociale: riflessioni critiche tra passato prossimo e futuro immediato*, in *impresa sociale*, 2005p.66, si interroga in particolare circa la compatibilità con

degli enti del libro V, sancisce l'inatteso coinvolgimento delle società e delle cooperative, fornendo fra l'altro fornendo la copertura ad un'ipotesi di società senza scopo di lucro.³¹² Invero, la ricaduta della normativa fra i soggetti del primo libro del codice da un lato, e le società dall'altro, è diversa poiché nel primo caso si contribuisce ad irrobustire un corredo normativo non esaustivo³¹³, mentre alle società si impongono necessari adeguamenti statuari.³¹⁴ Quanto alla compatibilità fra la veste di impresa sociale e le struttura basilare delle organizzazioni, sorge qualche dubbio in merito alla fondazione, poiché come da taluni osservato, il fenomeno sembra modellato più sul sistema associativo e cooperativo, che sulla struttura istituzionale.³¹⁵ Nella norma non viene imposta una precisa struttura giuridica, compatibile, così che, la tendenziale indifferenza del modello di partenza, consente, ed il compito è lasciato all'interprete³¹⁶, di conciliare le categorie con il modello imprenditoriale disegnato, neppure trascurando il coordinamento con gli statuti di diritto singolare .

Quanto all'attività perseguibile, il carattere *sociale* dell'impresa si deduce, secondo la lettura della prevalente dottrina³¹⁷, dalla circostanza che i beni e i servizi prodotti siano qualificabili come di utilità sociale. L'art. 2 del decreto riconnette tale crisma fondamentale dell'istituto, a tutta una serie di attività indicate in dettaglio (art. 2 co.1 let. a/m), estendendo, poi, nel secondo capoverso, l'applicabilità della disciplina all'impresa che, a prescindere dall'ambito di operatività, favorisca l'inserimento lavorativo di talune categorie

l'impresa sociale delle fondazioni bancarie, fondazioni enti lirici, fondazioni culturali, fondi pensioni, propendendo per l'incompatibilità.

³¹² Sulla "società di beneficenza" vedi: A.A. CARRABBA, *Scopo di lucro ed autonomia privata*, cit., p. 116 ss.

³¹³ Risultano provvidenziali le indicazioni relative ai provvedimenti decisionali al controllo della tenuta della contabilità, alla partecipazione dei beneficiari presenti nel decreto in esame.

³¹⁴ La finalità non lucrativa sollecita la verifica della congruenza delle singole regole, dall'introduzione del voto capitaro all'obbligo di costruzione del capitale. Su questi aspetti: BONFANTE, *Un nuovo modello d'impresa: L'impresa sociale*, in *Società*, 2000p. 932 ss.

³¹⁵ M. V. DE GIORGI, *La legge delega sull'impresa sociale*, in *Studium Iuris*, 2005 p. 1264 ha osservato che: "La legge sembra modellata sul fenomeno associativo e cooperativo"

³¹⁶ R. COSTI, *La nozione d'impresa sociale nella legge delega*, in *Impresa e società*, 2005, p. 79; M. V. DE GIORGI, *La legge delega sull'impresa sociale*, in *Studium Iuris*, 2005, p. 1265

³¹⁷ Così A. BUCELLI *Commento art. 2*, in, M. V. DE GIORGI (a cura di) *La nuova disciplina dell'impresa sociale. Commentario al d. Lgs. 24 marzo 2006 n. 155*, cit. p. 84.

di soggetti deboli.³¹⁸ Il legislatore fa qui una scelta precisa di fissare le categorie di attività che soddisfano il requisito dell'utilità sociale, essendo rispondenti alle finalità di interesse generale che giustificano l'adozione del nuovo modello. Del resto, esaminando in dettaglio l'elenco delle attività si può rilevare come queste completino il novero degli ambiti di tutela legislativamente nominati:³¹⁹ alcune (art. 2 co. 1, lett. *a, b, c*) identificano, difatti, le aree classiche di tutela alla persona, altre (lett. *d, h, l*), ruotano attorno ad educazione, istruzione, formazione nei vari ordini e gradi; mentre ambiente cultura e turismo sociale (lett. *e, f, g*) completano il quadro.

Invero la scelta di affidarsi ad una lista di materie predeterminate come indicative del carattere della socialità si è esposta ad una pluralità di obiezioni dottrinali: oltre alla possibile omissione di questo o quel comparto, non persuade che in un contesto di autonomia privata il settore di attività debba essere etero determinato per legge,³²⁰ anche se non sfugge che le clausole generali di “*utilità sociale*” e “*finalità di interesse generale,*” inevitabilmente aprono margini di incertezza che possono avere, insieme alla già insoddisfacente esperienza delle ONLUS, spinto il legislatore ad abbandonare la via dell'individuazione di criteri di massima.

Lo riconferma anche il fatto che le aree di attività poste costituiscono un *numerus clausus*, e dunque l'impresa che dovesse esercitare le attività innominate non potrebbe considerarsi sociale.

Al di là delle finalità perseguibili, basti per superare il problema della compatibilità dell'impresa sociale con gli elementi di cui all'art. 2082 c.c., la replica che l'impresa sociale è “*una species nel più ampio genere dell'impresa,*

³¹⁸ Vedi per in approfondimento G. PONZARELLI, *Commento art. 3*, in, M. V. DE GIORGI (a cura di) *La nuova disciplina dell'impresa sociale. Commentario al d. Lgs. 24 marzo 2006 n. 155*, cit. p.105 e ss.

³¹⁹ Si guardi per un minimo riscontro l'elenco di cui all'art. 117 della Costituzione: alcuni dei settori qui contemplati come di utilità sociale, rientrano tra quelli che la Costituzione annovera tra le materie a competenza legislativa dello Stato (art. 117 co.2 lett. *m, s.*) altri nelle competenze regionali concorrenti, altri ancora nella competenza residuale (art. 117 co. 4).

³²⁰ Va sottolineato il rilievo di chi pur condividendo l'idea dei parametri dell'attività e della finalità dell'ente, evoca la non soddisfacente esperienza delle onlus ed aggiunge che sarebbe stato sufficiente tratteggiare una pur generica finalità di interesse generale o di utilità sociale. F. CAFAGGI, *La legge delega sull'impresa sociale: riflessioni critiche tra passato prossimo e futuro immediato*, in *Impresa e società*, cit. p. 63/65

con la conseguente applicabilità dello statuto generale di questa, laddove non espressamente derogato.³²¹ Neppure la sostituzione del carattere *stabile* dell'attività, in luogo della professionalità, vale ad eliminare l'inquadramento, dovendosi riempire il nuovo carattere dello stesso contenuto del precedente, traducendolo egualmente nell'abitudine dell'esercizio³²². Oltre che stabile l'attività esercitata deve poi risultare principale, in base ad un criterio quantitativo, che come unico parametro l'ammontare dei ricavi³²³.

Anche qui, quindi, si sceglie un criterio di certezza, individuato nel valore dei ricavi che deve tenersi sotto una determinata soglia, differenza del criterio solo qualitativo del modello e generale degli enti non commerciali; il che ha comportato dei problemi di adattabilità della disciplina in quanto molti enti non profit possono svolgere attività di impresa in vari modi circoscritti. In particolare nell'impresa che fa capo ad associazioni e fondazioni l'attività economica è senz'altro strumentale, essendo destinata all'autofinanziamento degli scopi che l'ente si è dato³²⁴.

Infine, è elemento qualificante l'impresa sociale, coerentemente con quanto osservato fin qui in merito allo svolgimento di attività di impresa da parte degli enti del I libro e delle stesse fondazioni partecipate: l'assenza dello scopo di lucro. L'articolo 3 del decreto in esame, assicura l'eliminazione della finalità lucrativa, vietando la distribuzione di utili ed avanzi di gestione a favore degli amministratori soci partecipanti lavoratori o collaboratori. In base

³²¹ R. COSTI, *La nozione d'impresa sociale nella legge di delega*, in *Impresa e società*, cit. p. 73. Nello stesso senso: G. BONFANTE, *La delega al Governo concernente la disciplina dell'impresa sociale*, in *Impresa e società*, 2005 p. 75.

³²² R. COSTI, *La nozione d'impresa sociale nella legge di delega*, in *Impresa e società*, cit. p. 76

³²³ Sempre l'art. 2 co. 3, chiarisce che per attività principale si intende quella che apporta oltre il 70% dei ricavi.

³²⁴ Va però valutato, diversamente l'attività di impresa esercitata da una fondazione con generici fini non lucrativi non potrebbe assurgere al rango di attività principale e dunque non potrebbe rientrare nella disciplina dell'impresa sociale, che l'attività strumentale, sotto un profilo quantitativo, non individua quell'attività non determinante o *comunque contenuta in limiti tali da non snaturare la qualificazione dell'ente come organismo fondamentalmente estraneo alle vicissitudini del traffico economico*. Può anzi darsi che un'attività in tal senso strumentale generi gran parte dei mezzi patrimoniali di cui l'ente abbisogna. V. VITTORIA, *L'indole impropria dell'impresa non profit*, in *Diritto e giurisprudenza* 2002 p. 21.

all'orientamento della dottrina commercialistica³²⁵ dovranno considerarsi utili, nell'impresa sociale, soltanto le utilità scaturenti dallo svolgimento dell'attività assunta ad oggetto straordinario, e non anche quelle che scaturiscano *aliunde*. E, con riferimento alla distribuzione di queste, che potremo definire *diretta o esplicita*, il divieto imposto è assoluto. Tuttavia, le utilità che derivano dalla partecipazione all'impresa collettiva non sono limitate soltanto alla distribuzione dei proventi, ma possono essere anche ricavate in via indiretta. Ed è proprio, con riferimento a queste tecniche di distribuzione indiretta, che la norma riserva alcune sorprese, guardando oltre la formulazione del divieto degli utili si constatata come siano consentite alcune delle forme più note di distribuzione indiretta degli utili, sia nei confronti degli amministratori, sia dei dipendenti (in questo caso senza limiti, salvo la necessità di giustificare la deroga rispetto alla retribuzione posta nei contratti collettivi applicabili), sia nei confronti dei finanziatori dell'impresa stessa.³²⁶ In sostanza nell' impresa sociale il divieto di distribuzione degli utili, cifra della non commercialità dell'ente, è formulato in modo da non risultare assoluto. Anzi, si può ritenere che esso, seppure perentoriamente sancito dall'articolo 3 del decreto, sia un divieto parziale al quale sono ammesse deroghe notevoli, nella forma della distribuzione in forma indirette.

In conclusione, l'introduzione dell'impresa sociale opera il consolidamento di una categoria intermedia³²⁷, (rispetto a quelle tradizionalmente riconosciute nel

³²⁵ Secondo tale dottrina la nozione di utile va individuata non in base al meccanismo di *distribuzione*, bensì in base a quello di *produzione*. M. CAPECCHI, *Commento art. 3*, in *La nuova disciplina dell'impresa sociale. Commentario al D. Lgs. 24 marzo 2006 n. 155*, Padova, 2007, p. 131. La precisazione è importante poiché consente di individuare quali poste rientrano nel divieto di distribuzione degli utili, e quali invece ne siano escluse. In base all'orientamento della dottrina la soluzione è quella indicata nel testo.

³²⁶ Per un approfondimento sulle forme di distribuzione indiretta degli utili ammessa nell'impresa lucrativa ex art. 3 co. 2 del decreto in esame, si veda: M. CAPECCHI, *Commento art. 3*, in M. V. DE GIORGI, (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa sociale. Commentario al D. Lgs. 24 Marzo 2006, n. 155*, cit., p. 129 ss.

³²⁷ A questa categoria oltre l'impresa sociale appartengono le Onlus, le cooperative sociali, e le cooperative a mutualità prevalente: M. CAPECCHI, *Commento art. 3*, in M. V. DE GIORGI, (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa sociale. Commentario al D. Lgs. 24 marzo 2006 n. 155*, Padova, 2007, p. 135/136.

campo degli collettivi quali gli enti non profit e le società), che comprende enti che si caratterizzano per il duplice requisito: da un lato della forte connotazione sociale, in termini di utilità delle attività perseguite, e dall'altro di una limitata distribuzione, diretta ed indiretta, degli utili.

CAPITOLO IV

LA FONDAZIONI DI PARTECIPAZIONE TRA PUBBLICO E PRIVATO E I PROFILI D' ATTUALITA' DELL'ISTITUTO.

1. La presenza di enti pubblici nella Fondazione di Partecipazione: modalità e profili problematici.

Varie circostanze pubblicistiche³²⁸, nell'ultimo ventennio, hanno determinato l'esigenza di un nuovo rapporto, tra la sfera pubblica e la sfera privata, individuato a livello comunitario³²⁹ con la formula "partenariato pubblico privato" (PPP).

Per partenariato va intesa una forma di cooperazione pubblico privato per l'espletamento di compiti pubblici, nel cui contesto le risorse necessarie sono poste in gestione congiunta, ed i rischi legati ai progetti sono suddivisi in modo proporzionato sulla base delle competenze di gestione di ciascun partner.³³⁰

Va osservato, che sebbene possa apparire, la nuova formula del partenariato non rappresenta uno dei possibili risvolti giuridici del principio di sussidiarietà³³¹: poiché, il primo implica un incontro di volontà dei soggetti, laddove la sussidiarietà comporta una sostituzione, (del privato al pubblico) nella

³²⁸ M. P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazioni di Partecipazione, I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano 2006, p. 32: " nel recente periodo si sono coagulate esigenze e politiche convergenti negli esiti, quali la privatizzazione di molti enti pubblici, la crisi finanziaria pubblica, la riscoperta del principio costituzionale dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, tramite i criteri, aziendalistici, di efficienza, efficacia ed economicità".

³²⁹ Il tema era stato individuato nell'ambito di una prospettiva di riforma per una nuova disciplina del partenariato indicata nel libro verde della Commissione europea: *Libro verde relativo ai partenariati pubblico privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, Bruxelles, 30.4.2004, Comm. 2004/327.

³³⁰ La definizione corrisponde a quella fatta propria dal parlamento europeo, nella risoluzione 16.10.2006, riguardo ad i partenariati in materia di appalti pubblici e concessioni. Alquanto diversa è quella voluta dalla Commissione europea come di seguito (nota successiva), sulle due e sul rapporto tra di esse intercorrente: M. P. CHITI *I partenariati pubblico- privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in *Il partenariato pubblico privato*, Napoli, 2009, p. 1 e 4.

³³¹ Di cui già si è parlato nel capitolo precedente vedi paragrafo 1.

realizzazione di iniziative di interesse generale. Si impone, cioè, nel partenariato un rapporto almeno tendenzialmente paritario³³².

La commissione europea³³³, nel tentare di fare del partenariato una nuova categoria giuridica unitaria, ha ricondotto gli istituti giuridici, rapportabili alla nozione di PPP, a due categorie quella del partenariato contrattuale³³⁴ (caratterizzata dalla fonte negoziale di disciplina della relazione tra pubblica amministrazione e privato), e quella del partenariato istituzionalizzato, che comprende le forme che implicano un cooperazione in seno ad un'entità diversa (amministrazione e privato affidano ad un soggetto terzo, la realizzazione di una determinata opera o di un determinato servizio).³³⁵

³³² M. P. CHITI *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in *Il partenariato pubblico privato*, cit., p. 7: "Non vi può essere partenariato se uno dei due soggetti è debole o inefficiente partenariato implica infatti una parità tendenziale, pur nella diversità delle rispettive organizzazioni e degli interessi perseguiti."

³³³ Al fine di verificarne la sussistenza come categoria giuridica unitaria, la commissione individua 4 caratteri tipici del PPP: a) la durata relativamente lunga della collaborazione; b) le modalità di finanziamento del progetto garantito da parte del privato; c) il ruolo importante dell'operatore economico che partecipa alle varie fasi; d) la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico e il partner privato, sul quale sono trasferiti i rischi di solito gravanti sul settore pubblico. Non mance chi si rivede in tale definizione: R. DIPACE, *Partenariato pubblico e contratti atipici*, Milano, 2006, p.39, il quale sottolinea la natura descrittiva da attribuire alle due macro categoria realizzabili su tali indici: il partenariato contrattuale e quello istituzionalizzato.

³³⁴ Entrato nel nostro ordinamento, con il terzo decreto correttivo del codice sugli appalti pubblici (D. Lgs. N. 152 del 2008), che ha introdotto la categoria dei contratti di partenariato, per la cui definizione si veda l'art. 3 recante il nuovo comma *15 ter(Definizioni)* introdotto dal decreto. Si veda su questo tipo di partenariato: A. MASSERA, *Il partenariato pubblico privato ed il diritto europeo degli appalti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comm.*, 2005, p. 1201 ss.; M. A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Rivista italiana diritto pubblico comm.*, 2005, p. 167 ss.

³³⁵ Alcuni autori individuano in questa categoria un fattore di "ombra" del partenariato pubblico privato, poiché incongruo con la direzione del diritto comunitario, dato il particolare rilievo che si riscontra, in questa categoria, per la società mista a scapito di altri fenomeni particolarmente rilevanti in alcuni stati membri, come la fondazione culturale in Italia. Su questo e su ulteriori fattori negativi del nuovo modello: M. P. CHITI, *Introduzione. Luci ed ombre e vaghezze nella disciplina del partenariato pubblico privato*, in *Partenariato pubblico privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005, p. 7 ss. Si veda per il ruolo centrale svolto dalla società mista: C. MARCOLUNGO, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato: un tentativo di ricostruzione*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato*, cit., p. 193 e ss. Per un'analisi esaustiva del partenariato pubblico privato istituzionalizzato: V. FERRARO, *Le principali implicazioni della giurisprudenza in materia di in house providing per la disciplina nazionale di partenariato pubblico privato istituzionalizzato*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato*, cit., p. 261

Perché, la nuova interazione Pubblico-Privato, sia efficace è necessario avere uno strumento giuridico, semplice e capace di armonizzare le differenze intercorrenti a livello gestionale tra un ente pubblico ed un ente privato.

La fondazione di partecipazione può essere questo strumento di diritto privato a servizio dell'interesse pubblico, poiché riunisce al suo interno rappresentanti di entrambi i settori, gestendo, alla luce del superiore interesse pubblico, quelle attività tipicamente rivolte all'individui³³⁶. Essa non rappresenta una semplice mutazione dei poteri pubblici diretta alla riorganizzazione degli stessi³³⁷, ma una vera forma di convergenza di iniziative e di risorse tra le due sfere, per il perseguimento di fini di utilità sociale.

Del resto, la riscoperta della fondazioni quale soggetto giuridico finalizzato alla cura ed al perseguimento di interessi pubblici non è un fenomeno nuovo.

Il legislatore, attraverso un complesso di disposizioni normative ha istituito e regolamentato particolari figure di fondazione *speciali o di diritto amministrativo*, (si pensi alle fondazioni bancarie, le fonda universitarie, le fondazioni culturali) *alternative* rispetto al tradizionale istituto civilistico. Tale intervento ha determinato l'affermarsi dell'istituto della fondazione quale ente pubblico, la quale rivela soprattutto in tre ambiti: la trasformazione di un ente pubblico in enti formalmente privati; l'esternalizzazione di compiti pubblici; ed un ritorno all'originaria veste privata di enti che essenzialmente avevano subito una pubblicizzazione statale. La tripartizione indica la presenza di tre fenomeni che si collocano nel processo di "privatizzazione", della sfera pubblica, che assume significati diversi per ciascuno dei tre fenomeni.³³⁸In particolare per

³³⁶ Così i fautori della fondazione partecipata E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni del terzo millennio. Pubblico e Privato per il non profit*. II, Firenze Antella, 1998, p. 131.

³³⁷ Lo ritiene: S. CASSESE, *La disciplina delle fondazioni: situazioni e prospettive*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, p. 161.

³³⁸ Per i significati attribuibili al termine *privatizzazione*: S. CASSESE, *Le privatizzazioni arretramento o riorganizzazione dello stato?* in *Rivista italiana di diritto pubblico comm.*, 1996, p.583 ss.

l'ultima categoria, si ci riferisce alla creazione di enti aventi natura privata, da parte di altri enti pubblici per lo svolgimento di funzioni pubbliche³³⁹.

Il ricorso alle fondazioni nell'ambito del processo di privatizzazione degli enti pubblici è stato oggetto di valutazioni oscillanti.³⁴⁰ Invero il problema dell'individuazione della natura giuridica delle fondazioni operanti in diritto pubblico, ed in particolare per gli enti privatizzati, ha fatto discutere molto la dottrina anche, anche per la conseguente applicabilità della disciplina pubblicistica o di diritto comune agli stessi³⁴¹. Nella maggior parte delle discipline speciali previste dal legislatore per ciascun tipo di fondazione, difatti, si rinviene almeno uno degli indici rivelatori della pubblicità³⁴², così come ricavati dalla nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico: la gestione è soggetta a controllo da parte dei pubblici poteri; l'attività è finanziata in modo maggioritario da questi ultimi; gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza sono costituiti a maggioranza da membri designati dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Spesso, dunque, la conclusione è che il singolo soggetto, volta per volta analizzato, non è «una fondazione di diritto privato», bensì «un ente pubblico, qualunque sia il nomen usato dal legislatore».³⁴³

³³⁹ Sulla tripartizione: G. MANCUSO, *Le fondazioni nella privatizzazione della pubblica amministrazione*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato*, cit., p.137 “, il quale precisa anche che: in tutti i tre casi “*si ha la riconduzione al diritto privato di strutture e funzioni pubbliche ma attraverso percorsi diversi che occorre considerare per comprendere la natura giuridica di tali enti*”.

³⁴⁰ Dopo una prima fase di larga adesione alle scelte del legislatore, è ora dominante una revisione critica. Ma sostiene la validità della scelta, G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine: pubblica tipi e regole*, in *Diritto amministrativo*, 2006, p. 573: “*Ricostruire la fondazione quale «strumento privatistico di perseguimento dell'utilità sociale, ovvero dell'interesse pubblico» costituisce, un invito a «prendere sul serio» il legislatore e il processo che ha condotto alla moltiplicazione delle fondazioni di «origine pubblica».*

³⁴¹ Per una puntuale analisi delle fondazioni partecipate nella problematica distinzione tra ente pubblico ed ente privato: G. MANCUSO, *Le fondazioni nella privatizzazione della pubblica amministrazione*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato*, cit., p.138 ss.

³⁴² Per molta parte della dottrina è attraverso questi indici che va risolta la questione sulla natura pubblicistica o meno degli enti privatizzati. Sulla tesi degli indici rivelatori: G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 200, p. 201; V. C. IRELLI, “*Ente Pubblico*”: *problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in V. C. IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di) *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, p. 87 ss.

³⁴³ Per questa conclusione, F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Diritto Amministrativo*, 2004, p.447; valutazioni meno decisive sulla natura pubblica, in E. FRENI, *La*

Ma non è a quest'ultimo schema che va ricondotta la fondazione partecipata. L'ambito di questa, va ristretto escludendo quelle fondazioni che, ancorché partecipate, rimangono soggette a penetranti poteri di indirizzo e controllo pubblicistici.

In particolare, vanno escluse due tipologie di fondazione che sono “*solo di facciata partecipative*”: la prima comprende le fondazioni di mera privatizzazione formale di precedenti enti pubblici, che rimangono ancora finanziante dallo Stato e soggette a penetranti controlli, risultando ancora in pratica ancora *longa manus* dell'amministrazione precedente; l'altra comprende le fondazioni strumentali all'ente che le ha promosse e costituite. Quest'ultime sono caratterizzate dalla piena funzionalizzazione dell'attività a favore degli enti pubblici, mentre la partecipazione degli altri soggetti è meramente ancillare.³⁴⁴

La fondazione di partecipazione, dunque, non è una fondazione di diritto pubblico: in essa la presenza di soggetti pubblici, nel consiglio di amministrazione e nel consiglio generale, è finalizzata ad una forma di cooperazione paritaria, di lungo termine per la realizzazione di scopi di utilità sociale³⁴⁵.

La stessa relativa disciplina, non potrà essere che di diritto comune, tranne alcune ipotesi particolari³⁴⁶, e senza escludere, che la presenza di tali enti, determina

trasformazione degli enti pubblici, Torino, 2004, 255 ss. Va osservato però che altra parte della dottrina ritiene, per sfuggire alla dicotomia ente pubblico ente privato di dover procedere all'individuazione della natura giuridica dell'ente privatizzato verificando quali norme riferite alle amministrazioni siano applicabili ai nuovi enti, in base alla ratio stessa che la norma intende tutelare: G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 171 ss.

³⁴⁴ Per l'esclusione: M. P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, cit., p.40

³⁴⁵ M. P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, cit., p. 41: “Le Fondazioni di partecipazione devono esprimere compiutamente un partenariato pubblico privato, quali enti di forma privatistica in cui più soggetti, privati e pubblici, perseguono fini di utilità sociale.”

³⁴⁶ Le ipotesi particolari riguardano il caso in cui la fondazione partecipata veda al suo interno la presenza di imprese operative o di costruzione o di o di servizi o forniture. Si può difatti porre il problema di una loro utilizzazione da parte della fondazione: secondo la recente normativa gli affidamenti ridetti (in *house*) sono da considerarsi giuridicamente eccezionali, ove la fondazione non sia soggetto aggiudicatore. La conclusione è espressione di un principio più generale, di generale rilevanza per tutti i casi di

un'influenza da parte del diritto pubblico in molte questioni dell'organizzazione e della funzionalità delle fondazioni di partecipazione, con gradi diversi a seconda del tipo specifico di ente.

Va, dunque, analizzata meglio tale influenza.

La fondazione di partecipazione, oltre che per trasformazione, o, esternalizzazione di servizi da parte dell'ente pubblico, può anche essere direttamente istituita per volontà dello stesso per iniziative di pubblico interesse, o, ancora, gli enti pubblici possono scegliere di aderire a fondazioni già costituite. Nel caso in cui vi sia la decisione di istituire una fondazione vi sarà la necessità di motivare la scelta con un'espressa indicazione dei motivi di diritto e di fatto che l'hanno determinata³⁴⁷; naturalmente nel caso in cui la costituzione della fondazione partecipata sia prevista dalla legge basterà il richiamo alla norma che disciplina la fattispecie, senza ulteriore motivazione. La costituzione sarà frutto di un procedimento amministrativo, con la conseguente sottoposizione alla relativa disciplina e giurisdizione. Qualora, invece, l'ente pubblico decida di aderire ad una fondazione già costituita, lo status di questo dipenderà dai tipi di soci previsti nel relativo statuto. L'adesione potrà anche essere condizionata a favore della posizione dell'ente pubblico o al fine di assicurarsi un'adequata incidenza sulla governance della fondazione. Va segnalato che dopo un lungo

affidamenti diretti, cui la giurisprudenza è arrivata sotto l'influsso del diritto comunitario e riguarda in particolare le società miste e gli appalti. Sui principi enucleati dalla giurisprudenza: V. FERRARO, *Le principali implicazioni della giurisprudenza in materia di in house providing per la disciplina nazionale di partenariato pubblico privato istituzionalizzato*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato*, cit., p. 261 ss.; G. MARCHEGGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernete le concessioni ed i c.d. affidamenti in house*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comm.*, 2005, p. 945 ss. Avanza perplessità sull'applicabilità del principio alla fondazione partecipata, poiché è da valutare caso per caso se si ricada nel divieto considerato: M. P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, cit., p.38.

³⁴⁷ Occorrerà dar conto, da un lato, delle specifiche ragioni di pubblico interesse che consigliano la costituzione del nuovo soggetto, nella prospettiva degli obiettivi di economicità efficace ed efficienza, ossia di tutte le articolazioni del principio di buon andamento della p. a. ex art. 97 Cost. Dall'altro lato, del perché si è preferita la forma fondazionale, anziché quella societaria, o altre forme presenti nell'ordinamento.

contrasto giurisprudenziale, l'attuale disciplina³⁴⁸ prevede che l'accompagnarsi delle p.a. con soggetti privati sia necessariamente il frutto di una disciplina ad evidenza pubblica, mentre la partecipazione ad una fondazione di partecipazione deroga a tale principio, poiché essa è strutturalmente aperta alla partecipazione di altri soggetti, con il solo limite che i soggetti aderenti appartengano a determinate tipologie.³⁴⁹

La partecipazione di un ente pubblico, al di là delle modalità attraverso le quali avviene, deve sempre trovare il fondamento nell'interesse pubblico, cui l'ente è preposto che potrà essere meglio perseguito attraverso un diverso assetto organizzativo, rispetto all'azione diretta dell'agente pubblico.³⁵⁰ Una gran parte delle nuove fondazioni difatti comprende i casi di attività esternalizzate dalla p. a. per ragioni di maggiore efficienza o maggiore funzionalità del diritto comune. Esternalizzare comporterà, ovviamente, anche per la fondazione partecipata come già per le valutazioni fatte sopra, che l'oggetto stesso della fondazione diverrà l'attività svolta in precedenza dall'ente pubblico, il quale sarà obbligato a mantenere una posizione di controllo e garanzia dell'operato della fondazione. L'oggetto sociale sarà invece molto più nelle mani dei soggetti che sono soci della fondazione, nel caso in cui essa non sia frutto di una devoluzione da parte dell'organismo pubblico, nono stante anche in questo caso vada rispettato il

³⁴⁸ Art. 113 del D. Lgs. N. 267/2000, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, ed altre norme similari. Il limite riguarda in particolare le società miste ove il socio privato deve sempre essere scelto con tale tipo di procedura. Si richiama sulla disciplina di queste società: C. MARCOLUNGO, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato: un tentativo di ricostruzione*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato*, cit., p. 193 e ss., ove molti contributi sulla causa e l'oggetto di queste, la natura dei soci e la qualità della loro partecipazione, il *decision maker* societario con la nomina e la revoca degli amministratori.

³⁴⁹ M. P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, cit., p. 35

³⁵⁰ Invero altro limite riscontrabile nel principio che sta prevalendo nell'ordinamento, per il quale i soggetti partecipati da enti pubblici devono operare necessariamente o esclusivamente nel territorio di riferimento degli enti. Il principio però, ancor più che altri male si adatta alle fondazioni, le cui iniziative possono assumere connotazione nazionale ed oltre proprio per assicurare i migliori risultati nel loro ambito primari. Pertanto si tratta di un limite da considerare solo in senso tendenziale, per evitare adesioni a soggetti davvero remoti agli scopi istituzionali e possibili sperperi di denaro pubblico. Lo ritiene: M. P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, cit., p. 38

limite del pubblico interesse. Qui, tra l'altro, l'intervento pubblico sarà mediato, ossia non esercitato direttamente sulla fondazione con interessi e controlli, ma attraverso l'opera di soggetti nominati dall'ente pubblico ed insediati negli organi fondazionali.³⁵¹

Anche in merito all'organizzazione interna della fondazione partecipata la presenza di eventuali enti pubblici aggiungerà ulteriori peculiarità. Anzitutto, le fondazioni che derivano da trasformazione di precedenti persone giuridiche pubbliche vedono, *ex lege*, la presenza maggioritaria negli organi collegiali di soggetti designati dagli enti pubblici, oppure determinate posizioni riservate alla parte pubblica. In secondo luogo, i criteri organizzativi sono da combinare con taluni criteri di funzionamento degli organi della fondazione, come l'introduzione di maggioranze qualificate per talune deliberazioni di particolare rilievo. Più in generale, la partecipazione di enti pubblici determina un sistema di *governante* della fondazione assai più complesso, con specifiche garanzie per il soggetto pubblico.

In conclusione, la particolare elasticità della nuova struttura, insieme al rapporto paritario che viene a determinarsi, possono considerarsi la base del successo che le fondazioni di partecipazione hanno ottenuto anche in merito al coinvolgimento degli enti pubblici.

La nuova interazione pubblico privato avrà come obiettivo naturale la valorizzazione e la tutela della cultura italiana, in tutti i suoi ambiti, contraddistinta da un'efficace gestione operativa, aggiunta ad una visione globale, pubblica, dei tessuti su cui si opera³⁵².

Ma, del ruolo determinante della fondazione partecipata in questo ambito mi occuperò di seguito.

³⁵¹ Sui controlli che l'ente pubblico opera nella fondazione partecipata, e sulle possibili modalità di attuazione dello stesso, si è già detto nel capitolo precedente.

³⁵² Così E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non profit*. cit., p. 130.

2. Le fondazioni per la gestione dei servizi culturali: l'innovazione della fondazione partecipata.

Il settore artistico e culturale italiano presenta peculiarità, sotto il profilo strutturale, istituzionale e organizzativo, che restituiscono un quadro caratterizzato da fattori di eccellenza, ma non esente da profili di criticità. Infatti, se da un lato si può vantare una diffusione capillare di beni culturali sull'intero territorio, d'altro canto si tratta di un settore che per anni ha scontato le problematiche derivanti da un quadro istituzionale frammentato politiche pubbliche discontinue, meccanismi di finanziamento spesso inadeguati e sovrapposizioni di competenze tra i diversi livelli di governo, che solo in anni molto recenti si stanno avviando a un'evoluzione migliorativa e risolutiva. Inoltre, a differenza di altri paesi, in cui il settore è prevalentemente gestito da privati,³⁵³ in Italia la presenza dello Stato, e degli enti pubblici, è storicamente quasi monopolistica.

Oggi, lo scenario pare essere profondamente mutato. A partire dagli anni novanta³⁵⁴ si è avviata una regolamentazione, volta al decentramento dei poteri istituzionali, dal centro alla periferia, come già analizzato in via generale nel paragrafo precedente, che ha investito anche il settore culturale, con il D. Lgs. 20/10/1998 n. 368³⁵⁵.

L'art. 10 di tale decreto prevedeva, che il ministero per i beni e le attività culturali potesse stipulare accordi con amministrazioni pubbliche, e soggetti privati, o costituire e partecipare ad associazioni, fondazioni, società, ai fini del più efficace esercizio delle sue funzioni.

³⁵³ Si fa riferimento all'esperienza anglosassone dei trust di cui mi occuperò nel prosieguo.

³⁵⁴ Si tratta del complesso normativo caratterizzato dalle c.d. Leggi Bassanini, approvate proprio in quegli anni. Sul punto: G. MANCUSO, *Le fondazioni nella privatizzazione della pubblica amministrazione*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato*, cit., p.135 ss.

³⁵⁵ In particolare, lo spunto ispiratore delle fondazioni culturali è rintracciabile nella delega conferita al governo dall'art. 11 co. 1, lett. a, b, legge 15 marzo 1997, n. 59. Sulla base della stessa verrà adottato il D. Lgs riportato nel testo recante.

L'intervento ha una portata rivoluzionaria³⁵⁶: si passa, da un concetto di semplice tutela del patrimonio, a quello più moderno e complesso di valorizzazione³⁵⁷; e soprattutto si riconosce la facoltà, fino ad allora impensabile, per il ministero, di affidare l'uso, o di dare in concessione beni culturali di interesse nazionale, a soggetti diversi da quelli statali.

E' apparso fin da subito chiaro, che tra le tre figure previste nella disposizione in esame, quella coinvolta maggiormente, nella valorizzazione dei beni culturali, fosse la fondazione.³⁵⁸ A conferma di questo, l'ipotesi di costituzione o di partecipazione a fondazioni da parte del ministero viene disciplinata, successivamente facendo riferimento proprio a tale figura fondazionale, nell'adozione del regolamento,³⁵⁹ da parte del ministero voluto dallo stesso art. 10 del d.lgs. 368/98.³⁶⁰ Fa ingresso così, per la prima volta, una regolamentazione volta ad utilizzare la figura fondazionale quale strumento per la valorizzazione e lo sfruttamento delle risorse culturali. Il legislatore, abbandonata la strada della trasformazione *ex lege* di enti di diritto pubblico, si muove verso l'introduzione *ex novo* di nuove figure soggettive, caratterizzate da uno specifico regime giuridico, e finalizzate all'esternalizzazione di attività proprie della p.a.³⁶¹

³⁵⁶ Così E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, Firenze, Antella, 2001, p.80: "grande merito bisogna quindi riconoscere a chi ha avuto il coraggio di innovare così profondamente, nell'interesse della crescita di un settore di cui tanto si parlava, ma anche che era sempre stato trattato come la "cenerentola" dei bilanci dello Stato."

³⁵⁷ Per quanto riguarda la differente portata delle nozioni di tutela gestione e valorizzazione dei beni culturali: S. FOA', *I raccordi fra Ministero e privati*, in *Aedon, Rivista di arti e di diritto on line*, 2005, p. 1 ss.

³⁵⁸ S. FOA', *Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal ministero per i beni e le attività culturali*, in *Aedon, rivista di arti e diritto on line*, 2002, in www.aedon.mulino.it: "fin dalla sua entrata in vigore si è sostenuto che fra gli strumenti giuridici annoverati dall'art.10 del d. Lgs. 368 del 1998 il più funzionale allo svolgimento di attività di gestione è la fondazione, mentre la società di capitali, si addice ad attività di carattere imprenditoriale finalizzate ad acquisire risorse finanziarie e l'associazione può essere utilizzata per la esternalizzazione di attività strumentali rispetto alla gestione del bene, o per erogazione di attività di promozione culturale."

³⁵⁹ Cfr. Art. 10: "Il ministero può costituire o partecipare ad associazioni fondazioni o società secondo modalità e criteri definiti con regolamento, emanato ai sensi dell'art. 17 co. 3, legge 23/08/1988, n. 40."

³⁶⁰ Reg. 27 novembre 2001 n. 491, "Regolamento recante disposizioni concernenti la costituzione e la partecipazione a fondazioni da parte del ministero per i beni e le attività culturali a norma dell'art. 10 del decreto legislativo 20/10/1998 n. 368."

³⁶¹ Si canalizza cioè nel piano culturale una delle possibili forma di privatizzazione riconducibili al partenariato pubblico privato di carattere istituzionale. DA tale interpretazione T. PONTELLO, *Partenariato pubblico privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione di servizi culturali e le*

Il modello fondazionale introdotto dal decreto ministeriale corrisponde a quello della fondazione culturale; ma va osservato come esso presenti un tipo fondazionale discostato dalla struttura tradizionale della fondazione e si avvicini di molto alla struttura propria della fondazione partecipata.³⁶² Del resto, già da qualche tempo nella prassi, gli Enti Locali, utilizzano il modello giuridico della fondazione per la gestione delle attività in campo culturale, non tanto nella configurazione tipica disciplinata dal codice civile, quanto, in quella innovativa e partecipata.

Mediante l'adozione del modello della fondazione partecipata, si determina una nuova gestione imprenditoriale in campo culturale.³⁶³

Essa favorisce l'apporto di soggetti privati, portatori di un approccio imprenditoriali al settore culturale pubblico: affiancandosi a soggetti pubblici, i privati non si limitano ad erogare contributi finanziari in via episodica, bensì partecipano attivamente e in maniera strutturale ai progetti culturali, determinandosi una fattiva cogestione di eventi e strutture.³⁶⁴

L'efficacia del nuovo modello sta nel suo poter coniugare alla presenza degli enti pubblici, i quali mantengono attraverso l'organo di sorveglianza (di cui sono membri esclusivi) un potere di controllo sull'indirizzo dell'azione, la presenza di

società di capitali ad oggetto culturale, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato*, cit., p. 323 ss.

³⁶² In effetti, analizzando i vari articoli che compongono il decreto ministeriale, si ci rende conto di come il decreto preveda nella struttura della fondazione culturale la presenza di fondatori promotori (fondatori), aderenti (partecipanti istituzionali), sostenitori (partecipanti), nonché un sistema di governance perfettamente corrispondente a quello della fondazione di partecipazione. E' per tale ragione, dunque, che gli stessi fautori della fondazione di partecipazione vi riconosceranno, (come già visto nel capitolo 1 paragrafo 1) una prima legittimazione legislativa della figura: "*Detto regolamento, delinea espressamente le Fondazioni di Partecipazioni*". E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *le Fondazioni di partecipazione*, Milano, 2006, p. 37. Per meglio approfondire l'organizzazione della fondazione speciale voluta dal legislatore per la gestione di attività culturali: T. PONTELLO, *Partenariato pubblico privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione di servizi culturali e le società di capitali ad oggetto culturale*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato*, cit., p. 338 ss.

³⁶³ Sottolinea bene l'esigenza di tale tipo di gestione: P. MAZZANTI, *Fondazioni di partecipazione. Uno strumento per consolidare il dialogo pubblico privato nella cultura*, in E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non profit*, cit., p. 9 ss.

³⁶⁴ E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non profit*, cit., p. 132: "*Quello che può nascere è una sorta di azionariato diffuso culturale, una fondazione sorretta tanto a livello patrimoniale, quanto conoscitivo decisionale, da una larga base partecipativa: il tutto con metodo ordinato non assembleare ma neanche verticistico.*"

privati, aziende o soggetti finanziatori, che come fondatori contribuiranno, in modo significativo, a dotare la fondazione dei mezzi necessari per raggiungere i propri scopi, oltre ad apportare capacità imprenditoriali e organizzative.

Un'impresa che aderisce a una fondazione entra nel Consiglio di amministrazione con pari dignità rispetto agli enti pubblici, partecipa alla definizione degli obiettivi, e alla gestione, verificando direttamente l'impiego delle risorse conferite. E, se tra gli obiettivi perseguibili dalle aziende vi è il potenziale ritorno dell'investimento; lo scopo comune, al pubblico e al privato, diverrà, nella fondazione, quello di massimizzare il ritorno economico dell'indotto, derivante da beni e servizi culturali, con un significativo miglioramento rispetto all'attuale sistema di gestione dei beni culturali di interesse nazionale.

Non possono, tuttavia, sottacersi i limiti, che taluni riconoscono nell'utilizzare il modello fondazionale, in questo tipo di settore.

Con riferimento alle fondazioni create o partecipate dal Ministero, la principale criticità è riconducibile al fatto che il Ministero, alla luce della recente disciplina³⁶⁵, preserva un ampio potere di gestione e una vasta attività di vigilanza: a questo, spetta, tra gli altri, il compito di individuare i criteri ed i requisiti necessari per la scelta della partecipazione dei soggetti privati alla fondazione, il potere di dare il suo consenso all'ingresso di nuovi partecipanti, nonché disporre su indicazione dell'organo di controllo, la revoca della concessione d'uso dei beni.³⁶⁶ Poteri di gestione così significativi da far rivalutare anche la natura privatistica della fondazione stessa, qualora essi rientri nell'ambito di operatività culturale pubblico.³⁶⁷

³⁶⁵ Il riferimento è al decreto ministeriale n.241/2001 adottato ai sensi dell'art. 10 del d. Lgs. 368/1998; poiché anche dopo l'abrogazione di quest'ultimo (che citerò di seguito) costituisce la disciplina attuativa di riferimento nell'ambito in oggetto.

³⁶⁶ L'elencazione completa dei poteri è contenuta nell'art. 13 del D.M. 361/2001.

³⁶⁷ Si tende a ritenere che tali fondazioni culturali siano soggetti dotati di personalità di diritto pubblico: T. PONTELLO, *Partenariato pubblico privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione di servizi culturali e le società di capitali ad oggetto culturale*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato*, cit., p.334; ma vi è chi sostiene la natura privata della fondazione: F. MERUSI, *La*

Ulteriori questioni vanno ricondotte ai successivi interventi normativi, abrogativi del decreto 368/1998, che hanno condotto ad una nuova formula di gestione della cultura realizzata essenzialmente in via indiretta, tramite concessione della valorizzazione culturale a terzi, da parte della pubblica amministrazione: il passaggio, infatti, sembra avere essenzialmente spostato la materia verso il partenariato pubblico privato di tipo istituzionale, e dunque una disciplina essenzialmente pubblica delle concessioni stesse.³⁶⁸ Nonché ad altri secondari fattori, quali l'elevata rigidità della struttura, originata dal fatto che lo scopo della fondazione ha carattere perpetuo; l'eventualità che la fondazione, in virtù della propria autonomia, prescindendo dalle regole di evidenza pubblica; la numerosità dei soggetti coinvolti, che se da un lato, contribuisce a creare un'ampia rete relazionale, dall'altro complica la gestione dei processi decisionali. Sebbene, rispetto a questi ultimi, si potrebbe avanzare il dubbio, circa la loro applicabilità rispetto alla fondazione partecipata, poiché, data l'innovata struttura di cui è portatrice, essa ne deroga gran parte. Si pensi alle regole di esercizio dell'attività degli organi, che risolvono il problema della presenza numerosa, o alla non applicabilità di talune discipline codicistiche, in virtù della sua naturale apertura alla presenza degli enti pubblici.³⁶⁹

privatizzazione per fondazioni tra diritto pubblico e privato, in *Diritto amministrativo*, cit., p. 463; S. FOA', *I raccordi fra ministero e privati*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2005, in www.adeon.mulino.it

³⁶⁸ La materia dapprima ripresa dal codice degli appalti (D. LGS. 22/01/2004 N. 42) che ha statuito, che l'attività di valorizzazione in oggetto potesse essere gestita in forma diretta o indiretta, ed in seguito dall'art. 2 co. 1 D. LGS. 24/03/2006 n. 156, il quale ha introdotto una forma unica di gestione indiretta "attuata tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione anche in forma congiunta ed integrata, da parte delle pubbliche amministrazioni, cui beni appartengono". Questo comporterebbe la sostanziale espunzione della fondazione dal settore, sebbene, specifica l'autore, la disposizione preveda che la gestione indiretta possa essere attuata attraverso i soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'art. 112 co. 5 del codice, ai quali potrebbe ritenersi "possa ricondursi anche la figura della fondazione." T. PONTELLO, *Partenariato pubblico privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione di servizi culturali e le società di capitali ad oggetto culturale*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato*, cit., p. 327/328.

³⁶⁹ Il riferimento è alla circostanza che la concessione a terzi dell'attività di valorizzazione dei beni deve essere effettuata mediante "procedura ad evidenza pubblica" così confermando la necessaria applicazione in materia della disciplina operante in ambito di procedure di affidamento di appalti pubblici." T. PONTELLO, *Partenariato pubblico privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione di servizi culturali e le società di capitali ad oggetto culturale*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico*

Ma al di là delle critiche, è possibile concludere che, allo stato della prassi³⁷⁰ e della normativa vigente, la forma atipica della fondazione di partecipazione, rappresenta nel settore dei beni culturali, la necessaria reazione a una lacunosa riforma ministeriale in senso manageriale, e tende al raggiungimento di un'impostazione dettata da criteri di efficacia, efficienza e verifica della qualità dell'operato.

3. Il coordinamento di formule gestionali pubbliche e non profit: il possibile modello italiano della fondazione network.

La gestione delle attività culturali non rappresenta l'unico ambito d'azione, della fondazione partecipata. Gli ideatori avanzano una nuova formula, per lo sviluppo futuro della fondazione, rappresentata dalla fondazione network.

La fondazione partecipata si configurerebbe, in tal senso, come superamento, e sintesi, del modello anglosassone, e del modello olandese (Fondazioni museali)³⁷¹, e potrebbe rappresentare la via italiana, per la gestione di iniziative nel campo culturale, e non-profit in genere.

E' noto, difatti, come il nostro paese occupi una posizione marginale, nel Terzo settore, se messo a confronto con gli altri paesi industrializzati. In particolare, il mondo anglosassone ha rappresentato un vero laboratorio pilota, per

privato, cit., p.328. Un necessità che non si riscontrerebbe nella fondazione di partecipazione per le ragioni già esposte nel paragrafo precedente.

³⁷⁰ L'istituto esiste ed opera in diversi territori nazionali per realizzare opere di promozione culturale, gestione dei beni culturali, nonché in molteplici altri ambiti più vicini a finalità di tipo sociale che culturale. Gli stessi ideatori della figura elencano le diverse realtà esistenti poiché; "Quod non est in actis, non est in mundo; dunque se le fondazioni di partecipazione non sono traducibili in atti notarili non esistono". Per l'elencazione: E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non profit*. cit., p. 109 ss.

³⁷¹ "Raccogliendo le istanze civili e studiando le soluzioni già adottate in altri paesi, abbiamo percorso un cammino che ha portato alle fondazioni di partecipazione, terza figura forse già intuita dal legislatore ma mai espressa, che assomiglia molto al charitable trust anglosassone" E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le Fondazione del terzo millennio. Pubblico e privato per il non profit*, cit., p. 34. Sul modello olandese si veda lo stesso volume p. 43 ss.

l'introduzione di nuove logiche nelle formule istituzionali, e nella riforma della pubblica amministrazione.³⁷² Lo *charitable trust*, è oggi per il Regno Unito, il miglior sistema di tutela del patrimonio culturale, ed in generale di perseguimento di scopi di utilità sociale.

Si tratta di un trasferimento fiduciario di proprietà a cui è connesso l'obbligo per il fiduciario (*trustee*) di eseguire le disposizioni del costituente (*settlor*), a vantaggio di una vasta area di pubblico, e non un gruppo di soggetti privati. Esso, dunque, si caratterizza, e si differenzia dal *private trust*, per non essere destinato ad avvantaggiare una o più persone identificate o identificabili.

Per come è configurato il rapporto, in pratica, alcun soggetto è legittimato ad agire, per tutelare un interesse proprio. Non tutti gli scopi di rilevanza sociale, possono, naturalmente, essere considerati "*charitable*", ma solo quelli ritenuti tali dall'ordinamento, il quale ha subito una stratificazione secolare, fino a giungere alla riforma operata con il *Charity Act* del 2006, con la quale si è definito *charity*, il solo fine caritatevole.³⁷³

Sebbene non sia oggetto della mia analisi va specificato, essendo lo *charitable trust* una categoria del fenomeno più generale del *trust*,³⁷⁴ che l'operatività dell'istituto richiama i problemi posti dal rapporto tra l'art. 2740 c.c., ed il principio di tipicità dell'autonomia patrimoniale³⁷⁵: sulla costruzione di un *trust* si innestano potenziali motivi di frizione, con il nostro ordinamento, in tema di

³⁷² Per un approfondimento, M MENEGUZZO, *Ripensare le formule gestionali per l'arte e la cultura: dalla specificità italiana all'impresa europea*, in E. BELLEZZA, F. FLORIAN, (a cura di), *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, cit., p. 115 ss., il quale descrive il Regno Unito come uno dei migliori esempi di attuazione di una gestione pubblica di riqualificazione e di sviluppo e di gestione manageriale nelle amministrazioni pubbliche, in particolare in quelle impegnate nel settore della tutela e della valorizzazione dei beni culturali. (New public management)

³⁷³ Sulla definizione di *charity* e sull'evoluzione della normativa inglese in merito ai fini *charitable*, fino allo *Charity Act* del 2006: V. BANCONE, *Trust ed enti non commerciali. Profili comparativi e potenziali applicazioni*, 2010, p. 93 ss.

³⁷⁴ L'introduzione dell'istituto è dovuta per il nostro ordinamento alla Convenzione dell'Aja del 1985, ratificata con la L. 16 ottobre 1989, n. 364 (entrata in vigore il 1 gennaio 1992). Si veda in proposito: L. FUMAGALLI, *La Convenzione dell'Aja sul trust ed il diritto internazionale privato*, in *Diritto Commerciale internazionale*, 1992, p. 533, ss.; S. M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Trusts att. fid.* 2000, p. 145 ss.

³⁷⁵ Principio già analizzato capitolo 1 paragrafo.

responsabilità patrimoniale³⁷⁶, ed in tema di tutela successoria.³⁷⁷ Il che riflette l'arresto dell'evoluzione normativa e dottrinale, che inquadra le problematiche sui patrimoni separati non più in chiave assolutamente collegata al concetto di soggetto o persona giuridica, bensì in relazione ai profili di responsabilità patrimoniale che ne derivano.

Anche a causa della progressiva crisi del concetto di persona giuridica, e della tendenza ad attribuire soggettività³⁷⁸ giuridica a qualsiasi gruppo organizzato,³⁷⁹ il ricorso agli istituti che consentono la creazione di un patrimonio separato viene ormai valutato, anche nel nostro sistema, come un'alternativa alla personalità giuridica, ai fini di vincolare determinati beni allo scopo.³⁸⁰

Lo stesso charitable trust, determinando la costituzione di un patrimonio autonomo, non è una persona giuridica, e non è pertanto assimilabile alla fondazione. Anche se, dal punto di vista operativo e funzionale, molti sono punti in comuni tra i due istituti:³⁸¹ il principio del patrimonio separato, e soprattutto la destinazione ad una finalità di interesse generale.

Al di là della disciplina appena descritta e più snella di quella dei soggetti pubblici operanti nel nostro ordinamento, il successo del modello inglese di

³⁷⁶ Su rapporto tra trust e negozio fiduciario: G. OBERTO, *LE Destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in R. CAVALLO, A. CIATTI, *I contratti di destinazione patrimoniale*, 2014, Milano, p. 161 ss.

³⁷⁷ Descrive bene i numerosi dibattiti sorti in tema di adattabilità del trust a quanto descritto nel testo: M. LUPOLI, *Perché il trust in Italia*, in AA. VV. *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia. Atti del Convegno Genova 15 Febbraio 2003*, Milano, 2003, p. 19. Il rapporto tra il trust e la tutela successoria si veda, non è oggetto diretto della mia analisi. M si veda per il rapporto con i patti successori: A. GAMBARO, *voce trust*, in *Nuovissimo digesto italiano*, Torino, 1999; F. P. VIDARI, *Trust e divieto di patti successori*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, p. 851 ss. Mentre sul rapporto fra trust e sostituzione fedecommissaria: PALAZZO, *I trust in materia successoria*, in *Vita Notarile*, 1996, p. 671 ss.

³⁷⁸ Per individuare la tendenza ad estendere la qualificazione di soggetto di diritto ad ogni gruppo organizzato dotato di autonomia patrimoniale, tanto da far emergere il concetto di "demitizzazione" della persona giuridica: P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività: per una definizione del concetto di persona nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, 1975, pag. 17.

³⁷⁹ A differenza del passato quando la destinazione dei beni ad uno scopo risultava inconcepibile al di fuori degli enti dotati di personalità giuridica. Vedi in proposito gli orientamenti giurisprudenziali che negavano ogni rilievo al vincolo di destinazione al di fuori del riconoscimento e della formazione della persona giuridica: Cassazione 12 aprile 1946, n. 430; Cassazione 3 agosto 1967, n. 2096, in *Giurisprudenza italiana*, 1968, I, 1, pag. 558;

³⁸⁰ CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, 2010 pag. 299.

³⁸¹ L. GIANI, *L'amministrazione ed il controllo di associazioni e fondazioni in una prospettiva di riforma*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2007, p. 348 ss.

amministrazione dei settori culturali e no profit in genere va ricondotto alle agevolazioni normative, e tributarie, ivi operanti³⁸²; le quali mancano nel nostro sistema, a causa di una permanente cecità del legislatore³⁸³.

Il ritardo dell'amministrazione ha portato, nel nostro sistema, la prassi a muoversi in luogo dell'amministrazione. Secondo gli ideatori della fondazione di partecipazione, la formula vincente, nostrana, per lo sviluppo futuro nei settori dei servizi alla persona, sarebbe rappresentata dalla fondazione network, sopra citata.

Con tale denominazione si prevede una specifica configurazione, sotto il profilo gestionale, della fondazione di partecipazione, che diventa il centro di coordinamento di una pluralità di formule gestionali.

Per formula gestionale va inteso il modello giuridico, che si sceglie di adottare nel perseguimento di un determinato risultato.

Le formule attuabili sono diverse: vi è quella *imprenditoriale*, che prevede la costituzione di una società mista pubblico privata: e quella *redistributiva*, che implica la costituzione di un'agenzia operativa dipendente dall'ente pubblico. Nonché quella *volontaristica*, che prevede l'intervento delle organizzazioni non profit, nel processo di programmazione e di offerta servizi; e quella *contrattuale*,

³⁸² Lo charitable trust gode di una disciplina vantaggiosa: si pensi alla maggior flessibilità gestoria offerta dalla mancanza di controlli di natura pubblicistica, nemmeno in termini di autorizzazione per gli acquisti (controllo invece esercitato dal prefetto per le fondazioni in termini di adeguatezza del patrimonio all'atto dell'iscrizione); o alla presenza di un "guardiano" (protector), indicato dal disponente, che garantisce internamente il raggiungimento dello scopo (controllo anche questo affidato unicamente all'autorità governativa nella fondazione). Sul punto: V. BANCONE, *Trust ed enti non commerciali. Profili comparativi e potenziali applicazioni*, cit., p. 193 ss. Ma è sul piano fiscale che si registra in miglior favore: per lo charitable trust valgono una serie di agevolazioni fiscali maggiori di quelle previste per i trust ordinari, rispetto ai quali quelli per fini caritatevoli non conoscono neppure il limite della durata: E. MORELLA, *I trust per la cultura: l'esperienza inglese*, in E. BELLEZZA, F. FLORIAN (a cura di), *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, cit., p. 143 ss.

³⁸³ Più volte i sostenitori della fondazione partecipata hanno sottolineato come il maggior limite all'estensione di questa e di tutti i soggetti privati, in generale, operanti nel terzo settore fosse da attribuire alla nostra legislazione fiscale e tributaria (in termini soprattutto di mancate agevolazioni): ai fini di una riforma occorrerebbe rivolgersi "*tanto alla normativa riguardante direttamente la fondazione, quanto a quella, forse strategicamente più efficace, rivolta ad agevolare quei soggetti che aiutano la fondazione sia materialmente sia con la loro prestazione professionale*". Per un'analisi sull'attuale situazione della fondazione partecipata in materia tributaria e fiscale: G. FRANSONI, *Le fondazioni di partecipazione nell'imposizione diretta*, in *Le fondazioni di partecipazione. I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, cit., p. 60 ss.; S. PETTINATO, *Le fondazioni di partecipazione: profili fiscali*, in *I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, cit., p. 53 ss.

a cui sono associabili tutte le scelte di esternalizzazione e di decentramento di attività da parte dell'operatore pubblico.³⁸⁴

In tale complesso sistema, per seguire la nuova logica di coordinamento, la Fondazione va posta al centro.

Essa potrà decidere di partecipare, secondo le più opportune modalità, agli altri enti operanti nel medesimo ambito, o in ambiti omogenei e la scelta di partecipazione potrà indirizzarsi a tutti gli enti, comprese le istituzioni promosse dalla pubblica amministrazione. Difatti, nello sviluppo di logiche di rete e di strategie di networking, giocano un ruolo significativo i processi di esternalizzazione, che possono riguardare sia ambiti di mera amministrazione ordinaria, sia aree di attività a maggiore contenuto professionale.

Tale affidamento all'esterno, nel sistema in esame, è rivolto, sia alle altre organizzazioni operanti nel privato, si pensi alle convenzioni con le cooperative; sia agli enti pubblici. In tal caso, le fondazioni potranno stipulare convenzioni speciali o diventare parte attiva negli strumenti di programmazione negoziata. Riassumendo, nel modello della fondazione network sono identificabili quattro principali aree strategiche di attività: il coordinamento delle diverse realtà gestionali operanti; la messa in atto di strategie finanziarie;³⁸⁵ l'offerta di servizi e di politiche di comunicazione istituzionale e promozione del progetto; la realizzazione di strategie organizzative finalizzate alla gestione del network ed alla promozione del modello istituzionale.

³⁸⁴ Per la presentazione delle principali caratteristiche delle diverse formule gestionali: G. REBORA, M. MENEGUZZO, *Strategia nelle amministrazioni pubbliche*, 1990, *passim*.

³⁸⁵ "Alla fondazione "centro" del network spetterà, anche, la regia di tutte le politiche di acquisizione e di raccolta dei fondi attraverso le modalità più tradizionali come la promozione delle donazioni private, la sponsorizzazione e soprattutto, il fund raising, che può essere realizzato attraverso il ricorso diretto ad associazioni, direttamente collegate alla fondazione, sul modello di quanto avviene a livello internazionale in cui trust e quangos inglesi promuovono la creazione di associazioni cassa." E. BELLEZZA, M. MENEGUZZO, *La fondazione network: lo sviluppo di logiche di rete*, in E. BELLEZZA, F. FLORIAN (a cura di), *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, cit., p. 96. Sul successo del modello inglese in tal senso: M. MENEGUZZO, *Ripensare le formule gestionali per l'arte e la cultura: dalla specificità italiana all'impresa europea*, in E. BELLEZZA, F. FLORIAN, (a cura di), *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, cit., p. 127 ss.

Inoltre, l'evoluzione verso questa forma fondazionale, potrebbe essere accelerata dalla dinamica di rete, già operante nei c. d. gruppi non profit, ossia aggregazioni, di tipo orizzontale, tra le diverse organizzazioni non profit. Le organizzazioni presenti nel gruppo ne condividono la *mission*, e tentano di sfruttare al meglio le complementarità esistenti all'interno.³⁸⁶

In conclusione, la struttura appena descritta, pare potenzialmente in grado di favorire un elevato livello di coinvolgimento dei soggetti sostenitori, generando una sorta di network sia interno, sia verso l'esterno.³⁸⁷

Puntando su un saldo sistema di relazioni sociali, le fondazioni di partecipazione, in questa loro nuova veste, potrebbero consolidare un'importante base relazionale, facendo leva sia sull'interesse economico delle piccole-medie imprese locali, sia su un bacino di donatori interessati ad investire in cultura, in un'ottica di responsabilità sociale e di sviluppo sostenibile del territorio.

³⁸⁶ Per un'analisi approfondita delle caratteristiche del gruppo non profit: A. MATAACENA, C. TRAVAGLINI, *Il gruppo non profit, specializzazione ed aggregazione nel settore non profit*, 2000, *passim*.

³⁸⁷ Un esempio concreto per comprendere la funzione della fondazione partecipata come centro di coordinamento di formule gestionali plurime si può fare riferimento al modello di formule istituzionali proposto per la gestione dello Spedale Santa Maria della Scala di Siena, all'interno del progetto presentato al concorso internazionale di idee "*Recupero dello Spedale di Santa Maria della Scala*." Riporta ed analizza il modello: E. BELLEZZA, M. MENEGUZZO, *La fondazione network: lo sviluppo di logiche di rete*, in E. BELLEZZA, F. FLORIAN (a cura di), *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, cit., p. 102/106.

BIBLIOGRAFIA.

A.

ABADESSA P., *L'assemblea nella s. p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giurisprudenza commentata*, 2004, p. 3

ABADESSA P., *L'assemblea: competenza*, in *Trattato Colombo, Portale*, III, 1, Torino, 1994, p. 46

ALBANESE A., *IL principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2002, p. 51 ss.

ALBENZIO G., *Le fondazioni teatrali come nuovo modello di fondazione-impresa*, in *Rivista Notarile*, 1998, pag. 657.

ALPA G., *Il Regime delle Fondazioni in Francia e in Italia, considerazioni preliminari*, in G. ALPA (a cura di) *Le Fondazioni. Tradizione e Modernità*, Padova, 1998, p. 6 ss.

ALPA G., *Sulla validità della clausola di inalienabilità perpetua contenuta in un atto di fondazione*, in *Foro padoano*, 1980, II, pag. 10

ANTONELLI G., *Analisi dei modelli economici degli enti no profit*, in *Una proposta per la disciplina dell'impresa sociale*, Roma, 2000, p. 28

ARENA G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell' art. 118 u. c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli 2005, p. 180 e ss.

ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, p. 189;

ASCARELLI T., *Noterelle critiche in tema di Contratto Plurilaterale*, in *Rivista diritto commerciale*, 1950, p.259.

ASCARELLI T., *Problemi Giuridici*, 1, 1959, p. 233 ss.

AURICCHIO A., *voce Associazione Riconosciuta*, in *Enciclopedia del Diritto*, III, Milano, 1958, p. 896/911

B

BACCHIEGA A., *L'impresa sociale come struttura di incentivo: un'analisi economica*, in C. BORGAZA, J. DEFOURNY (a cura di) *L'impresa sociale in prospettiva europea*, Trento, 2001, p. 218 ss.

BAGNASCO P., *I controlli sugli atti di straordinaria amministrazione delle persone giuridiche private*, in *Nuovi Quaderni di Vita Notarile*, 1, Milano, 1982, p.31 e ss.

BANCONE V., *Trust ed enti non commerciali. Profili comparativi e potenziali applicazioni, aspetti civilistici e disciplina fiscale, l'esperienza dei charitable trust, gli enti non profit tradizionali*, 2010, p. 93 ss.

BARALIS G., *Enti no profit: profili civilistici*, in *Rivista notarile*, 1999, p. 1091.

BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali, artt. 2740, 2744*, in *Commentario Schelesinger*, Milano, 1991, p. 59.

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 189 ss.

BARZELLOTTI C., *La Fondazione di Partecipazione. Struttura dell'atto costitutivo*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2007, p.74 ss.

BASILE M., *Associazioni e fondazioni, novità legislative e problemi aperti*, in G. PONZARELLI (a cura di) *Gli enti no profit in Italia*, 1994, Padova, p. 15 ss.

BASILE M., *Le Persone Giuridiche*, in *Trattato Iudica Zatti*, Milano, 2003, p. 230 ss.

BELLEZZA E.- FLORIAN F., *Il modello delle cattedrali-Costruire l'impresa non lucrativa*, Firenze Antella, 2001, p. 13 ss.

BELLEZZA E.- FLORIAN F., *Le fondazioni del Terzo Millennio, Pubblico e Privato per il non-profit*, Firenze Antella, 1998, p. 38 ss.

BELLEZZA E., *Fondazione di Partecipazione e riscoperta della comunità*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2007, p. 8.

BELLEZZA E., M. MENEGUZZO, *La fondazione network: lo sviluppo di logiche di rete*, in E. BELLEZZA E., F. FLORIAN (a cura di), *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa* Firenze Antella, 2001, p. 96 ss.

BELVAEDERE A., *La categoria di cui agli artt. 1420,1446,1459,1466 c.c.*, in *Rivista trimestrale di diritto civile*, 1971, p. 660 ss.

BENAZZI A., *Enti non commerciali (rassegna di dottrina giurisprudenza e prassi amministrativa)*, Milano, 2011, p. 412.

BEVILACQUA, G., *sub. art. 2380 bis*, in G. BONILINI- M. CONFORTINI- C. GRANELLI (a cura di) *Codice Civile Ipertestuale vol. 2*, Milano, 2009, p. 5345

BIANCA C. M., *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 244 ss.

BIANCA C. M., *La norma giuridica. I soggetti*, *Diritto civile*, I, Milano, 2002 p. 321.

BILOTTI E., *nota a Cassazione 8 ottobre 2008, n. 24813*, in *Rivista del Notariato*, 2009, 3 p. 679 ss.

BONFANTE G., *La delega al Governo concernente la disciplina dell'impresa sociale*, in *Impresa e società*, 2005 p. 75.

BONFANTE G., *Un nuovo modello d'impresa: l'impresa sociale*, in *Società*, 2000, p.932 ss.

BONILINI G., *voce Testamento*, in *Digesto civile*, XIX, Torino, 1999, p.39;

BONOCORE V., *La riforma delle società*, in *Giurisprudenza Commentata*, 2003, IV, p. 8.

BONOCORE V., *Le nuove riforme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giurisprudenza Commentata*, 2003, p. 406.

BUCELLI A., *Commento art. 2*, in M. V. DE GIORGI (a cura di) *La nuova disciplina dell'impresa sociale. Commentario al D. Lgs. 24 marzo 2006 n. 155*, Padova, 2007, p. 84.

BUSINELLI F., *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964, p.80.

C

CAFAGGI F., *La legge delega sull'impresa sociale: riflessioni critiche tra passato prossimo e futuro immediato*, in *Impresa e società*, 2005, p. 63 ss.

CAMPOBASSO G., *Diritto delle Società*, in *Manuale di diritto Commerciale*, II, Torino, 2006, p. 33 ss.

CAPECCHI M., *Commento art. 3*, in M. V. DE GIORGI, (a cura di) *La nuova disciplina dell'impresa sociale. Commentario al D. Lgs. 24 marzo 2006 n. 155*, Padova, 2007, p. 131 ss.

CAPELLI I., *sub. art. 2247*, in G. BONILINI- M. CONFORTINI- C. GRANELLI (a cura di) *Codice Civile Ipertestuale vol. 2*, 2009, p. 2259 ss.

CARBONE S. M., *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Trusts att. fid.* 2000, p. 145 ss.

CARRABBA A. A., *Scopo di lucro e autonomia privata. La funzione nelle strutture organizzative*, Napoli, 1994, p. 124 ss.

CARTABIA M., *L'ordinamento giuridico e fiscale*, in R. RIGNANO, G. P. BARBETTA (a cura di) *Senza scopo di lucro*, Bologna, 1996, *passim*

CASSESE S., *La disciplina delle fondazioni: situazioni e prospettive*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998. pag. 60 ss.

CASSESE S., *Le persone giuridiche e lo Stato*, in *Contratto e impresa*, 1993, I, p. 1 e ss.;

CASSESE S., *Le privatizzazioni arretramento o riorganizzazione dello stato? in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, p. 583 ss.

CASTALDI L., *Gli enti non commerciali nelle imposte sui redditi*, Torino, 1999, p. 301;

CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, 2010, p. 299.

CEOLIN M., *Fondazioni e fondazioni non riconosciute anche alla luce dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 2009, 6, pag. 1427

CESARO E., *Contratto aperto e adesione del terzo*, Napoli, 1979, p. 38 ss.

CHILLEMI O., *Ruolo e problemi della produzione volontaria dei beni collettivi. Le non profit organization*, in W. SANTAGATA (a cura di) *Offerta privata dei beni pubblici*, Bologna, 1991, p. 3.

CHITI M. P., *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in *Il partenariato pubblico privato*, Napoli, 2009, p. 1 ss.

CHITI M. P., *Introduzione. Luci ed ombre e vaghezze nella disciplina del partenariato pubblico privato*, in, *Partenariato pubblico privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005, p. 7 ss.

CHITI M. P., *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazioni di Partecipazione, I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2007, p. 32 ss.

CONFORTINI M., *voce Vincoli di destinazione*, in N. IRTI (a cura di) *Dizionario del diritto privato*, I, 1980, p. 873.

COSTI R. *Fondazione e impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1996, p. 11 ss.

COSTI R., *La nozione d'impresa sociale nella legge delega*, in *Impresa e società*, 2005, p. 73 ss.

COTTINO G., *Diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale*, I, 2, Padova, 2006, p. 83 ss.

D

D'AIUTO D., *sub. art.2331*, in G. BONILINI- M. CONFORTINI- C. GRANELLI (a cura di), *Codice Civile Ipertestuale*, 1, 2009, p. 514.

D'ALESSANDRO F., *Persone giuridiche ed analisi del linguaggio*, Padova, 1989, p. 64 ss.

D'AMBROSIO L., *Commentario d'Ambrosio*, Milano, 2004, p. 669.

DE FELICE D., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: un nuovo strumento giuridico nella complessità e dinamicità dell'ordinamento*, in D. L. FITUOSSO, MC. CORMICK (a cura di) *Capitalismo prossimo venturo. Etica Regole e prassi*, Milano, 2012, p.222, nota 26.

- DE FELICE D., *Principio di sussidiarietà e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, p. 9 ss.
- DE FERRA G., *Associazione in partecipazione*, in *Enciclopedia Giuridica*, III, Roma, 1988, p. 3
- DE GIORGI M. V., *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro. Dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, in *Rivista del diritto civile*, 1999, I, pag. 292 ss.
- DE GIORGI M. V., *La Riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica degli enti senza scopo di lucro*, in *Studium Iuris*, 2000, p. 502.
- DE GIORGI M. V., *Le vicende modificative ed estintive*, in M. BASILE (a cura di) *Le persone giuridiche*, Milano, 2003, p. 375 ss.
- DE GIORGI M., *Il controllo sull'amministrazione delle fondazioni, nota a Trib. Salerno, 27.1. 1999*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1999, I, p. 779 ss.
- DE GIORGI M., *In tema di delibere di associazioni non riconosciute*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1974, I, p. 791.
- DE GIORGI M., *Le persone giuridiche in generale: le associazioni le fondazioni*, in P. RESCIGNO (a cura di) *Trattato di diritto privato*, II, 1999, p. 195
- DE GIORGI, *La legge delega sull'impresa sociale*, in *Studium Iuris*, 2005 p. 1264 ss.
- DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p.128.
- DE VITA E., *Principi di diritto tributario*, Milano, 2007, p. 275
- DEFOURNY J., *Dal terzo settore all'impresa sociale*, in J. DEFOURNY, C. BORZAGA (a cura di) *L'impresa sociale in prospettiva europea*, Trento, 2001, p. 122.
- DELLA CASA M., *Dalla dirigenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori*, in *Comunità Internazionale*, 1999, p.209.
- DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1990, p. 510

DIPACE R., *Partenariato pubblico e contratti atipici*, Milano, 2006, p. 39
DISTASO L. G., N. SANTUOSSO N., *Disposizione sulla legge in generale, Delle Persone e della famiglia*, in *Commentario codice civile*, I, 1, Torino, 1966, p. 226

F

FALSEA P., *L'intervento dei soggetti privati nelle attività di interesse generale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, in L. VENTURA (a cura di), *Autonomia e sussidiarietà*, Torino, 2004, p. 192

FALZEA A., voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, VI, Milano, 1960, p.12 ss.

FEDELE A., *Disciplina degli enti no profit: profili tributari*, in AA. VV. (a cura di), *La disciplina degli enti no profit*, Torino, 2008, p.34.

FERRARA F. jr, F. CORSI (a cura di), *Gli imprenditori e la società*, Milano, 2001, p. 41, p. 532

FERRARA F., *La teoria della persona giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 1911, p. 173 ss.

FERRARA F., *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile italiano diretto da Vassalli*, 1958, p. 235 ss.

FERRARO V., *Le principali implicazioni della giurisprudenza in materia di in house providing per la disciplina nazionale di partenariato pubblico privato istituzionalizzato*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato*, Napoli, 2009, p. 261

FERRI G., *Associazione in partecipazione*, in *Digesto commerciale*, I, Torino, 1987, p. 506.

FERRI G., *Diritti agli utili e diritto al dividendo*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1961, p. 408

FERRI G., *Le società*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1987, p.667.

FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Milano, Torino, 2001, p. 43

FERRI G., voce *contratto plurilaterale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, 1959, p. 658

FICO D., *L'esercizio del diritto di voto in sede extrassembleare*, in *Società*, V, 2004, p. 533.

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

FOA' S., *I raccordi fra ministero e privati*, in *Adeon, Rivista di arti e diritto on line*, 2005, in www.adeon.mulino.it

FOA' S., *Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal ministero per i beni e le attività culturali*, in *Adeon, rivista di arti e diritto on line*, 2002, in www.adeon.mulino.it

FOSCHINI F., *Gruppi associativi esercenti un'attività commerciale e fallimento*, in *Diritto Fallimentare*, 1972, I, pag. 197 ss.

FRANSONI G., *Le fondazioni di partecipazione nell'imposizione diretta*, in *Le fondazioni di partecipazione. I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2007, p. 60 ss.

FRENI E., *La trasformazione degli enti pubblici*, Torino, 2004, p. 255 ss.

FROSINI T. E., *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in *Rivista giuridica mezzogiorno*, 2000, p. 15 ss.

FUMAGALLI L., *La Convenzione dell'Aja sul trust ed il diritto internazionale privato*, in *Diritto Commerciale internazionale*, 1992, p. 533 ss.

FUSARO A., *Trasformazione da ed in fondazione di partecipazione*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2007, p.45 ss.

FUSARO A., voce *Destinazione (vincolo di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1989, p. 321 ss.

FUSARO A., voce *Fondazione*, in *Digesto civile*, Torino, 1992, p.360 ss.

FUSARO F., *Le associazioni imprenditrici ed il registro delle imprese*, in *Contratti e Impresa*, 1995, p. 617

G

GALANO F., *Il fallimento, Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto Galgano*, X, Padova 1988, p. 131 ss.

GALGANO F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, sub art. 36, 39, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna Roma, 2006, p. 59 ss.

GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 2, Bologna – Roma, 2006, p. 160 ss.

GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, I, Bologna, 2004, p.10 ss.

GALGANO F., *Diritto Privato*, XIV, Padova, 2008, p. 638

GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano*, Padova, 2003, p. 278.

GALGANO F., R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario, Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Trattato Galgano*, XXIX, 1, Padova, 2006, p. 340.

GALGANO F., voce *Fondazione (diritto civile)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, XIV, Roma, 1989 pag. 2 e ss.

GAMBARO A., voce *Trust*, in *Nuovissimo digesto italiano*, Torino, 1999, p. 459 ss.

GANGI C., *Persone fisiche e giuridiche*, Milano, 1948, p. 257.

GARRUTI C., *L'adesione di altre parti al contratto aperto*, in *Studi in onore di Giorgianni*, Napoli-Roma, 1988, p. 319,

GERI L. B., *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, 1982, p. 284.

GIACINTI A., R. CADONI, *Un modello di fondazione atipico: la fondazione di partecipazione*, in *Enti no profit*, 2005, p. 11

GIACINTI R., D. CADONI, V. SERINO, *La ponderazione di voto nelle fondazioni di partecipazione*, in *Terzo settore*, 2006, 10, p. 32

GIACINTI R., *Le fondazioni come supporto alla didattica e alla ricerca delle università*, in *Enti non profit*, 2005, 7, p. 469.

GIANI L., *L'amministrazione ed il controllo di associazioni e fondazioni in una prospettiva di riforma*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2007, p. 348 ss.

GRAZIADEI M., *Mandato*, in *Digesto civile*, Torino, 1994, p. 154.

GRIPPO G., *Deliberazione e Collegialità nelle S. p. a.*, Milano, 1979, p. 41

GUARINO A., *Le Fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in P.

RESCIGNO (a cura di) *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, p. 16.

GUARINO G., *Le Fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in P.

RESCIGNO (a cura di) *Le Fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, p. 11

ss.

I

IMMORDINO M., *Le fondazioni teatrali e la loro ancora incerta collocazione tra pubblico e privato*, in *Nuove autonomie*, 2005, p. 913.

INIZITARI B., *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, in *Rivista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile*, 1973, p. 476;

INTERDONATO M., *Alcune osservazioni sul decreto di riforma del regime tributario degli enti non commerciali: attività principale, attività prevalente e finalità antielusive*, in *Rivista diritto tributario*, 1998, p.205 ss.

IORIO G., CENDON P. (a cura di) *Le Fondazioni nel diritto privato oggi*, Milano, 1997, p. 12 ss.

IORIO G., *sub. art. 11, 12, 16, 18, 21, 25, 37, 38, 41*, in G. BONILINI- M. CONFORTINI- C. GRANELLI (a cura di) *Codice Civile Ipertestuale vol. 1*, Milano, 2009, p. 58 ss.

IRELLI V., *“Ente Pubblico”*: *problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in V. C. IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di) *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, p. 87 ss.

JAGER P. G., *Interesse Sociale*, Milano, 1963, p. 167;

K

KELSEN H., *Teoria Generale del diritto e dello Stato*, 1994, p. 98

L

LAVILLE J. L., *Le imprese sociali e lo sviluppo dei servizi di prossimità*, in J. EFOURNY, C. BORZAGA (a cura di), *L'impresa sociale in prospettiva europea*, Trento, 2001, p. 122 ss.

LOFREDO F., *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica*, Milano, 2004, p. 94

LUPI R., *Diritto tributario, parte speciale*, Milano, 2004, p. 224.

LUPI R., *Modifiche alla fiscalità degli enti non profit: torna in auge la mancanza di scopo di lucro*, in *Bollettino tributario*, 1996, p. 581

LUPOI M., *Perché il trust in Italia*, in AA. VV (a cura di) *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia. Atti del Convegno Genova 15 Febbraio 2003*, Milano, 2003, p. 19.

M

MAFFEZZONI I., *sub art. 2364 bis*, in A. PICCIAU (a cura di), *Commentario Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari*, Milano, 2008, p. 35 ss.

MAIORCA S., *voce Contratto plurilaterale*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988, 1 ss.

MALTONI M., *La Fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Fondazioni di Partecipazione. I quaderni della fondazione italiana notariato*, Milano, 2007, p. 25 ss.

MALTONI M., *La trasformazione eterogenea di fondazioni in società di capitali*, in A. ZOPPINI, M. MALTONI (a cura di) *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni*, in *Rivista del diritto civile*, 2007, p. 25 ss.

MANCUSO G., *Le fondazioni nella privatizzazione della pubblica amministrazione*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato*, Napoli, p. 135 ss.

MARASÀ G., *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, in *Giurisprudenza commentata*,

MARASA' G. *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984, p. 75.

MARASA' G., *Appunti sull'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Studium Iuris*, 1966, p. 539.

MARCHEGGIANI G., *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernete le concessioni ed i c.d. affidamenti in house*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 945 ss.

MARCOLUNGO C., *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato: un tentativo di ricostruzione*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato*, Napoli, 2009, p. 193 ss.

MARICONDA G., *Superare il processo di neutralizzazione*, in *Fondazioni e Associazioni. Proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, 1995, pag. 69;

MASSERA A., *Il partenariato pubblico privato ed il diritto europeo degli appalti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 1201 ss.

MATACENA A., C. TRAVAGLINI, *Il gruppo non profit, specializzazione ed aggregazione nel settore non profit*, in A. ZANGRANDI *Aziende non profit - Scenari e Strumenti per il terzo settore*, Milano, 2000, *passim*.

MAZZANTI P., *Fondazioni di partecipazione. Uno strumento per consolidare il dialogo pubblico privato nella cultura*, in E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non profit*, Firenze Antella, 1998, p. 9 ss.

MENEGUZZO M., *Ripensare le formule gestionali per l'arte e la cultura: dalla specificità italiana all'impresa europea*, in E. BELLEZZA, F. FLORIAN, (a cura di), *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, Firenze Antella, 2001, p. 115 ss.

MERUSI F., *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Diritto Amministrativo*, 2004, p.447/ 463

MESSINEO F., *Dottrina Generale del contratto*, Milano, 1948, nota 3, p. 48

MESSINEO F., *Il contratto in generale*, in A. CICU, F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1973, p. 598.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 66 ss.

MESSINEO F., voce *Contratto plurilaterale*, in *Enciclopedia del Diritto*, X, 1962, p.143 ss.

MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 121/200

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario codice civile*, IV, Torino, 1980, p. 88

MIRABELLI G., *I c.d. atti di amministrazione*, in *Scritti in onore di A. Scajola*, III, Bologna, 1953, p. 306 e ss.

MONTAGNINI C., sub. artt. 2363,2366, in *Commentario G. Niccolini, A. Stagno D'Alcontres*, Napoli, 2004, p. 437 ss.

MORELLA E., *I trust per la cultura: l'esperienza inglese*, in E. BELLEZZA, F. FLORIAN (a cura di), *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, Firenze Antella, 2001, p. 143 ss.

N

NAPOLITANO G., *La crisi d'identità delle Fondazioni, casse di risparmio di fronte al giudice costituzionale, nota a commento del D. Lgs. 20/11/1990 n. 356*, in *Giurisprudenza. It.*

NAPOLITANO G., *Le fondazioni di origine: pubblica tipi e regole*, in *Diritto amministrativo*, 2006, p. 573

NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 171 ss.

NAZZICONE L., sub. art. 2380, in G. LO CASCIO, (a cura di) *La riforma del diritto societario, Società per azioni, amministrazioni e controlli*, Milano, 2003 p. 18.

O

OBERTO G., *Le Destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in R. CAVALLO, A. CIATTI (a cura di) *I contratti di destinazione patrimoniale*, 2014, Milano, p. 161 ss.

OPPO G., *Impresa imprenditore*, in *Scritti giuridici*, I, *Diritto dell'impresa*, 1992, p. 309;

ORESTANO R., *Il problema delle persone giuridiche*, in *Diritto romano*, 1, 1968, p. 20 ss.

OSTI G., *Contratto*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, IV, Torino, 1959, p. 520,

PACE A., *Commento all'art. 18 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna Roma, 1977, p. 191 ss.

P

PALAZZO A., *I trust in materia successoria*, in *Vita Notarile*, 1996, p. 671 ss.

PALERMO, *Le istituzioni prive di riconoscimento*, in AA. VV. (a cura di) *Amministrazione e rappresentanza negli enti diversi dalle società, Atti del convegno Roma 30 settembre/01 ottobre 1988*, Milano, 1990, p. 147 ss.

PANZA G., *Successione tra enti di diritto privato*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1990, p. 1440

PANZA G., *Successioni tra enti diritto privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, 1990, p. 404

Parere del Consiglio di Stato, 20/12/2000, n. 288/00 in *Consiglio di Stato*, 2001, I, p. 490.

PESCATORE S., *La Riforma del diritto societario*, in V. BUONOCUORE (a cura di) *Commento al D. Lgs. 5-6, 17.1.2003*, Torino, 2003, p. 49

PETRAZZINI B., *sub art. 2364,2364 bis*, in *Commentario G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasco, P. Montalenti*, I, Bologna, 2004, p. 472

PETTINATO S., *Le fondazioni di partecipazione: profili fiscali*, in *I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2007, p. 53 ss.

PONTELLO T., *Partenariato pubblico privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione di servizi culturali e le società di capitali ad oggetto culturale*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato*, Napoli, p. 323 ss.

PONZANELLI G., *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2006, p. 421 ss.

PONZARELLI G., *Commento art. 3*, in M. V. DE GIORGI (a cura di) *La nuova disciplina dell'impresa sociale. Commentario al d. Lgs. 24 marzo 2006 n. 155*, Padova, 2007, p. 105 ss.

PONZARELLI G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, II, Torino, 2000, p. 28 ss.

PONZARELLI G., *Gli enti non profit in Italia*, Padova, 1994, p. 283

PONZARELLI G., *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, in *Rivista del Diritto Civile*, 1979, p. 37 ss.

PROTETTI E., *Persone Fisiche e Giuridiche, artt. 1-78*, in *Commentario codice civile diretto da De Martino*, Novara, 1971, p. 269 ss.

PUGLIATTI S., *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, pag. 115.

PUGLIATTI S., *Istituzioni di Diritto Privato, Il soggetto di Diritto*, 2, Milano, 1939, p. 24.

R

RAZZANO G. *Sui principi di sussidiarietà differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione*, in F. MODUGNO, P. CARNEVALE (a cura di), *Nuovi rapporti Stato-Regione dopo la legge costituzionale n.3 del 2001*, Milano 2003, p. 9.

REALMONTE F., *Accordo delle parti e rapporti giuridici preparatori, responsabilità precontrattuale*, in *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, XIII, 2, Torino, 2000, p. 111

REBORA G., MENEGUZZO M., *Strategia nelle amministrazioni pubbliche*, 1990, *passim*.

RESCIGNO G. U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto Pubblico*, 2002, p. 5

- RESCIGNO P., *L'Autonomia dei privati*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, 1968, p. 529
- RESCIGNO P., *Le Fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, p. 47;
- RESCIGNO P., *Le Fondazioni: prospettive e linee di riforma*, in P. RESCIGNO (a cura di) *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, p. 497.
- RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, 1982, p. 182
- RESCIGNO P., *Negoziato privato di Fondazione e atto amministrativo di Riconoscimento*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1968, p. 1353/1358.
- RESCIGNO P., voce *Fondazioni (diritto civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, 1968, p. 792 ss.
- RESCIO G., *L'assemblea nel progetto di Riforma delle società di capitali*, in *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed Attese. Atti del Convegno*, Firenze, 2012, p. 6
- RICCIO G. M., *Le fondazioni universitarie. Analisi del D.P.R. 24 maggio 2001 n. 254*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2002, p. 141
- RICHTER M. S., *La collegialità del consiglio di amministrazione*, in B. LIBONATI (a cura di) *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, Milano, 1995, p. 291.
- RIVOLTA G. M., *La partecipazione sociale*, Milano, 1965, p. 80
- RODOTA' S., *Il problema della Responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 177.
- ROMANO S., *Autonomia Privata (appunti)*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1956, p.801 ss.
- ROMANO S., voce *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, p.14 e ss.
- ROMBOLI R., *Problemi costituzionali della cooperazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, p. 114 ss.,
- ROSSI C., *La fusione tra fondazioni*, in *Rivista del Diritto Civile*, 2008, II, p. 603.
- ROSSI G., *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000, p. 201

S

SALAFIA V., *L'assemblea della società per azioni secondo la recente riforma societaria*, in *Le Società*, 2003, p. 1054

SANDULLI M. A., *Il partenariato pubblico privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 167 ss.

SANTORINI S., voce *Associazione*, in *Digesto civile*, I, 4, Torino, 1987, p. 484.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012, p. 40.

SANTOSUOSSO D. U., *La riforma del diritto societario, Autonomia privata e norme imperative nei D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e 6*, Milano, 2003 p.101, 162.

SANTUARI A., *Consiglio di Stato, Commissione speciale, 20/12/2000, n. 288*, in A. SANTUARI *Le onlus, Profili civili amministrativi e fiscali*, 2007, p. 133

SANTUARI L., *L'impresa sociale: è un concetto giuridico? Sulla riforma del libro I del codice civile in materia di enti non profit*, in *Diritto, famiglia e persona*, 2000, p. 895 ss.

SARALE V., M. AMBROSINI (a cura di), *Il nuovo diritto societario, profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, I, Torino, 2005, p. 163

SARELE M., AMBROSINI S. (a cura di), *Il nuovo diritto societario. Profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, Torino, 2005, p. 162.

SCHELESINGER P., *Categorie dogmatiche e normative in tema di non profit organization*, in G. PONZARELLI (a cura di) *Gli enti non profit in Italia*, Padova, 1994, p.273 ss.

SCONAMIGLIO R., *Dei Contratti in generale, sub artt. 1321-1352*, in *Commentario Scialoja Branca*, 1970, p. 161

SIMONCINI A., *IL terzo settore e il nuovo Titolo V della Costituzione*, in P. CARROZZA, E. ROSSI (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004, p. 98 ss.

SIMONETTO E., *Dividendi ed acconti dividendo nelle società per azioni*, Padova, 1963, p.35.

SPADA P., *Impresa*, in *Digesto discipline privatistiche*, VI, Torino, 1992, p. 32/76.

SPADA P., *Persona giuridica e articolazione del patrimonio*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, p. 847.

T

TALAMANCA M., *Successione, testamento, sub. artt. 679/712*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna Roma, 2006, p. 594

TAMBURINO G., *Persone giuridiche, associazioni non riconosciute e comitati*, Torino, 1980, p. 124.

TOFFELLETTO A., *Amministrazioni e controlli*, in AA. VV. (a cura di) *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2008, p.125

V

VIDARI F., *Trust e divieto di patti successori*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, p. 851 ss.

VITTORIA D., *Gli enti del primo libro codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in P. RESCIGNO (a cura di) *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, pag. 24 ss.

VITTORIA D., *Il cambiamento del "tipo" per gli enti del primo libro del codice civile*, in *Contratto e Impresa*, 1992, p. 1149.

VITTORIA D., *Le Fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statuaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Napoli, 1975, p. 29 ss.

VITTORIA V., *L'indole impropria dell'impresa non profit*, in *Diritto e giurisprudenza* 2002 p. 21.

Z

ZATTI P., *Persona giuridica e soggettività: per una definizione del concetto di persona nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Padova, 1975, p. 17.

ZIMAGNI S., *Non profit come economia civile. Per una fondazione economica delle organizzazioni no profit*, in *Non profit come economia civile*, Bologna, 1998, *passim*

ZOPPINI A., *Le Fondazioni, Dalla Tipicità alla tipologia*, Napoli, 1995, p. 62 ss.

ZOPPINI A., *Note sulla costituzione della fondazione*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1997, I, p. 297.

ZOPPINI A., *Prime osservazioni sistematiche sulla riforma del riconoscimento delle persone giuridiche private*, in *Corriere giuridico*, 2001, p. 3

ZOPPINI A., *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in *Rivista del diritto civile*, 2005, p. 373

ZOPPINI A., *Relazione introduttiva ad una proposta per la disciplina per l'impresa sociale*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2000, p. 335 ss.

GIURISPRUDENZA CORTE CASSAZIONE

Cassazione 12. 04. 1946, n. 430, in *Foro.it*

Cassazione 19. 06. 1964, n. 2622, in *Giustizia Civile*, 1964, p. 1901

Cassazione 3. 08. 1967 n. 2096, in *Giurisprudenza italiana*, 1968, I, 1, p. 558

Cassazione 29. 02. 1968, n. 5654, in *Giurisprudenza Italiana*, 1968, I, p. 1354

Cassazione n. 3399 del 1973, in *Foro.it*.

Cassazione n. 3230 del 1975, in *Foro.it*

Cassazione, 4. 06. 1976, n. 2027, in *Giurisprudenza Italiana*, 1978, I, p. 657.

Cassazione 9. 11. 1979, n. 5779, in *Foro.it*.

Cassazione 6. 08. 1979 n. 4558, in *Giustizia civile*, 1980, II, p. 2256 ss.

Cassazione S.U. 02. 03. 1982 n. 1282, in *Foro it*.

Cassazione 8. 11. 1984 n. 5642, in *Giurisprudenza Italiana*, 1985, I, I, p. 989 ss.

Cassazione n. 819 del 1989, in *Foro.it*

Cassazione n. 12039 del 1990, in *Foro.it*

Cassazione n. 5566 del 1994, in *Foro.it*

Cassazione n. 9314 del 1995, in *Foro.it*.

Cassazione n. 2321 del 1997, in *Foro.it*.

Cassazione 16. 03. 2004 n. 5305, in *Diritto fallimentare*, 2005, II, pag. 843.

GIURISPRUDENZA CONSIGLIO DI STATO

Consiglio di Stato 10.8.1960 n. 1976, in *Consiglio di Stato*, 1963, I, p.1023.

Consiglio di Stato 1 giugno 1960, n. 148, in *Consiglio di Stato*, 1961, I, p. 644

Consiglio di Stato, 12. 12. 1963 n. 260, in *Foro.it*.

Consiglio di Stato 11 luglio 1972, in *Consiglio di Stato*, 1972, I, p. 1451.

Consiglio di Stato, 19.4.1974, n. 291, in *Foro.it*.

Consiglio di Stato 25 dicembre 1995 n. 2898, in *Il Consiglio di Stato*, 1997, I, p.
1156

Consiglio di Stato del 30 ottobre 1996 n. 2452, in *Il Consiglio di Stato*, 1998, I,
p. 144