

Dottrina e attualità giuridiche

Le fondazioni di partecipazione

a cura di Gianluca Sicchiero*

Presentazione, Gianluca Sicchiero

Le parole delle fondazioni di partecipazione, Angelo Di Sapia

Le fondazioni di partecipazione nel prisma della comparazione, Michele Graziadei

Norme del CTS applicabili a tutte le fondazioni di partecipazione, Giovanni Posio

Lo scopo delle fondazioni, Gianluca Sicchiero

Organi delle fondazioni di partecipazione, Andrea Fusaro

Il trattamento fiscale delle fondazioni di partecipazione, Loris Tosi, Ernesto-Marco Bagarotto

Fondazioni di partecipazione: fase estintiva ed operazioni straordinarie, Aldo Laudonio

Presentazione

Gianluca Sicchiero

Le fondazioni di partecipazione sono più praticate che studiate.

Nascono alla fine del secolo scorso dalla trasformazione degli enti lirici e dalla disciplina delle fondazioni bancaria, dunque in settori specifici¹, ma hanno attratto rapidamente gli interessi dei pratici, tanto che alla fine del 2006 il notaio Enrico Bellezza scriveva di averne “studiate e realizzate oltre 550 in questi dieci anni”²; numero particolarmente significativo se si considera che, all’inizio degli anni ’90, si calcolava che le fondazioni ammontassero a circa un migliaio in tutta Italia³.

La particolarità di queste fondazioni è data dalla previsione di organi partecipativi, di cui non è possibile indicare la presenza necessaria proprio perché si tratta di modificazioni, nate dalla pratica, della tradizionale fondazione.

L’esame tutto empirico di questa nuova figura fa emergere fondazioni munite di assemblea, di organi dominanti ed altri ancora (“soci” sostenitori, probiviri, revisori conta-

bili, “consigli di indirizzo” ecc.), tipici degli enti associativi e cui si attribuiscono funzioni deliberative.

Si discute se si tratti quindi di un ibrido tra fondazione ed associazione⁴, di “un ente fondazionale nato dall’interpretazione degli artt. 12 e 1332 c.c., combinati con l’art. 45 della costituzione”⁵ o di un’amministrazione di interessi non individuali, in quanto “espressione di autonomia non privata, ma collettiva o sociale”⁶.

La giurisprudenza civile non le conosce: ad oggi è nota infatti solo una sentenza di merito⁷, che ha ritenuto (correttamente) applicabile anche a questa ipotesi, il diritto di recesso previsto dall’art. 24 c.c. per le associazioni. Altra giurisprudenza è prevalentemente contabile, riguardando gli impegni di spesa degli enti pubblici che partecipino alle fondazioni oppure del consiglio di Stato, inizialmente restio ad ammetterle⁸ ma ora a favore⁹.

La loro ammissibilità trova però oggi un’ulteriore conferma nel codice del terzo settore (D.Lgs. n. 117/2017), il cui

* I contributi sono stati sottoposti, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Si pensi anche alle fondazioni che gestiscono le casse previdenziali dei professionisti, che hanno natura pubblica sebbene veste privata e che sono munite di consigli di amministrazione.

² Bellezza, *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità*, in AA.VV., *Fondazioni di partecipazione*, Milano, 2007, 10.

³ Cassese, *Le persone giuridiche e lo Stato*, in *Contratto e Impresa*, 1993, 2.

⁴ Secondo altra definizione si tratterebbe di “una struttura organizzativa metaindividuale a rilievo reale, connotata da tratti morfologici ricorrenti, ed in quanto tali ritenuti identificanti, ma priva di un referente normativo dedicato e puntuale”: Maltoni, *le fondazioni di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Quaderni della fondazione italiana del notariato*, s.d., 1 (leggibile in *elibrary.fondazione-notariato.it*), che riproduce l’articolo omonimo che compare in *Fondazioni di partecipazione*, cit., 25 e segg.

⁵ Propersi-Rossi, *Gli enti non profit*, Milano, 2015, 103; fa riferimento all’art. 1332 c.c. anche Tamponi, *Persone giuridiche*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2018, 156.

⁶ Forte, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, in *Fondazioni*, a cura di Palma e Forte, Torino, 2008, 67 e segg., 78 e segg.; v. inoltre Ferrara, *Le fondazioni nel sistema europeo*, *ivi*, 83 e segg. per una panoramica comparata. Il fenomeno era stato anticipato peraltro da Cassese, cit., 11 a proposito di enti promossi dallo Stato, che costituivano “un ibrido” tra fondazioni ed associazioni (peraltro senza altre indicazioni).

⁷ Trib. Belluno, 15 febbraio 2018, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 1039.

⁸ Cons. di Stato, 22 novembre 1995, n. 2898/95, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1156 le riqualificava come associazioni.

⁹ Cons. di Stato, commiss. spec., 20 dicembre 2000, n. 288/00, in *Cons. Stato*, 2001, I, 490: l’“istituto della fondazione di partecipazione rinviene la propria disciplina nel disposto dell’art. 12 c.c. (ora art. 1, D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361), nella parte in cui affianca alle asso-

art. 24 prevede, nel comma 6, che “le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche alle fondazioni del Terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, in quanto compatibili ed ove non derogate dallo statuto”.

Si tratta comunque di un fenomeno che sembra diretto a soppiantare le fondazioni tradizionali e di cui va segnalata l'importanza anche economica: alla fondazione Milano Cortina 2026, ad es., è stato affidato il compito di gestire le olimpiadi invernali del 2026, comprese “tutte le attività

di gestione, organizzazione, promozione e comunicazione degli eventi sportivi e istituzionali” delle olimpiadi nonché “la vendita dei biglietti e di tutti i diritti di sfruttamento degli eventi sportivi ed olimpici in genere”.

Questo fenomeno imponente non ha disciplina al di fuori del codice civile e del d. lgs. n. 361/2000: un corpo regole che non sappiamo se sarà sufficiente ad affrontare tutti i problemi che le fondazioni di partecipazione portano con sé e cui sono dedicati gli interventi successivi.

Le parole delle fondazioni di partecipazione

Angelo Di Sapia

Le parole evocano molte più cose di quante ne dicano. Così accade pure per le parole che costellano i discorsi sulle fondazioni di partecipazione: appunto “fondazioni di partecipazione”, ma anche “ibrido” e “autonomia statutaria”. Nel discorso giuridico non ci possiamo liberare dalle parole, quel che conta è prendere consapevolezza di quante cose noi facciamo ed evochiamo con le parole e con il mosaico delle figure retoriche di cui sono tessere.

Le parole del discorso

Parole, parole, parole!, così rispose il principe Amleto al ciambellano Polonio che gli domandava cosa stesse leggendo di bello¹.

Il discorso giuridico si compone di parole e di silenzi. I testi giuridici, per riprendere l'indovinello veronese, di neri e di bianchi².

Il discorso sulle fondazioni di partecipazione è anch'esso costellato da parole, sullo sfondo di silenzi: i suoi testi da neri, sullo sfondo di bianchi. Mi occuperò qui delle parole, dei neri che presidiano l'argomento. Farò invece silenzio sui silenzi.

Concentrerò la mia attenzione essenzialmente su tre espressioni di largo impiego: “fondazioni di partecipazione”; “ibrido”; “autonomia statutaria”.

Le parole evocano molte più cose di quante (sembra che) ne dicano: il binomio “matri-monio” vs “patri-monio” è pa-

radigmatico³. Le parole, tutte le parole, prendono, mutano e perdono i loro sensi a seconda del contesto che abitano (una frase, un testo, una disciplina, una cultura)⁴ e queste riflessioni sono dunque dedicate a cosa facciamo con le parole quando discorriamo di “fondazioni di partecipazione”.

Chiarisco subito: l'uso del plurale, “fondazioni”, mi pare appropriato alla elasticità e duttilità dell'architettura fondazionale e alla eterogeneità e fluidità delle concrete fattispecie riscontrabili.

Le “fondazioni di partecipazione”

L'abbrivio è quasi obbligato: “fondazioni di partecipazione”.

L'espressione è di matrice dottrinale⁵. I testi di legge accennano e alludono alle “fondazioni di partecipazione”. Non ne danno alcuna nozione⁶. Ma soprattutto non offro-

ciazioni e alle fondazioni le “altre persone giuridiche private”, senza che sia quindi necessario definire una disciplina che contenga una commistione tra la normativa prescritta per le associazioni e quella prevista per le fondazioni, perché sarà quest'ultima a fornire le coordinate fondamentali ed uniche della fondazione di partecipazione”.

¹ W. Shakespeare, [1600-1601] *Amleto. Principe di Danimarca*, II.2: nell'edizione per i tipi dell'Einaudi, Torino, Teatro, 47, 1974, 681.

² Recita il testo diplomatico della corsiva vergata dall'ignoto copista tra la fine del VIII e l'inizio del IX secolo: “*se pareba boves alba pratalia araba et albo versorio teneba et negro semen seminaba*”.

³ Non sto delineando alcuna analogia tra i due termini. Per le donne il termine “*matri-monium*” è molto meno generoso di quanto possa sembrare: E. Beneviste, [1963] *L'espressione indoeuropea del 'matrimonio'*, in Id., [1969] *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, I, trad. it. M. Liborio, Torino, 1976, 183. E non va certo meglio con il termine “consorte”, su cui si sofferma U. Morera, *Diritto commerciale e longevità delle parole*, in Id., G. Olivieri e M. Stella Richter jr., *La rilevanza del tempo nel diritto commerciale*, Milano, 2000, 147, 149 e 152, termine che, per giunta, inciampa in quel *consortium* di cui narra un celebre passo di Modestino rispolverato a inizio Novecento.

⁴ P. Ricoeur, [1975] *La metafora viva*, trad. it. G. Grampa, Milano, 1986, 147, 171 e segg.: la definizione della parola appare “all'incrocio di parole e lingue”. Il poeta osserva prospetticamente la parola “cane”: J.L. Borges, [1942-44] *Funes, l'uomo della memoria*, ora in Id., *Finzioni*, a cura di A. Melis, Milano, 2003, 93, 102 e seg. Il comparatista ci ricorda che “la lingua dà lo stesso nome a un dromedario vero e vivo, a un dromedario estinto nel passato, a un dromedario visto in sogno”: R. Sacco, *La parte generale del diritto civile*, I, *Il fatto, l'atto, il negozio*, nel *Trattato di diritto civile* diretto dal medesimo A., Torino, 2005, 389 e seg.

⁵ Si è soliti riconoscerne la paternità al notaio Enrico Bellezza, che ricorda la prima fondazione con questa denominazione, la “Pier Lombardo” di Milano costituita nel 1996: v. ne *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità*, in Fondazione Italiana per il Notariato (cur.), *Fondazioni di partecipazione*, Milano, s.d, ma 2007, 8, *Ci sono tre criticità principali*, nel *Giornale delle fondazioni*, 4 maggio 2011 e, con F. Florian, *Il modello delle cattedrali*, Firenze, 2001, 23 e 187.

L'ingegno notarile – per dirla à la P. Grossi, e v. ne, per cominciare, *Mitologie giuridiche della modernità*², Milano, 2005 – si confronta quotidianamente col modificarsi della dimensione della vita sociale. La prassi notarile si è data da fare per proporre soluzioni adeguate a quei bisogni che hanno cominciato a farsi largo almeno sin dai primi anni Novanta del secolo scorso: già prima del 1996 era attiva nella costituzione di fondazioni che contemplavano un organo assembleare formato dai sostenitori, fondazioni, notava il notaio Alessandro Ruggiero in un intervento alla giornata di studio organizzata dal Comitato Regionale Notarile Lombardo, tenutasi a Milano il 3 ottobre 1992, “sempre più spurie, sempre più contaminate da più elementi, cioè sia elementi personali, sia elementi diciamo patrimoniali”: l'intervento si legge nei relativi atti pubblicati con il titolo, *Gli enti “non profit” nuove figure e nuove problematiche*, Milano, 1993, 133.

Di quest'effervescenza s'era accorta, in anticipo sui propri tempi, D. Vittoria, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1975, I, 316.

⁶ Il che non stupisce, né sorprende, è la stessa sorte riservata dal codice civile alle fondazioni: F. Ranieri, *L'invenzione della persona giuridica*, Milano, 2020, 91.

missione di nuovi associati, ove presenti, e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta²⁴. Per le fondazioni di partecipazioni non ETS. Infatti, non si ritiene sia riscontrabile alcuna necessità del rispetto del principio delle "porte aperte". Le fondazioni, infatti, ancorché destinate alla realizzazione di uno scopo altruistico, sono e rimangono enti privatistici nate nel pieno esercizio dell'autonomia negoziale dei cittadini, che certamente possono prevedere una struttura chiusa solo a determinati soggetti, tanto per il ruolo di amministratore così come per altri ruoli degli ulteriori organi, come ad esempio l'assemblea o i comitati tecnici e scientifici eventualmente previsti dallo statuto.

Del pari, non si crede si possa applicare analogicamente alle fondazioni di partecipazione regolate dal codice civile la previsione dell'art. 22, 4° comma, D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo Settore), che richiede la relazione giurata, allegata all'atto costitutivo, di un revisore legale o di una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro che attesti il valore effettivo del patrimonio destinato allo scopo fondativo costituito da beni diversi dal denaro.

Secondo il Codice civile e il D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, infatti, l'adeguatezza del patrimonio rispetto allo scopo è valutato dall'Autorità pubblica competente (Prefetto o Regione) in assoluta autonomia e senza alcun vincolo procedimentale, e dunque appunto nel libero esercizio della propria autonomia di svolgimento dell'attività amministrativa²⁵.

Concludendo, la sfida che è stata posta all'attenzione dell'interprete in merito alla necessità di applicare imperativamente e/o alla possibilità di applicare analogicamente talune norme del Codice del Terzo Settore a qualsiasi fondazione di partecipazione, anche se riconosciuta quale persona giuridica in base alle norme del Codice civile e del D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 è assai intrigante. Ogni conclusione o opinione dottrinale sul punto rimane ben accetta e ritengo vada opportunamente e seriamente valutata, anche se apparentemente lontana, *prima facie*, dalle conclusioni sopra svolte. Ciò che non dovrà mai mancare in proposito, tuttavia, è un rigoroso approccio ermeneutico, sull'esclusiva base dei precetti normativi che disciplinano le norme di carattere imperativo e la possibilità del ricorso all'applicazione analogica di norme consimili.

Lo scopo delle fondazioni

Gianluca Sicchiero

Lo scopo delle fondazioni, un tempo ritenuto necessariamente orientato al perseguimento di utilità sociale, appare oggi essere libero, pur con vivaci contrasti tra gli autori. Altri ed in parte nuovi sono invece i problemi che si pongono, in particolare da quando le fondazioni di partecipazione vengono create per realizzare obiettivi di natura economica di grande rilievo: dalla necessità di iscrizione al registro imprese, all'obbligo di tenuta delle scritture contabili fino al rispetto della normativa comunitaria sugli appalti.

Lo scopo delle fondazioni nel codice del 1865

Per quanto il tema delle fondazioni di partecipazione appaia questione su cui i giuristi si interessano relativamente da poco tempo, in realtà il tema era stato affrontato, sia pure sinteticamente e per fattispecie particolari, almeno 80 anni addietro.

Infatti nel volume *Le persone giuridiche*¹ Francesco Ferrara, dopo aver distinti le forme corporative da quelle istituzionali delle persone giuridiche, esamina l'ipotesi delle "istituzioni a struttura corporativa"², che qualifica come persone giuridiche a tipo misto, in quanto "l'amministrazione di esse è affidata ad un corpo elettivo scelto nel seno degli stessi destinatari", individuando tali soggetti nei Consigli provinciali dell'economia, nelle Casse pensioni ed altre istituzioni "che funzionano nell'interesse esclusivo d'una cerchia di persone, iscritte in uno speciale ruolo, che partecipano o vigilano sull'amministrazione dell'ente"³.

Più oltre lo studio è dedicato alla "formazione del substrato istituzionale" ed affronta il tema di questo intervento, cioè quello dello scopo della fondazione⁴.

Per quelle di origine privata, Ferrara scrive che "qualunque scopo, di privata o generale utilità, può essere assunto come nucleo della fondazione"⁵; questo in aperta polemica con Romanelli⁶, che non ammetteva una così ampia autonomia dei privati nel dar vita ad una fondazione.

Non c'è di più di così in quel testo, ma già si vede *in nuce* la controversia che ancora oggi non è sopita a proposito dello scopo delle fondazioni: devono cioè perseguire un interesse pubblico o comunque di una categoria più ampia di quella cui possano appartenere i fondatori oppure possono promuovere qualsivoglia interesse purché lecito?

Va subito segnalato, a ragione della brevità di quelle osservazioni di Ferrara, che il codice anteriore non contemplava una disciplina delle persone giuridiche e tantomeno una delle fondazioni.

²⁴ Art. 21, 1° comma, D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo Settore).

²⁵ Afferma infatti l'art. 1, 4° comma, D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, che "la consistenza del patrimonio deve essere dimostrata da idonea documentazione allegata alla domanda", potendo la P.A. altresì chiedere documentazione integrativa al fondatore ove detta documentazione non fosse ritenuta idonea a dimostrare l'adeguatezza del patrimonio rispetto allo scopo in sede di istruttoria.

¹ Nel *Trattato Vassalli*, Torino, 1938, II ed.

² *Ivi*, 104 e segg.

³ *Ivi*, 105.

⁴ Par. 63, 180 e segg.

⁵ Cfr. anche Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 274, 284-285.

⁶ Ferrara cita la monografia avversaria *Negoziato di fondazione*, Napoli, 1935, 58, ove in effetti Romanelli negava che fosse possibile dar vita a fondazioni diverse da quelle specificamente previste da norme di legge.

Dottrina e attualità giuridiche | **Fondazioni di partecipazione**

L'art. 1 c.c. al 2° comma disponeva solamente che "i comuni, le provincie, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici, ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, sono considerati come persone, e godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico".

Negli artt. 425 e segg. era invece indicato che i beni potevano appartenere anche a "corpi morali" diversi dagli enti pubblici o dai privati (art. 425), con la precisazione che i beni degli "istituti civili" o degli "altri corpi morali" appartengono agli stessi purché le leggi riconoscano in essi la capacità di acquistare e di possedere" (art. 433).

Alcune tra le più importanti fra queste leggi erano ad es. la 17 luglio 1890, n. 6972 sulle Ipab⁷, che escludeva dalla sua disciplina "le fondazioni private destinate a pro di una o più famiglie determinate, non soggette a devoluzione a favore della beneficenza pubblica" (art. 2); tali istituzioni potevano essere proprietarie di beni immobili (art. 18) ma sia gli acquisti a titolo oneroso che le donazioni dovevano essere autorizzate, al pari delle "deliberazioni che importino trasformazione o diminuzione di patrimonio" (art. 36).

Invece la L. 21 giugno 1896, n. 218 prevedeva l'autorizzazione prefettizia per gli acquisti in capo a provincie, comuni ed istituzioni pubbliche di beneficenza.

Il diritto previgente riconosceva inoltre i c.d. enti morali religiosi, che erano stati soppressi dalla L. 15 agosto 1867, n. 3848, fatte salve alcune eccezioni (ad es. art. 1 4° comma), a conferma della possibilità di configurare nel diritto privato (oltre che nel diritto commerciale) soggetti diversi dalle persone fisiche.

Successivamente con i patti lateranensi negli artt. 29 e segg. era stata ribadita "la personalità giuridica degli enti ecclesiastici finora riconosciuti dalle leggi italiane" ed ammesso il riconoscimento di ulteriori soggetti. In adempimento di tali accordi era stato quindi emanato il Reg. 2 dicembre 1929, n. 2262, "Approvazione del regolamento per l'esecuzione della L. 27 maggio 1929, n. 848, sugli Enti ecclesiastici e sulle Amministrazioni civili dei patrimoni destinati a fini di culto", i cui art. 7 e segg. disciplinavano il riconoscimento agli effetti civili degli istituti ecclesiastici e degli enti di culto. L'art. 8 regolava a tal fine il "riconoscimento della personalità giuridica degli Ordini e delle Congregazioni, delle Provincie e delle Case religiose", sicché per questi enti religiosi si configurava effettivamente la nozione di persona giuridica, sebbene il successivo art. 9 le qualificasse come "associazioni religiose" e non come fondazioni (e così anche l'art. 16 per le confraternite). Si riferiva invece testualmente alle fondazioni l'art. 17, individuandole nelle "fondazioni di culto di qualunque specie".

Pertanto al di fuori di queste indicazioni, relative alle associazioni e fondazioni di carattere ecclesiastico, mancava nel diritto civile una qualsiasi disciplina generale di carat-

tere privatistico dei medesimi soggetti, nemmeno essendo del tutto chiaro cosa dovesse intendersi per persona giuridica⁸.

Infatti proprio su queste basi si era evidenziata l'eterogeneità dei soggetti cui era stata concessa la personalità giuridica, elevandoli a enti morali, senza potersi individuare un criterio diverso dalla discrezionalità del provvedimento, spesso con termini diversi ed attribuzioni non costanti⁹.

Ciò che si ricava da questo quadro frastagliato e non completo di disposizioni è semmai il controllo che il potere pubblico esercitava sugli enti, che si manifestava nella necessità di ottenerne le autorizzazioni per i loro acquisti; non si rinvenivano invece disposizioni in ordine al tipo di scopo che li connotasse, cui il legislatore non aveva manifestato interesse.

Parte della letteratura aveva però un'idea in parte diversa: si dava sì atto che, al fine del riconoscimento, nulla era necessario, nemmeno "il carattere di utilità pubblica" perché "la personalità è una forma giuridica servibile al raggiungimento di tutti gli scopi, sia pubblici che privati", ammettendosi quindi enti "che funzionano per un'utilità privata" diversa da quella di lucro.

Tuttavia si rilevava che "la personalità giuridica viene conferita ad un'opera socialmente utile, sia pure che giovi agli interessi individuali. Pertanto, non basta che uno scopo sia lecito, nel senso di innocuo e non lesivo dell'ordine pubblico e della morale sociale (potrebbe essere frivolo), bisogna operò che sia *socialmente utile*, perché lo Stato lo appoggi con il conferimento della personalità"¹⁰.

Non vi sono tuttavia riferimenti normativi che sorreggessero la tesi, che sembra conformarsi alle idee politiche del momento più che a confini ricavati da dati concreti¹¹ e che comunque vedeva posizioni in senso diverso¹².

Autorevolmente infatti si diceva, circa lo scopo della persona giuridica, che "poco importa se sia morale, religioso o economico, scientifico, artistico o commerciale; se sia necessario o soltanto utile o dilettevole", potendo "essere anche privato, purché comune a una pluralità di persone"¹³.

È chiaro che le diverse posizioni si basavano su questioni di opportunità, non di necessità, stante la ricordata assenza di regole specifiche.

Ciò che comunque si deve evidenziare è che la totale discrezionalità nell'attribuire la personalità giuridica ai corpi morali nelle loro più diverse conformazioni, in uno con la necessità di autorizzazione pubblica agli acquisti di ogni tipo, aveva concretamente reso superfluo qualsiasi intervento normativo relativo al controllo dello scopo dell'ente morale, perché irrilevante agli effetti segnalati dai più: di evitare il ripetersi del fenomeno della manomorta ovvero della concentrazione di beni in patrimoni statici ed improduttivi.

⁷ Modificato dalla L. 18 luglio 1904, n. 390, che aveva istituito le Commissioni di pubblica assistenza e beneficenza nonché dal R.D. 30 dicembre 1923, n. 2841.

⁸ Si vedano per tutti le varie teorie ricostruite da Ferrara, *op. cit.*, 15 e segg.

⁹ Cfr. Ferrara, *op. cit.*, 12 e segg., che indica un insieme di enti cui era stata riconosciuta al tempo la personalità giuridica.

¹⁰ Ferrara, *op. cit.*, 59, ove aggiunge che a tal fine "l'autorità amministrativa è arbitra"; parole simili sono utilizzate da Scuto, voce "Persona giuridica", in *Enc. forense*, Milano, 1960, 613.

¹¹ "Perché un nuovo ente sorga alla vita giuridica bisogna che sia

dego di vivere e capace di vivere, che apporti un contributo utile alla società": Ferrara *ibidem*.

¹² Ad es. Del Vitto, *Commentario del codice civile*, Torino, s.d., sub art. 2 c.c., 186, diceva infatti che "né importa che questi entri astratti" - le fondazioni - "abbiamo uno scopo pubblico o privato... perché è pur sempre dalla legge che parte il fondamento del corpo morale". Anche per De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1928, I, 425, non occorre che lo scopo sia di pubblica utilità ed indica ad esempio le fondazioni di famiglia.

¹³ N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano, 1910, 193.

Lo scopo delle fondazioni nel codice vigente ante riforma del 2000

La letteratura formatasi sul codice vigente ha segnalato come anche il legislatore del 1942 abbia dedicato scarsa attenzione al tema dello scopo perseguito dalle fondazioni, rimettendo alle prassi operative le selezioni degli interessi da perseguire¹⁴; infatti i nn. 43 e segg. della Relazione tacciono sullo scopo delle fondazioni, esattamente come il codice nulla dice, al punto che si era sostenuto che “tutti i fini possono essere assunti a scopo della persona giuridica”¹⁵.

Di qui il rilievo che il legislatore non avrebbe imposto il perseguimento di uno scopo ideale di utilità sociale, pur avendo in mente le fondazioni che al tempo svolgevano solo compiti di erogazione¹⁶, sicché il promovimento di una qualche utilità sociale era solo un dato di fatto costante.

Si è in tal senso infatti ben evidenziato che “la disciplina del codice è muta” sullo scopo e sull’attività dell’ente, sebbene ne caratterizzino la vita¹⁷, ancorché già con i primi commenti talora si insistesse sulla utilità sociale dello scopo¹⁸.

Alla fine degli anni '60 è emersa una prima selezione tra scopi che, almeno in tesi, potrebbero imporre la riqualificazione della fondazione in soggetti diversi: quella tra scopo immediatamente lucrativo e scopo indirettamente eco-

nomico¹⁹; si era infatti affermato, contrariamente alle idee prevalenti, che la fondazione ben potrebbe anche esercitare attività d’impresa²⁰, a condizione che l’utile economico non venga attribuito al fondatore, ma sia utilizzato per il perseguimento dello scopo fondativo²¹.

Non aveva convinto tutti, però, la tesi per cui anche alle fondazioni che esercitano attività economica si sarebbe dovuto applicare l’art. 2200 c.c., che esonera gli enti pubblici dall’obbligo di iscrizione dal registro delle imprese²², essendosi evidenziata l’impossibilità di un’applicazione analogica o estensiva della disposizione a proposito di soggetti privati²³.

A queste indicazioni²⁴ si era poi affiancata quella della prassi concreta, diretta ad evidenziare come la sola forma adottata non sottragga l’ente alla disciplina imperativa cui l’attività svolta sia soggetta, giacché anche la fondazione che eserciti attività d’impresa può fallire²⁵, a dispetto della veste indossata²⁶.

Il tema si è poi prestato a considerazioni evolutive diverse, essendosi rilevato che se una fondazione eserciti attività d’impresa, anche in via non principale, per tale unica ragione sarebbe soggetta allo statuto dell’imprenditore, restando salva la sola ipotesi in cui beni e servizi siano forniti gratuitamente o a prezzo simbolico, anche ad evitare che goda altrimenti “di una posizione di ingiustificata immunità”²⁷.

¹⁴ Zoppini, *Le fondazioni Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 75.

¹⁵ De Francesco, voce “Persona giuridica (diritto privato e diritto pubblico)”, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, 1039.

¹⁶ Insomma, si tratterebbe “più di un modello dogmatico, ed ideologico, che [di] un modello normativo”: Maltoni, *Le fondazioni di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Quaderni della fondazione italiana del notariato*, s.d., (leggibile in *elibrary.fondazione-notariato.it*), 4.

¹⁷ De Giorgi, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, ora in *Enti del primo libro e del terzo settore*, Pisa, 2021, 43, 47, 60, 63.

¹⁸ Che però è idoneo purché “ridondi [anche] a beneficio dei singoli”: Butera, *Codice civile italiano commentato, Libro primo*, Torino, 1939, 70.

¹⁹ La tesi dominante nel passato, ma talora riproposta, era che gli enti del primo libro non potessero svolgere attività economica, al punto che se un’associazione lo avesse fatto, per ciò solo la si sarebbe dovuta riqualificare come società di fatto: Casanova, *Le imprese commerciali*, Torino, 1985, 82 e segg.

²⁰ E ben noto che sul tema il dibattito si è aperto mezzo secolo fa sia con i due scritti coevi e di titolo identico di Rescigno (*Fondazione e impresa*, in *Riv. Società*, 1967, 832) e Costi (*Fondazione e impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1968, I, 1), sia con le indicazioni di Galgano, *Personae giuridiche*, nel *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1969, 191 e segg., in cui si ammette che l’attività economica possa essere tanto strumentale ed accessoria quanto oggetto principale della fondazione. Nei tempi successivi in senso conforme v. anche Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 264; Marasà, *Le “società” senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 88; Zoppini, *op. cit.*, 43 e segg., spec. 60 e segg.; Rigano, *La tutela della “corretta” concorrenza fra associazioni non lucrative e imprese*, in *Giur. cost.*, 1994, 393 e segg. Sul tema ampiamente discusso e che si riapre per le attività degli enti non profit v. di recente Ceolin, *Scopo non lucrativo e struttura degli enti*, Napoli, 2016, 38 e segg.; in precedenza sul tema del fallimento degli enti non profit v. Morandi, *La fallibilità degli enti non profit*, in *Contratto e Impresa*, 1998, 336 e segg.

²¹ Vittoria, *Il problema della compatibilità tra gli enti del Primo Libro del codice civile ed attività d’impresa*, in *AA.VV.*, *Gli enti non profit tra Codice civile e legislazione speciale*, a cura di Visintini, Napoli, 2003, 237.

²² Galgano, *ibidem*.

²³ Tra i più decisi sostenitori nella necessità di iscrizione delle imprese, delle fondazioni che esercitano attività economica anche come oggetto non principale, v. Campobasso, da ultimo in *Diritto commerciale*, I, Torino, 2013, 79 e segg.

²⁴ Per una panoramica delle diverse tesi nonché degli orientamenti fino alla metà degli anni '80 riferita alle associazioni v. Tidu, *Associazioni e imprese*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1986, II, 495 e segg.

²⁵ Particolare la decisione di Trib. Alba, 25 marzo 2009, in *Fallimento*, 2009, 1427: “è assoggettabile a fallimento la fondazione che eserciti in forma mediata un’attività tipicamente commerciale di prestazione di servizi verso corrispettivo ed il cui patrimonio, anziché essere destinato ad uno scopo, venga gravato da un pesante indebitamento per creare una struttura finalizzata a procurare proventi da utilizzarsi per la ricostruzione del patrimonio dell’ente”.

²⁶ La giurisprudenza è ormai consolidata nell’affermare che “una fondazione, allorché eserciti professionalmente un’attività economica organizzata che, per le modalità con cui viene svolta, le dimensioni che raggiunge e i risultati cui perviene, non appare più strumentale al perseguimento dei fini dell’ente, divenendo assorbente e predominante rispetto agli stessi, è assoggettabile, in caso d’insolvenza, al fallimento”: Trib. Biella, 22 maggio 2015, in *Giur. It.*, 2016, 124; Trib. Milano, 16 luglio 1998, in *Giur. It.*, 1999, 1678; Trib. Milano, 17 giugno 1994, in *Foro It.*, 1994, I, 3544. Indicazioni parzialmente diverse in Cass. civ., Sez. I, 16 marzo 2004, n. 5305, in *Dir. Fall.*, 2005, II, 843: “se una fondazione riconosciuta, eccedendo i limiti posti dallo statuto, giunga in fatto ad esercitare in via esclusiva o principale un’attività d’impresa commerciale, e divenga insolvente, non può disapplicarsi il provvedimento di riconoscimento (in quanto ciò sarebbe giustificabile solo in ipotesi di invalidità del medesimo, e non per la sopravvenuta mancanza dei suoi presupposti di fatto), ma nondimeno deve ritenersi che tale attività, essendo incompatibile con lo schema fondazionale, sia imputabile all’associazione a latere fra i soggetti che, partecipando a vario titolo a detta attività, hanno in tal modo abusato del nome della fondazione, si da doversi dichiarare il fallimento di tale associazione, da estendersi, in applicazione degli art. 38 c.c. e 147 l. fall., a colui che ha agito in nome e per conto apparentemente della fondazione, ma in realtà della sottostante associazione”.

²⁷ De Giorgi, *Il nuovo diritto ecc.*, cit. 52 e segg. Sicché, pur ammettendosi l’esercizio di detta attività, la fondazione sarebbe comunque soggetta allo statuto dell’imprenditore: De Giorgi, *Fondazioni di famiglia ed attività d’impresa*, ora in *Enti del primo libro*, cit., 197 e, in

In altre parole se l'esercizio dell'attività economica, agli effetti della qualifica di imprenditore, prescinde dalla necessità di un lucro soggettivo, essendo cioè sufficiente che la cessione dei beni o dei servizi sia tendenzialmente sufficiente alla copertura dei costi di produzione (c.d. criterio economico), allora solo la tendenziale gratuità del trasferimento escluderebbe tale qualificazione²⁸.

Nondimeno restava ancora intatto il tema discusso, relativo al necessario perseguimento di uno scopo ideale da parte della fondazione perché, pur condividendosi la rilevanza dell'attività prestata ai duplici effetti dell'obbligo della tenuta delle scritture contabili e dell'iscrizione al registro imprese nonché della soggezione della fondazione imprenditrice al fallimento, tali eventualità emergerebbero a valle, almeno inizialmente, dei requisiti necessari per il riconoscimento della fondazione.

Pur in assenza di indici normativi vincolanti, vi sono infatti ancora molte tesi recenti che restano ancorate all'idea che una fondazione non possa perseguire uno scopo egoistico²⁹, sebbene si ritenga da altri che si tratti di una lettura retrospettiva³⁰.

Molto autorevolmente si era negato, nel primo senso, che sia possibile il perseguimento di un fine egoistico del fondatore, nemmeno tramite la costituzione di una fondazione di famiglia (art. 28 c.c.), che potrebbe venire costituita per mantenere intatta nel tempo una collezione di quadri o curare la conservazione di una cappella ove sono sepolte le salme della famiglia.

La tesi era nel senso che il requisito dello scopo di pubblica utilità si ricaverebbe ugualmente anche qui dal divieto di sostituzioni fedecommissarie di cui all'art. 699 c.c., sicché "beneficiari della fondazione non potranno essere i discendenti del fondatore in quanto tali, bensì solo in quanto versino in quella particolare situazione soggettiva – di

indigenza, di meritevolezza in rapporto agli studi ecc. – che il fondatore abbia preso in considerazione, di modo che la conservazione del patrimonio all'interno di una data famiglia non sia lo scopo della fondazione, ma il mezzo per realizzare una finalità socialmente utile"³¹.

La ragione fondamentale valorizzava la immutabilità dello scopo del fondatore, che "spiega perché il ricorso alle forme giuridiche della fondazione sia ammissibile, e gli inconvenienti economici che esse comportano siano accettabili, solo in presenza di uno scopo di pubblica utilità"³².

La tesi era suggestiva pur potendo prestarsi ad una lettura rovesciata³³; tuttavia la totale marginalità dell'istituto³⁴ non costituisce affatto un buon criterio di orientamento in materia, nel senso che una possibile ipotetica aporia riferita a tale ipotesi si rivela inidonea alla ricostruzione sistematica di un istituto come attualmente in discussione.

Scopo ed organi della fondazione di partecipazione

Prima di entrare nel merito dell'intervento del legislatore del 2000, è opportuno trattare almeno brevemente, ma subito, un tema diverso che comunque attiene al nostro studio, ovvero se lo scopo, perseguito dalla fondazione, quale che sia, possa essere "inquinato" dalle forme organizzative, nel senso che la presenza di organi estranei alla tipologia fondazionale del codice imporrebbe di (ri)qualificare la fondazione di partecipazione in associazione.

Si tratta chiaramente di questione fondamentale per l'ammissibilità delle fondazioni di partecipazione all'interno della matrice istituzionale e non corporativa delle persone del primo libro del codice.

In tempi non recenti si era infatti affermato che sono "i criteri normativamente ascrivibili all'organizzazione e alla gestione dell'attività ordinata allo scopo che consentono di

precedenza, *ex multis* Campobasso, *op. cit.*, 80-81; Zoppini, *op. cit.*, 182; Rigano, *op. cit.*, 398; Di Sabato, *La nozione di impresa nell'ambito delle organizzazioni no profit*, in AA.VV., *Gli enti no profit tra Codice civile e legislazione speciale*, cit., 247 ecc.

²⁸ Si veda la recente decisione di Cass. civ., 21 ottobre 2020, n. 22955, in *Giur. It.*, 2021, 888.

²⁹ V. ad es. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del negozio giuridico*, Napoli, rist. 1985, 40, 42; Bianca, *Diritto civile, La norma I soggetti*, Milano, 2002, 343-344; Costanza, *I soggetti: gli enti non commerciali*, in *Tratt. Dir. Civ. del C.N.N.*, Napoli, 2012, 60; Vittoria, *Può un'associazione non riconosciuta costituire una fondazione per compiere acquisti gratuiti?*, in *Dir. Giur.*, 1996, 16 e segg., tesi che riprende poi in *Gli enti del primo libro del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in *Le fondazioni in Italia e all'estero*, a cura di Rescigno, Padova, 1989, 59 e segg. Talora anziché di pubblica utilità, si chiede che lo scopo riguardi comunque bisogni sociali e interessi collettivi: Basile, *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2014, 102 e segg. (che lo contrappone allo scopo di pubblica utilità); Palma, in *Fondazioni*, a cura di Palma e Forte, Torino, 2008, 38, 56 e segg. (ove parla di fondazione quale "espressione di autonomia non privata, ma collettiva o sociale", *ivi*, 67); Romano, *Le fondazioni nell'evoluzione del diritto privato*, in *Fondazioni*, a cura di Palma e Forte, cit., 231. Inoltre De Giorgi, *Dalle persone giuridiche agli enti non profit*, in *Tratt. Rescigno*, 2, I, Torino, 1999, 446, sottolineava essere allora ancora prevalente "l'opinione più tradizionale, che individua il segno caratteristico dell'istituto non nella mera assenza di utili, ma nel positivo perseguimento di fini (...) di rilevante e collettivo interesse"; vedi altresì *id.*, *Il nuovo diritto*, cit., 50-51. In giurisprudenza v. Cass. civ., 10 luglio 1979, n. 3969, in *Giur. It.*, 1980, I, 1, 882.

³⁰ Basile, *op. cit.*, 102 e segg.; secondo Preite, *Lo scopo negli enti del primo libro del codice civile*, in Propersi-Rossi, *Gli enti non profit*,

Milano, 2015, 287 e segg., la tesi in esame risulterebbe superata già 25 anni addietro ed in effetti la tesi che nega la necessità dello scopo di pubblica utilità sembra oggi prevalere; v. ad es. la ricostruzione di Dinacci, *Lo scopo dell'associazione e della fondazione*, in *Comm. Gabrielli al codice civile, Delle persone*, a cura di Barba e Pagliantini, sub art. 16 c.c., Torino, 2014, 96 e segg., 107 e segg.

³¹ Galgano, da ultimo nel *Tratt. dir. civile*, Padova, 2010, I, 277, n. 27.

³² Galgano, *Tratt. dir. civile, ibidem*.

³³ In fondo se è vero che i discendenti della famiglia potranno essere beneficiari della fondazione a condizione di possedere i requisiti previsti dal fondatore, è pur vero nel contempo che potranno essere beneficiari solo i discendenti della famiglia, sicché è proprio la nozione di "utilità sociale" a dover essere circoscritta, ove dirimente. Se infatti con questi termini debbano indicarsi tutti i soggetti che possiedono determinati requisiti a prescindere dal loro rapporto di parentela con il fondatore, allora la funzione della fondazione di famiglia verrà man mano ad annacquare, perché il connotato familiare nel tempo perderebbe di rilevanza, come un caso storico accaduto in Svizzera ha dimostrato. Il caso è descritto da Zoppini, *op. cit.*, 66, n. 154: la Fonde de Famille S. – Neuchâtel, istituita nel 1500, "i cui beneficiari erano divenuti così numerosi da far perdere allo scopo il carattere della particolarità e da far assumere una connotazione di carattere generale"; ipotesi decisa dal tribunale federale svizzero il 2 ottobre 1930 "considerando il carattere *latu sensu* associativo dell'istituzione". Sulla possibilità che una fondazione di famiglia persegua scopi che "non possono propriamente definirsi di generale utilità" v. De Giorgi, *Il nuovo diritto ecc.*, cit., 23.

³⁴ De Giorgi, *ibidem*; marginalità che Fusaro, *La fondazione di famiglia in Italia e all'estero*, in *Riv. Notar.*, 2010, 17 e segg. riconduce alle incertezze giuridiche della sua disciplina, pur ritenendolo uno strumento ancora capace di utile impiego.

distinguere sul piano concettuale la fondazione sia dai contratti associativi (...) sia dalle regole che (...) incidono sulle modalità di uso dei beni, ovvero non si erigono a vicenda organizzativa, o ancora non richiedono l'esercizio di un'attività"³⁵.

Questa lettura chiuderebbe quindi il campo alle fondazioni di partecipazione, perché la sola presenza di organi partecipativi dovrebbe imporre la riqualificazione in associazioni riconosciute³⁶; senonché non è mai successo, a quanto consta, che le autorità che devono attribuire il riconoscimento abbiano rigettato, per tali ragioni, le richieste presentate per le fondazioni di partecipazione.

D'altro canto è già con le fondazioni bancarie che si è dato vita a queste forme di istituzione, cui appunto partecipano organi tipici delle associazioni, fattispecie poi ripetutamente prevista da varie disposizioni di legge³⁷.

Ulteriore attuale argomento per confermarne la natura istituzionale è che il Codice del terzo settore (d. lgs. n. 117/2017) prevede ora espressamente la possibilità di annoverare tra questi enti anche le fondazioni munite di organi partecipativi³⁸, sicché davvero non è oggi ammissibile porre più dubbi sulla loro natura³⁹.

Ciò che si deve semmai aggiungere è che lo scopo fondazionale originario resta immutato anche se nella fondazione vi siano i predetti organi, i quali non potranno assumere autonome decisioni di sorta che sottraggano l'ente ai controlli ed autorizzazioni previste dalla legge.

Le loro decisioni, ad es. e proprio con riferimento al mutamento dello scopo, come pure quelle sulla trasformazione od estinzione, varranno infatti solo come proposta a ciò diretta in tutti i casi in cui occorra l'assenso dell'autorità pubblica, non avendo cioè efficacia immediata a dispetto delle prescrizioni imperative di legge⁴⁰. Il che, in definitiva, salvaguarda la volontà del fondatore sulla forma giuridica

perseguita con l'atto di fondazione ed impedisce di strumentalizzare l'ente alle volontà dei soggetti che partecipino come organi⁴¹.

Lo scopo dopo la riforma del 2000

Come spesso succede, alle molte e contrapposte letture degli studiosi pone fine la mano del legislatore e questo è accaduto proprio con riferimento al tema dello scopo della fondazione.

Infatti al silenzio del codice ha supplito poi e nella direzione opposta alla tesi dello scopo necessario di pubblica utilità, la riforma del 2000, perché quanto viene chiesto alle fondazioni, al fine di ottenere la personalità giuridica con l'iscrizione nell'apposito registro, è solo che "siano state soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo" (art. 1, 3° comma, D.P.R. n. 361/2000)⁴².

Scopo lecito, quindi, non invece di utilità sociale⁴³, tanto che si parla di neutralità del modello fondazionale, "adattabile ad ogni tipo di attività e di scopo, purché non di lucro"⁴⁴, senza alcun margine di discrezionalità in capo alle autorità cui è demandato il riconoscimento⁴⁵ oppure anche di fenomeno della "perdita di fattispecie"⁴⁶.

Vero è tuttavia che non mancano autori indisponibili a questa apertura, giacché si evidenzia che il permanere intonso dell'art. 28 c.c., ove si prevede la trasformazione della fondazione in caso di sua "scarsa utilità", dimostrerebbe la sopravvivenza del requisito di una qualche utilità socialmente necessaria dello scopo⁴⁷.

Ancora una volta ci troviamo di fronte a problemi derivanti dal mancato coordinamento delle riforme: è evidente

³⁵ Zoppini, *Le fondazioni ecc.*, cit., 84, che riprende ed attualizza il ragionamento in *Profili evolutivi Profili evolutivi della fondazione di partecipazione nella moderna prassi e nella legislazione speciale*, in AA.VV., *Fondazioni di partecipazione*, Milano, 2007, 23.

³⁶ Nel passato Cons. di Stato, 22 novembre 1995, n. 2898/95, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1156 ha detto che "ha carattere di associazione, e non di fondazione, l'istituzione che, pur avendo un patrimonio sufficiente al perseguimento dei fini istituzionali, sia costituita da varie categorie di soci e da un'assemblea sociale competente ad adottare i principali atti di indirizzo finanziario, con scissione fra base sociale ed amministrazione e con funzione dominante dell'elemento personalistico".

³⁷ Alcuni esempi si hanno in tema di trasformazione degli enti lirici in fondazioni, ove, accanto al consiglio di amministrazione, il d.lgs. n. 367 del 1996 ha previsto il presidente (art. 11), il sovrintendente (art. 13) ed il collegio dei revisori (art. 14). La pressoché identità di disciplina dei decreti di trasformazione ha consentito di dire che si tratta di un "modello normativo comune": De Goetzen, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011, 258.

³⁸ Il Cts al 6° comma dell'art. 24 prevede che "le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche alle fondazioni del Terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, in quanto compatibili ed ove non derogate dallo statuto".

³⁹ Sulla compatibilità della fattispecie "con la struttura e il senso del genotipo a cui inerte la fondazione" v. ad es. Senigaglia, voce "Fondazione (I agg.)", in *Digesto Civ., Appendice di aggiornamento*, Torino, 2012, 514; Maltoni, *op. cit.*, 3, per il quale la soluzione deriva dal numero chiuso della "forme dotate di rilievo reale". Invece per Tamponi, *Persone giuridiche*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2018, 157 "si tratta indubbiamente di fondazioni strutturalmente atipiche".

⁴⁰ Sulla persistenza dei controlli pubblici cfr. Costanza, *op. cit.*, 115 e segg.; Basile, *op. cit.*, 377 e segg.

⁴¹ Si può ricordare che per Cons. di Stato, 20 marzo 1996, n. 123/96, in *Cons. Stato*, 1997, I, 154, "ai sensi dell'art. 16 c.c., sono legittime le modifiche allo statuto di una fondazione purché, avendo solo carattere organizzativo, non pregiudichino e non travolgano i connotati voluti dal fondatore (fattispecie relativa alla fondazione Spadolini)". Fusaro, *Trasformazione da e in fondazione di partecipazione*, in AA.VV., *Fondazioni di partecipazione*, Milano, 2007, 49, sottolinea che con questa decisione l'art. 16 c.c. è stato applicato alle fondazioni, mentre prima lo si riservava alle sole associazioni.

⁴² Questa disciplina dei requisiti della fondazione è costantemente richiamata dalla letteratura: Ponzanelli, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2017, 726.

⁴³ Per il diverso orientamento della giurisprudenza ante riforma v. Costanza, *op. cit.*, 18 e n. 35.

⁴⁴ De Giorgi, *La scelta degli enti: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?*, ora in *Enti del primo libro*, cit., 131.

⁴⁵ De Giorgi, *op. cit.*, 134.

⁴⁶ Luchini Guastalla, *Le fondazioni*, in AA.VV., *Gli enti no profit tra Codice civile e legislazione speciale*, cit., 121, ove si evidenzia che la fondazione, da pura erogazione "diventa un istituto giuridico posto al servizio degli interessi di volta in volta perseguiti".

⁴⁷ Con il rilievo per cui "è evidente che il legislatore richiede un apprezzamento della meritevolezza degli interessi perseguiti dalla fondazione, tale da giustificare il conferimento della personalità giuridica. Il giudizio di meritevolezza deve essere condotto sul piano della liceità del senso che orienta la specifica fondazione, rispetto ai principi e alle altre regole con cui, per sua natura, essa entra in conflitto": Senigaglia, voce "Fondazione", in *Digesto Civ., Appendice di aggiornamento*, Torino, 2012 (dalla versione su-dvd), tesi già avanzata da Vittoria, *Gli enti del primo libro del codice civile ecc.*, cit., 60.

Dottrina e attualità giuridiche | **Fondazioni di partecipazione**

che il legislatore non ha valutato i riflessi posti dalla nuova disciplina, rispetto a disposizioni che pure avrebbero meritato un intervento. Non ci pare però che una regola così chiara in ordine al requisito dello scopo, possa trovare una interpretazione riduttiva per evitare una distonia; tanto varrebbe allora sostenere che il matrimonio è un contratto, visto che lo dice l'art. 774 c.c.

Infatti è proprio il riferimento all'utilità sociale a difettare nella disposizione, sicché ci pare opportuno tentare una lettura adeguatrice dell'art. 28 c.c., anziché restrittiva del D.P.R. n. 361/2000.

In tal senso, allora, l'utilità che deve sussistere per evitare la trasformazione della fondazione, andrà riferita allo scopo lecito previsto dal fondatore, che può dissolversi nel tempo, venendo così a mancare le ragioni per tenere in vita l'ente, anziché collegarla alla necessità che lo scopo sia di pubblica utilità, quando la legge non lo impone affatto.

Non è un caso infatti che la prassi si sia ormai orientata in tutt'altro senso rispetto, appunto, alla necessità di una utilità pubblica o collettiva delle finalità dell'ente⁴⁸.

A tale conclusione, che per noi valeva già in presenza della riforma del 2000, si aggiungono ora argomenti nuovi; infatti la necessità di uno scopo ideale è prevista testualmente solo per gli enti collettivi o per le fondazioni che vogliono avvalersi delle forme di protezione e di specifico riconoscimento attribuito dal Codice del terzo settore⁴⁹, che non ha però abrogato la disciplina del codice civile: donde la configurabilità di un diverso regime in ordine agli scopi perseguiti dalle fondazioni.

In tal senso si può infatti osservare che l'art. 4 del CTS qualifica come enti del terzo settore, oltre alle associazioni, alle imprese sociali ed altri soggetti, anche "le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore".

Dal che si ricava l'esclusione dal C.T.S. delle fondazioni che non abbiano quello scopo⁵⁰, anziché la conclusione opposta dell'inammissibilità di queste fondazioni: quantomeno perché non sono state espunte dalla disciplina del

codice civile⁵¹ ma anche, dal profilo sistematico, perché il pluralismo sociale è un valore tutelato dagli artt. 2, 18 e 20 della Costituzione⁵².

Donde la generale conclusione per cui esiste uno spazio – quello originario del codice appunto – per soggetti del primo libro del codice che non siano regolati dal codice ETS, perché non abbiano chiesto di appartenervi oppure perché non possano, ad es. in quanto perseguano uno scopo lecito ma non di pubblica utilità.

Il diffondersi delle fondazioni di partecipazione e l'adeguatezza del patrimonio

In punto di fatto va ricordata a questo punto l'esplosione del fenomeno delle fondazioni di partecipazione, cui vengono attribuiti compiti di portata economica relevantissima, come la gestione delle Olimpiadi invernali del 2026.

Il tema dello scopo prende quindi altre direzioni rispetto a quello della pubblica utilità, di fatto ricorrente ma comunque non necessaria: se da un lato, a ben vedere, la questione dell'esercizio dell'attività economica deve ancora trovare una soluzione da tutti nello stesso modo condivisa, dall'altro il requisito dell'adeguatezza del patrimonio appare come un possibile ostacolo, in sede di riconoscimento, laddove ne risulti evidente la manifesta esiguità.

Su può ritenere idoneo allo scopo il patrimonio originario della fondazione Cortina-Milano, pari ad euro 100.000, per organizzare le Olimpiadi invernali del 2026?

Già molto tempo addietro, sul tema, si era indicato che ciò che occorre è un patrimonio idoneo non al raggiungimento immediato dello scopo, ma all'attuale funzionamento della fondazione⁵³, potendosi poi reperire ulteriormente i fondi necessari per il perseguimento dello scopo prefissato.

Ci pare questa la soluzione migliore, quantomeno tutte le volte in cui l'obiettivo non sia raggiungibile in tempi brevi pianificando fin dall'origine tutto il percorso necessario.

D'altronde di fronte a scopi ideali per i quali occorrono notevoli e sempre maggiori capacità finanziarie – si pensi ad es. alla lotta contro il cancro – dovrebbe ritenersi sempre inadeguato qualsivoglia patrimonio che non sia illimitato, il tutto senza tacere della determinazione fissa del patrimonio minimo che molte normative regionali hanno stabilito per concedere il riconoscimento, a prescindere dalla sua idoneità rispetto allo scopo perseguito⁵⁴.

⁴⁸ Senigaglia, *ibidem*.

⁴⁹ Fusaro, *op. cit.*, 244. Questa soluzione ci pare condivisa anche dal Consiglio di Stato: "in tema di schema di decreto legislativo recante codice del terzo settore, a norma dell'art. 1, 2° comma, lett. b), L. 6 giugno 2016, n. 106", l'art. 22 disciplina un nuovo procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica, mediante iscrizione nel registro unico nazionale del terzo settore; esso introduce un iter diverso rispetto a quello disciplinato dal D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, provvedendo a semplificarlo, anche mediante abbreviazione dei termini; per l'ipotesi, regolata dal 3° comma, in cui il notaio non ravvisi la sussistenza delle condizioni per l'iscrizione, si prevede l'intervento dell'ufficio del registro del terzo settore, sollecitato dagli interessati, ai fini del diniego espresso e del silenzio/diniego; atteso che, ai sensi del 2° comma, l'ufficio in argomento ha un potere di verifica della regolarità formale, appare poco coerente l'attribuzione del suddetto potere, che, quantomeno, non esclude la possibilità che l'amministrazione possa ritenere sussistenti le condizioni che il notaio ha negato; si potrebbe valutare la percorribilità di una diversa regolamentazione che, sul modello scelto dal legislatore per l'iscrizione delle società nel registro delle

imprese (art. 2330 e 2331 c.c.), ponga al centro il notaio; analoga valutazione si potrebbe operare in riferimento al 6° comma, dello stesso art. 22, che riguarda le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto (art. 2436 c.c)": Cons. di Stato, commiss. spec., 14 giugno 2017, n. 1405/17-927/17, in *Foro Amm.*, 2017, 1284.

⁵⁰ Ponzanelli, *op. cit.*, 727 indica infatti che l'assenza di scopo di lucro delle fondazioni non basta a qualificarle come ente del terzo settore "se non sono presenti finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale e se l'attività svolta non rientri nei settori previsti dalla legge".

⁵¹ Lo ha evidenziato subito ad es. Ponzanelli, *op. cit.*, 728; Consorti, *Profili generali della riforma del 2017*, in Consorti, Gori e Rossi, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018, 60; Fusaro, *Le fondazioni tra gli enti del terzo settore*, in *Dir. Eccl.*, 2018, 236.

⁵² Rossi, in Consorti, Gori e Rossi, *Diritto del Terzo settore*, cit., 37 e segg.

⁵³ N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., 193.

⁵⁴ Ad es. euro 70.000 euro (Veneto), euro 50.000 euro (Lazio, Emilia Romagna, Liguria) o 52.000 euro per la Lombardia o meno, es. euro 30.000 euro per il Piemonte.

In tal senso ci pare vada allora scartata la nozione di adeguatezza intesa come idoneità originaria a raggiungere lo scopo; la legge parla infatti di adeguatezza del patrimonio, che per noi conferma la bontà della conclusione anti-camente suggerita: il patrimonio iniziale deve essere idoneo a consentire il funzionamento attuale della fondazione, mentre l'atto costitutivo deve indicare come lo si possa incrementare in ragione dello scopo da perseguire.

In altre parole, ci pare corretto definire il requisito nel senso di una "formazione progressiva del patrimonio, per cui la dotazione iniziale non è autosufficiente e definitiva"⁵⁵, unica indicazione che rende legittime le varie disposizioni che quantificano la misura del patrimonio necessaria per il riconoscimento delle fondazioni e che non esclude a priori la legittimità di fondazioni con scopi altamente ideali ma non raggiungibili con i mezzi attualmente a disposizione.

Solo laddove sia manifestamente evidente che la fondazione non possa nemmeno funzionare o che il patrimonio occorrente sia enormemente elevato e non vi sia possibilità alcuna di incrementarlo si potrebbe negare il riconoscimento, ma all'evidenza stiamo parlando di ipotesi del tutto estreme che non assumono rilievo in ordine alla soluzione proposta.

È comunque evidente la lontananza di questo requisito rispetto a quello delle antiche fondazioni di pura erogazione, il cui destino nel tempo era quello di consumarsi per il venir meno del patrimonio destinato dal fondatore a questo tipo di beneficenza.

Segue: e l'esercizio di attività economica

Quanto invece all'esercizio dell'attività d'impresa da parte della fondazione, la tesi che ritiene assoggettabile in ogni caso allo statuto dell'imprenditore ci pare la più corretta; con questo intendendo (principalmente) l'iscrizione al registro delle imprese, la necessità della tenuta delle scritture contabili e l'assoggettamento alle varie forme di responsabilità debitoria, ancorché con lo scudo protettivo della personalità giuridica.

Anzitutto, come bene è stato evidenziato⁵⁶, se l'ente ne venisse esentato, si consentirebbe un rapporto di concorrenza sleale nei confronti di chi opera sul mercato fornendo i medesimi beni o servizi.

Nemmeno si potrebbe dire, come si è fatto per le associazioni, che se l'ente non eroga prestazioni al pubblico ma solo ai propri associati, allora il problema non si porrebbe, giacché qui non vi sono associati, sicché la fondazione resterebbe assoggettata a quegli obblighi.

A parte che esiste un profilo di indagine che non ci pare sia stato approfondito, ovvero cosa distinguerebbe in quel caso l'associazione dalla cooperativa, non ci pare convincente la tesi per cui l'erogazione dei beni o servizi realizzati tramite attività economica risulti irrilevante se questi siano destinati solo ai propri componenti. Infatti lo statuto dell'imprenditore è dettato anche a tutela dei terzi, tra cui i creditori e dunque il preteso limite consistente dalla cerchia dei soggetti cui la prestazione sia erogata non è affatto rilevante per eliminare quelle forme di protezione.

Se si accedesse però, a titolo di ipotesi, a tale tesi, si potrebbe allora porre, proprio con riferimento alle fondazioni di partecipazione, il caso delle erogazioni a favore di propri organi ed in conformità allo statuto, organi che a propria volta potrebbero trasferire i medesimi beni o servizi al pubblico oppure potrebbero avvalersi dell'attività della fondazione a tal fine.

Basti pensare ancora alla fondazione Milano Cortina 2026 che, escluso ogni scopo di lucro, scopo indicato invece nel "curare l'organizzazione e lo svolgimento dei XXV Giochi Olimpici Invernali del 2026, sotto la denominazione 'Milano Cortina 2026', e dei giochi Paralimpici", precisa che a tal fine la fondazione "ha la responsabilità dell'organizzazione dell'evento 'Milano Cortina 2026'. Svolgerà tutte le attività di gestione, organizzazione, promozione e comunicazione degli eventi sportivi e istituzionali relativi allo svolgimento dei Giochi Olimpici Milano Cortina 2026 e dei Giochi Paralimpici".

Si può dunque ritenere che una tale forma di organizzazione, che vede la fondazione operare come strumento degli enti cui le Olimpiadi sono state assegnate dall'apposito comitato, esenti la fondazione stessa dall'osservanza della disciplina dell'attività d'impresa?

Si noti che il CTS ha regolato proprio le attività economiche svolte dagli enti iscritti, che necessariamente non devono avere scopo di lucro, prescrivendo nell'art. 11, 2° comma, che "oltre che nel registro unico nazionale del Terzo settore, gli enti del Terzo settore che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese".

Ora poiché la disposizione vale per tutti gli enti indicati dall'art. 4⁵⁷, il termine "in forma di impresa" non va riferito alla veste adottata dall'ente ma all'esercizio dell'attività economica, giacché l'alternativa sarebbe di esentare dall'obbligo quei soggetti che in ogni caso non perseguono scopo di lucro ma operano ugualmente secondo il modello imprenditoriale.

⁵⁵ Maltoni, *Le fondazioni di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Quaderni della fondazione italiana del notariato*, s.d., 2 (leggibile in library.fondazione-notariato.it), ove l'a. aggiunge che quella formazione del patrimonio è "aperta ad incrementi per effetto di adesioni successive da parte di soggetti ulteriori rispetto ai fondatori". Si parla in tal senso anche di "fattispecie in cui si realizza una scissione fra la fase istitutiva e quella della dotazione": Costanza, *op. cit.*, 47; v. anche Luchini Guastalla, *op. cit.*, 123.

⁵⁶ Talora l'osservazione viene ricondotta a Rigano, *op. cit.*, ma l'autore si riferiva al caso di una legge regionale che prevedeva finanziamenti ad associazioni di promozione turistica che però dovevano avere un apposito statuto ed erano soggette a controlli regionali, sicché venne esclusa l'incostituzionalità di quella disciplina da Corte

cost., 25 novembre 1993, n. 417. Lo affermano invece ad es. De Giorgi, *Il nuovo diritto ecc.*, cit. 52 e segg., Basile, *op. cit.*, 431 ecc.

⁵⁷ Cioè le "organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore.

Dottrina e attualità giuridiche **Fondazioni di partecipazione**

Se questa soluzione sia condivisibile, allora ed a maggior ragione le fondazioni esterne al CTS che svolgano attività economica sono appunto soggette allo statuto dell'imprenditore.

In tal senso si può ricordare che un recente arresto della cassazione⁵⁸ ha confermato un orientamento che pare prevalente⁵⁹, nel senso che non occorra affatto uno scopo di lucro soggettivo per assoggettare a fallimento un ente del primo libro del codice civile, essendo invece sufficiente il requisito dell'economicità dell'attività di impresa, ovvero che le entrate coprano tendenzialmente le spese, venendone esentati dunque i soli enti che prestino la loro attività gratuitamente, ovvero escludendo fin dall'inizio che l'attività possa per tale ragione essere ritenuta d'impresa.

Su queste basi il tema diventa allora un altro, perché si potrebbe argomentare che la scelta di rimanere al di fuori del perimetro degli ETS possa essere dettata proprio per non essere tenuti alle scritture contabili, salvo solo essere assoggettati a fallimento o, presto, alle procedure di insolvenza regolate dal codice delle crisi di impresa, non potendosi liberamente esentare da una tale conseguenza.

A parte il fatto che l'obbligo di tenuta delle scritture contabili non coincide con la soggezione a fallimento, poiché non tutti gli imprenditori sono fallibili, qui occorrerà comunque una scelta di fondo.

O si riterrà che in ogni caso di esercizio di attività economica nel senso anzidetto si debba rispettare ogni obbligo formale che grava sull'imprenditore, quand'anche non già imposto dalla disciplina tributaria oppure si ammetterà che le fondazioni esterne al CTS ne siano esentate, creandosi allora uno spazio di manovra formalmente esente, anche a dispetto degli interessi dei terzi, tra cui in special modo i creditori, che entrino in contatto con l'ente medesimo.

Per noi la scelta corretta è la prima; tuttavia il tema della necessità di rispettare in questi termini lo statuto dell'im-

prenditore, ovvero essere iscritti al registro delle imprese, munirsi di scritture contabili, redigere il bilancio d'esercizio trattandosi di persona giuridica ecc., è una eventuale necessità che non impedirà alla fondazione di esistere e di perseguire il proprio scopo, ove non immediatamente economico, perché l'obbligo in questione attiene al rispetto delle formalità necessarie per l'esercizio dell'attività economica e non al riconoscimento della personalità dell'ente⁶⁰.

Rilievi in tema di applicazione della direttiva sugli appalti

Ultimo profilo di indagine, cui si può fare un accenno in chiusura, in ordine allo scopo perseguito è quello della fondazione di partecipazione costituita per realizzare un'opera pubblica o per l'erogazione di servizi pubblici, alla quale partecipino soggetti privati oltre a soggetti pubblici, sempreché si possa ancora parlare di fondazione di diritto privato⁶¹ anziché di organismo di diritto pubblico⁶².

Lo scopo è certamente lecito, ma il tema è quello dell'aggiornamento delle norme sull'obbligo delle gare d'appalto ove si superino le soglie di rilevanza comunitaria o interna, ogni volta che uno dei soggetti privati che partecipino alla fondazione possa averne un ritorno economico.

Qui ci pare che la liceità dello scopo sia insufficiente a legittimare la fondazione, se questa persegue statutariamente scopi economici senza essere autosufficiente o senza munirsi di finanza a scopo perduto, ovvero senza alcun corrispettivo di sorta, anche indiretto, perché questo costituirebbe il mezzo per l'elusione di norme imperative di legge e, segnatamente, delle previsioni inderogabili contenute nella Dir. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

Unica ipotesi in cui, ci pare, la questione non venga a porsi è se i compiti vengano conferiti a fondazioni di partecipazione composte da soli enti pubblici⁶³, a condizione però che reperiscano autonomamente sul mercato le eco-

⁵⁸ È la già citata sent. 21 ottobre 2020, n. 22955, in *Giur. It.*, 2021, 888.

⁵⁹ Ma criticato ad es. da Bonfante, *Associazioni, nuove imprenditoriali e fallimento. Un nodo da sciogliere*, in *Giur. It.*, 2021, 892.

⁶⁰ E qui sarà un problema del notaio che redige l'atto costitutivo valutare se occorra o meno procedere con l'iscrizione dell'ente al registro imprese.

⁶¹ Infatti per Corte conti Lazio, sez. contr., 24 luglio 2013, n. 151 in *Azienditalia*, 2013, 721, "il ricorrere di determinati elementi, quali la costituzione/partecipazione, da parte di uno o più enti pubblici, di una persona giuridica privata, finalizzata alla realizzazione di un fine pubblico con l'impiego di finanziamenti pubblici e con modalità di gestione e controllo direttamente collegabili alla volontà degli enti soci, rende, di fatto, la persona giuridica privata un semplice modulo organizzativo dell'ente pubblico socio, al pari di altre formule organizzative aventi parimenti natura pubblicistica (aziende speciali e istituzioni); in altri termini, l'utilizzo dello schema giuridico "fondazione" da parte dell'ente pubblico rende la persona giuridica privata un'entità strumentale dell'ente stesso, ovvero una modalità di gestione dell'interesse generale perseguito". Cfr. anche Gori, in Consorti, Gori e Rossi, *Diritto del Terzo settore*, cit., *I confini "affollati" verso il primo ed il secondo settore*, 192.

⁶² V. ad es. Cass. civ., Sez. un., 27 marzo 2020, n. 7562: "per organismo di diritto pubblico, in particolare, ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016, art. 3, 1° comma, lett. d), si intende qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV al codice medesimo, che risulti: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti

pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".

⁶³ Ed anche qui si porrà il problema se si tratti ancora di fondazioni di diritto privato. Infatti "l'elemento fondante dell'organismo di diritto pubblico è riconducibile alla rilevanza degli interessi generali perseguiti, in rapporto ai quali non può venire meno una funzione amministrativa di controllo, anche qualora la gestione fosse produttiva di utili: è propria dell'amministrazione, infatti, la cura concreta di interessi della collettività, che lo stato ritiene corrispondenti a servizi da rendere ai cittadini e che pertanto, ove affidati a soggetti esterni all'apparato amministrativo vero e proprio, debbono comunque rispondere a corretti parametri gestionali, anche sul piano dell'imparzialità e del buon andamento": Cons. di Stato, 10 dicembre 2015, n. 5617, in *Foro Amm.*, 2015, 3096. Su queste basi sono state qualificate organismi di diritto pubblico la fondazione teatro di San Carlo (Cons. di Stato, 31 ottobre 2017, n. 5026, in *Foro Amm.*, 2017, 2047), la Aci Global spa (Cons. in Stato, 16 gennaio 2017, n. 108, in *Vita Notar.*, 2017, 245), i fondi paritetici interprofessionali (T.A.R. Lazio, 6 febbraio 2017, n. 1883, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2017; Corte conti Abruzzo, 29 marzo 2017, n. 37, in *Riv. Corte Conti*, 2017, 393), Aeroporti di Roma (T.A.R. Lazio, 30 novembre 2017, n. 11841, in *Foro Amm.*, 2017, 2321 ma *contra* invece Cass. civ., sez. un., 18 aprile 2016, n. 7663) o la società aeroporto G. Marconi di Bologna spa (T.A.R. Emilia Romagna, 15 gennaio 2010, n. 107, in *Riv. Trim. Appalti*, 2010, 1181); spa Expo 2015 (Cons. di Stato, 4 febbraio 2015, n. 552, in *Foro Amm.*, 2015, 426); "la società partecipata comunale gerente attività di distribuzione dei farmaci (e il servizio di

nomie necessarie⁶⁴. Questo però con la precisazione del limite per cui ogni volta che chi finanzia l'ente riceva un qualsivoglia vantaggio, anche di sola immagine pubblicitaria ad es. quale sponsor, ciò dovrà avvenire rispettando pur sempre la disciplina comunitaria degli appalti.

Infatti l'art. 1, 6° comma della Direttiva indica che “gli accordi, le decisioni o altri strumenti giuridici che disciplinano i trasferimenti di competenze e responsabilità per la realizzazione di compiti pubblici tra amministrazioni aggiudicatrici o associazioni di amministrazioni aggiudicatrici e non prevedono una remunerazione in cambio di una pre-

stazione contrattuale sono considerati questioni di organizzazione interna dello Stato membro interessato e, in quanto tali, esulano del tutto dalla presente direttiva”.

Il problema non sussiste, quindi, solo se le forme di partecipazione alla fondazione “non prevedono una remunerazione in cambio di una prestazione contrattuale”, mentre invece se si tratti di fondazioni che ricavano la finanza per gestire attività economica con modalità che assicurino un ritorno al finanziatore-partecipante, diretto o indiretto che sia, si dovrà per forza procedere a gara secondo la ricordata direttiva.

Organi delle fondazioni di partecipazione

Andrea Fusaro

L'inclusione delle fondazioni di partecipazione tra gli ETS è stata espressamente accolta dalla Riforma del Terzo Settore che, pur senza menzionarle, dedica alcune disposizioni a quelle “il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo”. Mentre nel codice civile difettano regole espressamente dedicate, il Cts invece qualche indicazione la fornisce, attraverso l'elencazione delle materie attribuibili alla competenza del consiglio di indirizzo, evidentemente appoggiandosi alla prassi statutaria e alla legislazione speciale in materia, che vedono la fondazione di partecipazione caratterizzarsi per il coinvolgimento dei soggetti finanziatori nell'indirizzo dell'ente; solitamente ciò comporta la previsione, accanto all'organo amministrativo, di uno latamente assembleare, realizzando quindi una contaminazione cospicua – ancorché ormai legittimata dalla prassi – tra fondazione e associazione.

Modelli legali di governance

Alla scarna disciplina del codice civile, incentrata sul modello della fondazione di erogazione, creata per impulso di un soggetto che provvede alla dotazione patrimoniale e gestita da un organo amministrativo incaricato di attuare il programma scolpito in sede di costituzione, la legislazione speciale ha con il tempo affiancato figure di settore informate a maggior articolazione e duttilità, predisposte a ricevere nuovi apporti accogliendone gli autori, talora integrandoli negli organi esistenti, altra volta ruoli talora all'interno di altri appositamente creati¹.

Quello delle fondazioni liriche² per anni ha integrato il modello legale di più diretto riferimento, dove il coinvolgimento di altri soggetti avrebbe dovuto sostanzarsi nel contributo alla formazione del patrimonio, al finanziamento del fondo di gestione dell'ente³. Il D.L. n. 367/1996 intendeva privatizzare la veste giuridica degli enti lirici, semplificare il regime organizzativo, incentivando la partecipazione finanziaria e istituzionale di soggetti privati attraverso

agevolazioni fiscali, l'ingresso in consiglio d'amministrazione di membri da loro designati, quale realizzazione del criterio per cui chi contribuisce ad un ente o ad una società in misura considerevole ha titolo ad essere rappresentato in consiglio d'amministrazione, usufruendo di ampia autonomia statutaria.

A fianco dei enti territoriali tenuti a concorrere alla formazione del patrimonio (Regione e Comune), sono stati previsti soggetti pubblici o privati che abbiano dichiarato di voler concorrere (art. 6, 1° comma, lett. b), intendendo creare una compartecipazione finanziaria improntata a una logica di supporto dettato dalla innegabile responsabilità delle istituzioni pubbliche in merito alla salvaguardia e alla conservazione del teatro musicale, che al contempo consentisse di attrarre risorse con l'incentivo della posizione paritaria all'interno dell'ente. A fronte dell'intervento finanziario a favore del fondo di gestione si apriva la possibile presenza all'interno dell'ente, nell'ambito di un organo di gestione⁴. Per il privato veniva, dunque, previsto un ruolo di sostegno finanziario e una partecipazione istituzio-

asilo nido comunale)” (Corte conti Lombardia, 26 settembre 2011, n. 489, in *Azienditalia*, 2012, 68); Cassa depositi e prestiti spa (Cons. di Stato, 12 febbraio 2007, n. 550).

⁶⁴ Secondo Corte conti Lombardia, Sez. contr., delibera, 15 marzo 2017, n. 70, “il patrimonio della fondazione, sin dal momento genetico della persona giuridica (negozio di fondazione e negozio di dotazione), dev'essere sufficiente per consentire all'ente di svolgere la sua attività ordinaria” e “la fondazione, per continuare nella propria esistenza, deve provvedere allo svolgimento dell'attività di gestione con i mezzi patrimoniali di cui dispone oltre che con i proventi dei servizi che eroga, ove per essi sia pagato direttamente/indirettamente un prezzo dai beneficiari”.

¹ Un inquadramento panoramico aggiornato delle fondazioni di partecipazione è offerto da G. Sicchiero, *Le fondazioni di partecipazione*, in *Contratto e Impresa*, 1/2020, 19 e seg.

² D.Lgs. 29 giugno 1996, n. 367 Disposizioni per la trasformazione degli enti che operano nel settore musicale in fondazioni di diritto

privato. In tema si segnalano G. Iudica (cur.), *Fondazioni ed Enti lirici*, 1998; A. Serra, *La difficile privatizzazione delle fondazioni liriche: strumenti pubblici e presenza privata*, in *Aedon*, 2/1998; S. De Goetzen, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011.

³ Il D.Lgs. n. 367/1996, art. 10, 2° comma, puntualizza che lo statuto “determina [...] la composizione, le competenze e i poteri” degli organi della fondazione, e “deve garantire l'autonomia degli organi della fondazione, i componenti dei quali non rappresentano coloro che li hanno nominati né ad essi rispondono” (art. 10, primo comma). L'organizzazione interna della fondazione ricalca quella degli enti lirici e si articola in quattro organi: presidente (art. 11), consiglio di amministrazione (art. 12), Sovrintendente (art. 13), Collegio dei revisori (art. 14), cui possono poi aggiungersene ulteriori.

⁴ Lo statuto prevede altresì che possono nominare un rappresentante nel consiglio d'amministrazione esclusivamente i fondatori che, come singoli o cumulativamente, assicurano, per i primi tre anni di