



GIULIANO ZANCHI

Ricercatore di diritto privato – Università Ca' Foscari di Venezia

INTERPRETAZIONE E RUOLO DELLA PRASSI NELLA DEFINIZIONE DELLO STATUTO SOGGETTIVO DELLA FONDAZIONE

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. La fattispecie normativa di fondazione e il confronto con la tradizione dogmatica. – 3. L'evoluzione dottrinale nella configurazione degli elementi costitutivi della fattispecie di fondazione. – 4. Lo scopo della fondazione in particolare. – 5. Lo statuto soggettivo degli enti non lucrativi e la ricerca dei caratteri distintivi della fondazione. – 6. Prassi operativa e prassi amministrativa. – 7. Unità e pluralità nello statuto soggettivo degli enti non lucrativi. – 8. Le fondazioni di famiglia. – 9. Le fondazioni di comunità. – 10. Conclusioni.*

1. – Nella tradizione di studi sugli enti privati, la fondazione ha ricevuto un'attenzione particolare. Associazioni e società corrispondono ad un'idea antica di comunità di uomini che si fa centro autonomo di imputazione di relazioni giuridiche sulla quale è stata costruita l'idea stessa di persona giuridica; invece la rappresentazione della fondazione come personificazione di un patrimonio destinato al raggiungimento di uno scopo ideale è il frutto di un'evoluzione concettuale meno lineare, che conferisce storicamente a questo ente una spiccata peculiarità. Di tale peculiarità si ha testimonianza proprio nella definizione del paradigma soggettivo di fondazione che la letteratura giuridica ha elaborato a partire dall'XIX secolo e a mente della quale il legislatore del 1942 ha plasmato le regole di costituzione e funzionamento delle fondazioni nel codice civile.

Con l'andare del tempo, però, la nettezza dei confini dell'istituto sono andati sbiadendo. Prassi operative, novelle al codice civile e il susseguirsi di legislazioni speciali restituiscono oggi un'immagine della realtà delle fondazioni in Italia irricognoscibile rispetto ai parametri tradizionali, con la conseguenza, già avvertita da buona parte della dottrina, della necessità di ridefinire lo statuto soggettivo della fondazione e più in generale degli enti del libro primo del codice civile.

Una prospettiva metodologica interessante consiste nell'analisi critica della tradizionale distinzione tra associazione e fondazione. Il ripensamento della contrapposizione tra enti a struttura associativa e istituzionale non vale a negare diversità disciplinari e distinte identità tra i due soggetti, ma le riconduce ad una dimensione di minor rivalità strutturale e maggior complementarietà funzionale, in cui in particolare associazioni e fondazioni si presentano in relazione di specie al genere di ente non commerciale. La dottrina appare più propensa di un tempo a riconoscere nelle norme degli articoli da 11 a 35 cod. civ. le tracce di una disciplina intrinsecamente omogenea di persona giuridica privata *tout court*, sia pure minimale e lacunosa. In essa trovano

JUS CIVILE



composizione alcune tradizionali antinomie tra modelli soggettivi che non appaiono più condizionali perché informate alla protezione di interessi inattuati e smentite dalla prassi applicativa, a cui in particolare va riconosciuta una centralità che la riflessione teorica talvolta fatica a riservarle. Le perplessità sulla coerenza sistemica di alcune tradizionali figure soggettive, come la fondazione di famiglia, e altre di più recente elaborazione, come le fondazioni di comunità, possono essere superate ripensando criticamente ad alcuni *totem* disciplinari, *in primis* alla pubblica utilità dello scopo della fondazione, e valutando senza preconcetti la percolazione di connotati solitamente riferiti in via esclusiva alle associazioni nella prassi statutaria delle fondazioni. La trasfigurazione del tipo tradizionale di fondazione che oggi la prassi ci presenta risulterà in tal modo la fisiologica tappa evolutiva di un modello soggettivo a lungo condizionato, nella sua costruzione teorico-pratica, da una rappresentazione dogmatica eccessivamente rigida che non risulta l'unica possibile *de iure condito*.

2. – Come noto, non è disponibile una definizione normativa di fondazione¹. Il codice civile (Titolo II, Capo II del Libro Primo) vi dedica una disciplina frammentaria nella quale si mescolano regole comuni con l'associazione (artt. 14, comma 1, 16, 18, 19, 27, 29-32, 35 cod. civ.) a disposizioni espressamente dedicate alla fondazione (artt. 14, comma 2, 15, 25, 26, 28 cod. civ.)². Le une e le altre contengono previsioni ora sulla struttura, ora sull'organizzazione e sul funzionamento dell'ente, che si occupano solo di alcuni aspetti della costituzione e della vita della fondazione³. A dispetto delle rubriche sia del Titolo che del Capo, le disposizioni in que-

¹ R. SENIGAGLIA, *Fondazione (I agg.)*, Dig. disc. priv., VII Aggiornamento, Utet, 2012, 514. Altrettanto accade per l'associazione. Non è priva di significato questa doppia assenza, specie per quanto interessa qui mettere in evidenza. Associazione e fondazione sono modelli legali che riproducono figure organizzative che hanno una tradizione plurisecolare. Anche per quanto subito si noterà a proposito dell'atteggiamento ideologico del legislatore del 1942 nei confronti di questi enti, è significativo che il legislatore non abbia sentito la necessità di fornirne una definizione normativa. Nello specifico caso della fondazione, l'assenza di una definizione ha consentito alla dottrina di elaborare un'autonoma rappresentazione dogmatica dei tratti essenziali della fondazione che ha collocato al centro della nozione descrittiva un elemento – il patrimonio di dotazione destinato ad uno scopo di pubblica utilità – che non presenta alcun addentellato normativo nel coacervo di disposizioni dedicate alla fondazione, come meglio si avrà modo di evidenziare oltre.

² Vi sono poi norme comuni a fondazioni ed associazioni in cui sono incluse previsioni singolarmente dedicate ora all'uno e ora all'altro ente. Ad esempio, l'art. 16, comma 1, cod. civ. prevede nella sua seconda parte una disposizione limitata alle sole associazioni con riferimento al contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto, mentre al comma 2 dello stesso articolo si precisa che per le sole fondazioni può prevedersi statutariamente anche le norme relative alla loro trasformazione. Ancora, l'art. 31, in tema di devoluzione dei beni dell'ente dopo la sua estinzione, dispone al comma 2 due diverse soluzioni per l'ipotesi in cui atto costitutivo e statuto non contengano previsioni specifiche in materia di devoluzione patrimoniale, a seconda che l'ente in liquidazione sia un'associazione o una fondazione.

³ Le disposizioni dedicate all'associazione, anch'esse complessivamente lacunose, contengono tuttavia indicazioni discretamente dettagliate in materia di convocazione, funzionamento e impugnazione delle delibere assembleari. Considerando l'importanza che assume l'organo assembleare nel concreto dispiegarsi della struttura organizzativa e delle funzioni delle associazioni, può dirsi che l'incompletezza disciplinare si presenta meno significativa con riferimento alle associazioni rispetto a quanto accade per le fondazioni. Si aggiunga poi che la giurisprudenza ha in più occasioni mostrato la sua disponibilità ad utilizzare la disciplina societaria quale stampella regolativa in materia di

JUS CIVILE



stione non contengono dunque una disciplina organica delle persone giuridiche, né dei soli enti non lucrativi, e neppure una regolazione completa delle due figure nominate di associazione e fondazione⁴.

La ragione storica della scelta di non dedicare una disciplina organica alle persone giuridiche va ricondotta certamente all'atteggiamento di ostilità del legislatore del 1942 per i corpi intermedi tra individui e Stato alternativi al modello corporativo⁵, ma, con specifico riferimento alle fondazioni, ancor prima risale ad un risalente discredito maturato a partire dal XVIII secolo in Francia⁶. Le fondazioni apparivano un facile artificio giuridico per schermare il patrimonio del fondatore creando vincoli di destinazione di lunga durata, anche perpetui⁷, per il perseguimento di interessi individualistici, con funzione pratica di segregazione patrimoniale in danno dei creditori o degli eredi. L'immobilismo patrimoniale realizzato dalle organizzazioni di tipo fondazionale, specie quelle di matrice ecclesiastica, aveva dato prova della loro attitudine a sottrarre ingenti ricchezze – soprattutto immobiliari – alle dinamiche del mercato (la c.d. mano morta)⁸. Esso si poneva per di più in netto contrasto con l'atteggiamento di favore per i meccanismi circolatori della ricchezza e per la protezione del credito che costituiscono principi ispiratori del codice civile del 1942⁹.

Anziché vietare la loro costituzione, il codice civile vigente ha preferito prendere atto comunque della secolare e radicata diffusione di questo modello soggettivo e regolarlo espressamente ponendo le fondazioni sotto controllo pubblico. Nel costruire la regolazione normativa, il legislatore italiano ha fatto propria la concezione allora dominante della fondazione quale *uni-*

organizzazione dell'attività delle associazioni. La comune struttura associativa ha convinto gli interpreti che alcuni principi generali ricavabili dalla disciplina contenuta nel libro quinto, ben più dettagliata, possano essere estesi, sia pure entro certi limiti, anche alle associazioni. Questa maggiore articolazione complessiva della disciplina che il legislatore mette a disposizione in materia di associazioni evidenzia ancor più la povertà di regole primarie sulla fondazione.

⁴F. GALGANO, *Delle persone giuridiche. Artt. 11-35*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, 2006, 1.

⁵Prima del codice civile vigente l'ordinamento italiano conosceva solo sporadiche disposizioni relative ai "corpi morali", a differenza di quanto previsto nelle legislazioni francese e tedesca (nel BGB in particolare il libro I, titolo II, contiene un'ampia parte dedicata alle associazioni e fondazioni). Per un'analisi storico-comparatistica si rinvia a A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dal tipo alle tipologie*, Jovene, 1995, 22 ss.; B.N. ROMANO, *Le fondazioni nell'evoluzione del diritto privato*, in G. PALMA, P. FORTE (a cura di), *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, Giappichelli, 2008, 183 ss.

⁶Cfr. R. FEENSTRA, *L'histoire des fondations: à propos de quelques études récentes*, in *TVR*, 21, 1956, 412 ss.

⁷A. FUSARO, *La fondazione di famiglia in Italia e all'estero*, in *Riv. not.*, 2010, 17 ricorda la sprezzante battuta di R.J. Turgot per il quale "la fondazione era buona solo per soddisfare la vana aspirazione umana all'eternità" (R.J. TURGOT, *Fondation, Article de l'Encyclopédie*, vol VII, 1757, in G. SCHIELE, *Oeuvre de Turgot et documents le concernant*, vol. I, Librairie Felix Alcan, 1913, 593).

⁸G. SAREDO, *Acquisti dei corpi morali*, in *Dig. it.*, II, Utet, 1929, 70; F. GALGANO, *Il prezzo della personalità giuridica*, in *Riv. soc.*, 1968, 11.

⁹La storia delle fondazioni ecclesiastiche aveva anche mostrato palesi indici di inefficienza economica nella gestione degli ingenti patrimoni a disposizione di questi enti. P. FORTE, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, in G. PALMA, P. FORTE (a cura di), *Fondazioni*, cit., 30 ss. evidenzia che la visione economica, oltre giuridica, al tempo della codificazione civile abbia contribuito in modo decisivo all'ostracismo legislativo verso le fondazioni.

JUS CIVILE



versitas bonorum, ossia personificazione di un patrimonio separato destinato ad uno scopo, in contrapposizione con l'*universitas personarum* delle organizzazioni di tipo associativo¹⁰.

La fondazione si è così disposta nell'immaginario dottrinale in una posizione alternativa alle organizzazioni a base associativa, per via dell'irriducibile diversità quanto all'elemento personale¹¹. Ed anche quando la dottrina ha convenuto che un soggetto di diritto non potesse essere ridotto al solo suo elemento patrimoniale e che anche nel caso della fondazione dovesse pur sempre rilevarsi l'esistenza di un elemento personale, individuato nell'organizzazione collettiva della sua attività¹², è rimasta ferma in letteratura la nozione tradizionale della fondazione come patrimonio destinato ad uno scopo.

La suggestione della pervasività dell'elemento patrimoniale nel confronto con l'alternativa associativa ha accresciuto il divario concettuale tra le due figure di enti non lucrativi, perpetuando l'immagine della fondazione come ipotesi eccezionale e privilegiata di sottrazione di complessi patrimoniali individuali dall'applicazione delle regole comuni.

La potenza evocativa di questa rappresentazione è stata decisiva nella determinazione delle scelte del legislatore del 1942, che ha scelto di assoggettare le fondazioni ad un pervasivo controllo della Pubblica Amministrazione sin dal momento genetico della sua costituzione per via concessoria e poi per tutta la durata della fondazione fino alla fase di liquidazione e scioglimento. Identico trattamento veniva riservato alle associazioni, ma con la significativa differenza della presenza di un organo assembleare le cui decisioni, pur sempre nella cornice statutaria, si sot-

¹⁰ La distinzione in termini di contrapposizione tra la più antica figura dell'ente associativo, da un lato, e della fondazione, dall'altro, è il portato delle elaborazioni dottrinali della padettistica tedesca. La prima teorizzazione in tali termini della distinzione tra enti associativi e fondazionali viene attribuita generalmente a A. HEISE, *Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts*, 3^a ed., Bey Mohr und Zimmer, 1819, I, sebbene il ricorso al concetto di *universitas* e la sistematizzazione della distinzione tra *universitas bonorum* e *personarum*, si deve compiutamente a G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen* (1841-1881), vol. I, tradotta in italiano da A. TURCHIARULO, *Corso delle Istituzioni*, Diogene, 1854, II, 8 ss.

¹¹ Non è mancato, per vero, chi abbia tentato di ipotizzare già all'epoca del codice previgente che le fondazioni fossero una tipologia particolare di associazioni in cui l'elemento personale fosse presente nella comunità dei beneficiari della sua attività. Ne dà conto F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 81, ove in nota 3 cita a tale proposito le osservazioni di F. FERRARA sr., *Teoria delle persone giuridiche*, E. Marghieri, 1923, 305 ss.

¹² Si attribuisce alle riflessioni di O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, 1887, 22 ss. il merito di aver sottolineato l'essenzialità dell'elemento organizzativo nella fondazione, pur mantenendo ben chiara la distinzione rispetto all'associazione proprio e sempre sul piano organizzativo, ove quest'ultima presentava la peculiarità dell'organo assembleare, mancante invece nel modello (organizzativo) della fondazione. La dottrina italiana ha raccolto questa sollecitazione anche al di là della condivisione della concezione organica di Gierke, riconoscendo il patrimonio come mezzo per il raggiungimento dello scopo statutario anche nel caso delle fondazioni: F. FERRARA sr., *Teoria*, cit., 375 ss.

G. TAMBURRINO, *Persone giuridiche, associazioni non riconosciute, comitati*, in *Giurisprudenza Sistematica di Diritto Civile e Commerciale Bigiavi*, Utet, 1997, 131 sostiene che l'elemento personale nelle fondazioni sia costituito dalla collettività dei beneficiari. Opinione che non sembra condivisibile perché i destinatari delle erogazioni di beni o prestazioni di servizi delle fondazioni possono anche essere indeterminati (a differenza degli associati, che possono certo cambiare nel tempo ma che sono sempre determinati) e perché chi caratterizza l'attività delle fondazioni, anche in parallelo con l'ente associativo, è chi contribuisce alla loro gestione ed organizzazione, non chi riceve i risultati di detta attività.

JUS CIVILE



traevano e si sottraggono tutt'oggi al controllo pubblico. Per di più, mentre nel caso delle associazioni la costituzione per via della concessione pubblica della personalità giuridica non era e non è l'unica opzione disponibile prevista dal Capo II, ben potendo un'associazione costituirsi come ente di fatto senza riconoscimento¹³, altrettanto non è stato previsto per il caso delle fondazioni¹⁴.

Le riflessioni teoriche della dottrina hanno avuto gran peso all'epoca dell'elaborazione delle norme codicistiche in materia di fondazioni.

Anzitutto la fondazione a cui sono dedicate le disposizioni del codice civile è la quella che risponde alla definizione dottrinale tradizionale di patrimonio destinato ad uno scopo ideale, ossia la c.d. fondazione di erogazione¹⁵. Protagonista della fase genetica dell'ente è il fondatore che, per atto pubblico *inter vivos* o per testamento (art. 14 cod. civ.), costituisce l'ente, definisce il contenuto delle regole organizzative (le c.d. tavole fondazionali, art. 16 cod. civ.), provvede alla dotazione patrimoniale e richiede all'Amministrazione competente il riconoscimento della personalità giuridica (art. 12 cod. civ.). Solo all'esito positivo dei controlli pubblici la fondazione può essere considerata, ed operare in qualità di, soggetto giuridico¹⁶.

Il contenuto e la funzione attribuiti al controllo pubblico rivestono un'importanza sistemica rilevante. Per prevenire quegli abusi della personalità giuridica di cui erano state accusate le fondazioni vigente il codice del 1865, la dottrina ha ritenuto indispensabile che il controllo pubblico si rivolgesse principalmente alla valutazione della pubblica utilità dello scopo per il quale emergente dalle tavole fondazionali, negando la concessione della personalità giuridica a fondazioni costituite per il perseguimento di scopi individualistici, o anche collettivi, ma non di pubblica utilità. Solo in presenza di quest'ultimo genere di scopi poteva essere giustificata la concessione della personalità giuridica da parte dall'ordinamento.

Un siffatto contenuto del procedimento concessorio, che si configura dunque come vera e propria valutazione di merito sull'opportunità del riconoscimento della singola fondazione, implicava l'immutabilità ad iniziativa privata dello scopo attribuito dal fondatore una volta riconosciuta e più in generale la necessaria preclusione al fondatore di assumere decisioni in merito

¹³ La storia dell'applicazione della disciplina sulle associazioni riconosciute e non riconosciute ha dimostrato l'indiscutibile successo del *genus* dell'associazione di fatto, della quale continuano a far parte realtà organizzative di grande rilievo, anche costituzionale, come sindacati e partiti politici. Proprio l'avvento della Carta Costituzionale contribuirà a far acquisire sempre maggiore centralità all'associazione non riconosciuta proprio per il suo essere sottratta a controlli pubblici e quindi apparire l'archetipo dell'esercizio della libertà associativa proclamata dall'art. 18 Cost. Sull'impatto dei precetti costituzionali rispetto alla definizione dei connotati strutturali e funzionali degli enti non lucrativi, inclusa la fondazione, si dirà *infra*.

¹⁴ In tema di fondazioni di fatto si tornerà più avanti; si rinvia qui *infra* per l'approfondimento della questione.

¹⁵ R. SENIGAGLIA, *Fondazione*, cit., 514.

¹⁶ I lunghi tempi di conclusione del procedimento per il rilascio della personalità giuridica, nel corso del quale l'Amministrazione può anche chiedere integrazioni documentali o opportune modifiche alle tavole fondazionali, hanno posto in concreto il quesito dell'imputazione soggettiva dell'attività che l'ente costituito e dotato patrimonialmente, ma non ancora riconosciuto, avesse compiuto anche solo per la conservazione del patrimonio. A. ZOPPINI, *Riformato il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche*, in *Corr. giur.*, 2001, 294.

JUS CIVILE



all'amministrazione dei beni in dotazione alla fondazione. Una volta perfezionata costituzione, dotazione e riconoscimento, il vincolo funzionale imposto al patrimonio destinato in fondazione diviene irretrattabile, donde la regola di cui all'art. 15 cod. civ. che vieta la revoca dell'atto di fondazione una volta che sia intervenuto il riconoscimento.

È dunque l'interesse a scongiurare gli abusi del passato a spiegare il diverso trattamento riservato al fondatore della fondazione rispetto ai fondatori dell'associazione. A questi non è inibita la partecipazione al governo e all'amministrazione dell'ente, potendo essi votare in assemblea come gli altri associati o riservandosi poteri di voto solo in alcuni casi statutariamente previsti; la varietà delle soluzioni possibili rimessa all'autonomia statutaria può configurare le più diverse situazioni. Nella fondazione, invece, il fondatore non può prender parte alla vita dell'ente; a questi è inibito il ruolo di amministratore, non può determinare la scelta dei componenti dell'organo amministrativo né in altro modo interferire nel governo dell'ente¹⁷. Sicché una volta che il fondatore abbia assunto l'iniziativa negoziale di fondazione si dispone a diventare un soggetto terzo rispetto all'ente costituito.

Del resto, la concezione della fondazione quale ente che utilizza il patrimonio di dotazione per raggiungere lo scopo ideale approvato dai pubblici poteri definisce il ruolo dell'organo di governo della fondazione come meramente esecutivo, servente rispetto allo scopo statutario¹⁸. Tradizionalmente si spiega proprio in virtù di questo assoggettamento degli amministratori allo statuto (oltre che alla legge) la *ratio* dell'art. 25 cod. civ. che prevede penetranti controlli pubblici nell'amministrazione delle fondazioni, attribuendo poteri di annullamento delle deliberazioni gestorie “*contrarie a norma imperativa, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico e al buon costume*” e di destituzione degli amministratori dal loro ufficio in caso di inattuabilità oggettiva dello scopo statutario o qualora essi “*non agiscano in conformità dello statuto o dello scopo della fondazione o della legge*”. Lo statuto è accostato alla legge in una posizione di equivalenza, la quale sembra suggerire che gli scopi statutarî – una volta ricevuta l'attribuzione della personalità giuridica – siano elevati o riconosciuti ab origine come scopi di indole pubblica, destinati a proteggere interessi superindividuali. Gli scopi statutarî perderebbero così la loro natura privata per acquisire rilievo pubblico. Ed in ciò troverebbe ulteriore conferma la necessità che gli scopi della fondazione siano di pubblica utilità: diversamente non avrebbe senso conferire alla Pubblica Amministrazione poteri di controllo su atti compiuti dagli amministratori di un

¹⁷ F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 84-85 in cui si annota la posizione della giurisprudenza amministrativa secondo la quale il fondatore non può riservarsi la facoltà di modificare successivamente lo statuto della fondazione, cioè che invece può fare l'organo assembleare nell'associazione rispettando le maggioranze previste dall'art. 21, comma 2, cod. civ. Nel disegno codicistico, la modifica delle tavole fondazionali è possibile esclusivamente dietro iniziativa della Pubblica Amministrazione e nei limitati casi previsti dall'art. 28 cod. civ.

¹⁸ La qualificazione dell'amministrazione delle fondazioni come “organo servente”, in contrapposizione all'amministrazione delle associazioni come “organo dominante”, risale anch'essa alla tradizione pandettistica. In Italia la utilizzava già F. FERRARA sr., *Teoria*, cit., 732 ed è stata accolta poi dalla dottrina dominante (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1986, 40; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 2015, 350 ss.; R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1968., 47; F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 85).

JUS CIVILE



ente la cui unica ragione d'essere è quella di dare attuazione a scopi di rilevanza pubblica. Ciò che sarebbe incomprensibile, invece, se la fondazione fosse costituita allo scopo di realizzare interessi di natura privata^{19 20}.

La doppia separazione tra il fondatore e la fondazione, che è separazione dagli scopi (scopi di pubblica utilità, non privatistici) e separazione dalla gestione, costituisce il punto nevralgico dell'elaborazione dogmatica tradizionale della fondazione. La dottrina ha riconosciuto nelle pur scarse disposizioni dedicate alla fondazione indici significativi di questa sua specificità disciplinare²¹, che ha condotto a definire la relativa fattispecie legale in termini più rigidi di quella dell'associazione, in cui il riconoscimento di ampi spazi all'autonomia statutaria ha indotto a prevedere per la legge un ruolo marginale e di limite esterno. Da qui si è generata una divaricazione strutturale e funzionale tra due "tipi" soggettivi di ente non lucrativo, appunto associazione e fondazione, definiti da tratti caratterizzanti sensibilmente diversi e sufficientemente compiuti per ambo le figure da poterne delineare due distinte fattispecie tipiche.

Questa distinzione si è consolidata nella tradizione didattica universitaria. Ancora oggi nella manualistica più diffusa appare la distinzione tra "tipi" associativi e istituzionali o amministrativi²², i primi connotati dalla pluralità di persone, i secondi dalla presenza di un patrimonio vinco-

¹⁹ Parla in relazione a questa disposizione di un esempio di "amministrazione pubblica del diritto privato" F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 392 sottolineando anche rispetto questo profilo la differenza con la disciplina dell'associazione, che prevede controlli pubblici ma di mera legittimità, ossia volti alla protezione di interessi pubblici esterni all'ente, mentre gli interessi protetti dall'art. 25 cod. civ. sarebbero anche quelli dell'ente. L'Autore enfatizza quale ratio dell'art. 25 cod. civ. principalmente l'assenza, rispetto all'associazione, di un congegno di controlli interni sull'operato dell'organo amministrativo, che nell'assemblea (come nelle società) è demandato all'assemblea.

Per la posizione della giurisprudenza si veda principalmente TAR Lombardia, 23 giugno 2000, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 279 in cui si afferma che la posizione degli amministratori della fondazione rispetto agli atti dell'Amministrazione assunti ai sensi dell'art. 25 cod. civ. sia di diritto soggettivo, non di interesse legittimo e che sussista pertanto la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla verifica delle legittimità dell'estromissione di un amministratore della fondazione ai sensi del citato articolo. Sulle argomentazioni utilizzate in questa pronuncia e più in generale sulla rilevanza della qualificazione dell'intervento pubblico ai sensi dell'art. 25 cod. civ. si tornerà *infra*.

²⁰ Nonostante l'art. 25 cod. civ. sin dalla rubrica ("Controllo sull'amministrazione delle fondazioni") faccia testuale riferimento alle sole fondazioni, vi è chi ha ritenuto estensibile la relativa disciplina anche alle associazioni. In tal senso F. Ferrara jr, in F. FERRARA sr., *Le persone giuridiche*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da F. Vassalli, Utet, 1958, 353. *Contra* F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 394.

²¹ Ad esempio, con riguardo all'art. 26 cod. civ., il coordinamento dell'attività e l'unificazione dell'amministrazione di più fondazioni sono ricondotti a quell'amministrazione pubblica della fondazione che si giustifica in ragione delle peculiarità dello scopo. Da un lato si riconosce che questa previsione serve per attenuare la regola dell'invalidità assoluta dello scopo consacrato dalle tavole fondazionali, ma dall'altro si assegna il relativo potere, nei limiti di applicazione oggettiva della disposizione in commento, all'"autorità governativa", tenuta al rispetto della volontà del fondatore ma solo "per quanto è possibile". Cfr. P. RESCIGNO, *Fondazione (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Giuffrè, 1968, 9; F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 396.

²² Va dato atto che il termine "istituzionale" riferito agli enti non lucrativi non sempre designa enti come fondazioni o comitati. F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 82 per esempio utilizza l'aggettivo istituzionale col significato di ente o corpo sociale in genere, riprendendo il lessico utilizzato da Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 2^a ed., 1946, 23 ss., 55 ss. Per l'uso tradizionale del termine istituzione come rappresentativo degli enti non associativi del libro primo (fondazioni e comitati) cfr. G. MENOTTI DE FRANCESCO, *Persona giuridica (diritto privato e pubblico)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Utet, 1968, 932 ss.

JUS CIVILE



lato ad uno scopo di natura pubblica²³. Se pure si è registrato nella letteratura che si è dedicata più da vicino al tema degli enti non lucrativi e della fondazione in particolare un significativo mutamento di orientamento nella direzione dell'alleggerimento delle differenze tra i due modelli di enti personificati del libro primo (anche per via della riforma del meccanismo del riconoscimento con il d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361), ancora resiste l'immagine della fondazione come personificazione di un patrimonio destinato ad uno scopo non individuale, e la connessa indisponibilità a intravedere nelle disposizioni dedicate agli enti non lucrativi il nucleo di una disciplina generale degli enti non commerciali, siano essi associazioni, fondazioni o “*altre istituzioni di carattere privato*”²⁴.

3. — L'attualità di questa tradizionale visione della fondazione va verificata anzitutto analizzando il tessuto normativo, oggi non più solo contenuto nel codice civile, ma anche in plurime previsioni extracodicistiche. Si parta dall'analisi testuale dell'articolato normativo del Capo II, Titolo II del codice civile.

Emerge subito una prima specificità della fondazione sul piano della sua costituzione. Come già ricordato, essa può essere disposta ai sensi dell'art. 14 cod. civ. anche per testamento, mentre la regola generale è quella dell'atto pubblico (*inter vivos*). Inoltre, l'atto costitutivo della fondazione – e solo esso – può essere revocato nelle more del procedimento di riconoscimento ovvero nell'ipotesi in cui l'attività non sia stata ancora esercitata (art. 15 cod. civ.)²⁵. Si è detto

²³ M. PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, 2016, 88 ss.; V. ROPPO, *Diritto privato. Linee essenziali*, Giappichelli, 2014, 129; A. Torrente, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* (a cura di F. ANELLI, C. GRANELLI), Giuffrè, 2013, 159 ss.; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 2016, 83; G. VISINTINI, *Nozioni giuridiche fondamentali*, Zanichelli, 2013, 69 ss. Per una rassegna delle definizioni succedutesi nel tempo con particolare riferimento alle fondazioni cfr. G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, in ID. (a cura di), *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, Cedam, 1988, 7 ss.

²⁴ L'espressione compare sia nell'abrogato art. 12 cod. civ. sia nel testo dell'attualmente vigente art. 1, comma 1, d.p.r. n. 361/2000. Nel disciplinare il procedimento di attribuzione della personalità giuridica, entrambi gli articolati normativi prevedono l'applicazione delle rispettive discipline anche ad altri enti di carattere privato a cui può dunque essere riconosciuta la personalità giuridica al pari dei due enti non lucrativi personificati espressamente previsti dalla legge.

²⁵ La morte del fondatore inibisce l'esercizio della revoca, non trasmettendosi il relativo diritto agli eredi (art. 15, comma 2, cod. civ.) in ragione della sua natura personale ex art. 587, comma 2, cod. civ. Ai sensi dell'ancora vigente art. 3 disp. att. cod. civ., il notaio che pubblichi un testamento in cui sia prevista l'istituzione di una fondazione deve darne notizia al prefetto, il quale può promuovere atti conservativi che giungano anche alla nomina di un “amministratore provvisorio”. Questi ultimi, tuttavia, potranno impugnare l'atto di costituzione della fondazione, anche qualora la fondazione sia stata costituita per atto pubblico *inter vivos*, sia con l'azione di riduzione trattandosi certamente di atti aventi natura donativa (per lo più indiretta). In generale, i creditori del fondatore potranno impugnare l'atto di fondazione con l'azione revocatoria ordinaria per gli atti gratuiti (art. 2901 cod. civ.), dovendo però necessariamente transitare per la previa domanda di separazione ex art. 512 cod. civ. nel caso in cui l'atto fondativo rivesta la forma del testamento: diversamente non sarebbe possibile individuare il legittimato passivo. La possibilità di esercitare queste azioni era stata originariamente prevista in modo espresso dal legislatore, ma poi soppressa nella redazione finale perché ritenute precisazioni ridondanti potendosi “agevolmente desumere dai principi generali” (così Relazione al Re, n. 28). Critico su questa scelta F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 215-2016. Su questi temi nello stesso senso anche F. FERRARA, *Le persone*, cit., 243; P. RESCIGNO, *Fondazione (diritto civile)*, cit., 801; M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche*, 2017, 6



a tale proposito che le peculiarità del negozio di costituzione delle fondazione sarebbero in realtà ancor più consistenti: per un verso, le previsioni citate, con particolare riferimento al potere di revoca, chiarirebbero la natura necessariamente unilaterale dell'atto di fondazione, anche quando più fossero i fondatori, come nel caso delle più recenti esperienze delle c.d. fondazioni di partecipazione²⁶; per altro verso, nel solo caso della fondazione, dovrebbe tenersi distinto l'atto costitutivo dall'atto di dotazione patrimoniale.

È indubbia la natura unilaterale dell'atto di fondazione nel modello tradizionale della fondazione di erogazione. Ovvio tale conclusione rispetto al testamento, ma anche con riferimento all'atto costitutivo *inter vivos* la soluzione dell'atto unilaterale appare l'unica immaginabile. Infatti, l'unico fondatore che destina beni appartenenti al suo patrimonio personale a fini altruistici non può che realizzare un negozio unilaterale nel costituire la fondazione. Diverso però si fa il ragionamento qualora si prendano in considerazione altre figure di fondazione che si sono diffuse nella prassi sin dal primo dopoguerra, come la fondazione-organizzazione in cui si è data forma giuridica l'iniziativa di una pluralità di fondatori, o di un altro ente, anche lucrativo, ad iniziative ideali di carattere culturale, di ricerca o anche ricreativo²⁷. Si pensi alle già menzionate fondazioni di partecipazione, ormai pacificamente ammesse nella prassi²⁸, le quali assicurano ad una pluralità di soggetti che assumano l'iniziativa di fondazione la possibilità di intervento nella definizione operativa delle relative attività con la creazione di un organo deliberativo simile all'assemblea degli associati, senza peraltro che sia indispensabile un'iniziale dotazione sufficiente ad assicurare il raggiungimento degli scopi statutari e il soddisfacimento degli interessi dei futuri creditori della fondazione.

Queste figure alternative alla fondazione di erogazione, nate dall'esigenza concreta di consentire un più ampio ricorso al modello fondazionale, appannaggio un tempo solo di pochi mecenati appartenenti alle classi sociali più abbienti, si pone in forte discontinuità con il modello tradizionale di fondazione, sotto vari profili. Quello che qui interessa maggiormente evidenziare è la natura dell'atto costitutivo dell'ente. La dottrina ripropone anche per questi enti la tesi dell'atto unilaterale, ritenendo che anche laddove più siano i fondatori, la costituzione della fondazione si è l'esito della sommatoria di una pluralità di atti unilaterali raccolti in un unico docu-

ridiche in generale. Le associazioni e le fondazioni, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, I, 2, Utet, 1982, 256. Sulla qualificazione negoziale dell'atto di fondazione la dottrina meno recente aveva espresso opinioni diverse. Cfr. R. NICOLÒ, *Negoziato di fondazione. Istituzione di erede*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1941, 386; A. CICU, *Testamento*, Giuffrè, 1969, 172; C. GANGI, *Successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Vol. I, Giuffrè, 1947, 240.

²⁶ Sul fenomeno delle fondazioni di partecipazione, anche per esempi concreti tratti da statuti di fondazione, v. principalmente E. BELLEZZA (a cura di), *Le fondazioni di partecipazione*, Atti del Convegno di Studio "Le Fondazioni di Partecipazione" del 25 novembre 2006 a Firenze, La Tribuna, 2006, *passim*.

²⁷ Ne tratta A. PREDIERI, *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali*, in AA. VV., *Proposte per una disciplina legislativa delle fondazioni culturali*, Atti del convegno internazionale promosso dall'Istituto accademico di Roma, dalla Fondazione Cini e dalla Fondazione Olivetti, Christen, 1967, 117 ss. a cui si deve il conio della sua definizione.

²⁸ E. BELLEZZA (a cura di), *Le fondazioni*, cit., *passim*.

JUS CIVILE



mento²⁹, che necessariamente implica la forme dell'atto pubblico *inter vivos* stante il divieto di testamento congiuntivo ex art. 589 cod. civ e dunque l'impraticabilità della soluzione dell'atto *mortis causa*.

La tesi della sommatoria di atti unilaterali consegna una serie di perplessità. *In primis* non è chiaro quale sia il vincolo giuridico (se ve ne sia uno) tra gli atti unilaterali dei singoli fondatori. Dovrebbe quantomeno essere ipotizzato un vincolo funzionale reciproco tale da poter condizionare validità ed efficacia dell'uno rispetto agli altri. Non è chiaro poi come si possa garantire, se non in via di mero fatto, che gli scopi dei singoli atti fondativi siano convergenti, che essi siano diretti a costituire un unico ente e non una pluralità di enti, che le regole statutarie coincidano perfettamente, e come si riesca ancor prima ad immaginare un ente creato contemporaneamente da più atti fondativi, con uno statuto che sia il frutto del contributo separato di diversi atti negoziali.

Un artificio potrebbe essere quello di ritenere che l'atto di fondazione sia realizzato da un solo fondatore e che gli altri vi aderiscano separatamente, oppure utilizzando il non agevole paradigma della fondazione fiduciaria. Non si uscirebbe così dallo schema dell'atto unilaterale di fondazione, riconducibile a quello proprio della fondazione di erogazione, ma verrebbe meno il presupposto essenziale della costituzione di queste fondazioni, ossia l'unità d'intenti dei fondatori, così da rendere questa soluzione, appunto, un artificio³⁰.

Non vi è ragione per non ritenere, allora, che in tal caso si sia di fronte ad un contratto di fondazione, come nel caso dell'associazione. Questa soluzione, che meglio aderisce alla realtà economico-sociale delle fondazioni con pluralità di fondatori, non è contraddetta dall'art. 14, comma 1, cod. civ., che non si occupa della natura dell'atto costitutivo (unilaterale/contrattuale), ma esclusivamente della sua forma (atto pubblico). Il comune proposito di dar vita ad un ente non lucrativo, di contribuire alla dotazione patrimoniale, alla definizione degli scopi da raggiungere e delle regole che governeranno l'attività necessaria per raggiungere quegli scopi, di concordare eventualmente la creazione di un organo di rappresentanza, diretta o indiretta, in seno all'organizzazione dell'ente, di precisarne il ruolo e l'equilibrio funzionale rispetto all'organo amministrativo, e così via, trova tipicamente nel contratto di organizzazione la forma giuridica più adeguata.

Del resto, l'attenzione posta in questi casi dagli statuti al momento organizzativo della fondazione rispetto a quello patrimoniale richiede che si pongano regole certe e condivise sull'articolazione funzionale, con reciproco impegno al rispetto della disciplina organizzativa e degli impegni patrimoniali, il tutto incompatibile con la solitudine di tanti separati atti unilaterali.

²⁹ L'opinione risale a studi e riflessioni precedenti all'entrata in vigore del codice civile vigente. Cfr. F. FERRARA sr., *Le persone*, cit., 234; V.M. ROMANELLI, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, Cedam, 1935, 98.

³⁰ Problemi non secondari si potrebbero comunque configurare in concreto, come per il caso in cui l'originario fondatore non consentisse poi l'adesione degli altri "promotori" della fondazione, o non rispettasse il mandato fiduciario ricevuto.

JUS CIVILE



li quanti sono i fondatori. Se poi si consideri che la struttura di queste particolari fondazioni è aperta, nel senso che viene data possibilità ad altri soggetti di aderire alla fondazione apportando adeguato sostegno economico all'attività, il modello del contratto di organizzazione si dispone a risolvere in modo del tutto soddisfacente il tema della forma giuridica dell'atto (di costituzione prima, e poi) di adesione.

Si potrebbe obiettare che una fondazione costituita per contratto renderebbe illogica la previsione dell'art. 15 cod. civ. relativa alla revoca della fondazione. Una simile obiezione proverebbe troppo. La citata previsione presuppone certamente che l'atto fondativo sia unilaterale, poiché il potere unilaterale ed indiscriminato di revocare l'atto di fondazione non avrebbe senso qualora la fondazione fosse costituita per contratto. Ma il fatto che l'art. 15 cod. civ. si applichi alle fondazioni costituite per atto unilaterale definisce solo il suo ambito soggettivo di applicazione, non esclude di per sé che possano essere costituite fondazioni per contratto. In tale ultima evenienza l'art. 15 cod. civ. non troverà applicazione, come del resto si ricava dall'utilizzo dell'espressione sempre al singolare di "fondatore" nel testo dell'articolo. In altre parole, l'art. 15 cod. civ. non è una norma che definisca la fattispecie costitutiva della fondazione; è solo l'art. 14 cod. civ. ad occuparsene, e dal tenore letterale di questa disposizione si traggono, come ricordato, solo indicazioni generali sulla forma degli atti costitutivi di associazioni e fondazioni, che può attingersi allo stesso modo ad atti unilaterali come a contratti³¹.

La qualificazione dell'atto costitutivo della fondazione come atto necessariamente unilaterale è solo un retaggio della tradizionale configurazione della fondazione come fondazione di erogazione, oggi peraltro ipotesi vieppiù recessiva e confinata entro ipotesi fenomenologiche limitate³². Non vi sono dati testuali che escludano la costituzione di fondazioni con una pluralità di fondatori, né che limitino la costituzione della fondazione all'utilizzo di negozi unilaterali. Per di più, dottrina e giurisprudenza tendono comunque ad applicare all'atto di fondazione le norme che regolano i contratti, in quanto compatibili³³, il che conforta ulteriormente l'assunzione che non vi siano divieti di diritto positivo alla creazione di fondazioni per contratto.

Sempre in tema di atto costitutivo, un ulteriore piano di distinzione tra associazioni e fondazioni riguarda il meccanismo della dotazione della fondazione. Tradizionalmente in materia di costituzione della fondazione si usa distinguere tra il negozio di fondazione propriamente detto e l'attribuzione patrimoniale a favore dell'ente funzionale a costituire la dotazione necessaria per raggiungere lo scopo.

³¹ Del resto le frequenti ipotesi di fondazioni costituite per legge (su cui si tornerà *infra*) rimarcano la neutralità del modello costitutivo della fondazione rispetto ad un "tipo" costruito sull'archetipo dell'atto unilaterale.

³² Ne discute A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e delle istituzioni culturali di diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1117 ss., ove si rileva che le fondazioni di erogazione già all'epoca in cui l'Autore scriveva si presentavano come modello utilizzato fondamentalmente per le fondazioni-biblioteche o fondazioni-musei.

³³ V. SCALISI, *Le fondazioni: A) il negozio di fondazione. La distinzione tra associazioni e fondazioni e l'abuso della personalità giuridica*, in *Casi e Questioni di Diritto Privato*, Diretto da M. Bessone, I, 1993, 449; R. SENIGLIA, *Fondazione*, cit., 517.

JUS CIVILE



L'enfasi sul requisito patrimoniale nella fondazione è il portato della concezione della fondazione quale patrimonio destinato ad un scopo. Dovendo dotare la fondazione di un patrimonio idoneo a raggiungere gli scopi statutari, tale da consentire all'istituendo ente di operare per il raggiungimento dei suoi scopi, è necessario che il trasferimento della dotazione patrimoniale dal fondatore alla fondazione avvenga attraverso un atto la cui identificazione sia inequivoca. La specifica funzione dell'atto di dotazione, intimamente connesso all'atto di fondazione ma al contempo destinatario di una particolare attenzione quanto alla sua esatta qualificazione giuridica, ha condotto la dottrina maggioritaria a ritenerlo un atto distinto dall'atto di fondazione, sia pure funzionalmente collegato ad esso³⁴. Secondo questa impostazione, con l'atto costitutivo si crea il nuovo centro di imputazione giuridica, e così, una volta che sia possibile instaurare una relazione giuridica tra il fondatore e l'ente, può realizzarsi il trasferimento a titolo gratuito della dotazione patrimoniale in favore della già costituita fondazione. Il trasferimento acquista così la fisionomia di una donazione, se la dotazione avviene per atto *inter vivos*, o diversamente di un legato o di un'istituzione di erede.

Altra parte della dottrina ritiene invece che la dotazione patrimoniale sia un tutt'uno con l'atto di fondazione: sebbene nella prassi accada che l'atto di dotazione segua e sia contenuta in un documento separato rispetto all'atto di fondazione, l'uno e l'altro si presentano come negozio unitario³⁵. In questa prospettiva l'attribuzione patrimoniale non assume un'autonoma rilevanza causale come donazione, legato o istituzione di erede, bensì ripete la propria causa nell'atto di fondazione, di cui costituisce parte integrante. La scomposizione in due atti di fondazione e dotazione appare una forzatura, che sarebbe frutto dell'abitudine dei giuristi a “*riconduurre alla tipologia giuridica tradizionale le figure da essa difformi*”³⁶. Fondazione dell'ente e dotazione sono invece elementi costitutivi di una fattispecie legale tipica³⁷.

Quale sia l'opzione interpretativa che si preferisca, la questione non sembra porre problemi

³⁴ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Giuffrè, 1957, 283; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffrè, 1954, 10; C.M. BIANCA, *Diritto Civile. I: La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, 2002, 309; P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 801; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2017, 169.

³⁵ V.M. ROMANELLI, *Il negozio*, cit., 91, F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 203 ss.

³⁶ F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 205.

³⁷ La posizione della giurisprudenza è stata tradizionalmente favorevole alla tesi della separazione causale tra costituzione e dotazione. Cfr. Cass., 10 luglio 1984, n. 4024, in *Massim. Foro it.*, 1984; Cass., 27 febbraio 1997, n. 1806, in *Arch. Civ.*, 1997, 616; Cass., 18 ottobre 1960, n. 2785, in *Foro amm.*, 1961, II, 49. Più recenti arresti giurisprudenziali, invece, mostrano aperture alla diversa tesi della unicità negoziale e causale: cfr. Cass., 8 ottobre 2008, n. 24813, in *Riv. not.*, 2009, 679, in cui la Suprema Corte prende posizione sul superamento del previo indirizzo interpretativo: “La netta bipartizione, operata nella dottrina e nella giurisprudenza risalenti, tra l'atto di fondazione, diretto alla creazione di un nuovo soggetto di diritto, e l'atto di dotazione patrimoniale in favore dello stesso, costituente il contenuto tipico del testamento, ha lasciato spazio, nelle elaborazioni successive, ad una diversa ricostruzione del fenomeno, caratterizzata da una sostanziale inscindibilità fra i due momenti”. In tal senso una recente pronuncia della Suprema Corte (Cass., 10 maggio 2017, 16409, in *Giust. Civ. Mass.* 2017) la quale, ripercorrendo gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul tema, opta per la tesi unitaria e nega la natura di atto donativo alla costituzione della fondazione, a cui viene attribuita causa autonoma.

JUS CIVILE



diversi dal conferimento patrimoniale dell'associato rispetto al contratto associativo. Nonostante il dibattito sulla dotazione patrimoniale dell'ente come atto separato dalla sua costituzione abbia riguardato fundamentalmente la sola fondazione, anche nel caso dell'associazione si pone analogo quesito: creare un soggetto nuovo in uno con la sua dotazione patrimoniale o prima costituire l'ente e quindi conferire le quote associative dopo la sua generazione. In entrambi i casi vi è l'esigenza della sufficienza ed adeguatezza del patrimonio rispetto agli scopi statuari.

La legge, in realtà, non si occupa della dotazione patrimoniale come atto. L'art. 16 cod. civ. menziona tra i contenuti di atto costitutivo e statuto "*l'indicazione [...] del patrimonio*" così lasciando intendere che la consistenza qualitativa e quantitativa della dotazione patrimoniale deve essere chiaramente indicata già nell'atto costitutivo, ma non dedica attenzione al meccanismo giuridico attraverso il quale avviene in concreto la separazione e reintestazione della massa patrimoniale in favore dell'ente, sia esso fondazione o associazione. In ambo i casi, però, deve emergere con altrettanta chiarezza il rapporto funzionale e di adeguatezza della dotazione rispetto allo scopo. Infatti l'art. 1, comma 3, d.p.r. 361/2000 annovera tra le condizioni di rilascio della personalità giuridica che "*il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo*".

Considerando che il richiedente deve allegare alla domanda di riconoscimento una copia autentica dell'atto costitutivo e dello statuto (art. 1, comma 2, d.p.r. 361/2000), si trae conferma della necessità che già nelle tavole fondazionali sia illustrato ogni aspetto relativo alla dotazione patrimoniale: identità, valore, adeguatezza al raggiungimento dello scopo. Ma ancora una volta non si trovano disposizioni normative che si occupino dell'atto di dotazione in quanto tale.

Se dall'analisi dell'atto si passi ad osservare la funzione da esso svolta rispetto al completamento della fattispecie costitutiva, l'atto – comunque qualificato – con il quale il fondatore provvede alla destinazione di quella parte del patrimonio personale già espressamente individuata nelle tavole fondazionali va inteso come atto esecutivo del programma statutario³⁸. Sia nel caso dell'associazione che in quello della fondazione, qualora la dotazione non sia contestale alla costituzione dell'ente, deve comunque realizzarsi l'effetto traslativo in favore dell'ente, che deve essere dotato in concreto delle risorse già indicate nello statuto e anche in ragione delle quali è stata conferita la personalità giuridica all'ente. In ciò l'atto di dotazione della fondazione è in tutto e per tutto corrispondente al conferimento patrimoniale dell'associato: in entrambi i casi si tratta di un adempimento negoziale dell'impegno assunto con l'atto costitutivo o con il successivo atto di adesione. Le norme applicabili sono le medesime e non vi sono indici normativi che legittimino una diversa considerazione della dotazione patrimoniale della fondazione rispetto a quella dell'associazione.

La diversa consistenza patrimoniale tra il contributo associativo e la dotazione di fondazione e la possibilità di costituire fondazioni per via testamentaria hanno comprensibilmente generato una linea di discussione e una prassi differenziata; ma la qualificazione giuridica dell'atto di

³⁸ Tant'è che anche coloro che difendono la tesi della separazione causale non mancano di evidenziare la stretta complementarietà tra i due negozi. Si vedano gli Autori citati *supra* alla nota 34.

JUS CIVILE



conferimento/dotazione rispetto al completamento della fattispecie costitutiva è la medesima, identiche essendo le disposizioni applicabili al riguardo.

4. – Si prenda ora in considerazione il requisito dello scopo, ed in particolare la sua configurazione tradizionale come scopo di pubblica utilità³⁹. Si è già accennato a quanto tale qualificazione dello scopo abbia rivestito storicamente un ruolo essenziale nell'elaborazione della figura della fondazione. Vincolare l'esistenza stessa della fondazione al perseguimento di uno scopo non semplicemente non lucrativo, ma specificamente pubblico, era la condizione necessaria per legittimare l'esistenza delle fondazioni in uno Stato che avocava a sé il controllo delle attività volte a soddisfare i bisogni della collettività. Il percorso di "normalizzazione" della fondazione nel contesto politico-culturale dello Stato ottocentesco e primo novecentesco doveva transitare attraverso la pubblicizzazione delle formazioni sociali che si ponessero come obiettivo il perseguimento di interessi non lucrativi, altruistici.

La parabola del processo di statalizzazione delle attività di tutela, promozione e protezione degli interessi generali comincia a mutare traiettoria quando entra in crisi la capacità dello Stato di farsi tutore e unico artefice degli interventi in campo sociale, culturale, assistenziale ed educativo. Nella seconda metà del '900 si assiste al venire meno dell'unità ed organicità della dell'interesse generale e quindi della pubblica utilità; aumenta la richiesta di servizi di pubblica utilità con l'avvento del *Welfare State*, ma lo Stato da solo non è più in grado di fornire adeguate risposte alle esigenze di una collettività generale diventata società pluralista. E la Carta costituzionale ha fornito la definitiva consacrazione del pluralismo non solo degli interessi, che si traducono in libertà e diritti fondamentali, ma anche delle formazioni sociali in cui si realizza la soddisfazione delle esigenze dei consociati⁴⁰. Formazioni sociali che si generano quale aggregazione spontanea per assecondare la comune esigenza di una collettività di persone che per il tramite di queste articolazioni sociali si integrano nel corpo sociale.

I corpi intermedi non sono più, dunque, una minaccia per lo Stato, ma una risorsa per la collettività, ed in un certo senso anche per l'Amministrazione Pubblica per via della croniche difficoltà a far fronte con proprie risorse economiche all'erogazione di servizi per la collettività. Lo Stato non sottopone a vigilanza questi enti, ma al contrario oggi ne promuove la costituzione e

³⁹ Un'efficace rassegna delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali si ritrova in D. PREITE, *Lo scopo negli enti del primo libro del codice civile: nuovi sviluppi in dottrina e giurisprudenza*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Gli enti «non profit» in Italia*, Cedam, 1994, 285 ss. Per una rassegna degli orientamenti della giurisprudenza, tradizionalmente attestata su posizioni analoghe a quelle della dottrina, cfr. V. SCALISI (a cura di), *B) Lo scopo della fondazione. Le fondazioni di famiglia. Impresa di fondazione e fondazioni d'impresa*, in *Casi e questioni di diritto privato*, diretto da M. Bessone, cit., 462 ss.

⁴⁰ P. RESCIGNO, *Le società intermedie*, in ID., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Cedam, 1966, 58 ss.; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Cedam, 1989, 119 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Giuffrè, 1989, 16 in cui viene segnalato il nesso essenziale tra il riconoscimento e la garanzia delle formazioni sociali in Costituzione e il libero sviluppo della personalità individuale e collettiva.

JUS CIVILE



sostiene l'attività, anche in ottica di collaborazione con il sistema pubblico⁴¹. È così maturata la consapevolezza che alcuni bisogni sociali possono trovare soddisfazione solo nel contesto di una iniziativa privata, “*che lo Stato non impone, ma si limita a sollecitare attraverso una politica di incentivi, realizzata generalmente garantendo la deduzione fiscale dei contributi liberali*”⁴².

In una società pluralista è difficile allora individuare l'interesse generale e quindi dare un significato inequivoco alla “pubblica utilità”⁴³. Il ruolo delle istituzioni private, la loro configurazione ed organizzazione, non può che rispecchiare questo radicale mutamento di prospettiva. Esse non sono più veicolo di iniziativa privata ma di indole pubblica al raggiungimento di interessi generali di responsabilità statale, ma soggetti a cui viene rimessa la libera iniziativa di svolgere funzioni sociali al di fuori di un percorso tracciato dai pubblici poteri, i quali si limitano semmai ad incoraggiare la costituzione di tali enti tramite la leva fiscale, ma nel rispetto dell'iniziativa dei privati⁴⁴. La solidarietà sociale non è più una funzione esclusiva dello Stato, ma un obiettivo anche dei privati che lo Stato oggi incoraggia a perseguire e le cui traiettorie i privati possono tracciare liberamente nel rispetto dei confini di legittimità stabiliti dal legislatore⁴⁵.

La definizione degli scopi della fondazione, allora, debbono essere ridefiniti alla luce di questi nuovi parametri politico-sociali e costituzionali, che gettano nuova luce sul dato normativo primario e secondario in materia di fondazioni.

Se si analizza il dato normativo, non vi è traccia del requisito della pubblica utilità. A ben vedere nessuna norma si sofferma sulla natura o sui caratteri che deve rivestire lo scopo della fondazione (esattamente come accade nel caso dell'associazione). Serve allora verificare se, ciononostante, il requisito della pubblica utilità dello scopo della fondazione possa essere ricavato dal sistema.

L'art. 12 cod. civ. prevedeva per fondazioni, associazioni e le altre istituzioni di carattere privato⁴⁶ l'acquisto della personalità giuridica per il tramite di un decreto del Presidente della Repubblica. Nonostante il testo normativo non facesse menzione del tipo di procedimento amministrativo, si è ritenuto anche per analogia con altri simili poteri attribuiti al Capo dello Stato che il procedimento

⁴¹ M BASILE, *Associazioni e fondazioni: novità legislative e problemi aperti*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Gli enti*, cit., 20.

⁴² A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 45 ove si trovano approfondimenti bibliografici ulteriori anche di letteratura straniera.

⁴³ Dubitava della stessa possibilità di poter ancora parlare di autentico interesse generale M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, 597.

⁴⁴ Segnala questo cambiamento radicale N. LIPARI, *Il volontariato: una nuova dimensione culturale e giuridica del Welfare State*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 823 ss.

⁴⁵ Sul mutamento di prospettiva della solidarietà sociale nel diritto contemporaneo cfr. F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè 2002; S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Pol. dir.*, 2012, 525 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, 2014, *passim*.

⁴⁶ Parla in tal senso di categoria “aperta” per gli enti riconoscibili F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 160.

JUS CIVILE



fosse di natura concessoria⁴⁷ e comportasse quindi una valutazione di merito da parte della Pubblica Amministrazione connotata da ampia discrezionalità. Il legislatore del codice civile aveva scelto dunque per gli enti del libro primo un sistema (concessorio) diverso da quello (normativo) previsto per le società. Il decreto concessorio aveva natura costitutiva⁴⁸ e, ai sensi dell'art. 33 cod. civ., esso veniva poi annotato nel registro delle persone giuridiche con valore di pubblicità dichiarativa.

La storia dell'applicazione del sistema concessorio testimonia che l'Amministrazione abbia in concreto utilizzato i poteri discrezionali di cui all'art. 12 cod. civ. in modo penetrante. La mancata predeterminazione normativa dei requisiti in relazione ai quali decidere del rilascio o meno della personalità giuridica alimentava l'esercizio di un potere che si estendeva a valutare caso per caso la stessa opportunità del rilascio della personalità giuridica⁴⁹, ed ha sollevato critiche in dottrina, sia per l'utilizzo della discrezionalità amministrativa in modo spesso arbitrario e scarsamente prevedibile, sia con riguardo ai tempi molto lunghi di completamento del procedimento⁵⁰.

Con la riforma introdotta dal d.p.r. n. 361/2000⁵¹, abrogato l'art. 12 cod. civ., il riconoscimento è oggi regolato dall'art. 1, comma 3, del citato decreto, il quale prevede che “*Ai fini del riconoscimento è necessario 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*”. Si è aperto un dibattito in dottrina sulla natura del nuovo procedimento di riconoscimento, ossia se esso abbia semplificato il procedi-

⁴⁷ Sulla natura dell'atto amministrativo di riconoscimento/rilascio della personalità giuridica cfr. C. MAIORCA, *Il riconoscimento della personalità giuridica degli enti privati*, Tip. Michele Montaina, 1933; E. TOSATO, *Il riconoscimento degli enti morali nella teoria degli atti amministrativi*, Cedam, 1933; E. BASSI, *Contributo allo studio dell'atto di riconoscimento della personalità giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 910, che definisce “discrezionalità politica” la natura dei poteri di concessione della personalità giuridica agli enti privati del libro primo del codice civile.; G. MOTZO, E. DE MARCO, M. FRANCHINI, U. ROSSI MERIGHI, *Le competenze amministrative del Presidente della Repubblica*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Cedam, 1990, 80.

⁴⁸ Cons. St., 24 aprile 1987, n. 283, in *Cons. St.*, 1987, I, 627. La dottrina maggioritaria era concorde. *Contra* F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 186.

⁴⁹ G. DI MARTINO, *Commento all'art. 1 D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle persone. Leggi collegate*, Utet, 2013, 549 ss.; A. AURICCHIO, *Associazioni riconosciute*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, 873 ss.; G. MENOTTI DE FRANCESCO, *Persona giuridica (diritto privato e pubblico)*, cit., 1035 ss.; G. PONZANELLI, *La nuova disciplina sul riconoscimento della personalità giuridica degli enti del libro primo del codice civile*, in *Foro it.*, 2001, V, 47 ss.; F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 170 ss.

In giurisprudenza cfr. Cons. St., 15 novembre 1995, n. 2835, in *Cons. St.*, 1997, I, 1156; Cons. St., 7 giugno 1995, n. 1342, in *Cons. St.*, 1995, I, 1635; Cons. St., 4 maggio 1994, n. 759, in *Cons. St.*, 1994, I, 1849; Cons. St., 13 ottobre 1993, n. 385, in *Foro Amm.*, 1994, 2153; Cons. St., 16 aprile 1980, n. 257, in *Cons. St.*, 1982, I, 600; Cons. St., 26 novembre 1980, n. 569, in *Cons. St.*, 1982, I, 1184; Cons. St., 27 luglio 1979, n. 178, in *Cons. St.*, 1981, I, 361.

⁵⁰ G. PONZANELLI, *La nuova disciplina*, cit., 46; M.V. DE GIORGI, *La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti regolati nel primo libro cod. civ. Commentario*, in *Nuove Leg. Civ. Comm.*, 2000, 1327; A. ZOPPINI, *Riformato il sistema*, cit., 295.

⁵¹ La letteratura che si è occupata della riforma del sistema dei controlli pubblici applicati agli enti del libro primo del codice civile è molto ampia. Oltre agli Autori citati nella nota precedente, cfr. M.V. DE GIORGI, G. PONZANELLI, A. ZOPPINI, *Il riconoscimento delle persone giuridiche. D.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361*, Ipsosa, 2001; M. V. DE GIORGI, *La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti senza scopo di lucro*, in *Studium iuris*, 2000, 499 ss.

JUS CIVILE



mento senza però mutarne il carattere concessorio⁵², o se invece abbia introdotto un sistema normativo⁵³, analogo a quello originariamente elaborato nel nostro codice civile per l'attribuzione della personalità giuridica alle società. Muta in ogni caso il ruolo dell'Amministrazione Pubblica, che non è più quello di valutare l'opportunità dell'attribuzione della personalità giuridica, ma solo di verificare il rispetto dei requisiti formali prescritti all'art. 1, comma 3. d.p.r. n. 361/2000⁵⁴. Con il passaggio ad un sistema di controlli di mera legittimità, si è dunque perduto definitivamente il carattere storico-politico che il riconoscimento pubblico aveva assunto sino alla compilazione del codice civile del 1942, dissolvendosi assieme all'ostilità per i corpi intermedi, per le formazioni sociali diverse dallo Stato, per le fondazioni in particolare.

Ebbene, l'introduzione del nuovo regime ha portato ulteriori argomenti contro il necessario perseguimento di scopi di pubblica utilità per le fondazioni. Mentre la *ratio* del sistema concessorio era espressione di un *placet* agli enti che perseguissero fini coerenti con quelli dell'ordinamento, tra i requisiti in presenza dei quali oggi l'ordinamento giuridico conferisce il crisma della personalità giuridica agli enti privati, il citato art. 1, comma 3, d.p.r. 361/2000 richiede esclusivamente la possibilità e liceità in relazione allo scopo⁵⁵. In coerenza con la libertà fondamentale di associazione proclamata all'art. 18 Cost. e più in generale con il riconoscimento e la promozione delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., per conseguire l'iscrizione al registro delle persone giuridiche non viene imposto alcun obbligo conformativo riguardo allo scopo (né riguardo ad altri contenuti dell'atto costitutivo o dello statuto). Coerentemente la novella del 2000 non ha previsto un il controllo pubblico dei requisiti per l'attribuzione della personalità giuridica, avendo abolito ogni discrezionalità amministrativa su di esso. La stessa espressione normativa, nell'evidenziare l'ovvio e cioè che lo scopo dell'ente riconoscendo debba essere possibile e lecito, non avrebbe altro significato se non quello di chiarire in senso negativo il dubbio sulla persistenza del requisito della pubblica utilità dello scopo⁵⁶. Troverebbe così testuale conferma il riconoscimento della libertà del fondatore di determinare gli scopi statutari a suo piacimento, perseguendo anche interessi egoistici ed economici, accanto quelli altruistici ed ideali, che parte della dottrina aveva segnalato utilizzando l'espressione "*scopi ego-altruistici*"⁵⁷.

⁵² C.M. BIANCA, *Diritto*, cit., 329, M.V. DE GIORGI, *Delle persone giuridiche*, cit., 96; R. SENIGAGLIA, *Fondazione*, cit., 515.

⁵³ Soluzione largamente preferita in dottrina. Per tutti cfr. F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 158 ss.

⁵⁴ L'iscrizione nel registro delle persone giuridiche acquista valenza di pubblicità costitutiva, non più dichiarativa come in passato. Cfr. M.V. DE GIORGI, *La riforma del procedimento*, cit., 1334 s.; M. STALTERI, *Registro delle persone giuridiche*, in M.V. DE GIORGI, G. PONZANELLI, A. ZOPPINI, *Il riconoscimento*, cit., 89.

⁵⁵ Va segnalato che talora le Amministrazioni prefettizie e regionali, oggi competenti per l'iscrizione nei registri delle persone giuridiche, e la giurisprudenza amministrativa interpretano la "liceità" dello scopo in modo più ampio della mera conformità a norme imperative, ordine pubblico e buon costume. Ne tratta G. DI MARTINO, *Commento*, cit., 560 in relazione a TAR Piemonte, 25 luglio 2002, n. 1149 e TAR Lazio-Roma, 23 febbraio 2009, n. 1847; V. G. GUARINO, *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le Fondazioni in Italia e all'estero*, Cedam, 1989, 11 ss.

⁵⁶ In tal senso A. ZOPPINI, *Riformato il sistema*, cit., 296.

⁵⁷ L'espressione si trova in D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione: evoluzione*



Questa interpretazione riduce sensibilmente le distanze tra la fondazione e l'associazione: anche alla prima va riconosciuta la possibilità di perseguire una gran varietà di scopi, anche di carattere personale, e non solo di pubblica utilità. È stato rilevato, a contrario, che il riconoscimento della libera determinazione di scopi statutari, anche di indole personale, collida con il carattere essenziale della tipologia della fondazione, ossia la destinazione del patrimonio di destinazione ad un fine specifico. Poiché un vincolo di tal genere avrebbe carattere eccezionale in ragione della sua diversione dai principi di libera circolazione della ricchezza e del libero sfruttamento dei fattori della produzione, dovrebbe considerarsi ammissibile la fondazione solo in presenza di uno scopo di pubblica utilità⁵⁸. A supporto di questa tesi viene invocato un principio di necessario perseguimento di fini di pubblica utilità tratto dall'analisi di norme che sono contenute in disposizioni che stanno fuori dal Capo II del libro primo del codice civile, come l'art. 699 cod. civ. in materia di sostituzione fedecommissaria⁵⁹. La norma, sovente invocata per limitare il particolare l'ammissibilità di fondazioni di famiglia⁶⁰, consente che per disposizione testamentaria possa essere legittimamente prevista l'erogazione di prestazioni periodiche, anche perpetue, solo in alcuni casi specifici e, più in generale, "per altri fini di pubblica utilità". Questa disposizione, per quanto pacificamente inapplicabile alle fondazioni, evidenzerebbe l'esistenza di un principio, appunto, di necessaria presenza di un fine di pubblica utilità quale giustificazione per il sacrificio del principio di libera circolazione della ricchezza⁶¹.

Questa argomentazione, oggi ancor più di un tempo, non appare condivisibile. Come è stato notato, l'art. 699 cod. civ. si occupa di una fattispecie sensibilmente diversa da quella della fondazione per poter trarre argomenti di carattere generale che accomunino le due ipotesi; la *ratio* di questa norma sta nel rendere possibile attribuzioni *mortis causa* che altrimenti non sarebbero possibili ai sensi dell'art. 462 cod. civ., trattandosi di soggetti incapaci di succedere al momento dell'apertura della successione⁶². Più in generale, le norme che limitano l'apposizione di vincoli

della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale, in *Riv. dir. comm.*, 1975, 301 ss., ma in precedenza era stata già utilizzata, sia pure in un diverso contesto, da W. BIGIARI, *La professionalità dell'imprenditore*, Cedam, 1948, 66. Nella stessa direzione G. MARICONDA, A.A. CARRABBA, *Su alcuni profili di documentazione delle associazioni e fondazioni svolgenti attività commerciale*, in AA. VV. *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, vol I., Giuffrè, 1990, 37 ss.; G. MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Giuffrè, 1984, 178; A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 55 ss.

⁵⁸ Così F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 225 ss.

⁵⁹ Ma a volte vengono invocate previsioni ulteriori, tutte accomunate dal disfavore legislativo per l'apposizione di vincoli di non breve durata all'utilizzo di beni, come gli artt. 796-799 cod. civ. che contengono i termini massimi di durata dell'usufrutto, o gli artt. 692, comma 3, e 1379 cod. civ. a proposito di limiti di lunga durata al diritto di proprietà.

⁶⁰ Sul tema si tornerà diffusamente *infra* al paragrafo 8.

⁶¹ Si è anche sostenuto che la fondazione potrebbe costituire un *escamotage* per aggirare il divieto di sostituzione fedecommissaria (art. 692 cod. civ.). Non si può certo escludere che ciò possa accadere in concreto, ma allora parleremmo di un'ipotesi di abuso della fondazione, quindi un uso "patologico" dell'istituto da valutare caso per caso e in concreto. Altro invece è ritenere che una fondazione che non persegua fini di pubblica utilità per ciò stesso, e quindi con valenza universale, violi il divieto di sostituzione fedecommissaria.

⁶² Così M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie. Artt. 679-712*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, 1965, p. 424 ss.

JUS CIVILE



prolungati alla circolazione di beni sono pensati in ragione delle conseguenze negative in termini di utilizzo efficiente delle risorse economiche; ciò che non necessariamente accade nel caso di patrimoni destinati al raggiungimento degli scopi di una fondazione⁶³.

Peraltro, la difesa del requisito della pubblica utilità degli scopi della fondazione in ragione della supposta esistenza di un principio di diritto positivo di segno contrario, parte da una petizione di principio, ossia che la fondazione realizzi un'eccezionale ipotesi di "immobilismo" patrimoniale lecita solo in ragione del carattere pubblico dello scopo. Ancora una volta la raffigurazione storica della fondazione influenza la ricostruzione teoria dell'istituto. Non vi è alcuna previsione normativa, né dentro né fuori dal Capo II del libro primo del codice civile, che imponga la destinazione della dotazione della fondazione al perseguimento in perpetuo dello scopo fondazionale, così come non sussiste alcun divieto di modificare lo scopo e la dotazione patrimoniale della fondazione. Gli studi sulle fondazioni di partecipazione⁶⁴ dimostrano che non sia in contrasto con alcuna previsione normativa l'elaborazione di statuti di fondazioni in cui possa essere prevista la modifica della dotazione patrimoniale nel tempo o la sua costituzione progressiva anche per il tramite di rendite o investimenti operati dalla stessa fondazione e poi incamerati a titolo di capitale⁶⁵.

Del resto, è dubbio che si possa ancora sostenere che un vincolo di destinazione patrimoniale sia una discontinuità dal sistema attuale del diritto positivo. Negli ultimi decenni si sono moltiplicate le ipotesi legislative di vincoli di destinazione patrimoniale (si pensi ai patrimoni destinati ad uno specifico affare *ex art. 2447-bis* cod. civ. e agli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela *ex art. 2645-ter* cod. civ.), così come hanno passato il vaglio di compatibilità con l'ordinamento interno soluzioni negoziali provenienti da esperienze straniere (primo tra tutti il *trust*) o sulla cui ammissibilità erano state espresse perplessità (come nel caso delle intestazioni fiduciarie di beni o di quote sociali). Invero in alcuni di questi casi la destinazione patrimoniale è ammessa in funzione del raggiungimento di fini meritevoli di tutela, ma non in tutti i casi, come nel *trust* o nell'intestazione fiduciaria, e comunque i fini di tutela non sono qualificabili necessariamente a protezione di pubblici interessi⁶⁶.

Altro argomento opposto all'ammissibilità di scopi di fondazione non di pubblica utilità è tratto dall'art. 31, comma 2, cod. civ., ed in particolare dalla previsione in base alla quale, in caso di mancanza di una scelta statutaria sulla destinazione dei beni del patrimonio dell'ente al

⁶³ Interessanti le riflessioni in tal senso di G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 314.

⁶⁴ Principalmente E. BELLEZZA (a cura di), *Le fondazioni*, cit., *passim*.

⁶⁵ Sicché, se anche si potesse ricavare in via interpretativa dal sistema un divieto di destinazione perenne di una dotazione patrimoniale al raggiungimento di uno scopo fondativo non di carattere pubblico, la conseguenza sarebbe il diniego di iscrizione al registro delle persone giuridiche della singola fondazione che prevedesse l'immobilizzazione perenne della dotazione patrimoniale (ponendo, ad esempio, un vincolo assoluto di indisponibilità di un bene della dotazione). Ma gli statuti delle fondazioni – ed è questo il punto – potrebbero non prevedere un vincolo di tal genere, e così si sottrarrebbero al pericolo di vedersi negato il conferimento della personalità giuridica.

⁶⁶ Si pensi anche al caso del fondo patrimoniale, che realizza un vincolo di destinazione patrimoniale nell'interezza della famiglia, e dunque nel perseguimento di interessi certo non egoistici ma non di utilità sociale.

JUS CIVILE



termine della fase di liquidazione, il patrimonio delle associazioni e fondazioni vada devoluto “ad altri enti che hanno fini analoghi”⁶⁷. Questa previsione sancirebbe il divieto della devoluzione dei beni della fondazione a persone fisiche, compreso il fondatore. Si aggiunge che anche l’art. 28, comma 2, cod. civ., nel prevedere che l’autonomia statutaria possa impedire la trasformazione della fondazione come alternativa alla sua estinzione quando sia stabilita la “devoluzione dei beni a terze persone”, si troverebbe conferma dell’intenzione del legislatore di non consentire che i beni di dotazione della fonazione rientrino in possesso del fondatore o dei suoi eredi. La ragione di tale previsione risiederebbe proprio nella pubblica utilità dello scopo della fondazione.

Questa opinione non tiene nella dovuta considerazione che, tanto la devoluzione ad enti con fini analoghi (art. 31, comma 2, cod. civ.), quanto la devoluzione dei beni a terze persone (art. 28, comma 2, cod. civ.), sono opzioni che l’autonomia statutaria del fondatore può liberamente decidere di non adottare. Così, la devoluzione ad enti con fini analoghi ricorrerà solo se non sia stato diversamente disposto dal fondatore, il quale potrà disporre anche eventualmente il rientro della dotazione nel suo patrimonio; la devoluzione a terzi come alternativa allo scioglimento della fondazione è rimessa alla volontà del fondatore, che può anche esprimersi diversamente⁶⁸. Si è replicato che in realtà l’autonomia statutaria dovrebbe essere limitata all’individuazione degli enti a cui destinare i beni residui della fondazione⁶⁹, ma non vi è ragione fondata sul diritto positivo per sostenere un’interpretazione così restrittiva. Del resto, la stessa sottolineatura del riferimento ad altro ente, e non anche ad una persona fisica, ha una limitata rilevanza pratica se si considera che nulla vieta che le fondazioni siano costituite dietro iniziativa di una società o di un’altra fondazione, e quindi da una persona giuridica. La terzietà nella devoluzione dei beni della fondazione è dunque una soluzione che il legislatore contempla perché ritiene “compatibile” con la natura dell’ente, ma non la impone, riservando al contrario un ruolo centrale all’autonomia statutaria. La diversa opinione, invece, sembra invertire la logica del ragionamento, partendo dal dogma dell’utilità sociale degli scopi per negare che sia possibile la restituzione dei beni della fondazione al fondatore o ai suoi eredi, che invece è la tesi da dimostrare.

Anche il riferimento alla “scarsa utilità” dello scopo che l’art. 28, comma 1, cod. civ. menziona come causa di possibile estinzione o trasformazione della fondazione è stato additato in dottrina quale indice normativo della necessaria pubblica utilità degli scopi della fondazione. Ancora una volta l’argomentazione prova troppo. Il legislatore parla di scarsa utilità, non di

⁶⁷ F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 366 in cui l’Autore contesta la posizione contraria assunta da R. COSTI, *Fondazione*, cit., 14, ove si esprime un’opinione estremamente liberale sulla compatibilità con la forma giuridica della fondazione del perseguimento di scopi di ogni genere, anche individualistici.

⁶⁸ Sull’argomento, per considerazioni analoghe, cfr. A.A. CARRABBA, *Lo scopo delle associazioni e delle fondazioni* (art. 1, co. 3, D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 261), in *Riv. not.*, 2001, 763 ss. il quale sottolinea inoltre che nessun ostacolo ad una devoluzione interessata può essere rintracciato nella tutela dei terzi creditori, i cui interessi sono protetti dalla disciplina in materia di liquidazione delle associazioni e fondazioni.

⁶⁹ F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., 367; G. PONZANELLI, *Le «Non Profit Organizations»*, in *Quad. giur. comm.*, Giuffrè, 1985, 156.

JUS CIVILE



scarsa utilità *pubblica*. Uno scopo deve sempre esserci naturalmente (art. 16 cod. civ.); qualunque sia in concreto l'interesse che lo scopo è teso ad assecondare, nell'ipotesi in cui esso, pur essendo ancora possibile da raggiungere e non esaurito, non fosse però in grado di assecondare in modo significativo ed efficiente il relativo interesse, allora saremmo di fronte ad uno scopo di scarsa utilità, ossia ad uno scopo che originariamente era in grado di assecondare egregiamente l'interesse sotteso, ma oggi non lo è più. In tali casi, *ex art. 28 cod. civ.*, si procederà con l'estinzione dell'ente avviando la fase liquidatoria o con la sua trasformazione, con modificazione dello scopo fondazionale. In tutto ciò non assume alcun rilievo normativo il fatto che l'interesse e il relativo scopo siano etero-diretti o egoistici, pubblici o privati, interessati o disinteressati. La norma in esame funziona perfettamente anche ipotizzando che lo scopo della fondazione non sia di pubblica utilità.

A ben vedere, la prassi operativa era già approdata a simili conclusioni anche vigente il sistema concessorio. Pur utilizzando in modo non sempre uniforme l'ampio potere discrezionale di cui disponevano, le Pubbliche Amministrazioni nell'attribuzione della personalità giuridica hanno concesso il riconoscimento a realtà molto distanti dalla fissità del modello tradizione del patrimonio vincolato ad uno scopo di pubblica utilità. E così, oltre alle già citate fondazioni-organizzazione e fondazioni di partecipazione, hanno ricevuto l'attribuzione della personalità giuridica anche fondazioni che svolgono attività d'impresa⁷⁰ e fondazioni-*holding*⁷¹. Si è parla-

⁷⁰ A. BARBA, *Associazione, fondazione e titolarità di impresa*, Jovene, 1996; R. COSTI, *Fondazione*, cit., 11 ss.; P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Riv. soc.*, 1967, 837-838; A. ZOPPINI, *Enti senza scopo di lucro e attività economiche*, in AA.VV., *Fondazioni e associazioni, Proposte per una riforma del libro primo del codice civile*, Maggioli, 1995, 207 ss.; G. MARASÀ, *Attività imprenditoriale e scopi mutualistici nelle associazioni del libro I del codice civile*, ivi, 189 ss.; G. PONZANELLI, *Gli enti*, cit., 175 ss.; A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Giappichelli, 2003. *Contra* però C.M. BIANCA, *Diritto*, cit., 315 il quale parla, nel caso di enti non lucrativi che svolgano attività d'impresa, di società di fatto; P. RESCIGNO, *Le fonti del diritto italiano*, II, Giuffrè, 2006, 53 secondo il quale l'attività imprenditoriale eventualmente svolta dalla fondazione va imputata personalmente a coloro che l'abbiano rappresentata.

La giurisprudenza ammette che le fondazioni possano svolgere attività imprenditoriale e possano conseguentemente essere assoggettate alla disciplina sul fallimento. Trib. Biella, 22 maggio 2015, in *Giur. it.*, 2016, 124; Trib. Gorizia, 18 novembre 2011, in *Fall.*, 2012, 6, 725; Cass., 27 maggio 2011, n. 11777, in *Giur. it.*, 2012, 4, 786; Trib. Milano, 28 ottobre 2011 e Trib. Milano, 11 maggio 2012, in *Dir. fall.*, 2012, 528; Cass., 16 marzo 2004, n. 5305 e App. Milano, 12 dicembre 2000, in *Dir. fall. società comm.*, 2005, 6, 843; C. App. Venezia, 20 luglio 2015, in *Giur. comm.*, 2017, 140 (con nota di G. Cavallaro, *La fondazione come imprenditore commerciale e il fallimento*) secondo cui "Una fondazione può svolgere attività imprenditoriale di natura commerciale quale modalità di realizzazione dei propri scopi statuari, attesa la compatibilità fra lo scopo non lucrativo, tipico della fondazione, e lo svolgimento di attività economica prevista dall'art. 2082 cod. civ. è sufficiente, infatti, rammentare che l'impresa non consiste nello svolgimento di un'attività necessariamente lucrativa, ben potendo caratterizzarsi per il compimento di un'attività produttiva oggettivamente economica, tesa al conseguimento di entrate remunerative dei fattori utilizzati, si da consentire nel lungo periodo la copertura dei costi con i ricavi".

Va tenuto in considerazione infine che nel caso di alcune fondazioni legali la qualifica della fondazione come impresa è testualmente prevista dalla legge. Si veda, ad esempio, per le fondazioni bancarie l'art. 3 della l. 218/1990, per le fondazioni lirico-sinfoniche l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 367/1991, o per le fondazioni di conservazione e valorizzazione di beni culturali l'art. 11, comma 2, d.m. n. 491/2001.

⁷¹ La giurisprudenza aveva ammesso sin dai primi anni '60 del secolo scorso l'ammissibilità di fondazioni con lo scopo di amministrare un patrimonio le cui rendite siano assegnate per compensare iniziative meritorie nel campo umanitario, scientifico artistico e sociale. Cons. St., 12 dicembre 1961, in *Cons. St.*, 1963, I, 656.

JUS CIVILE



to in tali casi di vera e propria “*metamorfosi dell’istituto*” della fondazione⁷², di sua “*mutazione genetica*” e di “*ibridazione*” con il modello associativo⁷³.

Quest’ultimo riferimento all’ibridazione tra le due figure soggettive di enti del libro primo appare particolarmente interessante. Aver riconosciuto al centro della dinamica delle fondazioni la figura del fondatore, a cui l’impostazione dogmatica tradizionale assegnava un ruolo invece marginale, di impulso iniziale e poi di soggetto terzo rispetto alle attività dell’ente, ed aver *de facto* superato il requisito qualitativo dell’utilità sociale dello scopo, ha fortemente ridotto le distanze tra fondazione e associazione. Associazioni a struttura fondazionale e, soprattutto, fondazioni a struttura associativa sono sempre più ricorrenti nella prassi. Giuridicamente l’aspetto più interessante di questa contaminazione è il presupposto dell’omogeneità della disciplina in materia di enti non lucrativi⁷⁴. La disciplina codicistica, privata delle sovrastrutture dogmatiche del passato, appare indicativa della configurazione non rivale della disciplina su associazioni e fondazioni e della disponibilità del tessuto normativo a lasciare ampi margini all’autonomia statutaria. Il modello della fondazione “asservita” al proprio patrimonio, immobilizzata da uno scopo statutario intoccabile con l’organo amministrativo onerato di compiti di mera esecuzione di quanto necessario per raggiungere lo scopo dell’ente, non rappresenta più la realtà vigente delle fondazioni in Italia. Si trovano statuti di fondazioni in cui il fondatore si riserva di incidere direttamente sulla vita dell’ente o indirettamente, attraverso la nomina o la revoca degli amministratori; si notano organismi rappresentativi dei fondatori con caratteristiche del tutto simili all’assemblea dell’associazione; vengono organizzati i poteri dell’organo amministrativo in modo da farne il motore dell’attività della fondazione, consegnando talora anche il potere di individuare in concreto gli obiettivi e le attività dell’ente.

Le conseguenze sul piano della configurazione giuridica degli assetti istituzionali ed organizzativi delle fondazioni sono rilevanti. Riguardo allo scopo, anzitutto: esso conserva la sua importanza cruciale nella definizione della fisionomia dell’ente, e deve essere definito necessariamente nell’atto costitutivo e nello statuto a norma dell’art. 16 cod. civ. e dell’art. 1 d.p.r. n. 361/2000. La sua definizione in concreto, tuttavia, non rispondendo più alla necessità di qualificarsi in termini di pubblica utilità, ben potendo perseguire l’ente anche scopi privati⁷⁵. Lo scopo può anche essere definito in modo generico; ciò che in passato conduceva a rifiutare la conces-

⁷² D. VITTORIA, *Le fondazioni*, cit., 316 ss.; M.V. DE GIORGI, *Le persone*, cit., 253 ss.; A. FUSARO, *Fondazione*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Utet, 1992, 360.

⁷³ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 62 e 64 ss.; V. SCALISI, *Le fondazioni*, cit., 454 ove si afferma che “Il tradizionale criterio di distinzione basato sulla prevalenza dell’elemento personale nelle associazioni e di quello patrimoniale nelle fondazioni ha ormai fatto il suo tempo”.

⁷⁴ Si parla in dottrina di neutralità della disciplina del codice in materia di organizzazione e funzionamento degli enti non lucrativi. R. COSTI, *Fondazione*, cit., 13 ss.; P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 832; A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 102; G. PONZANELLI, *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006, 421.

⁷⁵ A. A. CARRABBA, *Scopo di lucro e autonomia privata. La funzione nelle strutture organizzative*, Jovene, 1994, 309.

JUS CIVILE



sione della personalità giuridica⁷⁶. Spetterà poi all'organo amministrativo dare concretezza agli obiettivi da perseguire, anche eventualmente con il contributo del fondatore o dei fondatori. Correlativamente, allora, il vincolo di destinazione non può più essere inteso come definitiva funzionalizzazione del patrimonio del fondatore ad uno scopo immutabile, ben potendo variare nel tempo consistenza e specifico utilizzo.

La lettura proposta suggerisce l'incoerenza con il dettato normativo di modelli ricostruttivi rigidi; l'elaborazione delle norme di funzionamento dell'ente non rispondono ad un archetipo legale unitario. L'art. 16 cod. civ. individua nella sua prima parte i requisiti essenziali dell'atto costitutivo e dello statuto senza alcuna distinzione tra associazione e fondazione. Una fondazione che presenti una disciplina "sull'ordinamento e sull'amministrazione" che ricalchi il modello socio-economico dell'associazione⁷⁷ non è invalida, né consente più di attivare i poteri supplementari officiosi in sede di attribuzione della personalità giuridica che l'art. 2 disp. att. cod. civ., oggi abrogato, conferiva all'Amministrazione competente al rilascio del decreto di conferimento della personalità giuridica⁷⁸.

La fisionomia della fondazione di erogazione ha lasciato il posto ad una molteplicità di modelli, in cui è sempre più difficile rintracciare gli originari elementi caratterizzanti, e che mostra una capacità di adattamento ed una flessibilità assolutamente inattese se si osserva la storia dell'istituto. La riprova viene dallo stesso legislatore, che ha scelto il modello della fondazione in occasione di riforme strutturali di settore o di privatizzazione di enti pubblici⁷⁹. Si pensi, ad esempio, alle fondazioni bancarie (l. n. 218/1990 e d.lgs. 153/1999), alle fondazioni di enti lirici (d.lgs. n. 367/1996), alle fondazioni universitarie (l. n. 388/2000 e d.p.r. n. 254/2001).

Proprio dalla lettura del quadro normativo di questi interventi legislativi vengono alcuni spunti ulteriori di riflessione. Il legislatore ha adoperato il *nomen iuris* di fondazione per identificare enti giuridici disciplinati da regole mutuata dalla disciplina codicistica della fondazione e dalla relativa tradizione dogmatica, ma anche da quella di altri enti a struttura associativa, *in primis* le società di capitali, oltre che da regole proprie del regime degli enti pubblici⁸⁰. Pur

⁷⁶ Cfr. Cass., 27 febbraio 1997, cit., in cui si legge che "Ogni negozio istitutivo di fondazione, ai fini della sua validità ed efficacia, deve contenere, ai sensi dell'art. 16 cod. civ., la determinazione, operata dal fondatore e da costui non demandabile a terzi, dello scopo, non generico ed imprecisato, assegnato all'ente erigendo. Tale principio trova applicazione anche nell'ipotesi di fondazione disposta con testamento".

⁷⁷ Può accadere anche l'inverso: un'associazione che acquisita la fisionomia di una fondazione, come ad esempio accade qualora venga affidato fiduciarmente in gestione ad un'associazione un patrimonio destinato ad un scopo predeterminato e tendenzialmente immodificabile.

⁷⁸ Quest'ultima è stata la soluzione preferita in giurisprudenza. Cfr. nuovamente Cass., 27 febbraio 1997, cit., ove afferma che "non è causa di invalidità della volontà testamentaria la mancanza di una normazione inerente al governo dell'ente, poiché le disposizioni al riguardo possono essere dettate dalla autorità amministrativa ai sensi dell'art. 2, comma 2, disp. att. cod. civ."

⁷⁹ F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447.

⁸⁰ Per un'analisi del fenomeno delle c.d. fondazioni legali speciali o singolari cfr. S. DE GÖTZEN, *Le «fondazioni legali» tra diritto amministrativo e diritto privato*, Giuffrè, 2011; F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 45 ss.; F. MERUSI, *La priva-*



nell'estrema varietà dei diversi interventi normativi, le fondazioni legali di più recedente costituzione appaiono molto lontane dai modelli della prassi operativa attuale. Si tratta di enti assoggettati a presupposti e condizioni di costituzione estremamente rigidi, destinatari di regole sull'organizzazione e il funzionamento di prevalente carattere imperativo, affiancate ad un sistema di controlli pubblici molto più intensi e penetranti di quelli previsti dal d.p.r. n. 361/2000, ove l'autonomia statutaria ha un limitatissimo raggio di azione⁸¹.

Sotto altro profilo, è significativo che il legislatore abbia utilizzato il modello della fondazione – e non, ad esempio, quello della società di capitali – in casi in cui la disciplina dell'ente riveste un carattere misto pubblico-privato⁸², ma in cui la costituzione e il funzionamento della fondazione sono chiaramente destinati ad assecondare la soddisfazione di interessi pubblici. Sembra quasi un ritorno ad un passato in cui la fondazione veniva considerata compatibile con gli assetti istituzionali dell'ordinamento giuridico solo in quanto preordinata a raggiungere obiettivi di utilità sociale. Ma per altro verso si nota che varie ipotesi di fondazioni legali hanno carattere partecipativo, quindi ripropongono quell'ibridazione con la struttura organizzativa tipicamente associativa che anche la prassi operativa delle fondazioni di diritto comune sta sperimentando⁸³, e che è distante dal tipo storico della fondazione di erogazione.

La scelta della fondazione, giustificata proprio dall'assenza di un complesso normativo “in-

tizzazione, cit., 447; F. SCIARRETTA, *Associazioni e fondazioni con compiti di amministrazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2013, 951 ss.

⁸¹ Anche la riforma del c.d. “terzo settore” che ha condotto all'adozione del “Codice del terzo settore” (d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117) offre argomenti per un ripensamento del requisito della pubblica utilità dello scopo. Nel definire, infatti, il coacervo di soggetti che costituiscono gli “enti del terzo settore”, l'art. 4 del Codice annovera anche le fondazioni e precisa che detti enti rientrano nella definizione anzidetta qualora “costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale”. L'interesse generale va inteso, ai sensi dell'art. 5 del Codice, quale perseguimento “di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale” che il medesimo art. 5 provvede ad esemplificare. Tali finalità, in un certo senso associabili proprio al concetto tradizionale di pubblica utilità, sono considerate dal Codice una caratteristica peculiare che gli enti elencati all'art. 4 debbono possedere per acquisire la qualifica di enti del terzo settore, dal che si desume che potrebbero in concreto anche non possedere tale connotazione.

⁸² Da tempo la dottrina amministrativistica si confronta sul fenomeno ricorrente dell'utilizzo dei modelli soggettivi privatistici per disciplinare organismi collegati alla Pubblica Amministrazione, specie a partire dai primi anni '90 del secolo scorso e dalle politiche di privatizzazione degli enti pubblici, specie economici, con ampio utilizzo del modello societario. G. BERTI (a cura di), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Il Mulino, 1993; C. IBBA, *Le società «legali»*, Giappichelli, 1992; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Giappichelli, 1997; M.G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, 393; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 ss.; G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 25 ss.; G. ALPA, *La distinzione/ contrapposizione di diritto privato e di diritto pubblico nella giurisprudenza*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, I, 1 ss.; M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato*, Giuffrè, 1985; G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 661 ss.; C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393 ss.; F. DE LEONARDIS, *Legalità, autonomie e privatizzazioni*, in *Dir. amm.*, 2000, 241 ss.; M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519 ss.; S. AMOROSINO, *Le privatizzazioni in Italia: mito e realtà*, in *Foro amm.*, 1999, II, 1367 ss.; S. CASSESE, *Diritto pubblico e diritto privato nell'amministrazione*, in *Scritti in onore di S. Galeotti*, Giuffrè, 1988, Vol. 1, 173 s.

⁸³ S. DE GÖTZEN, *Le «fondazioni legali»*, cit., 9.

JUS CIVILE



gombrante” come quello delle società, mostra l’affezione del legislatore al modello tradizionale, rispetto al quale anzi si intravedono rigidità e limitazioni all’autonomia privata anche più robuste di quelle associate alla fondazione codicistica. Al contempo, però, non si smentisce la diffusa tendenza per le fondazioni di diritto comune a considerare il relativo modello aperto e flessibile, sia nel senso di attingere a modelli di tipo associativo, sia più in generale nel senso di ospitare e far convivere discipline ispirate ora alla rigidità imperativa del diritto pubblico, ora alla flessibilità dei modelli organizzativi di diritto privato. Le fondazioni legali svolgono attività d’impresa, e anche questo profilo non è di secondaria importanza nella ricostruzione sistematica dell’istituto.

Un’ultima considerazione può essere svolta dall’analisi del diritto positivo nell’ottica di una ridefinizione dei parametri identificativi della fondazione. Come già ricordato, l’art. 28 cod. civ. prevede che la Pubblica Amministrazione possa provvedere alla trasformazione della fondazione, come alternativa al suo scioglimento, quando “*lo scopo è esaurito o divenuto impossibile e di scarsa utilità, o il patrimonio è divenuto insufficiente*”⁸⁴. Tradizionalmente questa previsione veniva interpretata nel senso di consentire all’Amministrazione di mutare lo scopo della fondazione, sia pure discostandosi il meno possibile da quella originariamente prevista dal fondatore⁸⁵. Parte della dottrina ha ritenuto immaginabile, al di là della lettera dell’art. 28 cod. civ., che la trasformazione della fondazione per iniziativa pubblica possa implicare anche aspetti organizzativi⁸⁶, ma comunque non potesse mai trasformarsi in un ente commerciale, ed in particolare in una società di capitali⁸⁷. Presupposto argomentativo di quest’ultimo limite era nuovamente la presunta incompatibilità strutturale della fondazione con lo svolgimento di attività (commerciale) finalizzata ad uno scopo non pubblicistico.

Con la riforma societaria del 2003⁸⁸, è stata introdotta testualmente la possibilità di trasformare società di capitali in fondazioni e viceversa (artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* cod. civ.)⁸⁹. Apertosi il dibattito sul rapporto intercorrente tra la trasformazione della fondazione disciplinata dall’art. 28 cod. civ. e la trasformazione eterogenea prevista dal Libro V del codice civile, si è

⁸⁴ Alle trattazioni generali già citate in precedenza si menzionano sullo specifico tema delle trasformazioni delle fondazioni G. RIOLFO, *La trasformazione degli enti collettivi dal codice civile alle leggi speciali*, in *Contr. Impr.*, 1996, 921 ss.; M.V. DE GIORGI, *Le vicende estintive e modificative*, in M. BASILE, *Le persone*, cit., 430 ss.; A. FUSARO, *Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee ed altre interferenze della riforma del diritto societario sul «terzo settore»*, in *Contr. Impr.*, 2004, 294 ss.

⁸⁵ P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 808-809; G. IORIO, *Le fondazioni*, Giuffrè, 1997, 311; C. CORVESE, *Le trasformazioni eterogenee (con particolare riguardo alla trasformazione eterogenea in società di capitali)*, in A. PACIELLO (a cura di), *Contributi allo studio della trasformazione*, Jovene, 2010, 145 ss.

⁸⁶ D. VITTORIA, “*Il cambiamento del tipo*” per gli enti del I libro del codice civile, in *Contr. impr.*, 1992, 1149 ss.; M. SARALE, *Trasformazione e continuità dell’impresa*, Giuffrè, 1996, 88 ss.

⁸⁷ M.V. DE GIORGI, *Le vicende*, cit., 434; F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 358.

⁸⁸ Cfr. d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

⁸⁹ In generale sulle trasformazioni eterogenee con riferimento alle fondazioni M. MALTONI, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, Giuffrè, 2010; M. COSTANZA, *I soggetti*, cit., 66 ss. Cfr. anche L. DE ANGELIS, *La trasformazione eterogenea a dieci anni dalla riforma del diritto societario*, in *Giur. It.*, 2014, 473 ss.



concluso in dottrina che la disciplina della trasformazione eterogenea non l'abbia sostituita per via di abrogazione implicita, ma abbia previsto una nuova e distinta ipotesi di trasformazione della fondazione in società di capitali e viceversa⁹⁰. In effetti presupposti e procedimento di trasformazione sono distinti, sicché l'art. 28 cod. civ. conserva il suo specifico ambito di applicazione (trasformazione degli scopi della fondazione). Tuttavia, la previsione espressa di una trasformazione soggettiva, e non solo di scopo, della fondazione, e per di più in una società di capitali, demolisce il presupposto argomentativo nell'interpretazione tradizionale dell'art. 28 cod. civ. L'art. 2500-*octies*, comma 3, cod. civ., per il caso della trasformazione della fondazione in società di capitali, non richiede la modificazione dello scopo statutario, come invece prescrive l'art. 28 cod. civ. Ciò significa che il legislatore ipotizza che la fondazione possa raggiungere i suoi scopi statuari in forma di società di capitali senza dover necessariamente apportare modifiche genetiche ai fini dell'attività svolta sino a prima della trasformazione⁹¹. E così, la deliberazione dell'Amministrazione con cui viene accolta la richiesta della fondazione di trasformarsi in società di capitali non implica alcun intervento modificativo, se non quello della forma soggettiva in cui l'attività verrà svolta⁹². Non si può non vedere in questa previsione un'ammissione per via legislativa della possibilità per le fondazioni di svolgere attività d'impresa, e quindi contemplare scopi non pubblicistici: non avrebbe infatti alcun senso che il legislatore abbia previsto questa possibilità di trasformazione se non per consentire che un'attività già di tipo imprenditoriale possa essere svolta in una forma giuridica destinataria di norme specificamente pensate per lo svolgimento di attività d'impresa⁹³.

5. – La ricostruzione qui proposta degli elementi oggi caratterizzanti la fondazione comporta il riconoscimento di una maggiore prossimità strutturale e funzionale con l'associazione rispetto all'approccio tradizionale, e quindi induce a trattare delle caratteristiche convenzionalmente attribuite a fondazione e associazione solo in termini di normalità, non di necessità. *Normalmente*

⁹⁰ M. MALTONI, *I limiti dell'autonomia privata nelle trasformazioni eterogenee*, in *Riv. not.*, 2003, 1397 ss.; C. CORVESE, *Le trasformazioni*, cit., 148 ss.

⁹¹ Discutono della rilevanza di carattere generale di queste previsioni sulla ricostruzione dello statuto delle fondazioni S. DE GÖTZEN, G. IORIO, *Art. 28*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Artt. 11-73, Giuffrè, 2014, 275 ss.

⁹² S. CERRATO, *Origami giuridici: il fallimento delle fondazioni*, in *Giur. it.*, 2016, I, 128 ss. osserva che “dal dettato della norma risulta una sostanziale neutralità delle forme giuridiche rispetto ai contenuti economici e quindi all'attività svolta. L'unica distinzione risulta porsi sul piano funzionale, atteso che gli enti disciplinati dal Libro I del Codice civile destinano gli utili prodotti al perseguimento degli scopi altruistici ovvero li investono nell'attività commerciale che realizza direttamente lo scopo ideale senza distribuirli ai suoi membri, mentre i risultati economici disciplinati dal V Libro sono eterodestinati”.

⁹³ Nel senso che manchi tendenzialmente nelle fondazioni una struttura evoluta in grado di sostenere in adeguata maniera l'attività imprenditoriale quando essa si fa particolarmente articolata cfr. G. CARRARO, *Le trasformazioni eterogenee*, Giappichelli, 2010, 57, il quale parte però dal presupposto, qui discusso e criticato, dell'inesistenza di una componente plurisoggettiva e l'eterodirezione degli scopi.

JUS CIVILE



le associazioni si caratterizzano per l'elemento personale, consacrato nell'assemblea degli associati, mentre la fondazione in base all'elemento patrimoniale, dotazione funzionalizzata ad uno scopo ideale tendenzialmente altruistico. Ma non si può più escludere che caratteristiche proprie dell'una possano occasionalmente ritrovarsi nello statuto o nell'atto costitutivo dell'altra, non esistendo divieti tecnici ed anzi osservando nella prassi una costante ibridazione dei relativi modelli.

La consapevolezza dell'evanescenza degli steccati del passato ha progressivamente convinto la dottrina, sporadicamente alla fine degli anni '60 del secolo scorso⁹⁴, ma poi con una crescente comunanza di vedute a partire dagli anni '80 e '90⁹⁵, a sottolineare una tendenziale omogeneità della categoria degli enti senza scopo di lucro del codice civile. Questo orientamento è certamente condivisibile e indica un percorso che conduce a sostenere che gli articoli da 14 a 35 cod. civ.⁹⁶ e le norme contenute nel d.p.r. n. 361/2000 definiscano il nucleo di una disciplina comune per associazioni e fondazioni, con poche specifiche previsioni codicistiche applicabili in via esclusiva alle due tipologie di enti. Pur con tutti i denunciati limiti di completezza ed organicità, è possibile rinvenire nel complesso normativo citato un tessuto normativo comune ad associazioni e fondazioni, o, per meglio dire, a tutti gli enti non lucrativi in considerazione dell'attitudine delle disposizioni in materia di associazioni e fondazioni ad applicarsi anche a "le altre istituzioni di carattere privato" (art. 1, comma 1, d.p.r. n. 361/2000, ma già l'abrogato art. 12 cod. civ.).

Il tessuto normativo comune è composto anzitutto dalle norme che si applicano indistintamente ad associazioni e fondazioni, composte dagli artt. artt. 14, comma 1, 16 (ad esclusione delle specifiche disposizioni della seconda parte del comma 1), 18, 19, 27, 29-32, 35 cod. civ. e dalle previsioni del d.p.r. n. 361/2000 le cui previsioni hanno carattere generale. Vi rientrano norme relative alla fattispecie costitutiva, alla responsabilità dell'organo gestorio, alle cause comuni di estinzione e alla regolazione della fase di liquidazione, compresa la devoluzione dei beni del patrimonio dell'ente una volta completato il processo di cancellazione dal registro delle persone giuridiche.

⁹⁴ R. COSTI, *Fondazione*, cit., 46 ss.

⁹⁵ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., *passim*; V. SCALISI, *Le fondazioni*, cit., 454 ss.; A.A. CARRABBA, *Lo scopo*, cit., 764; G. DINACCI, *Art. 14 – Atto costitutivo*, in Commentario del Codice Civile, diretto da E. Gabrielli, cit., 2014.

⁹⁶ I riferimenti codicistici presi in considerazione in questo lavoro sono limitati alla disciplina dedicata ad associazioni e fondazioni come enti personificati. Si prescinde quindi dall'analisi della disciplina degli enti non personificati, ossia associazione non riconosciuta e comitato. La scelta di non estendere l'analisi alla disciplina degli enti di fatto è in parte dovuta al fatto che tra questi enti non vi è anche la fondazione di fatto, la cui ammissibilità – al di là dell'ipotesi prevista dall'art. 15 cod. civ. della fondazione costituita ma non ancora iscritta nei registri delle persone giuridiche – è discussa in dottrina. Peraltro, anche a voler ammettere la fondazione di fatto come tipologia ammessa o come ente atipico, ciò non toglierebbe che la disciplina dedicata alla coppia associazione-fondazione resti quella contenuta agli artt. 14-35 cod. civ. le norme in materia di associazioni non riconosciute hanno la specifica funzione di disciplinare il regime della responsabilità negoziale in assenza del beneficio della limitazione di responsabilità degli associati che l'associazione acquisisce solo con l'attribuzione della personalità giuridica. Si tratta di temi che, allo stato, non recano argomenti interessanti nella prospettiva che qui si discute. Quanto poi al fatto che il comitato possa essere considerato una fondazione non personificata, la dottrina è prevalentemente di segno contrario e comunque, anche nel caso della disciplina sui comitati, le norme degli artt. 39-42 cod. civ. si occupano quasi esclusivamente della responsabilità per le obbligazioni assunte dall'ente in regime di assenza di personalità giuridica.

JUS CIVILE



Vanno anche considerati alcuni principi generali tratti dalla disciplina specificamente dettata in materia di associazioni e fondazioni in ragione della citata contaminazione di regole organizzative e funzionali. È il caso, ad esempio, delle disposizioni in materia di disciplina della costituzione e funzionamento dell'assemblea e di regime delle delibere assembleari. Pur trattandosi di norme espressamente previste in tema di associazioni, tutte le volte in cui le fondazioni o "altre istituzioni di carattere privato" si dotassero di un organo di rappresentanza della pluralità dei fondatori e lo statuto non dettasse una disciplina completa, non potrebbe negarsi l'applicazione dei principi generali desumibili dagli artt. 20-23 cod. civ. applicabili espressamente all'assemblea e alle delibere assembleari delle associazioni, come ad esempio i principi relativi alle maggioranze per l'adozione delle delibere assembleari. Altrettanto può dirsi, ad esempio, per la disciplina del recesso dell'associato (art. 24 cod. civ.) con riferimento ad eventuali ipotesi di recesso del fondatore, come previsto in alcune ipotesi di fondazione di partecipazione⁹⁷.

Dovranno poi considerarsi incluse nello statuto normativo degli enti non lucrativi tutte quelle norme che si ricavano dalla lettura complessiva delle disposizioni dedicate ad associazioni e fondazioni nel confronto con il sistema. Tra queste norme, che si configureranno anch'esse prevalentemente come principi generali, rientra *in primis* il fine non lucrativo dell'attività dell'ente, che si ricava per differenza dal confronto con la diversa disciplina dedicata agli enti profit per eccellenza, ossia le società. L'art. 13 cod. civ. sancisce la netta separazione disciplinare tra le norme in materia di società, contenuta nel libro quinto del codice civile, e quelle del libro primo, alle quali bene si attaglia il carattere di non lucratività dei fini dell'attività proprio in virtù di questa separazione di norme e di *sedes materiae*⁹⁸. Si consideri ancora il principio di limitazione della responsabilità degli associati/fondatori, che è il portato primo e principale dell'attribuzione della personalità giuridica, e ancora il vincolo reale di destinazione del patrimonio dell'ente i cui frammenti di disciplina si ritrovano all'art. 32 cod. civ.⁹⁹

Si transita in questo modo da una originaria concezione di associazione e fondazione come

⁹⁷ Si veda a titolo di esempio lo statuto di fondazione di partecipazione in E. BELLEZZA, *Le fondazioni*, cit., 11 ss., in particolare art. 14.

⁹⁸ Non interferisce con la qualificazione degli enti del libro primo come non lucrativi il fatto che ad essi sia riconosciuta la capacità di svolgere attività d'impresa. Imprenditore, *ex art.* 2082 cod. civ., è colui che esercita attività economica organizzata, ben potendo scegliere poi l'impresa di non distribuire gli utili e quindi di perseguire fini diversi dalla profitto. Sulla compatibilità del fine non lucrativo con lo svolgimento di attività d'impresa e sull'acquisizione, in tali casi, dello statuto imprenditoriale da parte della fondazione d'impresa si rinvia *ex multis* a G.B. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, 2006, 23 ss.; E. MORINO, *Società di fatto, associazione e scopo di lucro: un nodo gordiano ancora da sciogliere*, in *Giur. it.*, 2014, 2, 349; G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 595, e in *Scritti giuridici. Diritto dell'impresa*, Cedam, 1992, I, 61; P. SPADA, *Impresa*, in *Digesto Comm.*, VII, Utet, 1992, 50 ss.; E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, Giappichelli, 1999, 80 ss.; B. LIBONATI, *Diritto commerciale. Impresa e società*, Giuffrè, 2005, 50 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Cedam, 2015, 412 ss.; G.D. MOSCO, *L'impresa non speculativa*, in *Giur. comm.*, 2017, 216 ss. Trae anche dall'esame della disciplina speciale in materia di enti non profit argomenti a supporto della non lucratività dello scopo e dell'attività degli enti del libro primo del codice civile M. COSTANZA, *I soggetti*, cit., 81 ss.

⁹⁹ Discute del carattere generale di questo principio, anche con riferimento agli enti di fatto, P. MANES, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Cedam, 2015, 33 ss.

JUS CIVILE



tipi soggettivi dotati di una spiccata identità strutturale e organizzativa, dei quali non era ipotizzabile una rappresentazione unitaria tali erano le distanze tra i relativi caratteri identitari, verso il riconoscimento di una base normativa comune ove le tradizionali connotazioni tipologiche sbadiscono in elementi di solo tendenziale riferibilità all'uno o all'altro modello. Una volta neutralizzata l'influenza dell'impostazione dogmatica storica, le norme esclusivamente riferibili all'uno o all'altro ente appaiono di per sé insufficienti a contrassegnare un tipo soggettivo distintivo.

Ciò non significa naturalmente che una distinzione tra associazione e fondazione non sia rinvenibile nel diritto positivo; la richiede del resto lo stesso diritto positivo per il fatto di menzionare i due *nomina iuris* di fondazione e associazione e di prevedere, accanto a disposizioni comuni, anche previsioni singolarmente dedicate ai due enti. Ma gli elementi caratterizzanti l'una e l'altra non si presentano sempre come rivali o escludenti. L'interprete deve allora farsi carico di riformulare una distinzione tra associazioni e fondazioni, tenendo in debita considerazione il mutato scenario socio-economico, l'evoluzione della disciplina normativa e il progresso delle riflessioni della dottrina. Così che il vero tema che si pone oggi all'attenzione del giurista non è tanto la reciproca permeabilità delle due fattispecie soggettive, quanto – all'opposto – l'individuazione di caratteri distintivi minimali che resistano alla constatazione dell'abbattimento degli steccati concettuali della tradizione.

Con riferimento specifico alla fondazione, vi è chi in dottrina ha proposto di ricercare i tratti identitari della fondazione, disponendosi metodologicamente a considerare le “*costanti normative che storicamente (e comparatisticamente) si abbinano allo schema fondazionale*”¹⁰⁰. Secondo questa ricostruzione, l'essenza della forma giuridica della fondazione consisterebbe nella destinazione di un patrimonio ad uno scopo. Ora, a prescindere per un momento dalla soluzione ipotizzata, è il metodo proposto ad essere anzitutto condivisibile, ossia quello della ricerca del “contenuto precettivo minimo” del modello di fondazione. Indubbiamente, come suggerito dalla citata dottrina, non va ignorato il dato socio-economico che il codice civile ha considerato nel definire la geometria delle disposizioni in tema di associazione e fondazione nel 1942. Ma principalmente deve porsi attenzione a ciò che il dato socio-economico ci racconta oggi della realtà di associazioni e fondazioni, che è sensibilmente diverso da quello del passato. Ciò non significa consegnare la definizione dei connotati essenziali della fondazione al mero accertamento della realtà fenomenica, ma con una disciplina che non disegna dati normativi qualificanti, l'analisi fattuale fornisce un contributo determinante per orientare l'interprete.

6. – Il ruolo sistemico dell'analisi fattuale deve essere prima di tutto definito con precisione. Più volte sin qui è stato citato il ruolo della prassi nell'evoluzione del modello di fondazione. L'origine etimologica del termine “prassi” rinvia ad una realtà fattuale calata nell'esperienza

¹⁰⁰ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 83

JUS CIVILE



concreta, nella quotidianità, nella pratica – appunto – del soggetto o della categoria di soggetti a cui viene riferita. In tal senso, la prassi riferita ad un comportamento soggettivo consente di osservarlo dall'angolo visuale della sua manifestazione empirica.

Nel linguaggio giuridico il termine prassi non ha acquistato un significato convenzionale univoco. Accezioni semantiche diverse si associano all'utilizzo di questo termine, che variano a seconda del contesto in cui il vocabolo viene adoperato. Talvolta si impiega questo termine con un significato prossimo a quello della sua radice etimologica, ossia *pratica operativa*, esperienza concreta di applicazione del diritto, contrapposto alla *teoria*, intesa quale rappresentazione concettuale dei meccanismi giuridici¹⁰¹. Più frequentemente la nozione di prassi viene utilizzata per indicare l'insieme di comportamenti omogenei assunti da un gruppo di soggetti per un tempo sufficientemente lungo da rendere rilevante tale fenomeno nell'ottica dell'osservatore. In quest'ultima accezione, la prassi costituisce pur sempre un dato fattuale, che però si arricchisce di un elemento valutativo costituito appunto dall'osservazione della ripetizione dello stesso tipo di condotta per un significativo numero di volte. La costanza comportamentale definisce la specifica cifra distintiva della prassi rispetto alla mera ricognizione del puro e semplice dato fattuale¹⁰².

Quest'ultima nozione di prassi è quella che viene prevalentemente utilizzata nel linguaggio giuridico¹⁰³, giacché in alcuni casi essa acquista, al ricorrere di ulteriori condizioni, rilievo giu-

¹⁰¹ G. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 941; G. TARELLO, *Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista interprete*, in ID., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, 1974, 475 ss.; G. ALPA, *Prassi*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Utet, 1996, 138 ss. La contrapposizione tra il diritto pratico e teorico, tra diritto in concreto e diritto in astratto, ricorre tradizionalmente negli studi e nella pratica del diritto. Per la rilevanza che assumono rispetto ai temi e alle prospettive che si analizzeranno oltre, giova ricordare che il dualismo tra diritto in astratto e in concreto ricorre nella formulazione del concetto di diritto vivente, come contrapposto al diritto vigente, e si ritrova nella proposta ricostruttiva del realismo giuridico nordamericano che contrappone *law in books* e *law in action*.

¹⁰² Queste considerazioni non mutano con riferimento ad un significato ulteriore del termine prassi diffusasi nel linguaggio normativo in tempi più recenti. Accade infatti che tale termine venga utilizzato dal legislatore per descrivere esperienze concrete che provengono da saperi, tecniche ed esperienze non giuridici. In questa accezione, la prassi tende ad indicare non tanto un insieme dei comportamenti omogenei, bensì la regola di comportamento che si desume dall'osservazione di tali comportamenti omogenei, quantomeno dei più ricorrenti (in questa accezione di prassi G. ALPA, *Prassi*, cit., 138 ss.), o, con ragionamento inverso, la norma tecnica che ha indotto gli operatori di settore ad assumere simili comportamenti. Il criterio di qualificazione di un comportamento come coerente o meno con la prassi di settore non è dunque di natura qualitativa (corretto-scorretto), ma meramente quantitativo (frequente-infrequente). Una prassi non descrive quindi comportamenti qualitativamente migliori, ma solo quelli statisticamente più ricorrenti. Un comportamento non allineato alla prassi di settore può essere indifferentemente qualificato come migliore o peggiore rispetto alla prassi medesima, senza che ciò incida minimamente sulla sua qualificazione come estraneo alla prassi in questione. Si tratta evidentemente di una nozione di prassi che si ricava da un processo di astrazione, quindi di un significato che allontana la relativa nozione dalla sua radice etimologica, avvicinandola più a quella di norma, intesa come "*regula agendi*". Si tratta però di una norma non giuridica, rilevante anche in tali casi solo a condizione e nella misura in cui sia espressamente valorizzata da una norma giuridica. Anche intesa come *regula agendi*, dunque, la prassi resta un fatto per il diritto, la cui rilevanza è solo eventuale e non dipende né dalla natura della prassi, né dal suo contenuto. È questo il caso di quelle "buone prassi" o "migliori prassi" a cui fa riferimento sempre più frequente il legislatore nazionale, acquisendo un gergo di derivazione europea, e che fanno appunto riferimento a saperi tecnici non giuridici a cui la disposizione rinvia quale fonte integrativa della regola giuridica nei limiti in cui la norma attribuisce rilevanza alla regola pratica. Esempi recenti si possono rintracciare all'art. 6 l. 28 luglio 2016, n. 155; art. 1, comma 236, l. 27 dicembre 2013, n. 147; art. 1, comma 439, l. 24 dicembre 2007, n. 300.

¹⁰³ Non è però certamente l'unica: basti pensare all'utilizzo del termine prassi in relazione alla pratica giudiziaria,

JUS CIVILE



ridico *ex se*, come nel caso degli usi o consuetudini fonti di diritto¹⁰⁴, mentre in altri casi viene espressamente valorizzata da una fonte scritta ad effetti volta per volta diversi: ad esempio, quale criterio di valutazione di un comportamento, o quale fonte di integrazione di atti giuridici, o ancora quale criterio ermeneutico¹⁰⁵.

Fuori da tali casi, tuttavia, la prassi viene confinata nel territorio dell'irrilevanza giuridica¹⁰⁶. Si sostiene che, nel valutare se un certo comportamento sia permesso o vietato, coerente o incoerente ad una fattispecie normativa, non rilevi in alcun modo *il fatto* che il comportamento in esame sia conforme ad una prassi. L'eventuale conflitto con la norma riceverà un trattamento differente a seconda che la norma di volta in questione abbia carattere imperativo (nel qual caso si dovranno qualificare i relativi comportamenti come illegittimi e quindi vietati) o dispositivo (il diritto lascia qui spazio alla determinazione autonoma del privato, permettendo il comportamento difforme alla norma), senza che assuma invece importanza *il fatto* che il singolo comportamento si disponga in conformità ad una prassi.

Se riferita a quest'ultimo contenuto semantico, la prassi operativa relativa alla costituzione di

vale a dire la prassi come consolidamento di un certo indirizzo interpretativo da parte delle istituzioni giudiziarie. Evidente la differenza tra la prassi operativa, a cui sinora si è fatto riferimento, ossia la ripetitività di un comportamento (in senso lato) nella sua materialità, e la prassi giudiziaria, in cui a ripetersi è la valutazione giuridica di una serie omogenea di comportamenti da parte di un'istituzione pubblica. Alla prassi giudiziaria, tuttavia, si fa più frequentemente riferimento con espressioni diverse e più specifiche, specie quando le si associa una rilevanza giuridica superiore alla mera constatazione del consolidamento di una certa opzione ermeneutica, come nel caso di "diritto giurisprudenziale" o "diritto vivente" al quale si farà a breve espresso riferimento. Su questi temi si rinvia a L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Utet, 1990, 445 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Jovene, 1988, 41 ss.; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in ID., *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, 1959, 140 ss.; C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, 605 ss.; V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, 1964, 207 ss.

¹⁰⁴ La letteratura sul tema della consuetudine o dell'uso come fonte del diritto è ingente. Con riferimento al diritto italiano si segnalano in particolare v. N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, 1942, *passim*; S. ROMANO, *Consuetudine*, in ID. *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, 1947, 41 ss.; M.S. GIANNINI, *Sulla consuetudine*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1947, 89 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, 1961, 513 ss.; A. PIZZORUSSO, *Consuetudine. Profili generali*, in *Enc. giur.*, Treccani, 1988; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, 1993, 255 ss.; C.M. BIANCA, *Ex facto oritur jus*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 787 ss.; J. GLISSEN, *Consuetudine*, in *Dig. disc. priv.*, III, Utet, 1988, 489 ss.; R. SACCO, *Fonti non scritte del diritto italiano*, in *Dig. disc. priv.*, Aggiornamento, Utet, 2000, 402 ss.

¹⁰⁵ Il lessico utilizzato tradizionalmente dal diritto in tali casi abbandona il generico termine di prassi per utilizzare una nomenclatura *ad hoc*, a seconda dei livelli di rilevanza giuridica in questione. Consuetudine ed uso sono i termini più ricorrenti che il linguaggio giuridico impiega quando designa una prassi valorizzata da una fonte del diritto scritta.

¹⁰⁶ Con riferimento ai rapporti interpretativi, si rinvia alle considerazioni svolte sul tema dai P. RESCIGNO, *Legge*, cit., 215. Sul tema anche A. GENTILI, *La consuetudine nel diritto civile, dall'opinio juris all'electio iuris*, in S. ZORZETTO (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Ets, 2008, 137 ss.

La dottrina ha tuttavia evidenziato che la prassi, in quanto pratica operativa ripetuta nel tempo in situazioni analoghe da un gruppo omogeneo di soggetti, può in realtà acquistare rilevanza giuridica anche al di là ed indipendentemente dal sistema delle fonti e dal rinvio ad essa operato dalla legge. Essa può riguardare comportamenti o attività che non sono disciplinate da alcuna fonte di diritto (prassi *extra legem*). Una simile situazione può ricorrere in concreto quando, ad esempio, la prassi anticipi l'intervento del legislatore in ambiti nei quali l'attività legislativa non si era ancora spinta o in territori in cui non era neppure avvertita la necessità di una qualsiasi regolazione giuridica. Ne parla in tal senso G. ALPA, *Prassi*, cit., 141.

JUS CIVILE



fondazioni non acquista un particolare significato per l'interprete. Il mero dato statistico del ripetersi in concreto della redazione di un certo tipo atti costitutivi e di statuti di fondazioni aventi caratteristiche ricorrenti è giuridicamente irrilevante perché acquista un valore meramente descrittivo delle tendenze attuali nella redazione delle tavole fondazionali. In definitiva, così concepita la "prassi operativa" non appare uno strumento utile nella ricerca del modello vigente di fondazione, né sul piano teorico, né su quello pratico.

La rilevanza giuridica della prassi, però, cambia se alla considerazione della mera "prassi operativa" si accosti l'osservazione della parallela "prassi amministrativa" nell'attribuzione della personalità giuridica alle fondazioni costituite in base alla prima¹⁰⁷. Con l'espressione "prassi amministrativa" si intende qui la circostanza che le Amministrazioni competenti ad iscrivere le fondazioni nei registri delle persone giuridiche tendano ad iscrivere fondazioni che abbiano caratteristiche simili a quelle che già in precedenza sono state iscritte. Nel caso degli enti personificati le due prassi sono coesenziali. Una "prassi operativa" riferita agli atti fondativi di una persona giuridica, in tanto può dirsi ricorrente, in quanto ad essa si associ un positivo superamento della fase di controllo di legittimità da parte delle Amministrazioni competenti. L'elaborazione di tavole fondazionali con clausole statutarie eccentriche rispetto alla tradizionale configurazione dell'ente non avrebbe alcun significato se poi l'Amministrazione non riconoscesse la loro legittimità.

Se una certa prassi operativa si impone in concreto è solo perché a valle vi è una conforme prassi amministrativa.

Ciò significa, allora, che la "prassi operativa" nella creazione di fondazioni con struttura e organizzazione innovativa non è giuridicamente irrilevante perché necessariamente presuppone una valutazione positiva in termini di legittimità, e quindi di coerenza con l'ordinamento giuridico. Il fenomeno è dunque complesso, articolato in un doppio passaggio, in cui il secondo (il vaglio di legittimità) conferisce al primo (la prassi operativa) un valore ulteriore alla mera ricognizione di un fatto, che consiste nella valutazione ed accertamento della sua legittimità¹⁰⁸.

Si potrebbe obiettare che, in linea di principio, l'affermarsi di una prassi amministrativa sia a sua volta irrilevante e per le medesime ragioni addotte con riferimento alla prassi operativa. Il

¹⁰⁷ Esorbita dalla nozione qui stipulata di "prassi amministrativa" la consuetudine costituzionale, giacché essa è vera e propria fonte di diritto, mentre la prassi a cui viene dedicata attenzione in queste pagine non acquista il rango di fatto normativo. In generale sui caratteri e l'effettività delle consuetudini costituzionali, oltre agli Autori e alle opere citati alla precedente nota 104, si rinvia a C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Giuffrè, 1961, 595 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Utet, 1970; A. FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi senesi*, fasc. 3-4, 1913; F. FLUMENE, *La consuetudine nel suo valore giuridico*, L.i.s., 1925; C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, 1940; C. CARBONE, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Cedam, 1948; S. BARTOLE, *Le convenzioni della Costituzione fra storia e politica*, in *Il Pol.*, 1983, 251 ss.; G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Giappichelli, 2003.

¹⁰⁸ Diverso allora è il caso della "prassi operativa" rispetto alla costituzione di enti non personificati. La mancanza di un controllo di legittimità da parte della Pubblica Amministrazione non consente di uscire dal campo del puro accertamento di una coerenza comportamentale.

JUS CIVILE



fatto in sé che le Amministrazioni conferiscano pacificamente la personalità giuridica a fondazioni con clausole statutarie “anomale”, non vale a considerarle legittime se si accertasse una causa di illegittimità dell’atto (amministrativo) di iscrizione nel registro delle persone giuridiche, così come nuovi approdi della prassi amministrativa non sono vincolanti per la stessa Amministrazione che ha dato vita alla consuetudine di iscrizione nel registro delle persone giuridiche, che potrebbe sempre discostarsene.

Escluso certamente che un atto *contra legem* possa considerarsi legittimo solo perché allineato con una prassi amministrativa¹⁰⁹, la ricorrenza di un’opzione interpretativa da parte della Pubblica Amministrazione non è però un mero dato di fatto. Dottrina e giurisprudenza hanno da tempo chiarito che il discostamento di una Pubblica Amministrazione da una sua prassi non sia legittimo se non sorretto ad una motivazione che illustri le ragioni per le quali l’Amministrazione si sia allontanata nel caso specifico da un consolidato indirizzo di segno opposto¹¹⁰. Diversamente, in assenza di motivazione o nel caso in cui la motivazione non sia in grado di segnalare un’effettiva diversità della situazione concreta da quella “tipica” sulla quale si è consolidata la prassi di quella stessa Amministrazione in precedenti ipotesi, il provvedimento amministrativo è illegittimo per violazione del principio di parità di trattamento dei cittadini di fronte alla Pubblica Amministrazione. Una prassi amministrativa non è dunque un mero fatto; è vero che la Pubblica Amministrazione non è vincolata dal ripetersi costante di una data opzione interpretativa, ma il consolidato orientamento ermeneutico crea un affidamento tutelabile nei consociati, e quindi acquista rilevanza per l’ordinamento¹¹¹.

¹⁰⁹ In linea generale cfr. Cons. St., 3 dicembre 2015, n. 5479; Cons. St., 29 luglio 2015, n. 3750. Ma la pressoché totale assenza di pronunce giurisprudenziali in materia di accertamento di illegittimità di statuti di fondazioni “innovative” conforta sul fatto che la prassi operativa e amministrativa riferita specificamente alle fondazioni di nuovo corno non sia *contra legem*.

¹¹⁰ G. ABBAMONTE, *Prassi e diritto nella materia amministrativa*, in L. BOVE (a cura di) *Prassi*, cit., 221 ss.

¹¹¹ La prassi amministrativa assume un peculiare significato in ambito tributario, ove la prassi – quando riferita agli enti impositori – si riferisce alle comunicazioni in cui viene esplicitata l’opzione interpretativa, tra le varie astrattamente possibili, che deve considerarsi preferibile rispetto ad una situazione concreta ricorrente. Anche in tal caso la soluzione interpretativa deriva dall’esperienza concreta dell’applicazione delle norme dell’ordinamento in situazioni-tipo ricorrenti, ma qui l’Amministrazione fiscale rende esplicita la soluzione ermeneutica preferita, che non deve essere allora ricavata dall’accertamento della ricorrenza in concreto di tale opzione dall’attività amministrativa, e viene comunicata per facilitare l’allineamento dei destinatari della relativa disciplina tributaria. Questa specifica configurazione della prassi in ambito tributario si spiega in ragione delle regole che presiedono i rapporti tra Amministrazione fiscale e cittadini, nel cui ambito l’incertezza normativa assume un rilievo ignoto ad altri segmenti dell’ordinamento. L’esistenza o meno di comunicazioni da parte degli Enti impositori, o il contrasto tra queste prassi e gli orientamenti giurisprudenziali, sono alcuni tra gli indici di una situazione di oggettiva incertezza al ricorrere della quale le conseguenze sanzionatorie dell’accertata violazione della disciplina tributaria sono escluse (v. art. 6, comma 2, d. lgs. 18 dicembre 1997, n. 472). Il valore giuridico di questa prassi si ricava poi dall’art. 10 della l. 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto del Contribuente) al cui comma 2 si legge che “Non sono irrogate sanzioni né richiesti interessi moratori al contribuente, qualora egli si sia conformato a indicazioni contenute in atti dell’amministrazione finanziaria, ancorché successivamente modificate dall’amministrazione medesima”, e al comma 3 che “Le sanzioni non sono comunque irrogate quando la violazione dipende da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull’ambito di applicazione della norma tributaria”. Per un confronto con recenti pronunce giurisprudenziali sul tema cfr. Cass., 17 maggio 2017, n. 12301; Cass., 2 dicembre 2015.

JUS CIVILE



La dottrina si è a lungo interrogata sui rapporti tra le norme giuridiche e la loro applicazione giurisprudenziale, ponendo grande enfasi sulla rilevanza di dati extra-testuali nell'applicazione del diritto ai casi concreti. La stessa definizione del *diritto vivente*¹¹² quale diritto vigente che assume significato giuridico per mezzo della sua concreta e costante interpretazione ed applicazione giurisprudenziale, si è alimentata delle riflessioni teoriche sul rilievo della prassi interpretativa (ed applicativa) della legge da parte dei giudici¹¹³. Analoga attenzione non è stata invece dedicata alla prassi amministrativa. Chi se ne è occupato l'ha per lo più relegata ad un piano secondario di rilevanza, negando che le si possa attribuire una valenza giuridica paragonabile alla prassi giudiziale¹¹⁴. Ed invece non vi è ragione per non ritenere che anche la prassi amministrativa sia diritto vivente. In base alle stesse considerazioni che hanno portato la dottrina a ritenere che la concreta aggiudicazione dei diritti nella dinamica processuale definisca il diritto vivente, così anche l'applicazione del diritto vigente da parte della Pubblica Amministrazione, all'esito di un procedimento amministrativo, concorre a definire quale sia il diritto vivente con riferimento all'applicazione delle norme giuridiche interpretate ed applicate dai pubblici poteri. Il diritto vive anche al di fuori dell'aggiudicazione delle controversie; esso vive pure nelle decisioni dei funzionari che valutano caso per caso se una richiesta di iscrizione nel registro delle persone giuridiche abbia i requisiti di legge prescritti dall'ordinamento. Quindi se nel "concretare" la disciplina giuridica in materia di fondazioni la Pubblica Amministrazione dà avvio ad una prassi di interpretazione ed applicazione della disciplina applicabile, essa offre un contributo alla definizione del modello attuale di fondazione¹¹⁵.

¹¹² Le espressioni "giustizia vivente" e "diritto vivente", utilizzate oggi nel significato attribuito loro dalla dottrina costituzionalistica a partire dagli anni '60 del secolo scorso, sono invero rintracciabili in nuce a partire sin dalle fonti greche del VI secolo a.C. e sono state ampiamente utilizzate nel corso dei secoli per riferirsi all'incidenza delle fonti non scritte, di prevalente derivazione giudiziale, in contrapposizione alle fonti scritte (L. MENGONI, *Diritto*, cit., 446) Nel significato oggi consolidato di diritto vivente come significato effettivo delle disposizioni normative scritte determinato dalla loro costante interpretazione giurisprudenziale cfr. T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in ID., *Problemi*, cit., 140; C. ESPOSITO, *Diritto*, cit., 605; V. CRISAFULLI, *Disposizione*, cit., 207.

¹¹³ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Feltrinelli, 1988, 288. Una prassi (interpretativa) che non rileva quale fonte, per così dire, *diretta* di norme giuridiche, ma che contribuisce per mezzo dell'attività giudiziale, e quindi indirettamente, ad incidere nella definizione della disciplina giuridica applicabile al caso concreto. L. MENGONI, *Diritto*, cit., 448 osserva che un "significato normativo diventa diritto vivente quando attinge [...] forza di modello unificante delle applicazioni giurisprudenziali".

¹¹⁴ L. MENGONI, *Diritto*, cit., 450 nota 44 ove l'Autore evidenzia che la prassi amministrativa, a differenza di quella giudiziale, non è produttiva di diritto vivente e rientra al più "rientra tra i dati (extratestuali) della realtà effettuale individuata dalla norma come proprio ambito applicativo, i quali concorrono con i dati testuali nel processo ermeneutico di formazione della regola di decisione".

Gli studi che la stessa dottrina amministrativistica ha dedicato alla prassi delle Pubbliche Amministrazioni sono per lo più circoscritti – come ricordato poc'anzi – all'apprezzamento della sua rilevanza nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, nel cui ambito peraltro essa suscita un interesse indiretto, cioè non per il suo contenuto (che attiene al merito dell'azione amministrativa) quanto per la scelta in sé della Pubblica Amministrazione di discostarsene o di adeguarvisi e quindi quale potenziale limite esterno all'esercizio di poteri amministrativi discrezionali.

¹¹⁵ La giurisprudenza è maggiormente incline della dottrina a valorizzare la prassi amministrativa. La Corte Costituzionale ha richiamato la prassi amministrativa, accanto a quella giudiziaria, in funzione di conferma di un orienta-



Si tratta di un contributo particolarmente significativo. La rarefatta disciplina codicistica, la sua incapacità di delineare un “tipo” soggettivo sufficientemente caratterizzato (come invece la dogmatica tradizionale ha creduto di poter sostenere)¹¹⁶ e il passaggio del controllo pubblico da una valutazione di merito ad una di mera legittimità hanno consegnato alla prassi un ruolo centrale nel definire la cornice normativa in materia di fondazioni. La scelta legislativa di non definire modelli tipologici, ma al contempo la richiesta di valutare la legittimità dei termini di loro costituzione e funzionamento, impone all’interprete di cercare altrove il formante decisivo della fattispecie di fondazione. L’osservazione della fenomenologia contemporanea delle fondazioni indica che è la prassi ad aver assunto questo ruolo. Lungi da ridursi a semplice fonte di informazioni statistiche sugli orientamenti dell’autonomia statutaria, essa ha determinato la diffusione dei modelli soggettivi oggi più ricorrenti. Venuta progressivamente meno la forza attrattiva del tipo soggettivo unico e rigido della tradizione dogmatica, non si è creato il caos per l’assenza di modelli normativi, ma i pratici hanno creato loro stessi nuovi standard soggettivi, ricevendo l’*imprimatur* di legittimità dalla prassi amministrativa.

Il legislatore del 1942 ha plasmato le regole codicistiche al tempo in cui il prototipo socio-economico di fondazione era quello tradizionale, ma ha scelto di non definire la fondazione come tipo legale e neppure di includere tra la cornice di regole sulla fondazione precisi requisiti strutturali e di organizzazione, considerando che la secolare tradizione dogmatica potesse svolgere adeguatamente il compito di definirne i contenuti. L’odierna inattualità del prototipo storico di fondazione ha posto l’esigenza di cercare un diverso formante nella definizione del prototipo di fondazione, e lo si è trovato nella prassi¹¹⁷. La dinamica che ha condotto ad assegnare alla prassi un ruolo centrale nella definizione dello statuto vivente di fondazione non è dunque in sé diversa da quella che ha generato il modello storico di fondazione: la prassi ha semplicemente assunto oggi il ruolo che prima era consegnato alla tradizione dottrinale¹¹⁸. Diversamente

mento interpretativo costituzionalmente corretto (C. Cost., 06 maggio 2016, n. 95); la giurisprudenza amministrativa sovente invoca la prassi nell’elaborare un’argomentazione a sostegno di una tesi controversa o particolarmente dubbia (T.A.R. Milano, 26 novembre 2015, n. 2496; Cons. St., sez. VI, 08/08/2014, n. 4232); anche la giurisprudenza civile è disponibile ad attribuire una certa rilevanza alla prassi amministrativa, a cui viene assegnata funzione di orientamento esegetico dei dati normativi esistenti (Cass., 24 novembre 2015, n. 23960; Cass., 29 luglio 2014, n. 17250).

¹¹⁶ È una delle fondamentali conclusioni a cui approda lo studio di A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., *passim*. Secondo l’opinione dell’Autore non vi sono elementi che dotino un ipotetico tipo fondazione legale di sufficiente significatività ed organicità; la riconducibilità di un dato esperienziale al modello legale lascia insoddisfatti per la mancanza di un numero sufficiente di tratti caratteristici, di struttura come di organizzazione, per poter raggiungere un grado di pregnanza tale da poter parlare di un “tipo” soggettivo. Sul metodo tipologico e sui connotati del tipo legale si rinvia alle pagine di G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, 1974, 121 ss.

¹¹⁷ A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione nella moderna prassi e nella legislazione speciale*, in E. BELLEZZA (a cura di), *Le fondazioni*, cit., 21 afferma che la prassi ha fatto venire meno “il modello socio-economico che il legislatore storico ha visualizzato come antecedente ipotetico generale dell’istituto”.

¹¹⁸ Può essere così recuperato l’invito a considerare la “neutralità” delle norme in materia di associazione e fondazione; non tanto per sottolineare l’indifferenza di applicazione di tali regole all’una come all’altra figura di ente non lucrativo, ma piuttosto come indifferenza legislativa al prototipo socio-economico di fondazione (e di associazione) di volta in volta “vivente”, purché superi il controllo pubblico di legittimità.

JUS CIVILE



opinando si corre il rischio di prolungare la vita ad una rappresentazione storica della fondazione incapace di interpretare la realtà fenomenica come cambiamento fisiologico dei connotati della fondazione, anziché come allontanamento patologico da un archetipo astratto che in realtà non è diritto positivo, ma ipostatizzazione di una certa opzione dottrinale.

7. – Ci si può ora chiedere se dalla disamina del diritto vivente emergano dati in grado di identificare la fondazione con un certo grado di specificità nel *genus* degli enti non lucrativi.

Anzitutto vanno considerate le norme che il codice civile espressamente dedica alle fondazioni, ed in particolare alla sua costituzione ed estinzione. Uno sguardo particolare va rivolto alla possibilità di costituire fondazioni per via testamentaria. Al di là dell'aspetto tecnico, la costituzione per testamento di una fondazione ammette la possibilità di creare enti non lucrativi come decisione di ultima volontà sul destino del patrimonio delle persone fisiche. Lo scopo della fondazione sarà in tali casi certamente non egoistico, sebbene non necessariamente disinteressato. L'impossibilità di interferire nella gestione dell'attività della fondazione, di prevedere meccanismi di ritorno della dotazione patrimoniale dell'ente al patrimonio del fondatore medesimo, conferiscono una caratterizzazione specifica alle fondazioni testamentarie, non solo rispetto ad altre tipologie di fondazione, ma in generale rispetto al genere degli enti non lucrativi.

Quanto più in generale allo scopo della fondazione, agli interessi che esso asseconda e in relazione ai quali il fondatore o i fondatori si sono spogliati del patrimonio assegnato in dotazione all'ente, si è già detto che la disciplina giuridica vigente non prevede alcun profilo caratterizzante, a differenza di quanto ancora si sostiene comunemente. Ma dalla disamina della prassi amministrativa formatasi nel periodo successivo alla riforma del 2000, e quindi in regime di controlli di legittimità da parte dei pubblici poteri, emergono dati rilevanti.

Certamente non può conseguire legittimamente la personalità giuridica la fondazione il cui scopo sia contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume oppure indichi un obiettivo impossibile da raggiungere; ma questi divieti valgono per qualsiasi ente non lucrativo assoggettato all'applicazione del d.p.r. n. 361/2000. All'interno della cornice della liceità e possibilità si tendono però a riconoscere limiti ulteriori. Un limite che si intravede riguarda una certa meritevolezza dello scopo, che non si riscontra nella valutazione inerente il conferimento della personalità giuridica alle associazioni¹¹⁹. Questa valutazione di meritevolezza si traduce in una precisazione di contenuto ulteriore rispetto al puro e semplice limite della liceità e possibilità. Non sembra condivisibile quella dottrina che equipara la meritevolezza degli scopi della fondazione alla realizzazione di valori costituzionali, come meta da raggiungere¹²⁰ e quindi come obbligo conformativo di carattere generale degli statuti di fondazione. Poiché anche scopi indi-

¹¹⁹ Nel senso che la liceità includa anche il test di meritevolezza G. GUARINO, *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le Fondazioni*, cit., 11; A.A. CARRABBA, *Lo scopo*, cit., 763 ss.

¹²⁰ In tal senso A.A. CARRABBA, *Lo scopo*, cit., 764 ss. È innegabile che la fondazione possa porsi obiettivi coerenti con l'attuazione dei valori costituzionali; si dubita però che debba farlo necessariamente *de iure condito*.

JUS CIVILE



vidualistici vengono in concreto considerati compatibili con la fondazione dalla prassi amministrativa, la meritevolezza di cui qui si discorre non si traduce in rilevanza pubblica dello scopo fondazionale, quindi non richiede al fondatore di farsi carico necessariamente della realizzazione dei precetti costituzionali. Essa però comporta la necessità che la fondazione non persegua scopi futili. La già citata previsione dell'art. 28, comma 1, cod. civ., che collega l'estinzione/trasformazione dell'ente nel caso in cui lo scopo sia divenuto "di scarsa utilità" offre un sostegno testuale preciso, a condizione che non lo si intenda quale indice normativo del necessario scopo di pubblica utilità per le fondazioni¹²¹.

Questo allora lo scenario attuale delle fondazioni nel contesto degli enti non lucrativi. La progressiva convergenza tra i modelli operativi di associazione e fondazione da un lato indubbiamente riduce le distanze di un tempo, dall'altro non neutralizza le differenze. La prassi amministrativa focalizza l'attenzione dell'interprete sullo scopo, ma non nel senso che lo scopo sia considerato lecito se di pubblica utilità o almeno altruistico, bensì nel senso che esso debba essere meritevole, non futile. Anche uno scopo egoistico, dunque, appare alla "prova dei fatti" compatibile con la forma giuridica della fondazione, giacché il piano di rilevanza degli scopi non è la coerenza con gli interessi dell'ordinamento (casomai ancora fosse possibile oggi identificarli univocamente) ma la loro serietà, nel contesto del pluralismo dei fini associativi in senso lato. Per le associazioni una simile preoccupazione è meno rilevante perché l'attività è svolta per assecondare sempre interessi degli associati, i quali sono sempre in grado di controllare l'idoneità degli scopi ad assecondare gli interessi associativi in seno all'assemblea. Nelle fondazioni, se pur non è vietato assecondare interessi dei fondatori e ricorre in concreto l'ipotesi in cui i fondatori interferiscano nella gestione della fondazione, non è sempre e necessariamente così, e anche in tali casi non sempre i fondatori dispongono di poteri di controllo sull'attività amministrativa paragonabili a quelli che la legge assegna agli associati¹²².

8. – Una prima ipotesi particolarmente interessante sulla quale può essere testata la proposta lettura della disciplina in materia di fondazioni è la fondazione di famiglia, la cui ammissibilità è ancora dibattuta in dottrina¹²³.

¹²¹ Si rinvia a quanto detto *contra* l'opinione tradizionale a proposito dell'art. 28 cod. civ. *supra* al paragrafo 3.

¹²² Non si può dire, invece, che una specificità della fondazione discenda dalla previsione, ancora in vigore, di controlli pubblici sull'amministrazione delle fondazioni (art. 25 cod. civ.). La prassi amministrativa e la giurisprudenza hanno chiarito che questa norma non attribuisce alcun potere di indirizzo delle fondazioni da parte dell'Amministrazione, né impone ad esse modalità organizzative diverse da quelle liberamente prescelte dai fondatori, ma solo il potere di intervenire a normalizzarne la situazione laddove si verifichi una delle ipotesi testualmente previste dall'art. 25 cod. civ. Cons. St., 17 giugno 2003, n. 3405; Tar Basilicata, 6 novembre 2013, n. 671, in *Foro amm. TAR*, 2013, 11, 3535. Nella stessa direzione TAR Perugia, 4 ottobre 2012, n. 407, *Foro amm. TAR*, 2012, 10, 3110 in cui si esclude che l'art. 25 cod. civ. attribuisca poteri di controlli tali da affievolire la posizione dei soggetti interessati all'impugnazione dell'atto costitutivo o dello statuto di un ente del libero primo a interessi legittimi. Conforme Cass., SS. UU, 20 settembre 2007, n. 19391 in *Foro amm. CDS*, 2007, 12, 3378.

¹²³ Sulle radici storiche dello sfavore per le fondazioni di famiglia v. A. FUSARO, *Le fondazioni*, cit., 18.

JUS CIVILE



Tradizionalmente la fondazione di famiglia viene presa a modello di ciò che una fondazione non dovrebbe mai essere autorizzata a fare, ossia perseguire scopi interessati. Conferire un complesso patrimoniale potenzialmente in perpetuo in un soggetto di diritto il cui unico e solo scopo è quello di assicurare benessere ai discendenti o in generale alla famiglia del fondatore, anche senza condizionare l'erogazione dei benefici alla verifica di una situazione di indigenza o di bisogno, stride in particolare con il perseguimento di quella pubblica utilità ricorrendo la quale solamente si riteneva consentita l'attribuzione della personalità giuridica alla fondazione. Per molti anni si è sostenuto allora che la fondazione di famiglia non fosse compatibile con il prototipo di fondazione del diritto italiano, notando che anche all'estero, ed in Europa in particolare, accanto a Paesi che espressamente vietano fondazioni di famiglia (Francia) o ne restringono fortemente l'utilizzo (Spagna), vi siano diversi Paesi nei quali, pur in assenza di previsioni espressamente contrarie alla fondazione di famiglia, il fenomeno assume una dimensione assolutamente limitata, a riprova dell'ardua convivenza della fondazione con fini di carattere personale del fondatore¹²⁴.

Il codice civile in realtà prevede testualmente all'art. 28, comma 3, cod. civ. la possibilità che siano costituite “fondazioni destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate” sia pure allo scopo limitato di escludere l'applicazione a dette fondazioni delle “disposizioni del primo comma di questo articolo e dell'articolo 26”. La dottrina ha storicamente minimizzato l'impatto sistemico di questa previsione¹²⁵, della quale – al di là del suo contenuto normativo specifico – veniva enfatizzata la *ratio* di disfavore consistente nell'esclusione di soluzioni conservative alternative all'estinzione in caso di raggiungimento, esaurimento o impossibilità dello scopo originario.

Questo atteggiamento mostra con evidenza quanto il condizionamento storico della ricostruzione della fattispecie sia stato intenso. Il dato normativo è inconfutabile: fondazioni di famiglia sono permesse dal nostro ordinamento giuridico dal momento che vengono testualmente previste¹²⁶. Va dunque rovesciata l'impostazione tradizionale¹²⁷ e trarre dalla previsione di fondazioni “destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate” le conseguenze sul piano sistemico, tra cui quella che l'ordinamento non richieda la costituzione di fondazioni ad

¹²⁴ Vi sono però anche Paesi europei che espressamente disciplinano le fondazioni di famiglia, come nel caso del Lichtenstein, sul quale si veda T. ZWIEFELHOFER, *Liechtenstein: the reform of foundation law*, in *Trust & Trustees*, 2009, 374. Per un'analisi comparatistica non solo europea cfr. il Final Report del “Feasibility Study on a European Foundation Statute” (ec.europa.eu/internal_market/company/docs/eufoundation/feasibilitystudy_en.pdf), voluto dalla Commissione Europea per monitorare lo stato di evoluzione del fenomeno delle fondazioni nel mondo, ed in Europa in particolare, anche al fine di valutare l'opportunità di un futuro intervento del legislatore europeo. In dottrina v. L. FERRARA, *Le fondazioni nel sistema europeo*, in G. PALMA, G. FORTE, *Fondazioni*, cit., 83 ss.

¹²⁵ L'opinione più autorevole in tal senso è di F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 412, nota 12.

¹²⁶ M.V. DE GIORGI, *Le fondazioni*, cit., 449-450 trae dalla previsione dell'art. 28, comma 3, cod. civ. la conclusione che la fondazione di famiglia sia ammissibile ed in relazione ad essa debba ammettersi “sufficiente un fine non egoistico”. Nello stesso senso P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 810; G. GUARINO, *Le fondazioni*, cit., 11 ss.; A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 143 ss.

¹²⁷ Per tutti F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 188 ss.

JUS CIVILE



esclusivo scopo di pubblica utilità. Si risolve in un'autentica forzatura ipotizzare che l'esclusivo vantaggio familiare possa convivere con l'utilità pubblica dello scopo¹²⁸, giacché non vi è nulla di più lontano da interessi altruistici e disinteressati di dar vita ad una fondazione che abbia come scopo esclusivo l'assicurazione di un beneficio permanente ai discendenti del fondatore (ovvero l'ipotesi più plausibile di fondazione di famiglia).

La lettura del comma 3 dell'art. 28 cod. civ. va così condotta senza preconcetti. La ragione dell'esclusione dalla disciplina sulla trasformazione per le fondazioni di famiglia si riconduce facilmente all'incoerenza della disciplina sulla trasformazione che assegna all'Amministrazione Pubblica il potere di modificare lo scopo originario di costituzione in relazione a fondazioni che perseguano scopi di carattere familiare. La previsione per le fondazioni di famiglia della sola disciplina dell'estinzione, lungi dall'evidenziare un atteggiamento di ostilità, è intesa ad impedire che uno scopo di indole schiettamente personale possa essere modificato a discrezione dell'Amministrazione. Individuare uno scopo alternativo al beneficio per la discendenza del fondatore quando, ad esempio, la linea familiare si sia estinta, non sembra facilmente immaginabile ed ogni soluzione alternativa apparirebbe un arbitrio rispetto all'originario intendimento¹²⁹. In altre parole, nel caso delle fondazioni di famiglia, il legislatore prende atto dell'impossibilità di dare applicazione al criterio fondamentale della minor difformità possibile dalla volontà del fondatore (art. 28, comma 1, cod. civ.), e così prevede espressamente l'estinzione come unica soluzione *ex lege* alla "crisi" dello scopo¹³⁰.

Si ripropone il tema della neutralità delle disposizioni codicistiche in materia di fondazione. Le norme contenute agli artt. 14-35 cod. civ. non esprimono né favore né disfavore per le fondazioni; questi sono semmai atteggiamenti che la dottrina ha assunto nel corso del tempo anche prima ed indipendentemente dal dettato legislativo. Non avendo ragion d'essere il pregiudizio sulla fondazione come ipotesi "eccezionale" di personificazione di un patrimonio in ragione dell'utilità dello scopo, non possono nutrirsi dubbi che uno scopo indubbiamente interessato, anche se non egoistico, qual è quello del fondatore di una fondazione di famiglia sia compatibile con il modello giuridico di fondazione, giacché la serietà e non futilità dello scopo appare chiaramente possibile in una fondazione creata per l'interesse della famiglia del fondatore o di terzi¹³¹. La prassi amministrativa offre argomenti decisivi per sostenere la legittimità della fondazione di famiglia e che la sua costituzione non preveda necessariamente il perseguimento anche

¹²⁸ Questa è ancora l'opinione dominante. Cfr. M.V. DE GIORGI, *Fondazioni di famiglia e attività d'impresa*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2005, II, 79 ss.; E. MOSCATI, *Associazioni e fondazioni: finalità fiduciarie e loro rilevanza*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1995, II, 31; S. DE GÖTZEN, G. IORIO, *Art. 28*, cit., 267 e 272 ss. in cui gli Autori optano però per una nozione più attenuata di utilità sociale nel caso delle fondazioni di famiglia valorizzando proprio la prassi amministrativa. In questa stessa direzione già A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 43 ss.

¹²⁹ M. COSTANZA, *I soggetti*, cit., 63-64 legge la previsione dell'art. 28, comma 3, cod. civ. come "una manifestazione di rispetto per l'autonomia del fondatore e come un argine alle ingerenze dell'Autorità".

¹³⁰ Ciò peraltro non impedisce che il fondatore della fondazione di famiglia preveda statutariamente che in caso di esaurimento o impossibilità dello scopo l'ente si trasformi, individuando modi e tempi di trasformazione.

¹³¹ Nel senso dell'utilità economica di una fondazione di famiglia A. FUSARO, *Le fondazioni*, cit., 22.

JUS CIVILE



di scopi di pubblica utilità, essendo pacifica la legittimità della costituzione di fondazioni che abbiano quale loro scopo quello di assicurare benessere ai discendenti di una famiglia¹³².

L'argomento contrario tratto dalla disciplina sul fedecommesso è stato ormai superato in dottrina, come già riferito in precedenza¹³³ e con esso svanisce anche la pretesa necessità che la fondazione di famiglia, quand'anche ammessa e nel contesto di una riconsiderazione della rigidità del requisito dell'utilità sociale dello scopo, debba comunque essere collegata ad una specifica situazione di indigenza o bisogno dei componenti della famiglia beneficiata. Resta la sola condizione di non scarsa utilità dello scopo, menzionata peraltro proprio dall'art. 28 cod. civ. al primo comma e che appare l'unico autentico limite normativo con riferimento allo scopo della fondazione. Anche nella fondazione di famiglia dovrà essere rispettato il divieto di costituzione di enti con scopo palesemente futile o non seriamente raggiungibile. Ma altri limiti non possono più essere frapposti alla costituzione di fondazioni familiari.

La coerenza della fondazione di famiglia con il modello vivente di fondazione consente anche di prendere posizione in senso negativo sul dubbio che la fondazione di famiglia debba considerarsi un ente atipico, sia pure nominato dal legislatore. Il tema non si pone rispetto all'assoggettamento al sistema vigente di controlli pubblici, giacché la già citata formula dell'art. 1, comma 1, d.p.r. n. 261/2000 estende tale sistema a tutte "le istituzioni di carattere privato" indistintamente. L'atipicità della fondazione di famiglia sarebbe semmai rilevante rispetto all'applicazione o meno delle norme in materia di fondazione *tout court*. Poiché dunque la fondazione di famiglia non risulta collocata in una posizione di sfavore rispetto ad altre tipologie di fondazione, né dalla legge, né dalla prassi amministrativa, non vi è ragione per concludere per la sua atipicità onde ritenere esclusa l'applicazione automatica delle norme in materia di fondazione in generale (salvo l'esclusione testuale prevista dall'art. 28, comma 3, cod. civ.).

9. – Il prototipo di fondazione con più marcati tratti di ibridazione col modello corporativo è la fondazione di partecipazione. Una particolare tipologia di fondazione di partecipazione che si sta imponendo nella prassi è la fondazione di comunità¹³⁴. Si tratta di una specie di fondazione

¹³² Voci favorevoli in tal senso vengono da R. COSTI, *Fondazione*, cit., 13; P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 832 secondo il quale nessuna norma "esclude che i fondatori riservino a se stessi (e non ai propri aventi causa) il diritto ai vantaggi realizzati attraverso la fondazione". Con espresso riferimento alla prassi, anche straniera, cfr. le riflessioni di A. FUSARO, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, 2017, 101 ss. il quale attribuisce "la scarsa diffusione dell'impiego italiano della fondazione in ambito familiare [...] ai margini di incertezza che circondano la sua disciplina, rimasta priva di implementazione in ragione dello scarso impiego".

¹³³ Cfr. *supra* paragrafo 2.

¹³⁴ La letteratura giuridica non si è interessata particolarmente a questo genere di fondazioni. Diversamente, la letteratura sociologica si occupa da tempo del fenomeno delle fondazioni di comunità, di cui enfatizza la capacità di proporsi come "intermediari" tra la cittadinanza e le istituzioni pubbliche e private che operano sul territorio. Cfr. F. FERRUCCI, *Capitale sociale e partnership tra pubblico, privato e terzo settore. Vol II Il caso delle fondazioni di comunità*, FrancoAngeli, 2010; L. BANDERA, *Le fondazioni di comunità: una nuova declinazione della filantropia*, in F. Maino, M. Ferrera (a cura di), *Primo Rapporto sul secondo welfare in Italia*, Einaudi, 2013; M. FRANZON, E. PEZZI, *Le fondazioni comunitarie in Italia: sviluppo e tendenze*, in *Queste istituzioni*, 2010, 136 ss.

JUS CIVILE



che si è sviluppata in Europa nei Paesi di lingua tedesca (*Bürger-stiftung*), in Germania in particolare, e poi anche in Svizzera, e si è poi diffusa a partire dalla seconda metà degli anni '80 del secolo scorso anche in altri Paesi, compresa l'Italia¹³⁵. La fondazione di comunità persegue scopi funzionali allo sviluppo o al benessere di una comunità locale; enti pubblici locali, associazioni di categoria, istituti scolastici, imprese, ordini professionali, enti ecclesiastici, ma anche fondazioni bancarie e associazioni di volontariato si fanno promotori della costituzione dell'ente¹³⁶, a volte anche quale esecuzione di un onere testamentario collegato ad un lascito "alla cittadinanza" o "alla comunità"¹³⁷.

Singoli cittadini appartenenti alla comunità locale talvolta si affiancano alle istituzioni pubbliche e private in qualità di fondatori, ma anche quando ciò accada, la presenza di persone fisiche resta comunque minoritaria¹³⁸.

Le fondazioni di comunità, che assumono spesso la veste di onlus, presentano una caratteristica interessante sotto il profilo del generale inquadramento della fattispecie: essi si pongono come obiettivo immediato quello di raccogliere fondi ulteriori al patrimonio di dotazione e ai proventi dell'eventuale attività svolta dalla fondazione. In alcuni casi, gli statuti fondativi prevedono un organismo rappresentativo dei fondatori, con poteri di volta in volta diversi, ma comunque in grado di interferire in modo più o meno intenso con la gestione delle attività della fondazione; sovente in tali ultimi casi chi abbia contribuito all'accrescimento del patrimonio della fondazione acquista il diritto di partecipare assieme ai fondatori agli organi rappresentativi in seno alla fondazione, a volte anche con le stesse prerogative dei fondatori¹³⁹.

Pur nell'estrema varietà delle loro concrete configurazioni, alcune fondazioni di comunità presentano un livello di ibridazione tra il modello associativo e quello fondazionale più intenso

¹³⁵ Enti non profit con scopi di sviluppo della qualità della vita di comunità locali si trovano sin dai primi decenni del '900 negli Stati Uniti e poi nel Regno Unito con la denominazione di *community foundations*. Il fenomeno è in tutto e per tutto comparabile con quello poi sviluppatosi in Europa, sebbene la struttura di questi enti e il contesto giuridico complessivo in cui si iscrivono sono sensibilmente diversi da quelli a cui si fa riferimento nell'Europa continentale quando si parla di fondazioni. Per notizie sulle *community foundations* di matrice anglosassone si rinvia a P.D. HAL, *The community foundation in America, 1914-1987*, in R. MAGAT (a cura di), *Philanthropic Giving*, OUP, 1989; D. HAMMACK, *Community foundations: The delicate question of purpose*, in R. MAGAT (a cura di), *An agile servant: Community leadership by community foundations*, The Foundation Center, 1989.

¹³⁶ F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 195, nota 3, sostiene la legittimità della costituzione di una fondazione da parte di enti giuridici, anche lucrativi, e anche di enti pubblici a cui non è precluso l'utilizzo di strumenti privatistici come la fondazione per il raggiungimento di scopi istituzionali.

¹³⁷ Si veda il caso della fondazione municipale di Francoforte, creata in esecuzione dell'onere testamentario connesso all'istituzione della città di Francoforte, da parte di Adolph von Holzhausen, quale suo erede. Il lascito onerato consisteva nel castello di famiglia del *de cuius* (www.buergerstiftung.de/de/node/1).

¹³⁸ Per alcuni esempi concreti si veda, ad esempio, lo statuto della "Fondazione di comunità vicentina per la qualità di vita" (www.fondazionevicentina.it/home/attachments/article/17/fondazione_statuto_2004-08-17.pdf), lo statuto della "Fondazione della comunità bresciana" (www.fondazionebresciana.org/statuto/), lo statuto della "Fondazione della comunità della Provincia di Mantova" (www.fondazione.mantova.it/statuto/).

¹³⁹ È il caso della "Fondazione della comunità salernitana" (www.fondazionecomunitasalernitana.it/statuto/), o della "Fondazione di comunità del canavese" (www.fondazionecomunitacanavese.it/wp-content/uploads/2013/11/Statuto-Fondazione-di-Comunit%C3%A0.pdf).

JUS CIVILE



di quanto generalmente riferito in dottrina alle fondazioni di partecipazione *tout court*. Non si prevede solamente che vi sia un organismo rappresentativo dei fondatori con poteri decisorii o di controllo dell'organismo amministrativo¹⁴⁰, ma è previsto che i finanziatori della fondazione possano affiancarsi ai fondatori e prender parte con loro in qualità di componenti all'organismo rappresentativo. Soggetti diversi dai fondatori, dunque, entrano in fondazione, esattamente come i nuovi associati entrano a far parte di un'associazione. L'estensione del meccanismo assembleare si accompagna ad una parziale condivisione della figura stessa dell'associato nel modello corporativo.

Inoltre, la necessità di promuovere finanziamenti denuncia la fisiologica insufficienza del fondo di dotazione originario a perseguire gli scopi fondazionali. Viene così depotenziato ulteriormente nel modello delle fondazioni di comunità l'elemento patrimoniale storicamente al centro della definizione stessa di fondazione quale patrimonio destinato ad uno scopo. È vero che anche nella tradizionale concezione delle fondazioni era ammesso che esse svolgessero attività economica al fine di potenziare la disponibilità economica del fondo originario; ma era pur sempre la dotazione iniziale a rappresentare il capitale investito ed in relazione alla sua intrinseca adeguatezza allo scopo che veniva rilasciata la personalità giuridica. Ed invece nelle fondazioni di comunità è ricorrente la previsione che la fondazione acquisisca risorse esterne a quelle inizialmente messe a disposizione dai fondatori. Con l'ulteriore e non secondaria conseguenza che scopi indicati nello statuto delle fondazioni di comunità non possano essere perseguiti se non quando sia raggiunta una certa consistenza patrimoniale attraverso l'attività di *fundraising*.

La particolare conformazione dinamica del patrimonio di queste fondazioni suggerisce di interpretare in modo altrettanto dinamico le disposizioni in materia di costituzione ed estinzione delle fondazioni. L'insufficienza attuale della dotazione patrimoniale così come non può essere di per sé valutata alla stregua di una causa di impossibilità di raggiungimento dello scopo ai fini dell'applicazione degli artt. 27 e 28 cod. civ., allo stesso modo non può essere considerata dall'Amministrazione in senso statico nel momento in cui è chiamata a valutare "che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo" ai sensi dell'art. 1, comma 3, d.p.r. n. 361/2000.

L'insufficienza patrimoniale va dunque valutata diacronicamente nel contesto dello sviluppo nel tempo dell'attività dell'ente così come prefigurato dalle previsioni statutarie. La prassi nella costituzione delle fondazioni di comunità indica che il requisito genetico e funzionale dell'adeguatezza patrimoniale agli scopi statutari possa essere ripensato. Non si tratta di un criterio da applicarsi con metodo quantitativo e statico, ma qualitativo e dinamico, ossia come capacità di generare "introiti" in grado di supportare l'attività necessaria per raggiungere gli scopi fondazionali.

Il criterio definitorio del patrimonio destinato lascia il posto ad una valutazione economica

¹⁴⁰ Si prenda ad esempio l'art. 8 dello statuto della "Fondazione della comunità salernitana" (v. *supra* nota precedente).



prospettica, rispetto alla quale solo il riconoscimento di un'assoluta incapacità organizzativa di dar vita a processi virtuosi di reperimento di fondi idonei a sostenere le attività istituzionali conduce ad una valutazione negativa in sede di costituzione o crea le condizioni per l'applicazione delle disposizioni su estinzione o trasformazione delle fondazioni.

La prassi delle fondazioni di comunità ha dunque messo in luce un nuovo modo di intendere il requisito economico della fondazione. Il fondo di destinazione è prefigurato dalla tradizione al centro del processo di costituzione e dell'attività della fondazione; in relazione ad esso si sono sviluppate le contrarietà ideologico-giuridiche alla fondazione intesa come strumento di segregazione di ingenti patrimoni alle dinamiche di mercato. La fondazione di comunità dimostra invece che il patrimonio può anche essere collocato ai margini della geometria della fondazione. Un patrimonio di non grandi dimensioni e di per sé solo inadeguato a raggiungere gli scopi statutari può sostenere la costituzione di una fondazione. La capacità di attrarre nuove fonti di finanziamento per sostenere l'attività della fondazione integra la dotazione iniziale e pone al centro dell'edificazione dell'ente l'elemento organizzativo. Come nel modello associativo, è l'organizzazione che deve anzitutto mostrarsi in grado di raggiungere gli scopi statutari, anche se la capienza economica attuale della fondazione non sia di per sé sufficiente a garantirlo. L'ibridazione tra i modelli socio-economici tradizionali non potrebbe essere maggiore, dimostrando ancora una volta che la prassi ha saputo demistificare costruzioni dottrinali che si presupponevano implicate necessariamente dal diritto positivo e che invece si rivelano sola una delle diverse opzioni possibili a disposizione dell'autonomia privata.

10. – L'esame del tessuto normativo e della prassi operativa e amministrativa restituisce una configurazione variabile dei rapporti tra enti non lucrativi, in cui è comunque possibile rintracciare specificità disciplinari relative alle singole figure nominate dal codice civile. La fondazione in particolare si è oramai affrancata *“da quella condizione di inferiorità nei confronti della corporazione nella quale la dottrina tradizionale la confinava”*¹⁴¹ e una spinta decisiva in tale direzione è venuta dalla prassi operativa, che ha saputo trovare alternative al modello unico tradizionale, legittimate dal riconoscimento pubblico. Dall'unicità statica del “tipo” fondazionale si è passati al pluralismo aperto della “specie” fondazione nel genere degli enti non lucrativi.

Un indizio che la direzione assunta dalla prassi sia corretta arriva dalla lettura della disciplina primaria e secondaria alla luce dei precetti costituzionali¹⁴². Il principio di libertà associativa, la promozione e tutela delle formazioni sociali, il pluralismo democratico invitano ad un'interpretazione pluralista delle norme applicabili agli enti non lucrativi, che dia conto della centralità dell'elemento organizzativo e con esso della figura dei fondatori e di tutti coloro che più in generale partecipano alla vita dell'ente, contribuendo al raggiungimento dei suoi scopi. L'auto-

¹⁴¹ P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 17.

¹⁴² Così esplicitamente M. BASILE, *Associazioni*, cit., 31.

JUS CIVILE



nomia privata assume così un ruolo inedito nelle fondazioni, e la rarefazione del tessuto normativo si propone in termini di neutralità del diritto positivo rispetto alle costruzioni della prassi, liberata da condizionamenti dogmatici e vincoli storici¹⁴³.

¹⁴³ Un interessante cenno alla centralità dei precetti costituzionali nella definizione dell'identità degli enti giuridici si trova in P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, 502 in cui l'Autore, nell'evocare il pensiero di Massimo Basile, ne coglie l'essenziale invito al confronto della disciplina codicistica con i precetti costituzionali tutti, non solo quelli contenuti nell'art. 18 sulla libertà di associazione.