

rivista di diritto privato

3 anno XXV - luglio/settembre 2020

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Paolo Spada
Giuseppe Vettori

Direzione

Giorgio De Nova
Massimo Franzoni
Enrico Gabrielli
Pietro Antonio Lamorgese
Raffaele Lener
Edoardo Marcenaro
Giuseppe Minniti
Stefano Pagliantini
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio



**CACUCCI
EDITORE**

rivista di diritto privato

Pubblicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

www.cacuccieditore.it – e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Telefono 080/5214220 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

Comitato scientifico: Giorgio De Nova, Enrico Gabrielli, Natalino Irti, Pietro Rescigno, Paolo Spada, Giuseppe Vettori

Direttore: Giorgio De Nova

Direzione: Giorgio De Nova, Massimo Franzoni, Enrico Gabrielli, Pietro Antonio Lamorgese, Raffaele Lener, Edoardo Marcenaro, Giuseppe Minniti, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo, Giuliana Scognamiglio

Comitato di valutazione scientifica: Pietro Abbadesse, Fabio Addis, Maria Teresa Alvarez Moreno, Franco Anelli, Ciro Caccavale, Roberto Calvo, Carmelita Camardi, Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Donato Carusi, Angelo Chianale, Alessandro Ciatti, Mario Cicala, Nicola Cipriani, Paoloefisio Corrias, Carlos De Cores, Francesco Delfini, Enrico del Prato, Angelo Federico, Luis Leiva Fernández, Giovanni Furgiuele, Andrea Fusaro, Gregorio Gitti, Carlo Ibba, Raffaele Lener, Francesco Macario, Vincenzo Meli, Enrico Minervini, Massimo Miola, Salvatore Monticelli, Romulo Morales Hervias, Mario Notari, Gustavo Olivieri, Fabio Padovini, Pascal Pichonnaz, Paolo Pollice, Giuseppe B. Portale, Vincenzo Ricciuto, Davide Sarti, Michele Sesta, Michele Tamponi, Federico Tassinari, Daniela Valentino, Gian Roberto Villa, Lihong Zhang, Andrea Zoppini.

Comitato editoriale: Giorgio Afferni, Andrea Azzaro, Ernesto Capobianco, Lisia Carota, Matteo Dellacasa, Fabrizio di Marzio, Massimo Di Rienzo, Amalia Diurni, Aldo Angelo Dolmetta, Fiorenzo Festi, Antonio Fici, Giancarlo Laurini, Giorgio Lener, Renato Marini, Giacomo Oberto, Paolo Pardolesi, Andrea Pisani Massamormile, Mariano Robles, Rita Rolli, Renato Rordorf, Luigi Salamone, Luigi Salvato, Laura Schiuma, Maurizio Sciuto, Marco Tatarano, Giovanni Maria Uda, Carlo Venditti, Francesco Venosta, Fabrizio Volpe

Redazioni

Roma: Maria Barela, Marco Nicolai, Benedetta Sirgiovanni

Bari: Adriana Addante, Claudia Morgana Cascione

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009 Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti: Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Abbonamento annuale: Italia € 135,00 – Estero € 270,00.

Prezzo singola copia: € 38,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza: Cacucci Editore S.a.s. – Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,

Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

INFORMATIVA SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

Informativa ex art. 13 Codice Privacy ed ex artt. 13 e 14 del Regolamento UE 27 aprile 2016 numero 679 ("GDPR")

L'informativa completa è disponibile e scaricabile dal sito ufficiale della Rivista (<http://www.rivistadirittoprivato.it>).

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

La valutazione di tutti i contributi oggetto di pubblicazione viene effettuata in totale anonimato secondo il sistema "double blind", in osservanza di quanto prevede il Regolamento ANVUR, da un soggetto terzo, di volta in volta, individuato dalla Direzione, secondo le sue specifiche competenze nelle aree tematiche di pertinenza del contributo sottoposto a valutazione nell'ambito del Comitato di Valutazione composto da soggetti autonomi rispetto agli Organi della Rivista. Solo in casi eccezionali la Direzione assume direttamente la responsabilità della pubblicazione segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazione, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:

- la attualità del contributo;
- la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo con le materie trattate dalla Rivista.

In caso di accettazione del contributo per la sottoposizione alla procedura di referaggio, il Direttore, o un componente della Direzione, invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati preferibilmente fra i componenti del Comitato di Valutazione.

Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:

- correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
- originalità dello scritto;
- adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza citate;
- chiarezza espositiva.

Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblicazione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o integrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisione finale verrà assunta dal Direttore.

In caso di contributi provenienti da Autori di particolare fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità, può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo alla procedura di referaggio.

Regole per l'autore soggetto a revisione: ciascun autore che invia un articolo deve segnalare se il proprio nome è presente nelle proprietà nascoste del file; indicare quali parti dell'articolo potrebbero rivelare la sua identità e mettere in evidenza la presenza nelle note di eventuali rimandi alle proprie opere.

CODICE ETICO

Il **Codice Etico** è disponibile e scaricabile dal sito ufficiale della Rivista (<http://www.rivistadirittoprivato.it>).

rivista di diritto privato

2020

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Paolo Spada
Giuseppe Vettori

Direzione

Giorgio De Nova
Massimo Franzoni
Enrico Gabrielli
Pietro Antonio Lamorgese
Raffaele Lener
Edoardo Marcenaro
Giuseppe Minniti
Stefano Pagliantini
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 3/2020

Saggi e pareri

Accertamento negoziale e costituzione del titolo dell'acquisto <i>di Giuseppe Minniti</i>	327
Osservazioni preliminari per uno studio sul riutilizzo dei <i>big healthcare data</i> <i>di Nicolò Muciaccia</i>	345
Sulla perdita della cittadinanza europea: da Rottmann a Tjebbes, e poi? <i>di Angela Maria Romito</i>	395
L'assegno di divorzio nell'evoluzione giurisprudenziale <i>di Francesca Zagaria</i>	411
Autorità e autonomia nelle fondazioni: i controlli gestori <i>di Giuliano Zanchi</i>	449



Autorità e autonomia nelle fondazioni: i controlli gestori

di Giuliano Zanchi*

Abstract. This work proposes an updated interpretation of the norms dedicated to the regulation of the foundations in the Civil Code. A specific attention is devoted to the regulation of the controls over the administration of the foundation (art. 25 Civil Code), which suffers of a dated tradition of interpretation, no more aligned to the streams of the legislative reforms of the last 10 years and the case law. The role of the statutory autonomy in designing the structure and the functioning of the foundation is the key to understand the future developments of the foundations, and to decipher the recent legislative proposal to restructure the part of the Civil Code dedicated to the non-profit organizations.

SOMMARIO: 1. L'ipotesi dell'inadeguatezza della disciplina sulle fondazioni. – 2. Verso il superamento della concezione tradizionale della fondazione. – 3. La nozione minima di controllo. – 4. La natura pubblica del controllo ed in particolare del controllo di gestione. – 5. I controlli sull'amministrazione delle fondazioni: l'art. 25 c.c., l'espansione dell'autonomia privata e la possibile convivenza di controlli interni. – 6. I controlli sulle fondazioni nel Codice del Terzo Settore. – 7. Conclusioni e prospettive di riforma.

1. La fondazione viene da tempo considerata dalla dottrina un ente inadeguato alle esigenze della nostra contemporaneità¹.

In una prospettiva di analisi storica dell'origine della disciplina legislativa, sembra a prima vista inevitabile dar credito a questa visione. In effetti, all'epoca della redazione del Codice Civile la considerazione politico-sociale riservata agli enti privati senza scopo di lucro, e alla fondazione in particolare, era di palese ostilità. La scelta di agevolare il modello corporativo a discapito di corpi intermedi di natura esclusivamente privata si aggiunse al pregiudizio storico sulle fondazioni, considerate facili strumenti di segregazione di patrimoni a discapito di creditori ed eredi del fondatore, e condusse il legislatore del 1942 a plasmare la disciplina della fondazione in modo da contenere al massimo l'autonomia privata, ridotta all'atto iniziale di impulso all'istituzione dell'ente e alla relativa dotazione patrimoniale.

Di più: la concezione della fondazione quale patrimonio destinato al raggiungimento di uno scopo di pubblica utilità ha sagomato la disciplina legale sulla fisionomia della fondazione di erogazione. Il legislatore del 1942 non è giunto ad imporre il modello unico della fondazione di erogazione, né ha vietato l'istituzione di fonda-

* Ricercatore di Diritto privato - Università Ca' Foscari di Venezia.

¹ PONZANELLI, *Terzo settore. La legge delega di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 726 s.

zioni con struttura e funzioni lasciate alla creatività dei privati; ha dato per assunto questo archetipo storico senza occuparsi di dettare una disciplina dedicata agli aspetti organizzativi e funzionali, che sono stati ritenuti scontati. E così molti degli assunti dogmatici tradizionalmente riferiti alla fondazione non trovano alcun addentellato normativo diretto. Si pensi, ad esempio, al requisito della pubblica utilità dello scopo, certamente uno degli elementi connotativi della fondazione in base all'impostazione tradizionale, ma che risulta privo di un riferimento testuale nel Codice Civile². Si pensi ancora alla regola dell'immodificabilità dello scopo della fondazione e quella, ad essa collegata, della necessaria estraneità del fondatore all'organizzazione e alla gestione dell'attività dell'ente successivamente alla sua costituzione. L'effettività di queste regole sarebbe assicurata dalla mancata previsione normativa di organismi rappresentativi del ceto dei fondatori, a differenza di quanto accade negli enti a base associativa, senza però che questa assenza trovi sostegno in alcuna espressa disposizione di divieto³.

La forza del modello dogmatico presente nella mente del legislatore del Codice ha dunque inciso nella fisionomia dell'ordito normativo al punto da lasciare inespressa una buona parte dei lineamenti disciplinari della fondazione, la quale è rimasta consegnata per lungo tempo alla proposta teorico-dogmatica all'epoca dominante, ossia quella di un ente statico, a struttura immodificabile nel tempo e assoggettato ad un serrato controllo pubblico. In ciò la fondazione avrebbe dovuto assumere una connotazione soggettiva profondamente diversa da quella dell'associazione, alla cui disciplina invece il legislatore ha attribuito espressamente i caratteri di un ente a struttura flessibile, capace di ridefinire la propria organizzazione e i propri fini nella dinamica delle decisioni assembleari⁴, e per di più con il beneficio di potersi sottrarre al controllo pubblico rinunciando all'attribuzione della personalità giuridica⁵.

² Secondo l'impostazione tradizionale, la pubblicità dello scopo costituisce la ragione unica e sola per la quale la segregazione del patrimonio di fondazione sarebbe accettata dall'ordinamento. Al tema dell'essenzialità al tipo fondazionale della pubblicità dello scopo la dottrina ha dedicato molta attenzione, anche traendo da altre disposizioni del Codice Civile elementi a sostegno della inconfigurabilità di uno scopo egoistico della fondazione o anche altruistico ma non di pubblica utilità. Per tutti si rinvia a GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in Commentario Scialoja-Branca, II ed., Bologna-Roma, 2006, p. 225 ss.

³ In assenza di altri indici normativi a supporto e in un contesto normativo non caratterizzato da disposizioni imperative, apparirebbe peraltro fragile un'interpretazione a contrario di indole restrittiva informata al canone ermeneutico formalistico "*ubi lex dixit voluit, ubi non dixit noluit*".

⁴ Proprio all'assemblea sono dedicate le disposizioni del Titolo II del Libro I del Codice Civile che in numero maggiore si applicano alle sole associazioni (artt. 20, 21, 22 e 23 c.c.), a testimonianza della rilevanza dell'organo assembleare nella vita dell'associazione. È opportuno ricordare, a tale ultimo proposito, che la disciplina degli enti senza scopo di lucro è caratterizzata non solo da disposizioni dedicate specificamente ora alla fondazione, ora all'associazione, ma anche di disposizioni che si applicano ad entrambi gli enti (artt. 14, comma 1, 16, 18, 19, 27, 29-32, 35 c.c.) o che contengono previsioni singolarmente dedicate all'uno e all'altro (art. 16, commi 1 e 2, e 31, comma 2), creando sovente problemi di coordinamento complessivo della disciplina applicabile al singolo ente.

⁵ Fino a diversi anni dopo l'entrata in vigore del Codice Civile del 1942 la dottrina non era disponibile a considerare le associazioni non riconosciute quali soggetti di diritto, ma li concepiva come pluralità di

L'immagine della fondazione che ci restituisce l'istantanea del testo codicistico al tempo della sua formulazione rappresenta, per così dire, il culmine dello sfavore dell'ordinamento verso questo genere di enti, ma al contempo anche il suo ultimo atto. Già pochi anni dopo l'adozione del Codice Civile, la Costituzione repubblicana e la connessa abolizione del sistema corporativo hanno dato avvio ad una stagione nuova per gli enti intermedi. Essi hanno ricevuto implicito riconoscimento nell'art. 2 della Carta quale uno dei possibili contesti di sviluppo della personalità umana riconosciuta e garantita dallo Stato come "formazione sociale", e una diretta valorizzazione all'art. 18 della Costituzione che garantisce il diritto alla libertà associativa, in senso lato, per fini non vietati dalla legge⁶.

La progressiva perdita di centralità dello Stato nell'organizzazione e nel perseguimento di efficaci politiche culturali, sociali e di *welfare*, ha creato poi le condizioni per una diffusione amplissima di queste formazioni sociali, non più semplicemente e solo «intermedie» tra Stato e individuo, ma anche «alternative» allo Stato medesimo, alle quali è stata attribuita in tempi più recenti la denominazione di "enti del terzo settore"⁷. Si tratta di un fenomeno sociale estremamente variegato che il legislatore ordinario ha favorito a partire dei primi anni '90 del secolo scorso con l'adozione di interventi legislativi – per lo più di natura incentivante tributaria – mirati a favorire la costituzione di enti senza scopi di lucro ulteriori rispetto ai modelli codicistici⁸, ma che hanno attinto dalla loro disciplina, secondo un indirizzo di chiaro favore per l'utilizzo di queste forme organizzative private.

contitolari di diritti su beni. Questa era peraltro la posizione assunta da FERRARA SR., *Le persone giuridiche*, II ed., Torino, 1956, p. 32 s. e p. 413 il cui pensiero ha plasmato l'ordito normativo del Codice Civile in materia di enti senza scopo di lucro. Nella medesima direzione, GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Torino, 1959, p. 203. Tale posizione dogmatica rifletteva la convinzione del rapporto assiomatico tra personalità giuridica e soggettività di diritto, che è stata superata grazie alle riflessioni di quella dottrina che ha sostenuto la differenza teorica fondamentale tra l'attribuzione della personalità giuridica, solo eventuale, e le connotazioni del soggetto di diritto, indipendentemente dalla ricostruzione teorica della fenomenologia della persona giuridica. Cfr. in particolare GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in Commentario Scialoja-Branca, I ed., Torino, 1976, p. 200 ss.; ID., *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, II ed., Padova, 1996, p. 88 ss.; BASILE, *Gli enti «di fatto»*, in Trattato Rescigno, II ed., Torino, 1999, p. 477 ss.

⁶ Sul ruolo della Costituzione nel riconoscimento del pluralismo non solo dei valori e dei diritti, ma anche delle formazioni sociali in cui tali valori e diritti trovano realizzazione e nei quali richiedono tutela cfr. RESCIGNO, *Personalità giuridica e gruppi organizzati: considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Personalità giuridica e gruppi organizzati*, Milano, 1971, p. 9 s; ID., *Le società intermedie*, in ID., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1988, p. 58 ss.; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, p. 119 ss.; PONZANELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, in Riv. dir. civ., 1979, I, p. 23 ss.

⁷ La scelta terminologica, sulla quale sono state espresse perplessità anche rispetto alla capacità di rappresentare la complessità del fenomeno, deriva dall'espressione coniata da ETZIONI, *The Third Sector and Domestic Missions*, Public administration review, 1973, p. 314 ss. ed è entrata nel linguaggio normativo con la l. delega 6.6.2016, n. 106 che ha poi condotto all'adozione del Codice del Terzo Settore con il d.lg. 3.7.2017, n. 117, sul quale appresso si dirà.

⁸ Sul rapporto tra l'esiguità della disciplina del Codice Civile sugli enti senza scopo di lucro e la legislazione speciale che negli anni ha dato vita a nuove figure di enti non lucrativi cfr. DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli*

L'esempio più chiaro proviene proprio dall'utilizzo della fondazione in occasione di riforme strutturali di settore o di privatizzazione di enti pubblici, come nel caso delle fondazioni bancarie⁹, delle fondazioni di enti lirici¹⁰ o delle fondazioni universitarie¹¹; tutte ipotesi nelle quali il legislatore ha optato per il modello-base della fondazione arricchendolo di profili organizzativi e disciplinari mutuati dalle regole proprie di enti a base associativa in senso stretto, *in primis* le società di capitali¹². Una simile ibridazione, e la scelta in sé di attingere ad un archetipo un tempo osteggiato e caratterizzato da un apparato normativo "narrato" come rigido ed inscalfibile, testimonia la maturazione definitiva della fondazione ad un ruolo di maggior rilievo nella galassia degli enti giuridici no-profit.

Il superamento definitivo della primigenia impronta dogmatica impressa alla fondazione si è realizzato a cavallo del nuovo secolo con alcuni interventi del legislatore ordinario che ha riformato i controlli pubblici sulla costituzione e sull'attività negoziale di associazioni e fondazioni, dapprima con la liberalizzazione del regime degli acquisti¹³, non più assoggettati alla previa "autorizzazione governativa", e poi con la riforma del procedimento per l'acquisto della personalità giuridica¹⁴.

Il complesso di questi interventi legislativi non solo muta lo scenario normativo, ma impone di ripensare il modello teorico della fondazione e più in generale l'incidenza dell'autonomia privata nella determinazione delle forme organizzative individuali. Com'è stato detto efficacemente, l'interprete non può prescindere dalle scelte di politica legislativa nell'elaborare le sue soluzioni ermeneutiche¹⁵; nel nostro caso

enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali, in Riv. dir. civ., 1999, p. 293 s., e *ivi*, 303 s.

⁹ Cfr. l. 30.7.1990, n. 218 e d.lg. 17.5.1999, n. 153.

¹⁰ Cfr. d.lg. 29.6.1996, n. 367.

¹¹ Cfr. l. 23.12.2000, n. 388 e d.p.r. 24.5.2001, n. 254.

¹² Sul punto sia consentito il rinvio a ZANCHI, *Interpretazione e ruolo della prassi nella definizione dello statuto soggettivo delle fondazioni*, in Jus Civile, 2017, 6, p. 516 s. anche per ulteriori riferimenti dottrinali.

¹³ L'art. 13 della l. 15.5.1997, n. 127, come modificato dall'art 1 della l. 22.6.2000, n. 192, ha abrogato l'art. 17 c.c. che richiedeva, a pena di inefficacia, che acquisti mobiliari e immobiliari anche a titolo gratuito e *mortis causa* l'autorizzazione dell'Amministrazione competente.

¹⁴ Come noto, con il d.p.r. 10.2.2000, n. 361 l'attribuzione del riconoscimento ad associazioni e fondazioni dipende dal previo controllo del mero rispetto delle norme primarie e secondarie applicabili e dal rispetto dei requisiti di possibilità, liceità dello scopo, e di adeguatezza patrimoniale. In generale, sul ruolo sistemico di questo intervento normativo, oltre ai contributi che si noteranno in prosieguo sui singoli aspetti della disciplina in esame, cfr. DE GIORGI, *La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti senza scopo di lucro*, in Studium iuris, 2000, p. 499 ss.; ZOPPINI, *Riformato il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche*, in Corr. giur., 2001, p. 291 ss.; PONZANELLI, *La nuova disciplina sul riconoscimento della personalità giuridica degli enti del libro primo del Codice Civile*, in Foro it., 2001, V, p. 47 ss.

¹⁵ Così ammoniva proprio rispetto alla novellata disciplina dei controlli sugli enti non lucrativi del Codice Civile DE GIORGI, *La scelta degli enti privati: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?*, in Nuova giur. civ. comm., 2001, p. 84, nota 3.

non si può ignorare che l'attuale tessuto regolativo abbia spostato l'asse della disciplina dall'autorità all'autonomia¹⁶.

In specie, il nuovo equilibrio tra la libera determinazione dei consociati alla creazione delle forme organizzative più consone a dar corpo alle istanze pluraliste della società contemporanea e il governo legislativo delle attribuzioni giuridiche degli enti privati, consente di riconoscere all'autonomia privata un certo grado di libertà di determinazione della fisionomia delle singole fondazioni, attingendo quindi anche al di fuori del suo archetipo tradizionale.

2. Le fisionomie organizzative che si svelano all'esame delle schede fondazionali mostrano la capacità della fondazione di adattare la propria struttura organizzativa ad esigenze lontane da quelle tradizionali. Si registrano fondazioni che si articolano in soluzioni operative eterogenee rispetto alle fondazioni di erogazione, come nel caso delle fondazioni di partecipazione e delle fondazioni di comunità¹⁷. Per le ragioni anzidette, l'accreditamento nella prassi di queste fondazioni non va considerato eversivo rispetto al testo legislativo, ma semmai rispetto alla sua lettura storica, sebbene il tributo concettuale all'impostazione teorica tradizionale abbia per lungo tempo ostacolato una lettura della disciplina del codice secondo parametri diversi da quelli del passato¹⁸.

¹⁶ ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 87 ss. e p. 120 ss. mette in luce i diversi livelli rispetto ai quali verificare il rapporto tra autonomia privata e forme legali di organizzazione soggettiva metaindividuale. L'Autore evidenzia che l'ordinamento non consente che l'autonomia si disponga sul piano della generazione di soggetti giuridici alternativi a quelli legali (numero chiuso delle forme soggettive), mentre ne riconosce uno spazio operativo tanto nella scelta di avvalersi di un modello giuridico o di un altro, quanto nella libertà di determinare il contenuto della forma giuridica prescelta; ciò naturalmente nella misura, più o meno marcata, che il singolo modello soggettivo prescelto volta per volta consenta.

¹⁷ GORGONI, *Le fondazioni di partecipazione*, in BRUSCAGLIA, E. ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Milano, 2002, p. 523 ss.; DI DIEGO, *La fondazione di partecipazione: un patrimonio di destinazione a struttura aperta*, in Enti no profit, 2005, p. 99 ss.; FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazioni, le fondazioni tradizionali, le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi*, in I quaderni della Fondazione italiana per il notariato, 2007, p. 67 ss.; MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in I quaderni della Fondazione italiana per il notariato, 2007, p. 25 ss.; FRANZONI, PREZZI, *Le fondazioni comunitarie in Italia: sviluppo e tendenze*, in Queste istituzioni, 2010, p. 136 ss.; BANDIERA, *Le fondazioni di comunità: una nuova declinazione della filantropia*, in MAINO, FERRERA (a cura di), *Primo Rapporto sul secondo welfare in Italia*, Torino, 2013, *passim*; DE GÖTZEN, *Le fondazioni legali tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011.

¹⁸ In dottrina vi è anche chi spiega la diffusione di fondazioni diverse da quella tradizionale di mera erogazione sostenendo che queste diverse tipologie di fondazione non sarebbero riconducibili alla disciplina codicistica della fondazione, donde il superamento di fatto di quel modello. Sarebbe questo il caso, ad esempio, delle fondazioni culturali, sulle quali si rinvia a ANGIULI, *Fondazioni culturali*, in Dig. disc. priv., sez. civ., Aggiornamento 2007, I, p. 588 ss. Il presupposto di questa lettura della fenomenologia del no-profit sembra risolversi tuttavia in una petizione di principio. Non è chiaro, del resto, come si giustifichi l'ipotesi di una fondazione alternativa a quella del Codice Civile e che non risponda neppure ad una delle tipologie previste da leggi speciali. La libertà di determinazione dei consociati si esprime nella scelta di costituire enti senza scopo di lucro privi della personalità giuridica e nella possibilità, anche nel caso di enti personificati, di

È a partire da questi elementi che si propone di rimeditare l'idea dell'inattualità della fondazione, e la maturazione di questa riflessione passa per il superamento della tesi storica dell'univocità e fissità del relativo schema legale. Indubbiamente la riforma del sistema dei controlli pubblici sugli enti non lucrativi in generale ha recuperato una più marcata dimensione di autonomia di queste formazioni sociali, che esalta in particolare il modello associativo, in cui proprio l'autonomia degli associati è posta dalla disciplina del Codice Civile al centro delle vicende dell'ente. Una parte della dottrina è risultata incline a considerare, quale esito naturale della revisione del sistema di controlli, che la fondazione fosse al termine della sua parabola vitale, relegandola al ruolo di ente "storico" retaggio di un'epoca di governo pubblico delle formazioni sociali oramai definitivamente trascorsa. I presupposti teorici di questa rappresentazione non sono tuttavia condivisibili, perché implicano erroneamente l'unicità tipologica della fondazione di erogazione¹⁹, ove per converso i dati empirici disponibili sulla diffusione delle fondazioni nella fase storica che stiamo vivendo smentiscono in concreto la tesi della decadenza della fondazione²⁰.

Una conseguenza della rigidità ermeneutica che ha contraddistinto buona parte degli studi storici sulle fondazioni è stata l'incapacità di scorgere tutte le potenzialità del testo normativo²¹. Per ciò che qui interessa notare, è mancata in particolare la capacità di superare il presidio teorico dell'impenetrabilità dell'autonomia negoziale nella disciplina organizzativa delle fondazioni, anche nel senso di riconsiderare la rigida alternatività tra associazione e fondazione²². Questa potenzialità è stata invece colta dalla prassi, che ha progressivamente introdotto modelli di fondazione con fisionomie ibride ed ha posto il tema della complementarità tra le due discipline. Una complementarità, peraltro, che il testo del codice favorisce, e che il legislatore ha assecondato dapprima con il d.p.r. n. 361/2000 e poi, più di recente, con la regolazione degli enti del terzo settore (d.lg. n. 117/2017). In ciascuno di questi testi

conformare autonomamente l'organizzazione e la gestione di tali enti nei limiti imposti dalla legge, non anche nella creazione di enti personificati (fondazioni) diversi da quelli previsti per legge.

¹⁹ Il fondamentale contributo dottrinale nel quale si è analizzato lo sgretolamento della fissità del tipo unico della fondazione di erogazione è ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, op. cit., passim.

²⁰ Si consideri che da alcuni recenti rilievi statistici risulta che l'istituzione di fondazioni sia un fenomeno in espansione, pur a fronte di una vasta pluralità di soluzioni soggettive disponibili, anche legate alle numerose ipotesi di fondazioni "speciali". In base ad una relazione ISTAT del 20 dicembre 2017, il numero di fondazioni presenti sul territorio nazionale era cresciuto tra il 2011 e il 2015 del 3,7%, sebbene si tratti di un incremento contenuto rispetto a quello di altri enti no profit (<https://www.istat.it/it/files/2017/12/Nota-stampa-censimento-non-profit.pdf>) e la tendenza si è fortemente accentuata nel biennio 2015-2016, come riporta una successiva relazione sempre di fonte ISTAT dell'11 ottobre 2018 (<https://www.istat.it/it/files/2018/10/non-profit.pdf>) in base alla quale "le istituzioni non profit aumentano pressoché in tutte le forme giuridiche ma sono le fondazioni a crescere di più (+16,4%)".

²¹ Si dirà oltre dei recenti progetti di riforma del Titolo II, Capo II del Libro Primo del Codice, che vanno tuttavia ad incidere un contesto normativo che già oggi, a livello ermeneutico, appare compatibile con soluzioni maggiormente liberali nella definizione dell'ente fondazionale rispetto a quelle del passato.

²² Sia consentito sul punto il rinvio a ZANCHI, *Interpretazione e ruolo della prassi*, op. cit., passim anche per ulteriori indicazioni dottrinali.

normativi, la trama disciplinare considera assieme fondazioni ed associazioni, dedicando regole specifiche e separate solo su alcuni specifici aspetti²³.

Deve esser fatta tuttavia chiarezza sull'esatta definizione del livello in cui si pone questa ibridazione e fino a quale punto possa spingersi in ragione della pluralità di forme soggettive legali. In linea generale, quando si osservano e si descrivono le loro caratteristiche, è necessario distinguere quelle irrilevanti rispetto alla natura dell'ente, ovvero che non ineriscono ad un tratto costitutivo tipico, da quelle invece decisive per la loro qualificazione giuridica. Nel primo caso, il regolamento della vita dell'ente potrà anche prevedere soluzioni differenti, o – più in particolare – soluzioni tratte da altri modelli legalmente precostituiti, senza che ciò implichi né un impedimento al riconoscimento, né una necessaria riqualificazione della forma soggettiva²⁴. Ferma restando allora la differenza causale tra il modello associativo e quello fondazionale, nulla vieta che una soluzione organizzativa o amministrativa che provenga dall'ordito normativo dell'associazione possa essere utilizzato nello statuto di una fondazione.

La rigidità dogmatica che per lungo tempo ha conformato la lettura dei connotati strutturali ed organizzativi del modello fondazionale, ha condotto a qualificarli sempre come essenziali al tipo. Spazio per l'esercizio di autonomia privata era fortemente limitato dal carattere inderogabile attribuito ad ogni elemento della fattispecie. La riconsiderazione della dimensione normativa della fondazione (e, parallelamente, dell'associazione) e il ridimensionamento storico dei presidi dogmatici del tipo tradizionale, hanno contribuito a trasformare elementi un tempo considerati necessari rispettivamente alla forma fondativa o a quella associativa, in scelte organizzative libere perché irrilevanti all'identità della fattispecie soggettiva. È in questo spazio di autonomia che va collocata l'analisi e lo studio del processo di progressivo avvicinamento tra soluzioni organizzative e gestionali dell'associazione e della fondazione.

Alla luce di queste precisazioni, la disciplina sulla fondazione va esaminata assieme a quella sull'associazione, anziché in sua contrapposizione, assumendo la possibilità che soluzioni normalmente riferite all'associazione possano trovare collocazione anche negli statuti delle fondazioni, purché non si incida sull'essenza causale della forma soggettiva; e un profilo disciplinare di particolare interesse rispetto al quale verificare gli esiti concreti di un'interpretazione meno rigida del testo norma-

²³ Il legislatore del 2016 ha scelto di non intervenire nel Codice Civile ma di utilizzare la disciplina sugli enti non lucrativi come trama normativa generale e residuale. La disciplina del codice del terzo settore non si sostituisce a quella del Codice Civile, bensì la presuppone e in parte la integra per tutti i casi in cui l'ente del terzo settore (teleologicamente caratterizzato quindi da finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale) scelga quale forma soggettiva quella di un'associazione o di una fondazione. Cfr. sul tema PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, op.cit., 727 s. Si tornerà *infra* sul rapporto tra disciplina generale del Codice Civile e disciplina degli enti del terzo settore.

²⁴ Si vedano in tal senso le precise indicazioni di ZOPPINI, *Le Fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, op. cit., p. 103 ss.

tivo – e che certamente è causalmente irrilevante - è il regime dei controlli, che merita di essere riletto senza condizionamenti dogmatici che riflettano la sua concezione storica.

3. L'attività di controllo pubblico sugli enti non lucrativi occupa il loro intero ciclo di vita. Il nostro ordinamento prevede controlli costitutivi (art. 1 d.p.r. 361/2000), controlli gestori di vario genere (art. 2 d.p.r. 361/2000 in merito alla modifica dei patti sociali, e artt. 23, comma 4, 25 e 26 c.c.), nonché controlli nella fase di estinzione, trasformazione o fusione dell'ente (art. 6 d.p.r. 361/2000, e artt. 28, 29, 31, 32 e 42 c.c.)²⁵. La riforma attuata con il d.p.r. 361/2000, oltre ad aver cancellato il *placet* governativo all'esercizio della libertà associativa in senso lato, ha in parte ridimensionato l'intensità di altri controlli assegnati all'autorità amministrativa²⁶, pur lasciando nel complesso inalterato il testo normativo codicistico originario nelle restanti parti. In seguito a questa riforma, il regime complessivo dell'incidenza pubblica nella vita di associazioni e fondazioni è mutato profondamente.

Per comprendere tale mutamento serve aver chiara la natura e la funzione dei controlli pubblici sugli enti non lucrativi ed in particolare sulle fondazioni. Sono i controlli gestori quelli che si intendono analizzare specificamente, ed in particolare quelli sull'amministrazione delle fondazioni, ove il cambiamento di regime innesca dalle riforme legislative e dalla prassi non sembra manifestarsi in apparenza, ma è invece anche più intenso che altrove.

Controllo è un termine poliseno. Gli usi normativi che si registrano di tale termine lo collocano nei contesti più diversi e con caratteristiche così variegate da rendere vano ogni tentativo di inquadrarli in una definizione univoca dotata di un preciso perimetro concettuale. Del resto, una mera rassegna degli usi normativi e delle relative accezioni non desterebbe alcun interesse; ma da essa si possono evincere alcuni tratti ricorrenti che definiscano una nozione minima di controllo, indipendente dagli usi normativi del termine²⁷.

²⁵ Come già rammentato i controlli sull'attività negoziale sono venuti meno con l'abrogazione dell'art. 17 c.c.

²⁶ In massima sintesi, il d.p.r. 361/2000 ha trasformato anche i controlli amministrativi sulla modifica dei patti sociali in vaglio di pura legittimità (art. 2) ed ha associato la disciplina codicistica sulla dichiarazione di estinzione e sull'apertura della fase di liquidazione, lì esclusivamente di carattere amministrativo, con una fase di competenza dell'autorità giudiziaria (art. 6).

²⁷ In termini generali, la riflessione sulla dimensione giuridica del controllo e del suo esercizio come potere si riconduce al lavoro di M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1974, p. 1263 ss. Tra gli autori che si sono occupati del medesimo tema si ricordano ROEHRSEN, *I controlli nell'organizzazione amministrativa*, in Riv. amm., 1970, I, p. 353 ss.; CROSETTI, *Controlli amministrativi*, Dig. disc. pubbl., IV, Torino, 1989, p. 68 s.; P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni in tema di controllo*, in *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, p. 319 ss. La dottrina ha anche rimarcato che il controllo è un fenomeno logico e che una sua definizione in senso proprio è difficile, stante la genericità dell'applicazione potenziale di tale meccanismo logico. Cfr. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in ORLANDO, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1915, II, 2, p. 608 ss.

Controllo è anzitutto un termine utilizzato per descrivere una relazione che intercorre tra due entità, non necessariamente dotate di una distinta soggettività²⁸. Tale attività può essere generalmente ricondotta all'esercizio da parte del controllante di un'attività di verifica della rispondenza di decisioni (si sostanzino essi in atti o comportamenti) assunte dal controllato ad uno o più canoni²⁹. Il controllo consiste pertanto in un'attività secondaria, logicamente successiva e conseguente a quella primaria oggetto della verifica. L'esito del test di rispondenza conduce infine all'espressione di un giudizio, rispetto al quale l'atto o l'attività controllata viene valutata conforme o difforme al parametro di controllo³⁰.

L'attività e le operazioni di controllo, pur nella loro varietà, si compongono quindi di due momenti differenti. Il primo è quello di verifica, che consiste nell'esame degli atti o delle condotte primarie nell'ottica della loro rispondenza ad un parametro, il quale solitamente è predefinito e può anche non avere natura tecnico-giuridica. Un'attività giuridica di controllo può infatti consistere anche nell'applicazione di criteri di giudizio extragiudici, come ad esempio avviene nei controlli tecnici. Altre volte, invece, gli standard di riferimento nella verifica sono di natura strettamente giuridica, come nel caso dei controlli di legittimità formale o in quelli di regolarità contabile.

Il controllo non si arresta però alla mera attività di confronto con lo standard, bensì approda ad una valutazione di conformità o difformità ad esso della realtà posta sotto verifica. Il suo esito sta nell'espressione di un giudizio positivo o negativo di coerenza tra l'oggetto del controllo e lo standard di valutazione³¹. Non fanno eccezione quei procedimenti di controllo che talvolta vengono qualificati come procedure di mero accertamento, segnatamente i cc.dd. controlli tecnici. È il caso dei controlli relativi a lunghezze, pesi, composizioni chimiche, e altre ipotesi di misurazione empirica. Questo genere di controlli implica l'utilizzo di parametri la cui applicazione conduce a risultati oggettivi, di mero accertamento e descrizione di un fatto, rispetto ai quali non c'è spazio per l'espressione di un giudizio ulteriore e diverso dalla verifica di conformità. In altre parole, l'indiscutibilità del parametro

²⁸ Si possono avere controlli tra organi o apparati del medesimo ente. Il soggetto di diritto è in tal caso unico e la relazione di controllo si esaurisce all'interno della sua articolazione organizzativa. Si pensi alla galassia dei controlli interni delle Pubbliche Amministrazioni, come il controllo contabile e di legittimità o il controllo di gestione, riordinati dal d.lg. 30.7.1999, n. 286, che ne ha dettato all'art. 1 i principi generali, oggi regolati dal d.lg. 30.3.2001, n. 165.

²⁹ L'altruità del controllo, anche quando riconducibile all'organizzazione interna del medesimo soggetto, costituisce la sua caratteristica basilare. Lo mette in luce opportunamente LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni con particolare riguardo ai c.d. sistemi alternativi*, in ABBADESSA (a cura di), *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, Torino, 2015, p. 13 ss.

³⁰ Vi sono tuttavia usi normativi e del termine controllo che mostrano profili ulteriori e diversi. In questo lavoro si rivolgerà l'attenzione al controllo nel suo nucleo essenziale di significato, nella consapevolezza che il linguaggio normativo talora associ a questo termine attività funzioni e forme di tutela ulteriori e talora fortemente caratterizzanti la singola ipotesi testuale di controllo.

³¹ Cfr. CROSETTI, *Controlli amministrativi*, op. cit., p. 69.

(l'unità di misura) e del suo metodo di applicazione richiederebbero al controllante una mera attività materiale di applicazione della misura alla realtà dei fatti al solo scopo di accertamento. Anche nel caso di questo genere di controlli, tuttavia, è implicata un'attività valutativa, non certo relativa all'applicazione in sé dello standard di valutazione, ma alla scelta del metodo di misurazione della realtà fattuale. Essa comporta un'attività cognitiva di tipo valutativo, soggettivo; l'attività di verifica anche in questo caso non è meccanica, e ciò anche quando il metodo di applicazione dell'unità di misura sia consolidato dalla prassi o da norme tecniche. L'allineamento a queste ultime è pur sempre espressione di una scelta e l'esito che ne consegue rappresenta un'attività valutativa, in sé non diversa da quella di ogni altra ipotesi di controllo.

Se la verifica è sempre preliminare all'espressione di un giudizio di conformità, l'effetto tecnico e pratico di maggior rilievo del procedimento di controllo consiste nell'attivazione di conseguenze giuridiche collegate all'esito del giudizio, specie nel caso in cui il giudizio sia negativo. È in ciò che consiste più genuinamente il contenuto del controllo giuridico: l'approvazione o disapprovazione dell'oggetto della verifica dal punto di vista dell'applicazione del parametro di giudizio, il quale ultimo pertanto definisce la dimensione del controllo.

Criteri diversi possono condurre ad esiti diversi, sicché il criterio di verifica non è mai indifferente al giudizio, donde l'importanza – quando si analizza una fattispecie di controllo – di porre l'accento sulla natura e sulla conformazione del criterio, che definisce necessariamente natura e conformazione anche del giudizio e quindi del controllo *tout court*³². Si avranno così, ad esempio, controlli di legittimità o controlli di merito a seconda che il criterio in base al quale viene svolta l'attività di controllo consista nella conformità ad una regola o si estenda alla convenienza e all'opportunità di una scelta del controllato.

Criteri diversi, inoltre, orientano alla realizzazione di funzioni diverse, ossia sono espressive di una pluralità di *rationes* alla base dell'attribuzione del potere di controllo. Si pensi ad esempio ai controlli sostitutivi o ai controlli repressivi, assai diffusi un tempo in seno all'organizzazione dei pubblici poteri³³. I primi hanno la funzione di verificare le condizioni di un eventuale sostituzione di un organo o dei suoi componenti, mentre i secondi sono volti a sopprimere o sciogliere un organo. Evidentemente funzioni diverse vengono perseguite tramite attività di controllo che possono avere anche il medesimo oggetto (ad esempio, l'attività di un organo amministrativo) ma sulla base di criteri di verifica e giudizio diversi.

³² A questo modello relazionale possono essere ricondotte ipotesi diverse a seconda che la fonte istitutiva del potere di controllo sia l'autonomia privata o la legge, o che l'esercizio del potere di controllo sia obbligatorio o discrezionale, permanente o occasionale, preventivo o successivo all'adozione dell'atto o del comportamento, e a seconda di quale sia l'oggetto della verifica, la natura dei criteri di valutazione, il grado di autonomia di cui dispone il controllante nell'applicazione di tali criteri, ed infine le conseguenze giuridiche associate all'esito del controllo, specie quando esso sia negativo.

³³ Sull'evoluzione storica dei controlli pubblici si discorrerà più approfonditamente *infra*.

Così configurate, si rinvergono fattispecie normative di controllo tanto nel diritto privato quanto nel diritto pubblico³⁴.

Se si concentra l'attenzione sui controlli relativi all'operato degli organi gestori di enti giuridici, il diritto privato conosce numerose ipotesi normative di controlli, interni ed esterni. Si possono menzionare *in primis* quelli inerenti i rapporti organici infra-societari, come nel caso dei controlli dei soci non amministratori sull'operato degli amministratori (artt. 2261, 2320, 2422 e 2476 c.c.), o dei controlli gestori e contabili da parte di soggetti terzi nelle società di capitali (artt. 2403 e 2477 c.c.); si pensi inoltre ai controlli nei consorzi (art. 2605 c.c.) o nelle associazioni in partecipazione (art. 2552 c.c.)³⁵.

Tra questo genere di controlli rientrano anche quelli che sono implicati nella disciplina sulla responsabilità degli amministratori dell'associazione regolata dall'art. 22 c.c.: in tanto l'assemblea dispone del potere di promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, in quanto alla prima spetta un potere di controllo diffuso sull'operato di questi ultimi, secondo un principio comune a tutti gli enti a base associativa e che si iscrive nel quadro generale dei rapporti tra organo assembleare ed organo gestorio³⁶.

³⁴ È interessante notare che tra i cultori del diritto amministrativo si sta posta la questione dell'autonomia concettuale della funzione di controllo in esercizio di poteri di amministrazione rispetto all'esercizio del controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi. Ci si è interrogati in particolare sulla natura del controllo come atto di autotutela amministrativa che come tale mostrerebbe sostanziali affinità con i controlli che il Giudice Amministrativo effettua sugli atti amministrativi, ipotizzando così una macrocategoria di controllo affidato a funzioni pubbliche. Per una sintesi dei termini della questione cfr. PASTORI, *Amministrazione locale e controlli*, in AA.Vv., *Studi in onore di Vittorio Bachelet, I Amministrazione e organizzazione*, Milano, 1987, p. 473 ss.

³⁵ La letteratura in materia di controlli societari è vastissima e una rassegna completa sarebbe impensabile. Tra i lavori che più da vicino si occupano del tema dei controlli gestori cfr. AMBROSINI, *I poteri dei sindaci*, in ALESSI, ABRIANI, MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, p. 223 ss.; BOSTICCO, *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2009; DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, Milano, 2010; ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il Codice Civile Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2010, 2, p. 1141 ss.; BENAZZO, *Il collegio sindacale*, in AA.Vv., *Commentario della s.r.l.*, Milano, 2011, p. 728 ss.; LIBERTINI, *Artt. 2397-2409*, in D'ALESSANDRO (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, II ed., t. II, Padova, 2011, p. 195 ss.; BERLOTTI, *I sistemi di amministrazione e controllo*, in CAGNASSO, PANZANI (a cura di), *Le nuove s.p.a.*, Bologna, 2012, p. 4 ss.; SOTTORIVA, *La riforma del sistema dei controlli nelle s.r.l.*, in *Società*, 2012, p. 1180 ss.; STELLA RICHTER JR., *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 663 ss.; CAGNASSO, *I controlli nelle s.r.l.*, in *Giur.it.*, 2013, p. 2439 ss.; ABRIANI, *Il ruolo del collegio sindacale nella governance del nuovo millennio*, in VIETTI (diretto da), *La governance nelle società di capitali*, Milano, 2013, p. 329 ss.; MONTALENTI, *Il sistema dei controlli: profili generali*, in AA.Vv., *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, IV, Padova, 2010, p. 691 ss.; ID., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 42 ss.; ABRIANI, *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione)*, in TOMBARI (a cura di), *Corporate governance e sistema dei controlli nella s.p.a.*, Torino, 2013, p. 95 ss.; SQUAROTTI, *Le funzioni del collegio sindacale*, in *Giur.it.*, 2013, p. 2181 ss.; S. ROSSI, *Art. 2409*, in *Comm. c.c. Gabrielli, Artt. 2452-2510*, II, Milano, 2015, p. 565 ss.

³⁶ Si noti che la dottrina citata nella nota precedente ammette generalmente l'estensione alle associazioni delle più dettagliate disposizioni in materia di poteri di controllo dell'assemblea sugli atti degli amministratori

Le ipotesi anzidette definiscono casi in cui il controllo viene esercitato a protezione di interessi privati ed è preordinato principalmente alla responsabilizzazione dell'ente o dei suoi organi nei confronti dei portatori degli interessi protetti dalla funzione di controllo o alla rimozione degli effetti giuridici degli atti non conformi. I controlli interni agli enti a base associativa individuano un vero e proprio diritto soggettivo al controllo, una prerogativa assegnata dalla legge al socio-associato che connota il ruolo e lo stesso modello organizzativo di tutti gli enti a base associativa, e che costituisce un presidio minimo, suppletivo rispetto all'eventuale istituzione per via statutaria di meccanismi ulteriori di controllo³⁷.

Nel diritto pubblico, ove la funzione di controllo ha avuto la sua origine storica, il controllo ha rappresentato lo strumento primario di verifica della legittimità o dell'opportunità dell'esercizio di un potere amministrativo in ragione del rispetto delle regole e dei principi che disciplinano tale attività e alla capacità di perseguire gli interessi pubblici a cui tale attività risulta preordinata³⁸. Anche il diritto pubblico conosce ipotesi di controllo interno ed esterno e la varietà di fattispecie è qui particolarmente accentuata³⁹. L'estensione della funzione di controllo (pubblico) travi-

nelle società, come ad esempio per il caso dell'attribuzione all'assemblea delle associazioni del potere di nomina degli amministratori, in analogia a quanto previsto agli artt. 2364 e 2283 c.c. nelle società per azioni.

³⁷ Definiscono lo statuto legale del diritto individuale al controllo interno del socio stabilito per legge in termini di diritto suppletivo CAPELLI, *Il controllo individuale del socio di S.r.l. Il modello legale*, Milano, 2017, p. 2 ss.; ZANARONE, *Delle società a responsabilità limitata*, op. cit., 59 ss. Si tratta di un diritto che la dottrina sostanzialmente unanime definisce coesistente al modello associativo, anche nel senso che esso non viene meno nel caso in cui sia previsto per legge un organo di controllo interno o un soggetto terzo che svolga analogo funzione. Cfr. ex multis ABRIANI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in Giur. comm., 2005, I, p. 157; BUTA, *I diritti di controllo del socio di S.r.l.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, III, p. 590; CAGNASSO, *Art. 2476*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, Bologna, II, 2004, p. 1883; FREGONARA, *I nuovi poteri di controllo del socio di società a responsabilità limitata*, in Giur. comm., 2005, I, p. 789.

³⁸ G. BERTI, TUMIATI, *Controlli amministrativi*, in Enc. dir., X, Milano, 1962, p. 299 ss.; CASULLI, *Controllo*, Nov. dig. it., IV, Torino, 1957, p. 729 ss.; M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, op. cit., p. 1263 ss.; CROSETTI, *Controlli amministrativi*, op. cit., p. 67; DE GIORGI, CEZZI, *I controlli nell'amministrazione moderna*, Bari 1990; S. CASSESE (a cura di), *I controlli della pubblica amministrazione*, Bologna, 1993; LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo. Controlli interni e attività amministrativa*, Milano, 2003; G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2003, p. 1343; TANDA, *Controlli amministrativi e modelli di governance della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2012.

³⁹ Il diritto amministrativo conosce organismi aventi specifiche attribuzioni di poteri di controllo nei confronti di altri enti (il caso emblematico è la Corte dei Conti, organismo a cui spetta per attribuzione costituzionale l'esercizio del controllo preventivo di legittimità sugli atti del governo e quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato e degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria) ma anche ipotesi in cui la funzione di controllo è ancillare all'esercizio delle attribuzioni di organismi che non svolgono istituzionalmente funzioni di controllo, come nel caso dei controlli interni degli enti con articolazioni funzionali o territoriali complesse, oppure nel caso di controlli tra enti diversi in relazione alla sovraordinazione del controllore sul controllato. Il controllo è quindi una funzione diffusa all'interno dell'organizzazione

ca anche i confini soggettivi della pubblica amministrazione estendendosi in alcune ipotesi ad atti o attività di soggetti privati, come accade proprio nel caso dei controlli sulle associazioni e fondazioni.

La concezione totalizzante dello Stato, la tradizionale prospettiva geometrica dell'amministrazione pubblica ad impronta gerarchica governata dal principio di statualità dell'interesse pubblico e la conseguente tendenziale esclusività dell'atto amministrativo quale strumento di esplicazione dei poteri (e di perseguimento degli interessi) pubblici, ha sviluppato una concezione della funzione di controllo come strumento che consentiva di mantenere saldo questo impianto organizzativo di stampo verticale. Il controllo consentiva "un momento di «riesame» circa la rispondenza del singolo atto a determinate norme, destinato a concludersi, a propria volta, con un altro provvedimento incidente [...] sull'atto controllato"⁴⁰. L'inerenza dei controlli al riesame di atti, più che dell'attività del controllato complessivamente intesa, e la loro funzione ultima di conservazione dell'unità dell'ordinamento pubblico e di garanzia del perseguimento dell'interesse pubblico, spiegano la costruzione storica del sistema dei controlli amministrativi prevalentemente come controlli preventivi, di legittimità o di merito.

Con la trasformazione del modello di Stato, e quindi di amministrazione, e la rimodulazione dei rapporti tra poteri amministrativi che ha condotto a partire dagli anni '70 del secolo scorso alla disgregazione del sistema monistico statale, la funzione di controllo ha adeguato la sua configurazione a queste mutazioni profonde dell'apparato amministrativo⁴¹. In particolare, la progressiva importanza del principio di effettività dell'azione amministrativa ha mostrato l'insufficienza di un sistema di controlli avente ad oggetto la mera legittimità formale di atti⁴², in favore di controlli più penetranti sull'attività della Pubblica Amministrazione. Serviva in altre parole un meccanismo di controllo che consentisse una più accurata verifica di conformità dell'agire amministrativo ai principi generali che governano l'attività ammi-

amministrativa, non solo un'attribuzione istituzionale di specifici enti o organismi. Nel senso di una diffusione generalizzata del potere di controllo cfr. G. D'AURIA, *I controlli*, op. cit., p. 545 s.

⁴⁰ D'ORSOGNA, *I controlli di efficienza*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, V ed., Milano, 2017, p. 534. Dello stesso avviso CASULLI, *Controllo*, op. cit., 729 il quale calibra la nozione generale di controllo sulla funzione di riesame dell'oggetto del controllo stesso.

⁴¹ Tra i primi contributi a trattare dell'insufficienza del modello tradizionale del controllo come verifica meramente formale ROEHRSEN, *I controlli nella organizzazione amministrativa*, op. cit., p. 353; F. BENVENUTI, *I controlli amministrativi dello Stato sulla Regione*, in ID., *Scritti giuridici*, IV, 1972, p. 2999 ss.; A.M. SANDULLI, *I controlli sugli enti territoriali nella Costituzione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1972, p. 575 ss.; BENNATI, *Pluralità dei controlli ed efficienza della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *L'organizzazione burocratica nella pubblica amministrazione e nelle amministrazioni private*, Milano, 1974, p. 116 ss. Per una recente ricostruzione del percorso di migrazione storica che ha condotto all'avvento dei controlli di efficienza cfr. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 182 s.

⁴² *Ex multis*, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 274.

nistrativa⁴³, più che un controllo utile a conservare l'impianto gerarchico dell'ordinamento pubblico. Si tratta infatti per lo più di controlli di legittimità, ossia di rispondenza a criteri tecnico-giuridici, anziché di merito, ossia improntati ad un riesame dell'opportunità e convenienza delle scelte dell'ente o dell'organo interno. Quest'ultimo genere di controlli risponde ad una logica paternalistica correlata all'ormai inattuale concezione della subordinazione gerarchica come forma di tutela che si esprime nei confronti di enti pubblici minori o articolazioni organiche in posizione subordinata, e che ha condotto alcuni autori a richiamare per certi versi la tutela civilistica in favore degli incapaci⁴⁴. È palese che questa concezione non sia coerente con gli sviluppi attuali del regime dei controlli amministrativi.

4. Il confronto tra le diverse tipologie di controlli nel diritto privato e nel diritto pubblico conduce ad una duplice riflessione. In primo luogo, tanto il diritto privato quanto il diritto pubblico contengono previsioni normative di controllo (esterno) esercitato su enti di diritto privato. La natura privata del soggetto controllato non rappresenta quindi un elemento di per sé stesso rilevante ai fini della definizione del contenuto dell'attività di controllo. È semmai la natura del controllante che fa la differenza: il controllo pubblico, quand'anche rivolto all'attività di soggetti privati, è posto a tutela di interessi pubblici, mentre quello privato è tendenzialmente funzionale alla tutela di interessi privati e all'esercizio di diritti soggettivi.

Questa duplice riflessione aiuta ad analizzare correttamente la disciplina sui controlli in materia di fondazioni e sui controlli gestori in particolare⁴⁵.

⁴³ La logica del controllo sugli atti determina solitamente un controllo preventivo, che impedisce l'esplicazione degli affetti dell'atto prima della verifica e del giudizio di conformità. I controlli sull'attività sono controlli tendenzialmente sui risultati o sulla gestione, quindi sono controlli successivi, che possono anche coinvolgere la verifica di legittimità di singoli atti, ma non nella considerazione atomistica della loro conformità giuridica, bensì quali indici di giudizio complessivo sulla sequenza procedimentale. Su questi temi, che investono da vicino la varietà delle fattispecie di controllo sulle fondazioni, cfr. in generale G. D'AURIA, *I controlli*, op. cit., 550 s.

⁴⁴ In tal senso CROSETTI, *Controlli amministrativi*, op. cit., 70 il quale mette in evidenza che il termine "tutela" è proprio quello utilizzato nella dogmatica amministrativistica per definire questo genere di controlli di merito. Si pensi ad esempio agli atti di approvazione delle decisioni assunte da enti minori, che costituiva vera e propria condizione legale all'esplicazione di effetti giuridici dell'atto controllato, espressa nella forma di un controllo preventivo di merito sulla rispondenza ai criteri di convenienza ed opportunità (cfr. F. BENVENUTI, *Il controllo di merito mediante richiesta di riesame*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1954, p. 377). Per una disamina della funzione di controllo di merito nell'impostazione storica dei rapporti istituzionali tra gli enti amministrativi cfr. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, p. 93 ss.; ZANOBINI, *Osservazioni sulle norme costituzionali relative ai controlli sugli enti locali*, Nuova rass., 1951, p. 3 ss.; OTTAVIANO, *Merito*, in Noviss. dig. it., X, Torino, 1964, p. 575 ss.; F. ROCCO, *Discrezionalità e controllo sul suo esercizio*, Foro it., 1954, IV, col. 5.

⁴⁵ L'espressione «controllo di gestione» assume in particolari contesti normativi uno specifico significato, che non deve qui essere confuso con quello che si ricava dalla disciplina in materia di controlli sulle fondazioni. Nel diritto amministrativo, con «controllo di gestione» si fa solitamente riferimento a quel genere di controlli, anche interni, che hanno la specifica funzione di valutare la performance e gli standard qualitativi di uffici o di funzionari pubblici, ossia valutare «la rispondenza dei risultati della gestione amministrativa

Non vi è dubbio che i controlli a cui si riferiscono testualmente le norme in materia di fondazioni siano controlli pubblici, affidati all'autorità competente al fine di valutare il rispetto degli interessi (appunto pubblici) sottesi alla costituzione e alla sopravvivenza nel tempo delle fondazioni⁴⁶. Gli studiosi di diritto pubblico si sono occupati solo marginalmente e in epoche più lontane dell'esercizio dei poteri della Pubblica Amministrazione nelle relazioni di diritto privato, ivi compresi i controlli pubblici sulle fondazioni⁴⁷, tema sul quale comprensibilmente si è invece soffermata di più la dottrina civilistica, sebbene in quest'ultimo caso l'attenzione sia stata prevalentemente catalizzata dallo studio dei controlli costitutivi, attributivi della personalità giuridica (oggi disciplinati dall'art. 1, comma 3, d.p.r. 361/2000). Minore attenzione è stata riservata ai controlli successivi sulla gestione dell'ente, in specie quelli disciplinati dall'art. 25 c.c.⁴⁸ Il disinteresse per questo segmento disciplinare può in parte essere ricondotto alla scarsità di pronunce giurisdizionali in materia,

alle direttive generali impartite" (art. 4 d.lg. 30.7.1999, n. 286, oggi sostituiti dal d.lg. 30.3.2001, n. 165: cfr. *supra* nota 28). Nel diritto privato vi sono settori disciplinari in cui il controllo di gestione acquista a sua volta specifiche connotazioni: si pensi al giudizio di approvazione del rendiconto finale del curatore fallimentare, che la giurisprudenza qualifica controllo di gestione (cfr. Cass., ord., 5.3.2019, n. 6377, in Fall., 2019, 6, p. 831 ss.). I controlli gestori descritti dall'art. 25 c.c. hanno a loro volta una specificità disciplinare che non consente di attingere agevolmente al di fuori delle previsioni contenute nella disposizione in commento.

⁴⁶ Per altri esempi di questo genere di controlli su enti privati, si pensi ai controlli della Consob sulle società quotate in borsa, o ai controlli della Banca d'Italia sugli istituti di credito.

⁴⁷ Della c.d. amministrazione pubblica del diritto privato si era occupato agli inizi del XX secolo ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in Riv. dir. pubbl., 1918, I, p. 169 ss. sulla scorta delle riflessioni della dottrina tedesca riconducibili all'opera di HÄNEL, *Die Verwaltung des Privatrechts in deutschen Staatsrecht*, I, Leipzig, 1892, p. 161 ss. che aveva impiegato l'espressione "Die Verwaltung des Privatrechts" estendendola in generale ad ogni forma di intervento di poteri pubblici nei rapporti di diritto privato, ivi compresa l'attività giurisdizionale, *in primis* quella di volontaria giurisdizione. Cfr. anche M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in Enc. dir., III, Milano, 1958, p. 994. Anche i processualisti tradizionalmente considerano la volontaria giurisdizione vera e propria attività amministrativa che esplica effetti nelle relazioni di diritto privato (Cfr. MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, V, Milano, 1923, p. 28; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1936, p. 315; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1942, p. 74; REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, p. 348; PAJARDI, *La giurisdizione volontaria*, Milano, 1963, p. 29 ss.; ZANZUCCHI, *Il nuovo diritto processuale civile*, Milano, 1964, p. 47; FAZZALARI, *Giurisdizione volontaria*, in Enc. Dir., XIX, Milano, 1970, p. 330 ss.; JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1990, p. 25 ss.; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 2009, p. 22). Sebbene ricorra nella manualistica di diritto amministrativo la menzione dell'esistenza di poteri della Pubblica Amministrazione di adottare atti destinati a produrre effetti in relazioni di diritto privato, come appunto tipicamente nel caso dell'art. 25 c.c. (cfr. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo, op cit.*, p. 274), il tema tuttavia non è più stato trattato approfonditamente dai cultori del diritto amministrativo. Tra i pochi lavori organici si ricorda DELLA RATTA RINALDI, *Amministrazione pubblica del diritto privato e classificazione delle manifestazioni dell'azione amministrativa*, Napoli, 1980 e soprattutto CAPOZZI, *I controlli amministrativi sulle persone giuridiche private*, Napoli, 1991.

⁴⁸ Tra i contributi della letteratura privatistica in materia di controlli gestori sulle fondazioni GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna, 1976; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, rist. agg., Milano, 1990, p. 321 ss.; DE GIORGI, *Il controllo sull'amministrazione*

interpretato come sintomo di una marginale rilevanza pratica di questi meccanismi. Tuttavia il ruolo sistematico dell'art. 25 c.c. è tutt'altro che secondario, specie nel confronto con le nuove tipologie di fondazioni a carattere associativo. L'adozione di alcune recenti pronunce giurisprudenziali in materia di controlli gestori nelle fondazioni - pur nell'infrequenza giurisprudenziale complessiva in materia di controlli sulle fondazioni - dimostrano la rilevanza di questo tema nella definizione complessiva di un "nuovo" statuto della fondazione.

La disciplina sui controlli gestori nelle associazioni e nelle fondazioni è significativamente differente. Solo nel caso delle fondazioni il Codice Civile prevede una disposizione espressa (il già richiamato art. 25 c.c.)⁴⁹, che assegna all'autorità amministrativa tale compito, mentre la valutazione della conformità alla legge e ai patti statutari degli amministratori delle associazioni è assorbito nel più ampio rapporto tra assemblea degli associati ed organo amministrativo. Si è detto in dottrina, a proposito della previsione legislativa di un controllo esterno dell'amministrazione delle fondazioni, che la scelta si spiegherebbe proprio in ragione dell'assenza di un dispositivo interno di controllo analogo a quello delle associazioni⁵⁰ che consenta anche di tutelare le ragioni dei creditori dell'ente⁵¹. Rispetto all'esigenza di "assicurare che il patrimonio di fondazione sia effettivamente destinato allo scopo voluto dal fondatore"⁵², non disponendo di organismi interni a cui affidare tale funzione, il legislatore del 1942 ha scelto di coinvolgere anche in tal caso l'Amministrazione Pubblica, in coerenza con l'attribuzione pubblica di ogni altra forma di controllo. Donde la *ratio* della previsione di controlli esterni e pubblici sull'amministrazione delle fondazioni a fronte di controlli interni e, quindi, con carattere di controlli privati per l'amministrazione delle associazioni⁵³.

delle fondazioni, in Nuova giur. civ. comm., 1999, I, 786; BASILE, *Le persone giuridiche*, in Trattato Iudica Zatti, Milano, 2003, *passim*.

⁴⁹ Una risalente opzione interpretativa riteneva applicabile anche alle associazioni (riconosciute) l'art. 25 c.c. Cfr. FERRARA SR, *Le persone giuridiche*, *op. cit.*, p. 353. Si vedano contra le puntuali annotazioni di GALGANO, *Delle persone giuridiche*, *op. ult. cit.*, 394.

⁵⁰ FERRARA SR, *Le persone giuridiche*, *op. ult. cit.*, *ibidem*; COSTI, *Fondazione e impresa*, in Riv. dir. comm., 1968, p. 14; BONILINI, CONFORTINI, GRANELLI, *Codice civile commentato - Art. 25*, Torino, 2012, p. 96; BARBA, PAGLIANTINI, *Art. 25*, in *Commentario del Codice Civile diretto da E. Gabrielli*, Torino, 2014, p. 247 s. Anche in giurisprudenza viene data analoga lettura alla previsione testuale di un controllo esterno per l'amministrazione delle fondazioni. Cfr. T.A.R. Lombardia, 23.6.2000, n. 4598, in Giust. civ., 2001, I, p. 279 con nota di BERLUCCHI.

⁵¹ G. NAPOLITANO, *I controlli amministrativi sulle fondazioni*, in Banca borsa, 2005, I, p. 288.

⁵² GALGANO, *Delle persone giuridiche*, *op. ult. cit.*, p. 341.

⁵³ L'art. 23, comma 4, c.c. prevede l'attribuzione anche all'Amministrazione competente del potere di sospensione dell'esecuzione delle deliberazioni dell'amministrazione delle associazioni nel caso di contrarietà a norme imperative, buon costume e ordine pubblico (cfr. anche l'art. 9 disp. att. c.c. che detta la disciplina di dettaglio). Esiste quindi una previsione normativa espressa di controllo pubblico (di tipo preventivo) sull'operato delle associazioni, ma non è rivolta all'organo gestorio, bensì a quello assembleare. La norma è stata ritenuta applicabile da una giurisprudenza risalente anche alle fondazioni (cfr. Cass., 19.10.1964, n. 2622 in Foro it., 1965, I, p. 666 ss.) ma la dottrina è unanimemente contraria (cfr. CAPOZZI, *I controlli*

L'assetto legislativo dei controlli gestori delle fondazioni non può tuttavia essere spiegato solamente per via della mancanza di un organismo assembleare. Così impostata la lettura delle due opzioni normative, le soluzioni del controllo affidato ad un soggetto terzo e di quello esercitato dall'assemblea sembrerebbero porsi sullo stesso livello, quasi fossero opzioni alternative, tecnicamente diverse ma idonee a svolgere la medesima funzione. Le due forme di controllo hanno invece natura e funzione diversa, anche e soprattutto alla luce della trasformazione del sistema di controllo pubblico sugli enti non lucrativi.

Come già evidenziato, gli interessi coinvolti nei controlli interni affidati all'assemblea sono inerenti alla tutela di interessi privati non alla protezione di interessi pubblici. La funzione di verifica è orientata ad un esito che ha significati diversi: l'attivazione di meccanismi di tutela dei diritti degli associati, da un lato, e la piena realizzazione dell'interesse pubblico dall'altro, declinato specificamente nello scopo di pubblica utilità scelto dal fondatore⁵⁴. Per di più, sebbene il controllo pubblico delle fondazioni sia di mera legittimità, anche rispetto all'attività gestoria, l'attivazione del meccanismo di controllo è doveroso per la Pubblica Amministrazione, mentre in presenza di un organo assembleare è rimesso alla scelta individuale degli associati, ai quali solamente spetta valutare se e quando esercitare ciò che per loro è un diritto soggettivo.

5. Serve a questo punto confrontarsi più da vicino con il testo normativo. L'art. 25 si compone di due parti. Il primo comma, dopo aver assegnato il potere di controllo e di vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni alla "autorità governativa"⁵⁵, declina l'esercizio di tale potere in tre direzioni: la nomina e sostituzione "*degli amministratori o dei rappresentanti*" della fondazione in caso di inattuazione delle disposizioni statutarie, l'annullamento "*con provvedimento definitivo*" delle deliberazioni illegittime assunte dall'organo amministrativo e il suo scioglimento⁵⁶, con eventuale nomina di un commissario straordinario, in caso di violazione delle regole statutarie o di iniziative incoerenti con lo scopo della fondazione. I successivi due commi contengono invece disposizioni consequenziali, rispettivamente, al potere di annullamento degli atti di amministrazione della fondazione (il secondo comma assicura la salvezza dei diritti acquistati dai terzi dall'esecuzione della deliberazione

amministrativi sulle persone giuridiche private, op. cit., p. 126 s.; GALGANO, *Delle persone giuridiche, op. ult. cit.*, p. 240, nota 3).

⁵⁴ COSTI, *Fondazione e impresa, op. cit.*, p. 14; TAMBURRINO, *Persone giuridiche. Associazioni non riconosciute, comitati*, Torino, 1997, p. 261; VITTORIA, *Gli enti del primo libro del Codice Civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in RESCIGNO (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, p. 69 ss.

⁵⁵ Nell'evoluzione delle competenze amministrative in materia di controlli sulle fondazioni, l'art. 5 del d.p.r. 361/2000 prevede che i relativi poteri siano esercitati "dalle prefetture ovvero dalle regioni o dalle province autonome competenti" per gli enti che operano nei settori attribuiti alla competenza regionale e le cui finalità statutarie si esauriscono all'interno del territorio di una sola regione.

⁵⁶ CAGNASSO, *I controlli sugli atti di straordinaria amministrazione delle persone giuridiche private*, in Supplemento a Vita notarile, 1982, p. 98.

poi annullata) e all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (il terzo comma precisa che l'azione possa essere esercitata "dal commissario straordinario, dai liquidatori o dai nuovi amministratori" previa autorizzazione dall'autorità competente).

Una prima riflessione va dedicata al riferimento testuale, accanto al controllo, all'attività di vigilanza. A prima lettura, il riferimento a queste due attività inclina a considerare che il contenuto dell'attività descritta dalla disposizione in esame sia duplice, e che oltre all'attività di controllo, l'Amministrazione Pubblica sia tenuta ad una seconda ed ulteriore attività di vigilanza. Considerazioni testuali e di sistema conducono invece a ritenere che la funzione di controllo e vigilanza sia riassumibile in ciò che sopra è stata individuata come nozione minima di controllo, e che pertanto il riferimento alla vigilanza non ampli il contenuto dell'attività descritta già con l'assegnazione del potere di controllo.

L'incapacità di ricavare dal sistema normativo una precisa definizione dell'istituto del controllo richiede all'interprete una certa dose di elasticità nel comporre, di volta in volta, il suo contenuto, non potendo confidare nell'univocità delle indicazioni testuali. Questa indicazione ermeneutica vale non solo nel senso di contestualizzare l'uso normativo partendo dal contenuto minimo della nozione di controllo, ma anche a considerare che il perimetro concettuale del controllo non è disegnato con nettezza. Quest'ultima considerazione torna utile proprio quando il testo normativo ponga a confronto concetti dotati di una certa dose di indeterminazione semantica, come accade proprio nel caso del controllo e della vigilanza, che tendono ad identificare rapporti giuridici, attività e funzioni assai simili. La dottrina che si è specificamente occupata dell'attività di vigilanza, con particolare riferimento a quella assegnata ad Amministrazioni Pubbliche, definisce la relativa attività in termini analoghi a quelli del controllo. Anche la vigilanza identifica una relazione tra due entità ove l'una è assoggettata all'attività di verifica di rispondenza a canoni da parte dell'altra, con la possibile adozione di iniziative conseguenti all'esito del giudizio di conformità; e anche in relazione ad essa viene registrato un uso normativo estremamente variegato, tale da rendere difficile l'assegnazione di un valore dogmatico all'istituto⁵⁷. L'affinità con il controllo ha indotto la dottrina maggioritaria a ricondurre la vigilanza ai controlli, in specie quelli di legittimità⁵⁸, accettando una contiguità di senso tra

⁵⁷ Si veda in particolare VALENTINI, *Vigilanza (dir. amm.)*, in Enc. Dir., XLVI, Milano, 1993, p. 702 ss.; GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 201. In generale sulla vigilanza attribuita ad enti pubblici cfr. ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico. Aspetti problematici e profili ricostruttivi*, Padova, 1984; STIPO, *Vigilanza e tutela (dir. amm.)*, in Enc. Giur. Treccani, XXXII, Roma, 1994, p. 6 ss.. Segnala l'insufficiente sforzo ricostruttivo dell'istituto della vigilanza AMOROSINO, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in BANI, GIUSTI (a cura di), *Vigilanze economiche. Le regole e gli effetti*, Padova, 2004, p. 41, anche in Riv. trim. dir. amm., 2004, p. 723 ss.

⁵⁸ STIPO, *Vigilanza e tutela (dir. amm.)*, op. cit., 2; VALENTINI, *Vigilanza (dir. amm.)*, op. cit., p. 705 e p. 708 s., ove in particolare si critica il tentativo (ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico. Aspetti problematici e profili ricostruttivi*, op. cit., passim e specialmente p. 108 ss.) di ritagliare un significato autonomo all'attività di vigilanza, riconducendo quest'ultima al controllo, sebbene non al mero controllo di legittimità. Con

controllo e vigilanza che si ritrova nelle oscillanti adozioni testuali delle rispettive disposizioni normative.

La vigilanza, come il controllo, individua un certo tipo di relazione caratterizzata da un certo grado di supremazia non identificabile in una fattispecie tipica, bensì in una connotazione asimmetrica tra controllate/vigilante e controllato/vigilato, a cui è associata una funzione di verifica e un potere di intervento che nel contesto che si tinge di pubblico interesse quando l'incaricato della funzione di controllo/vigilanza sia un ente pubblico⁵⁹.

La sostanziale contiguità giuridica tra vigilanza e controllo, quanto alla definizione della relazione descritta da questi due termini, non toglie che la radice semantica della vigilanza⁶⁰ spieghi il suo utilizzo normativo prevalentemente laddove serva enfatizzare una più generale funzione di sorveglianza che il vigilante eserciti nei confronti del vigilato, ossia quando la relazione sottostante si contraddistingua per una particolare intensità degli effetti giuridici del giudizio di conformità.

Quest'ultima considerazione ci riporta al contenuto e al senso dell'art. 25 c.c. Nello scenario storico in cui questa norma è stata redatta, la sottomissione delle fondazioni ad un potere pubblico invasivo ed esteso anche all'attività gestoria spiega la scelta dell'affiancamento testuale al controllo della vigilanza, la cui ricorrenza testuale non accresce tuttavia il significato complessivo dell'attività assegnata alle Amministrazioni competenti da questa previsione, come già rilevato. Del resto la rubrica dell'art. 25 fa riferimento al solo controllo, e non anche alla vigilanza, né nel testo della disposizione si rinvencono distinte attività riconducibili ora al controllo, ora alla vigilanza. In assenza quindi anche di una concreta utilità nel distinguere un'ipotetica attività di controllo da una di vigilanza, si rafforza l'idea che la disposizione in commento definisca un'attività unitaria descritta dall'endiadi "controllo-vigilanza", che al più testimonia l'idea del rapporto di sottomissione quasi gerarchica della fondazione all'Amministrazione statale nella precomprensione della relazione di controllo da parte del legislatore storico.

Tanto precisato, si può tornare all'esegesi del testo normativo. Il primo comma è quello che desta maggiore interesse nell'analisi della natura del controllo sull'amministrazione delle fondazioni. L'articolazione del testo non segue un'esposizione lineare: all'iniziale attribuzione del potere di controllo e vigilanza all'Autorità amministrativa, segue *de plano* l'articolazione di tre specifici poteri di intervento dell'autorità

riferimento ai controlli sulle attività economiche e sul mercato, nella stessa direzione BERTI, MARZONA, *Controlli amministrativi*, in Enc. Dir., III, Milano, 1999, p. 459.

⁵⁹ Non condivide l'identificazione della vigilanza nel controllo con riferimento particolare alla vigilanza sul mercato finanziario MONACI, *La struttura della vigilanza sul mercato finanziario*, Milano, 2007, p. 2 secondo il quale la vigilanza tende ad investire il complesso dell'attività del vigilato, a differenza del controllo che opera con riferimento ad atti o attività definite in modo puntuale. Tale differenziazione viene però ricondotta alla concessione del controllo di legittimità, ossia ad una ben precisa forma di controllo, in cui non si esaurisce ogni forma di controllo. Mantenendo una nozione più rarefatta di controllo, neutrale rispetto al suo oggetto e ai criteri di valutazione, anche questo Autore giunge a ricondurre la vigilanza al controllo.

⁶⁰ La *somni parcitas* come ricorda VALENTINI, *Vigilanza (dir. amm.)*, *op. cit.*, p. 703.

amministrativa, senza una facile chiave di lettura del coordinamento tra la previsione attributiva d'esordio e i tre poteri che seguono. Questi ultimi potrebbero essere teoricamente intesi come poteri ulteriori e diversi da quello di controllo e vigilanza in virtù dell'interpunzione che separa le due proposizioni normative. Sembra tuttavia più coerente con il significato complessivo del testo ritenere che l'attribuzione della competenza pubblica sul controllo e sulla vigilanza degli atti di amministrazione delle fondazioni venga declinato nei successivi specifici poteri di nomina, sostituzione, annullamento e scioglimento dell'organo amministrativo, i quali pertanto definiscono le tre ipotesi di controllo sull'amministrazione delle fondazioni in caso di esito negativo dello stesso intervento e i relativi conseguenti effetti⁶¹.

Ciò significa che la funzione di controllo ex art. 25 c.c. ha un perimetro ben definito, sia in termini di oggetto dell'attività di controllo sia rispetto alle sue conseguenze. Non si tratta dunque di una competenza di carattere generale, né di un potere connotato da significativa discrezionalità.

Poiché il testo normativo non definisce il contenuto del potere di controllo, limitandosi ad individuare il titolare pubblico di tale potere, la disposizione normativa lascia aperta la questione dell'individuazione dei parametri della verifica.

Vigente il regime originario di riconoscimento per gli enti senza scopo di lucro, la dottrina tendenzialmente considerava i controlli previsti all'art. 25 c.c. come controlli di merito⁶²; una ricaduta sull'amministrazione del patrimonio della fondazione dell'originaria scelta di politica legislativa di assoggettamento dell'esistenza (e quindi anche della persistenza) della fondazione al conseguimento di un interesse pubblico, consacrato nella formula dello scopo di pubblica utilità. Il d.p.r. n. 361/2000, nel riformare il regime dei controlli, ha modificato i parametri del solo controllo costitutivo, ridisegnando la dimensione e l'incidenza di quest'ultimo rispetto all'autonomia privata, che ha conquistato a sé il territorio prima presidiato dalla connotazione pubblica dello scopo⁶³. Nel far ciò, il d.p.r. n. 361/2000 ha abrogato fra gli altri l'art. 12 c.c., ma non anche l'art. 25 c.c., che è rimasto nella trama legislativa vigente pur es-

⁶¹ CAPOZZI, *I controlli amministrativi sulle persone giuridiche private*, op. cit., p. 127 ss. propone una distinzione di queste forme di controllo in due categorie: poteri repressivi con riferimento all'annullamento delle delibere dell'organo amministrativo (cui si collega anche la previsione del comma 3 riferita all'esercizio dell'azione di responsabilità) e di scioglimento e nomina di un commissario straordinario, e potere sostitutivo quando l'autorità competente intervenga a nominare o sostituire rappresentanti ed amministratori.

⁶² FERRARA SR., *Le persone giuridiche*, op. cit., 239; CAPOZZI, *I controlli sulle persone giuridiche private*, op. cit., p. 129. Contra però GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. ult. cit., p. 343.

⁶³ A proposito del dibattito sulla natura pubblica dello scopo delle fondazioni cfr. PREITE, *Lo scopo negli enti del primo libro del Codice Civile: nuovi sviluppi in dottrina e giurisprudenza*, in PONZANELLI (a cura di), *Gli enti «non profit» in Italia*, Padova, 1994, p. 285 s.; Scalisi, *Lo scopo della fondazione. Le fondazioni di famiglia. Impresa di fondazione e fondazioni d'impresa*, in *Casi e questioni di diritto privato*, diretto da BESSONE, Milano, I, 1993, p. 462 ss.; ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, op. cit., p. 45 ss.; VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione: evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, p. 301 ss. A prescindere dalla natura pubblica o privata dello scopo, evidenzia l'essenzialità causale al tipo fondazionale della definizione di uno scopo eterodestinato cfr. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, op. cit., p. 101 ss.

sendo mutata significativamente l'originaria impronta disciplinare. Orfani del sistema concessorio di origine, funzione e "senso" della disciplina dei controlli amministrativi nelle fondazioni debbono essere pertanto ricalibrati.

Si riesce a cogliere appieno la necessità di un ripensamento riprendendo il confronto tra i sistemi di controllo gestorio (interno e privato) delle associazioni e (esterno e pubblico) delle fondazioni. I controlli dell'assemblea di un ente a base associativa sono tesi alla tutela degli interessi espressi dalla collettività dell'organismo rappresentativo degli associati; sono a pieno titolo controlli di diritto privato. Diversamente, i controlli effettuati dalle Prefetture o dalle Regioni sull'attività delle fondazioni sono volti alla verifica della sua omogeneità con gli interessi (pubblici) che questi organi sono chiamati a tutelare e che sono diversi dagli interessi (privati) del ceto degli associati. Si tratta quindi di controlli pubblici.

La diversità dei due sistemi si riflette nell'eterogeneità del loro oggetto e delle conseguenze giuridiche ad esso connesse. L'assemblea, nell'esercitare il controllo sull'organo amministrativo dell'associazione, può giungere a fissare direttive di carattere generale o particolare a cui l'organo amministrativo deve attenersi e può condurre alla revoca o sostituzione di alcuni o tutti gli amministratori qualora le decisioni di questi ultimi si disallineino dalle previsioni statutarie o dalle stesse direttive dell'assemblea. Ciò non può accadere oggi nel caso dei controlli gestori nelle fondazioni, non solo – e non tanto – perché un simile esito del controllo non è previsto testualmente, ma soprattutto perché non è coerente con la natura dei controlli di legittimità introdotti dalla riforma del 2000⁶⁴. Anche il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni può condurre alla revoca o sostituzione degli amministratori, ma le ragioni sono riferite all'inattuazione delle "disposizioni contenute nell'atto di fondazione" e solo a quelle⁶⁵. L'intensità del controllo è quindi maggiore nel caso dei controlli interni dell'assemblea rispetto a quelli attribuiti alla Pub-

⁶⁴ In tal senso si leggano le osservazioni di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, rist. agg., Milano, 1990, p. 321 ancor più pregnanti dopo la riforma del sistema dei controlli. Nella medesima direzione in giurisprudenza cfr. T.A.R. Calabria, 29.3.2011, n. 416 in banca dati online DeJure ove si afferma che "il controllo esercitato dall'Amministrazione sulle fondazioni non conferisce all'Autorità vigilante poteri d'indirizzo, oppure poteri che consentano l'imposizione all'ente di modalità organizzative diverse da quelle prescelte, ma può soltanto consentire di riportare le circostanze concrete entro le previsioni di legge, qualora si verifichi una delle situazioni previste dall'art. 25"

⁶⁵ Per altro verso, all'esito del controllo ex art. 25 c.c. l'autorità competente può provvedere direttamente all'annullamento degli atti dell'amministrazione della fondazione qualora siano contrari "a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico e al buon costume", e quindi nell'esercizio di un potere che nel caso delle associazioni (come per le società) è riservato all'autorità giudiziaria e solo in caso di conflitto tra "parti" in contrasto, ossia tra l'assemblea e l'organo amministrativo. Significativo in tal senso Cons. St., 19.4.1974, n. 291 in banca dati online DeJure ove si legge "L'intervento dell'autorità governativa nella gestione dell'amministrazione di una fondazione ha finalità e portata diverse, più estese e penetranti rispetto ai provvedimenti adottati dall'autorità giudiziaria ordinaria, essendo preordinato a normalizzare compiutamente, con i poteri che la legge attribuisce all'autorità amministrativa, la situazione dell'ente, al di fuori delle contrapposizioni di parti in contrasto". In senso sostanzialmente conforme T.A.R. Lombardia, Milano, 23.6.2000, n. 4598 in banca dati online DeJure.

blica Amministrazione dall'art. 25 c.c. Il mutamento sostanziale del sistema di controlli sulle fondazioni ha infatti relegato il controllo-vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni alle sole ipotesi di illegittimità formale ed ha accentuato l'eterogeneità dei due sistemi di controllo.

Viene allora da chiedersi se questa eterogeneità implichi la reciproca incompatibilità dei due sistemi di controllo, o invece ne consenta la coesistenza in ragione della loro collocazione su piani non collidenti. Quest'ultima ipotesi è quella che si sta facendo largo nella prassi, anche in ragione dell'inesistenza di divieti espressi per le fondazioni di dotarsi di un sistema di controllo interno di natura privata, ulteriore e diverso da quello che l'art. 25 c.c. assegna alla Pubblica Amministrazione.

L'istituzione di fondazioni in cui è statutariamente previsto un organo rappresentativo degli interessi dei fondatori o "promotori" assimilabile in un certo senso all'assemblea degli associati, segnala l'effettiva possibilità di una convivenza tra sistema privato e pubblico di controllo gestorio. Non vi è dubbio che l'art. 25 c.c. si applichi anche a queste fondazioni, poiché il suo ambito soggettivo di applicazione non conosce limitazioni "tipologiche", prescinde dalla specifica struttura organizzativa che il fondatore abbia conferito all'ente. Al controllo pubblico di legittimità, allora, si può affiancare un controllo interno esercitato in seno all'organo rappresentativo. E non serve ipotizzare un'applicazione estensiva o analogica della disciplina contenuta negli artt. 20-23 c.c.⁶⁶; il fondamento della creazione di un sistema interno di controllo nelle fondazioni sta nell'autonomia statutaria del fondatore, in assenza per l'appunto di un limite legale⁶⁷.

Sciogliendo il dubbio posto poc'anzi, allora, la diversità di natura e di funzione tra i due controlli e la forza irriducibile dell'autonomia statutaria rende gli stessi compatibili purché naturalmente diretti ad assicurare funzioni diverse e a proteggere interessi eterogenei⁶⁸.

⁶⁶ Non vi è dubbio, però, che il ridimensionamento della discrasia tra associazione e fondazione aiuti a maturare la consapevolezza di una possibile convivenza tra un modello di controllo pubblico definito *ex lege* e un controllo privato istituito per libera iniziativa del fondatore. La letteratura civilistica non è stata pronta ad acquisire sino in fondo le trasformazioni normative e di contesto istituzionale a livello di definizione delle possibili configurazioni dei controlli gestori delle fondazioni. Il potere suggestivo dell'alternativa radicale tra associazioni e fondazioni ha alimentato l'immagine della fondazione quale strumento di segregazione patrimoniale necessariamente bilanciato da un controllo pubblico, sopravvissuta in dottrina anche dopo l'abrogazione del sistema dei controlli di merito. Alcuni autori, tuttavia, avevano proposto sin dalla fine degli anni '80 del secolo scorso una radicale riconsiderazione dei presupposti concettuali su cui si basava la rappresentazione tradizionale della natura della fondazione, enfatizzando – pur con diversi accenti – la rottura del nesso tra controlli pubblici e ingerenza nelle vicende fondazionali. Il riferimento va principalmente al già citato lavoro di ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie, op. cit., passim*.

⁶⁷ Come già notato, il potere di controllo è insito nel rapporto tra organo rappresentativo degli interessi degli «associati» in senso lato e organo amministrativo del medesimo ente, e quindi sembra una naturale conseguenza di strutture organizzative come quelle delle fondazioni di partecipazione o di comunità l'affiancamento di un controllo interno (privato) al controllo pubblico dell'art. 25 c.c.

⁶⁸ Sarebbe arduo ipotizzare in via ermeneutica che la *ratio* dell'art. 25 c.c. debba essere intesa nel senso che la verifica di compatibilità in essa prevista è esclusa in presenza di un organismo equiparabile all'assemblea

La direttrice del cambiamento di prospettiva è dunque l'apertura all'autonomia privata, che ridefinisce l'equilibrio tra interesse privato e interesse pubblico nella regolazione delle vicende della fondazione. Venuto meno il controllo pubblico di tipo conformativo, è corrispondentemente mutato il rapporto tra autonomia privata e controllo pubblico a vantaggio della prima, affievolendo l'immagine della fondazione come ente para-pubblico o a legittimità vigilata⁶⁹.

Può forse tornare attuale la critica mossa già tempo addietro al vigente sistema dei controlli gestori delle fondazioni⁷⁰. La critica coglie nel segno non tanto rispetto alla scelta in sé di affidare la funzione di controllo ad un soggetto esterno, che non può essere evitata qualora non vi fosse un'alternativa organica interna, ma per aver lasciato immutata la scelta di un controllo pubblico (diverso da quello giudiziario). Il perdurare di un controllo affidato alla Pubblica Amministrazione protrae l'idea della pubblica utilità dello scopo della fondazione che non rappresenta più il contenuto necessario degli statuti di fondazione.

6. Un segnale di consapevolezza da parte del legislatore della necessità di superare definitivamente il sistema pubblico dei controlli gestori sulle fondazioni proviene dal Codice del Terzo Settore. Nelle disposizioni dedicate ad associazioni e fondazioni quali Enti del Terzo Settore (ETS)⁷¹, il potere di controllo è attribuito ad un organo privato, non ad una Pubblica Amministrazione. L'art. 30 prevede, infatti, che il controllo sulle fondazioni ETS sia affidato ad un organo di controllo privato,

associativa, così come lo sarebbe ipotizzare – all'inverso – che un organo rappresentativo degli interessi privati dei fondatori o promotori non possa essere destinatario di una funzione statutaria di controllo gestorio. Ipotizzava l'istituzione di un organismo simile all'assemblea delle associazioni nelle schede fondazionali RESCIGNO, *Fondazione (dir. civ.)*, in Enc. del dir., XVII, Milano, 1968, p. 790 ss., anche in Id., *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, 37 ss.

⁶⁹ In generale sull'evoluzione giurisprudenziale cfr. DOMENICHINI, PRATELLI, *Rassegna di giurisprudenza. Fusioni, scissioni e trasformazioni*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 559 ss. a cui si rinvia per la rassegna giurisprudenziale.

⁷⁰ PREDIERI, *Proposte per una nuova disciplina legislativa delle fondazioni e degli istituti privati di cultura in Italia*, in AA.VV., *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali*, Roma, 1967, p. 154.

⁷¹ Il Codice del Terzo Settore ha mantenuto le distinzioni tra le forme organizzative preesistenti degli enti non lucrativi, ciò che rappresenterebbe secondo alcuni uno dei suoi limiti principali, cfr. BORZAGA, *Opportunità e limiti della riforma del terzo settore*, in FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale: una introduzione*, Napoli, 2018, p. 63. Il Titolo IV del Codice del Terzo Settore, che si occupa di enti del terzo settore con forma di associazioni e fondazioni, ha di fatto esteso la disciplina prevista per gli enti societari alle associazioni e fondazioni enti del terzo settore. Ciò che non sorprende per le associazioni, perché è un'estensione già ammessa tradizionalmente trattandosi di modelli di enti associativi, ma è un inedito per le fondazioni (così, SAMA, *Dalla legge di riforma al "Codice del terzo settore": alcuni profili introduttivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 2083 ss.). Su questi temi cfr. anche MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, p. 29 ss.; E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2018, p. 708 ss. Per una considerazione sul posizionamento di associazioni e fondazioni su un medesimo livello rispetto alla scelta individuale della forma soggettiva dell'ente del terzo settore vedi anche LIPARI, *Il ruolo del terzo settore nella crisi dello Stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 637.

esplicitamente sagomato sul modello del collegio sindacale delle società per azioni⁷² e al quale è assegnata una competenza ampia. I commi 6 e 7 assegnano infatti all'organo di controllo sia compiti di carattere generale (vigilanza sul rispetto della legge, dello statuto e del rispetto dei principi di corretta amministrazione), sia altri più specifici, come nel caso della verifica di “*adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile*” nonché del “*concreto funzionamento*” dell'ente (comma 6), o del “*monitoraggio dell'osservanza delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale*” (comma 7).

Il legislatore del 2017 ha così ritenuto coerente con la natura della fondazione la creazione di un organo di controllo interno, non pubblico, a presidio del rispetto non solo della legittimità delle decisioni dell'organo amministrativo, ma anche più in generale della correttezza dell'operato dell'ente. La molteplicità dei profili del potere di controllo affidati all'organo entrano così nel merito della conduzione dell'attività dell'ente, ma senza replicare la configurazione storica del controllo gestorio affidato ad un ante pubblico.

La lettura sinottica dell'art. 30, commi 6 e 7, del Codice del Terzo Settore e dell'art. 25 c.c., nella prospettiva di quanto rilevato in merito alla natura dei controlli sull'amministrazione delle fondazioni, evidenzia la significativa differenza di approccio. Da un lato, il controllo descritto all'art. 25 c.c. deve restare confinato nei termini di una verifica di stretta legittimità, senza scendere – neppure indirettamente – in una valutazione di merito. La giurisprudenza amministrativa ha sostenuto con un certa nettezza questa connotazione funzionale dei controlli gestori delle fondazioni descritta dal Codice Civile⁷³. I controlli sulle fondazioni del terzo settore, invece, si estendono alla “*adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile*” e al “*suo corretto funzionamento*”, ciò che comporta inevitabilmente per l'organo di controllo di non arrestarsi alla verifica del rispetto delle regole legali e statutarie, ma di spingersi a valutare l'amministrazione dell'ente secondo criteri di buona amministrazione, opportunità e convenienza. L'adeguatezza degli assetti gestori e il loro corretto funzionamento sono apprezzabili sul piano di una valutazione

⁷² Il comma 5 richiama espressamente gli artt. 2397 e 2399 c.c. quanto alle caratteristiche soggettive dei componenti dell'organo di controllo.

⁷³ Cfr. la già citata decisione del T.A.R. Calabria, 29.3.2011, n. 416 e nello stesso senso più di recente Trib. Napoli, 5.2.2018, in *Giur. comm.*, 2018, 6, II, p. 1049. Ammette una valutazione di merito sull'operato degli amministratori della fondazione, ma per approdare ad un controllo di legittimità sulle loro scelte gestorie GALGANO, *Delle persone giuridiche, op. ult. cit.*, 394. la giurisprudenza ordinaria registra recenti orientamenti di merito che aprono espressamente alla possibilità di un controllo dell'autorità giudiziaria ordinaria qualora si verifichi la lesione di un diritto soggettivo. Così espressamente la sentenza del Tribunale di Napoli citata nella nota precedente in distonia con quanto deciso in passato da altre corti di merito, in particolare da Trib. Salerno, 27.1.1999 da cui è originato il contributo di DE GIORGI, *Il controllo sull'amministrazione delle fondazioni, op. cit.*, p. 786 ss. Ha preso espressamente posizione in tal senso BASILE, *Le persone giuridiche, op. cit.*, p. 209.

in concreto dell'esercizio dell'attività amministrativa rispetto a parametri di sostanziale convenienza⁷⁴.

Il cambiamento di direzione del legislatore del 2017, che ha optato per un controllo interno e di merito anche per le fondazioni ETS, è sintomatico del percorso di allontanamento dal modello storico dei controlli gestori delle fondazioni nel Codice Civile. Proprio laddove il legislatore ha percepito l'importanza di un controllo pervasivo sull'operato della fondazione che ambisca ad essere iscritta come ETS, ha scelto di non accontentarsi del controllo di legittimità dell'art. 25 c.c. ed ha istituito un controllo interno, ritenuto adeguato e compatibile con l'esercizio di un controllo sull'amministrazione di fondazioni certamente non individualistiche quanto allo scopo e all'attività. Proprio la connotazione pubblicistica dei caratteri che tutti gli ETS debbono possedere ex art. 4 del Codice del Terzo Settore quanto a finalità istituzionali ("civiche, solidaristiche e di utilità sociale") ed attività ("di interesse generale") che devono essere svolte, non ha condotto ad un ritorno al passato e quindi all'attribuzione di nuovi e più intensi poteri di controllo alla Pubblica Amministrazione, ma ha richiesto la specifica previsione statutaria di un organismo di controllo assimilabile al collegio sindacale nelle società di capitali. L'art. 30 del Codice del Terzo Settore conferma quindi la compatibilità di una previsione statutaria di un meccanismo interno di controllo sull'operato dell'organo amministrativo con la previsione dei controlli (pubblici e di legittimità) dell'art. 25 c.c.

7. Le indicazioni che giungono dalla fenomenologia pratica e dalle più recenti iniziative legislative muovono ad una riconsiderazione complessiva della disciplina dei controlli gestori e, più in generale, della natura delle fondazioni.

Dall'originaria concezione di "*figura, formalmente, di diritto privato, e, sostanzialmente, di diritto pubblico*"⁷⁵, la fondazione ha visto allargare progressivamente l'incidenza dell'autonomia privata nella definizione della sua struttura organizzativa. Il ridimensionamento dell'intensità dei controlli pubblici ancora presenti nell'articolato normativo, esorta a rileggere la disciplina sulle fondazioni enfatizzando la semplicità dell'articolato normativo non in termini di povertà, ma come una risorsa per consentire all'autonomia privata di andare al di là dell'icona della fondazione di erogazione.

Lo spostamento del crinale tra autonomia privata e governo pubblico in favore della prima non è rallentato dalla permanenza dell'art. 25 c.c. una volta compresa appieno la metamorfosi dei controlli pubblici a seguito della riforma del 2000, anche alla luce della previsione testuale per le fondazioni ETS di un organo interno con funzioni di più intenso e pervasivo controllo, che non ha sostituito quello pubblico, ma ha trovato *oltre* ad esso lo spazio per la sua collocazione. Uno spazio che

⁷⁴ Del resto, proprio per assecondare l'effettività di controlli di questa natura che il comma 8 dell'art. 30 del Codice del Terzo Settore attribuisce poteri di ispezione e diritti di informazione che sono sconosciuti al sistema pubblico del controllo delle fondazioni ai sensi dell'art. 25 c.c. e del d.p.r. n. 361/2000.

⁷⁵ PONZANELLI, *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, op. cit., p. 420.

ben può essere trovato, anche al di là delle fondazioni ETS e delle loro specificità disciplinari, proprio per il tramite dell'autonomia statutaria.

Indubbiamente, in una prospettiva *de iure condendo*, è facile transitare dall'osservazione della compatibilità dell'art. 25 c.c. con sistemi di controllo interni affidati alla creatività dell'autonomia privata ad una valutazione di inattualità teorica e pratica del meccanismo normativo. Si è detto che la nozione minima di controllo consiste nel procedimento bifasico di verifica e giudizio di conformità orientato all'attivazione di conseguenze giuridiche in caso di rispondenza negativa allo standard di riferimento, e che così configurato il controllo si attaglia sia alle ipotesi normative di controllo pubblico sia a quelle di controllo privato. Non esiste una differenza genetica tra le due forme di controllo (pubblico e privato) tale da ritenere che le funzioni di controllo oggi assegnate dall'art. 25 c.c. alla competenza di un ente pubblico non possano essere legislativamente riassegnate ad un organo interno alla fondazione medesima; l'art. 30 del Codice del Terzo Settore lo dimostra chiaramente.

Le sollecitazioni ad un ripensamento in tale direzione del sistema normativo dei controlli gestori delle fondazioni sono plurime. In primo luogo, la soluzione vigente affatica inutilmente la macchina amministrativa pubblica assegnando compiti officiosi di monitoraggio dell'attività degli amministratori che ben potrebbero essere svolti da organismi interni allo stesso ente. Se i controlli pubblici in sede di riconoscimento si giustificano rispetto all'attribuzione della personalità giuridica e del beneficio dell'autonomia patrimoniale perfetta, non si scorgono ragioni altrettanto rilevanti per mantenere un controllo pubblico sull'amministrazione delle fondazioni, anche considerando che l'evoluzione normativa del sistema dei controlli ha progressivamente svuotato di contenuto (e di significato) i controlli previsti dall'art. 25 c.c.

Inoltre, la rigidità delle fattispecie descritte dall'art. 25 c.c. e il loro ridimensionamento dopo la riforma del 2000, ha reso il sistema vigente inadeguato a svolgere un'efficace funzione di controllo. L'autonomia statutaria può invece predisporre sistemi di controllo più efficaci e, soprattutto, costruiti su misura per definire i livelli di tutela più adeguati agli interessi che di volta in volta il fondatore intende perseguire con l'istituzione dell'ente.

Una recente iniziativa legislativa merita di essere considerata proprio in questa prospettiva. Il Governo, nell'elaborare un disegno di legge per l'ammodernamento del Codice Civile, ha focalizzato la sua attenzione anche sull'attuale disciplina degli enti non lucrativi⁷⁶. Scopo dichiarato nella relazione di accompagnamento al disegno di legge è l'inserimento di previsioni riguardanti profili disciplinari che non

⁷⁶ Disegno di legge n. 1151 presentato al Senato con comunicato alla Presidenza in data 19 marzo 2019. L'articolo unico del disegno di legge, alla lettera a), prevede testualmente che il Governo sia delegato, per mezzo di decretazione legislativa, a "integrare la disciplina delle associazioni e fondazioni, ad esclusione delle fondazioni di origine bancaria, con i necessari coordinamenti con la disciplina del terzo settore e nel rispetto della libertà associativa, con particolare riferimento alle procedure per il riconoscimento, ai limiti allo svolgimento di attività lucrative e alle procedure di liquidazione degli enti". Tra i primi commenti al disegno

sono più, o non sono mai stati, disciplinati nel Codice, quali le procedure di riconoscimento, la definizione dei confini entro i quali è consentito lo svolgimento di attività lucrative e la disciplina sulla liquidazione del patrimonio degli enti. Di particolare interesse è l'esplicito invito a definire questi interventi nel rispetto di due direttrici: il coordinamento con la disciplina del terzo settore, definito testualmente "necessario", e il rispetto della libertà associativa. Questa duplice indicazione, se letta con riferimento specifico alle fondazioni, individua un potenziale cambio di registro significativo del legislatore nella definizione del trattamento normativo riservato a questo ente, in sintonia con gli indici evolutivi sin qui considerati.

Due osservazioni preliminari sono utili per comprendere appieno la proposta legislativa in commento. Una prima notazione va alla scelta di formulare il disegno di legge con riferimento indistinto alle associazioni e fondazioni (con la sola espresa esclusione delle fondazioni bancarie). Pur non potendo escludersi che in concreto il legislatore delegato possa decidere di elaborare regole diverse per associazioni e fondazioni, è indicativo che l'individuazione delle aree di riforma avvenga con riferimento ad ambo le tipologie di enti, assieme considerate. Fondazioni e associazioni paiono disporsi nel testo di riforma come formazioni soggettive generali di riferimento per l'universo del non profit; per entrambi gli enti viene chiesto lo stesso genere di interventi riformatori, accentuando in tal modo la convergenza tra i rispettivi modelli, che evidentemente esprimono agli occhi del legislatore le medesime esigenze di ammodernamento.

Quest'ultima considerazione acquista particolare interesse con riferimento alla libertà associativa. Essa non viene ricondotta e riservata alla sola riforma delle associazioni, bensì indifferentemente ad associazioni e fondazioni. La libertà associativa assume qui il ruolo di principio generale della regolazione degli enti non lucrativi del Codice Civile e come tale, pur trovando sua naturale collocazione nella disciplina dell'associazione, ne implica l'operatività anche nei confronti delle fondazioni. Diversamente opinando, e riferendo cioè alle sole associazioni il richiamo alla libertà associativa, se ne svuoterebbe il significato. La libertà associativa è infatti un connotato pacifico del modello associativo, è un portato essenziale della sua disciplina, e quindi non avrebbe senso ribadire in sede riformatrice l'operatività di questo principio in relazione alle (sole) associazioni. Invece il riferimento al rispetto di questa libertà in sede di riforma complessiva della disciplina di associazioni e fondazioni ne

di legge cfr. BALESTRA, CUFFARO, SCOGNAMIGLIO, VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 589 ss.

Giova ricordare che già la l. delega 6.6.2016, n. 106 (Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale) prevedeva all'art. 3 la "Revisione del titolo II del libro primo del Codice Civile", con un oggetto in parte sovrapposto ed in parte eccedente quello del d.d.l. 1151-2019. Sul contenuto dell'art. 3 citato e sulle relative prospettive di revisione del Codice Civile, poi rimaste inattuato, cfr. DE GIORGI, *Terzo settore. Verso la riforma*, in *Studium iuris*, 2016, p. 1448 s.

amplia la portata, conducendo anche sul piano normativo il processo di affrancamento delle fondazioni dall'irriducibile alternatività con le associazioni⁷⁷.

E così il riconoscimento dell'operatività della libertà associativa a prescindere dall'archetipo soggettivo manifesta la presa di coscienza della compatibilità tra schema fondazionale e predisposizione di meccanismi rappresentativi di interessi privati nella sua organizzazione. Il diritto di associarsi liberamente assicurato dall'art. 18 della Costituzione trova così applicazione anche in quella formazione sociale chiamata fondazione, garantendo che la revisione legislativa contempra la possibilità anche per le fondazioni di prevedere un momento associativo nella loro organizzazione; ciò che appare – per le ragioni anzidette – del tutto coerente già con l'attuale assetto normativo⁷⁸.

Il riferimento della libertà associativa anche alla fondazione, indica inoltre possibili percorsi interessanti al legislatore quanto all'oggetto dell'intervento e alla concreta declinazione della revisione legislativa. Si apre invero la possibilità che nella disciplina dei controlli costitutivi della fondazione, così come nella definizione dei confini di svolgimento dell'attività economica dell'ente e nella definizione delle sorti del patrimonio della fondazione dopo la sua estinzione, possa essere concesso spazio all'autonomia privata. Un'occasione, quindi, per legittimare sul piano normativo quanto già oggi appare ammissibile sul piano dell'applicazione dei principi in tema di autonomia privata e che la prassi sta assecondando.

È appunto "integrazione" ciò che il disegno di legge indica con riferimento all'attività che il legislatore delegato sarà chiamato a svolgere. Non viene auspicata una modifica delle regole esistenti nel Codice Civile nelle materia oggetto di riforma, ma si chiede di arricchire il testo normativo nella duplice direzione del coordinamento con il Codice del Terzo Settore, in parziale risposta alle critiche di opacità sistemica mosse a quest'ultimo proprio con riferimento alla disciplina degli enti non lucrativi del libro primo del Codice, e – appunto - del rispetto della libertà associativa⁷⁹.

La riforma delineata potrà ricondurre il Codice Civile a quella sua originaria centralità nella regolazione delle vicende degli enti non lucrativi per eccellenza, spogliata dapprima con la collocazione nel d.p.r. n. 361/2000 della disciplina dei rapporti con l'autorità di controllo, e poi incisa anche dalla riforma del terzo settore che ha generato un codice a sé stante dedicato agli enti no profit, a cui ha dedicato una disciplina autonoma. La ricalibratura del baricentro disciplinare degli enti no profit nel Codice Civile si prospetta però in un'ottica completamente nuova rispetto al

⁷⁷ Per la stessa ragione non sembra potersi ridurre il significato del richiamo alla libertà associativa alla libertà di scelta del tipo soggettivo da parte dei fondatori. Anche in tal senso la menzione della libertà associativa non avrebbe un significato rilevante, essendo già ben acquisito questo profilo di libertà nel testo normativo vigente.

⁷⁸ Non sembra di secondaria importanza notare che la prospettata revisione costituisce, nella scelta del testo del disegno di legge, un'integrazione della disciplina vigente ("*...integrare la disciplina delle associazioni e fondazioni...*"), non una sua revisione.

⁷⁹ Sul punto, ai contributi già sopra citati, cfr. ALPA, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2017, p. 418 ss.

disegno normativo del 1942. Non più due enti contrapposti di cui uno, la fondazione, avvinto ad un modello legale fisso ed insuperabile, asservito ad un penetrante sistema di controlli pubblici, e l'altro, l'associazione, più duttile e favorito da una disciplina che contempla ampi margini di operatività dell'autonomia statutaria; bensì due articolazioni soggettive di ente non lucrativo, che conservano beninteso tratti distintivi, ma senza antinomie e reciproche esclusioni sul piano delle soluzioni operative, regolamentari e gestionali. L'auspicabile arricchimento normativo con espressa previsione di spazi di autonomia anche per la fondazione potrà agevolare il superamento del sistema pubblico dei controlli gestori, o quantomeno dissipare ogni dubbio sulla possibilità per le schede fondazionali di contemplare forme di controllo interno che si affianchino, senza contrapporsi, ai controlli pubblici sull'amministrazione delle fondazioni.

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2020	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2020	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/5214220, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. - Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA



CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione

Via D. Nicolai 39

70122 Bari

Tel. 080 5214220

Fax 080 5234777

info@cacucci.it

www.cacuccieditore.it

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175



ISBN 978-88-6611-897-8



9 788866 118978

€ 38,00