



DOMENICO GIURATO

*Docente a contratto – Università degli Studi di Sassari***PER UNA DEFINIZIONE (ATTUALE) DI «FONDAZIONE»**

SOMMARIO: 1. *Le fondazioni: inadeguatezza e insufficienza del dato positivo e assenza di una definizione (normativa) di fondazione. Ragioni storico-filosofiche e politico-economiche.* – 2. *Esclusività ed esclusività del modello tradizionale di fondazione: la fondazione di mera erogazione.* – 3. *Crisi del modello tradizionale e “metamorfosi” delle fondazioni. Fattori di crisi: il raffronto con l’esperienza tedesca e nordamericana negli anni ‘60; in particolare, l’indagine circa il rapporto tra fondazione e impresa. Le riflessioni di Rescigno e Costi. La “neutralità” delle forme giuridiche.* – 4. *Segue. Le evidenze dell’analisi fenomenologica e dell’esame della prassi statutaria delle “fondazioni culturali” (o “fondazioni di impresa”) negli anni ‘70.* – 5. *Segue. La comparazione con il non profit sector statunitense negli anni ‘80. Il non distribution constraint quale elemento causale discrezionale tra gli enti del libro I e quelli del libro V del codice civile.* – 6. *Segue: le indagini intorno al Typus e alle tipologie di fondazione negli anni ‘90. L’individuazione di un Idealtypus storico-comparatistico propedeutico all’enucleazione di una definizione di fondazione coerente con l’attuale dato positivo.* – 7. *Segue: la legislazione speciale. La (mini) “riforma per sottrazione” delle persone giuridiche e la riforma del riconoscimento. Le fondazioni speciali. Conferme positive della possibilità per le fondazioni di svolgere attività di impresa.* – 8. *Segue: l’impatto della legislazione speciale sull’autonomia privata: le fondazioni di partecipazione.* – 9. *Segue: dalla fondazione come patrimonio alla fondazione come organizzazione (e come formazione sociale).* – 10. *Conclusioni: il Typus della fondazione oggi. Gli elementi tipici della fondazione: destinazione di un patrimonio ad uno scopo non lucrativo e nascita di un’organizzazione con soggettività metaindividuale di rilievo reale (c.d. personificazione). Il nesso di strumentalità tra destinazione e personificazione. Differenza con il mero patrimonio destinato. La fondazione come modalità di destinazione patrimoniale indiretta e dinamica.* – 11. *Segue. Elementi tipologici della fondazione (struttura, scopo e attività) e Gestaltungsfreiheit del fondatore. L’output della fondazione: attività di erogazione (diretta e indiretta) e attività di impresa.* – 12. *Segue. Proposta di una definizione attuale di fondazione.*

1. – Le fondazioni popolano un territorio storicamente impervio per l’interprete, soprattutto per quello più abituato, e così maggiormente incline, all’indagine più strettamente positiva. Ciò in ragione di un dato normativo particolarmente carente, notoriamente reputato insufficiente e inadeguato¹. Invero, né il Codice Civi-

¹ In più tempi e in più occasioni la dottrina italiana ha posto in rilievo l’insufficienza e l’inadeguatezza del diritto positivo, reclamando una riforma organica degli enti del libro primo del Codice Civile. Sul punto, cfr. F.D. BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, in AA. VV., *Cinquant’anni del codice civile. Atti del convegno di Milano, 4-6 giugno 1992*, vol. I, Milano, 1993, 99 ss.; S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, in *Contr. e impr.*, 1993, 1 ss.; A. PREDIERI, *Sull’ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, 1117 ss.; P. RESCIGNO, *Le fondazioni: prospettive e linee di riforma*, in AA. VV. (a cura di P. Rescigno), *Le fondazioni in Italia e all’estero*, Padova, 1989, 469 ss.; D. VITTORIA, *Gli enti del primo libro del codice civile: l’attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, ivi, 21 ss.; A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 365 ss., spec., 367.

Come è noto, la legge 6 giugno 2016, n. 106, recante “Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell’impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale” conteneva anche la delega a riformare organicamente il Titolo II del Libro I del Codice Civile. Tuttavia, come è del pari noto, il Governo non ha esercitato *in parte qua* la delega. In argomento, v. G. PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 726 ss.



le né la legislazione speciale offrono una *definizione* di fondazione; e chi tenti di ricavarne una muovendo (esclusivamente) dal dato normativo, dovrà ben presto constatarne, appunto, l'insufficienza e l'inadeguatezza, e così arrendersi all'idea che essa vada ricercata *aliunde*². Dovrà prendere atto che l'ordinamento, nel disciplinare – peraltro, frammentariamente – la fondazione, abbia rinunciato a *porre* di essa una definizione, dandola piuttosto per *presupposta*, lasciando all'interprete l'onere di ricercarla, indagarla e ricostruirla³. L'ineludibilità di questo ufficio è chiara, tanto per lo studioso, quanto per l'operatore pratico⁴. Entrambi necessitano, nel comune lavoro di interpretazione e applicazione del diritto, di definire il significato (giuridico) del lemma “fondazione”, poiché esso evidentemente rappresenta sia il punto di ricaduta applicativa delle disposizioni che l'ordinamento pone al riguardo che il medio ordinante la ricostruzione analogica della disciplina applicabile al fenomeno nelle ipotesi – qui invero assai frequenti – di lacune⁵.

Per molto tempo – almeno fino agli anni '60 del secolo scorso – la dottrina italiana non è apparsa particolarmente interessata ad una simile ricerca, né in generale è sembrata avvertire l'utilità di una riflessione aperta e approfondita sull'istituto. La ragione muoveva dalla convinzione, all'epoca assai diffusa e ancor oggi non da tutti abbandonata, per cui l'unico possibile *Begriff* di fondazione fosse quello – (tralatizio, più che) tradizionale, di *patrimonio destinato in perpetuo ad uno scopo di pubblica utilità, eretto in persona giuridica mercé il riconoscimento dello Stato, svolgente attività di mera erogazione di rendite*. Questo, si sosteneva, era il *tipo*⁶ – *rectius*, la *tipologia*⁷ – di fondazione “visualizzata” e dunque (sia pur frammentariamente) di-

² Che il *Begriff* di fondazione vada ricercato *aliunde* rispetto al diritto positivo è constatazione diffusa anche nella dottrina tedesca. Per tutti, v. H. KRONKE, *Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung*, Tübingen, 1988, 7 ss.

³ Cfr. G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, in AA. Vv. (a cura di G. Alpa), *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, Padova, 1988, 5; D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, 302, sub nota 10; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 75.

Sul problema dell'assenza di una definizione normativa di fondazione in Francia, v. M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, cit., 19 ss.

⁴ Ineludibilità – e dunque utilità – dell'indagine avvertita già dalla dottrina tedesca. Cfr. la relazione introduttiva ai lavori del gruppo di giuristi tedeschi riunitosi ad Hannover il 14 settembre 1962, in occasione del 44° *Juristentag*, al quale era stato posto il seguente quesito: “Soll das Stiftungsrecht bundesgesetzlich vereinheitlicht und reformiert werden gegebenenfalls mit welchem Grundzügen?”. La relazione è di E.J. MESTMÄCKER, *Referat*, in *Verhandlungendes Vierundvierzigsten Deutschen Juristentages. Hannover 1962*, vol. II, Tübingen, 1964, 3 ss., spec. 4.

⁵ In generale, sulla rilevanza giuridica dei concetti e delle definizioni normativi, v. N. IRTI, *Rilevanza giuridica* (già in *Jus*, 1967, 55 ss., ora) in *Rilevanza giuridica*, in ID. *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 3 ss., spec. 26 ss. Sul tema, cfr. anche A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 31 ss.; ID., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 432 ss.; A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, *passim*, spec. 76 (sub nota 30) e 157 (sub nota 128).

Con particolare riferimento al concetto alla definizione di fondazione, cfr. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 13 ss. e 72 ss.; G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, in AA. Vv. (a cura di G. Alpa), *Le fondazioni*, cit., 5 ss.

⁶ Inteso nel senso di “tipo normativo”, cioè di modello socio-economico (*Vorbild* o *Leitbild*) tenuto presente dal legislatore al momento dell'adozione della relativa disciplina. In argomento, cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 138 ss.; G. ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. Galgano), vol. VIII, Padova, 1985, 21 ss.; P. SPADA, *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 127 ss.

⁷ In tal senso, cfr. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 13 ss., che preferisce discorrere di “tipologia” in luogo di “tipo” – e ciò anche al fine di evitare le ambiguità semantiche che inevitabilmente il secondo termine evoca (cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, *passim*) – intendendo riferirsi “alle strutture fenomeniche del fatto giuridico, se e in quanto i dati della realtà (che si assumono) tipologicamente significativi siano dotati di autonoma rilevanza giuridica”.

Il che ci sembra esprimere, sia pur in termini parzialmente differenti, la medesima esigenza di individuazione di una – o eventualmente anche di più d'una – *definizione* di fondazione, intesa quale punto di emersione (*recte*, di rilevanza, nomologica prima, crinologica poi) della fattispecie. Per l'idea di rilevanza giuridica da cui si muove, nonché per la distinzione tra rilevanza *nomologica* e *crinologica*, v. N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., 3 ss., spec. 26 ss. e 42 ss.



sciplinata dal legislatore del '42. A conferma, si adducevano le disposizioni dettate dall'art. 16 cod. civ., sulla necessità dell'indicazione statutaria dei criteri e delle modalità di "erogazione delle rendite" e dall'art. 28 cod. civ., sulla possibilità per l'autorità di trasformare la fondazione in caso di sopravvenuta "scarsa utilità" dello scopo. Ogni possibile ricerca intorno alla *definizione* – e quindi intorno all'estensione e ai limiti del *concetto*⁸ – di fondazione, fatalmente si arrestava prima ancora di iniziare.

Ma l'idea che riduceva il *Begriff* di fondazione all'unità della sola fondazione di mera erogazione – nota come *Hauptgeldstiftung* in ambiente giuridico tedesco e come *grant-makig foundation* in quello nordamericano⁹ – era così radicata tra gli interpreti anche (e soprattutto) per altre ragioni. Invero, ad innescare e ad alimentare il disinteresse – se non l'ostilità – nei confronti dell'istituto, ancor prima degli argomenti giuridici, concorrevano profondi condizionamenti di ordine storico, culturale e politico.

L'influenza più tenace l'esercitava l'eco persistente della condanna pronunciata contro le fondazioni dalla cultura illuminista; condanna maturata in ragione dell'operare congiunto di taluni decisivi fattori storici, quali: *i*) l'ostilità verso i corpi intermedi, reputati inutili e pericolosi diaframmi nel rapporto, che si assumeva dover essere diretto, tra lo Stato e il cittadino¹⁰; *ii*) l'ostracismo verso ogni forma di messa in discussione del *principio dell'unicità del patrimonio*, oggetto elevato a diretta emanazione della personalità del *soggetto*; di qui l'impossibilità, naturalistica prima ancora che giuridica, di destinare – nel senso di separare e di autonomizzare – una parte del patrimonio ad uno scopo particolare, essendo per natura impossibile frazionare l'umana personalità¹¹; *iii*) l'ostilità verso l'immobilizzazione della ricchezza (la così detta "manomorta") che la destinazione in perpetuo di un patrimonio ad uno scopo, secondo l'allora imperante dottrina fisiocratica, inevitabilmente avrebbe comportato^{12 13}, con conseguente irragionevole frustrazione dei principi di politica

⁸ Invero, "il concetto giuridico non è pensabile al di fuori della propria definizione" (N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., 35). Sul rapporto tra *concetto* e *definizione* normativi, v. ID., ivi, 26 ss.

⁹ È appena il caso di rilevare che, mentre tra la fondazione italiana e la *Stiftung* tedesca può ravvisarsi piena analogia, formale, strutturale e funzionale, lo stesso non può dirsi rispetto alla *foundation* americana, termine che negli Stati Uniti è usato per designare una qualunque *non profit organization* che agisca "per scopi sociali, educativi, assistenziali o religiosi" e i cui scopi siano "assunti come qualificanti, indipendentemente dalla struttura o tipologia giuridica (i due principali tipi sono quelli del *trust* e della *corporation*) o dalla denominazione" (così, A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, cit., 1120 ss.

La differenza, che pur è corretto ricordare, non è tuttavia d'ostacolo alla comparazione giuridica, come segnalato, *in primis*, da P. RESCIGNO, *Le fondazioni: prospettive e linee di riforma*, cit., 472-473; ID., voce *Fondazione* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, 790 ss. (poi ripubblicata come ID., *Fondazione*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato. II. (1967-1987)*, Padova, 1988, 3 ss., a cui d'ora in poi s'intenderanno effettuati i relativi riferimenti bibliografici); e come più di recente rilevato da A. FUSARO, *Le fondazioni in Europa: i modelli*, in AA. VV. (a cura di G. Resta), *Le fondazioni. Prospettive italiane ed Europee*, Napoli 2014, 43-44.

¹⁰ La più celebre formulazione della condanna dell'Illuminismo verso i corpi intermedi è formulata da J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale ovvero i principj del dritto politico* (traduzione dal francese del cittadino C.M.), Genova, 1797, 45, ove si legge: "Per avere esattamente la manifestazione della volontà generale, importa dunque moltissimo, che in uno stato non vi sia alcuna società parziale, e che ciascun cittadino opini secondo il suo sentimento".

Del resto, nel pensiero di Rousseau, la legittimazione stessa a partecipare al *contratto sociale* è per natura riservata all'individuo, *rectius* al cittadino, non già ai gruppi, come rileva, non lesinando critiche all'atomismo sociale rousseiano, N. BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Pol. dir.*, 1975, 433; ID., *Il contratto sociale, oggi*, Napoli, 1982, 61 ss.

¹¹ Il che, come osserva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 26, equivaleva a segnare "un limite non solo all'autonomia dei privati, ma alla stessa potestà legislativa".

¹² Come osserva H. LIERMAN, *Handbuch des Stiftungsrechts*, vol. I, *Geschichtes des Stiftungsrechts*, Tübingen, 1963, 230, un istituto il cui scopo era quello di asservire i vivi, in perpetuo, e così finanche in un futuro remoto e sconosciuto, alla volontà di un fondatore defunto, non poteva reggere innanzi al "tribunale della ragione". Al riguardo, v. già E. KANT, *La metafisica dei costumi*, trad. it., Bari, 1970, 213, secondo cui le fondazioni, quand'anche costituite per finalità altruistiche, "non possono essere fondate a perpetuità e gravare infinitamente il suolo".



economica ispiratori delle codificazioni liberal-borghesi ottocentesche, frustrazione che al “tribunale della ragione” appariva *ragionevole* soltanto allorché la fondazione perseguisse scopi di *pubblica utilità*¹⁴; iv) l’ostilità, infine, verso la Chiesa, e in particolare verso i privilegi storicamente goduti dal clero – all’epoca, peraltro, il maggior detentore di “manomorta” – dacché la fondazione era sovente impiegata come strumento giuridico per disporre lasciti in favore di enti ecclesiastici¹⁵.

Ad alimentare lo sprezzante disinteresse degli interpreti verso le fondazioni contribuiva poi una seconda influenza, diretta conseguenza della prima, dovuta alla circostanza che le codificazioni liberal-borghesi ottocentesche – il *Code civil* in testa, il Codice civile italiano del 1865 a seguire – avevano espunto dalle loro disposizioni ogni riferimento (o quasi) alla fondazione, come a sancire l’oblio che il secolo dei lumi aveva suggerito cadesse sull’istituto¹⁶. Così, negli animi degli esponenti della dottrina, in particolare di quella francese, era parso imporsi – e perdurare per circa un secolo – un sillogismo: se le moderne codificazioni, in ossequio allo statalismo, al positivismo e al legalismo che le avevano ispirate¹⁷, avevano riscritto il diritto civile in maniera *unitaria, completa ed esclusiva*¹⁸, e se da quella riscrittura le fondazioni erano state sciente-

¹³ Di qui, peraltro, la storica analogia tracciata con la sostituzione fedecommissaria. Analogia che, come è noto, in Italia ha esercitato e tuttora esercita un’influenza notevole soprattutto con riferimento ai due temi, tra loro connessi, dello *scopo* delle fondazioni e delle *fondazioni di famiglia* (cfr. L. CAVALAGLIO, *La fondazione fiduciaria: struttura e funzione della destinazione patrimoniale*, Milano, 2017, 129 ss.).

Analogia della quale può peraltro ragionevolmente dubitarsi, come rileva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 20-23, che evidenzia come i due istituti restino nettamente distinti, e sotto il profilo ontologico e sotto il profilo disciplinare. Quanto al primo profilo, infatti, il fedecommissario “è oggetto del diritto di proprietà (per quanto temporale e limitato) del sostituto” mentre la fondazione “è un soggetto di diritti” di cui i beneficiari sono creditori. Quanto al secondo profilo, l’esaurimento dello scopo (nell’esempio classico della fondazione di famiglia, il venir meno della gens) “determinerà, in un caso, l’estinzione per impossibilità sopravvenuta del vincolo fiduciario, nell’altro la devoluzione dei beni secondo le previsioni statutarie” (ID., *ivi*, 21).

Nella dottrina francese, rileva l’estraneità alla fondazione del concetto e della struttura del fedecommissario, R. BRICHET, voce *Fondation*, in *Juris-Classeur Civil, Annexes*, vol. II, Paris, 1989, 4.

¹⁴ A.-R.-J. TURGOT, *Fondation. Article de L’Encyclopédie* (vol. VII, 1757), cit., 351 ss.

Nello stesso senso, in Italia, v. F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., *passim*, e C.M. BIANCA, *Diritto civile. I. La norma giuridica. I soggetti*, rist., Milano, 1984, 314, che discorre, con riferimento alle fondazioni, di “dato sociale negativo” in quando idoneo a sottrarre beni alla normale circolazione giuridica.

Invero, l’assunto per cui la fondazione di per sé comporti sottrazione di beni alla normale circolazione giuridica appare un dogma suscettibile di critica e di notevole ridimensionamento (se non di definito superamento). Sul punto, v. *infra*, § 10.

¹⁵ Analogamente a quanto avveniva con le *piae causae* del diritto giustiniano e medievale. Cfr. B. SANTALUCIA, voce *Fondazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, 779 ss.

Peraltro, proprio l’anticlericalismo e il laicismo dell’Illuminismo giocarono un ruolo importante nel radicamento e nella diffusione dell’idea dello scopo di *pubblica utilità* quale elemento essenziale della fondazione. Sul punto, cfr. H. LIERMAN, *Handbuch des Stiftungsrechts*, cit., 230 ss., il quale osserva come la cultura illuminista, abituata a pensare in termini principalmente laici e intramondani, esigesse che la causa *pia* divenisse causa *utilis*, dacché sarebbe stato contrario alla ragione continuare a rinvenire l’essenza della fondazione nello spirito pio del fondatore (*pietas*) anziché nel bene comune (*utilitas*).

¹⁶ Come osserva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 27-28, il *Code civil* “condanna la fondazione ad una sorta di ‘clandestinità’ giuridica, tanto da non accoglierne lo stesso nome nel testo codicistico; ad essa, tuttavia, è dedicata – smentendo così il radicale rigetto del legislatore rivoluzionario – un riferimento indiretto, fuggevole e ciò non di meno significativo, all’art. 910, che subordina all’autorizzazione amministrativa la validità delle disposizioni patrimoniali, tra vivi o *mortis causa*, fatte a favore delle istituzioni di pubblica utilità”.

Ancor più netto l’ostracismo espresso verso l’istituto dal combinato disposto degli artt. 833 e 1075 del Codice Civile italiano del 1865, che vietava espressamente lasciti e donazioni diretti a “istituire o dotare benefici semplici, cappellanie laicali od altre simili fondazioni”, come evidenziato da M. BASILE, *Le persone giuridiche*, t. I, *Componenti e attività*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica, P. Zatti), Milano, 2020, 13.

¹⁷ Cfr. F. MARINELLI, *La cultura del Code Civil. Un profilo storico*, Padova, 2004, 51 ss., spec. 52.

¹⁸ Sull’ambizione del *Code civil* a porsi quale fonte *unitaria, completa ed esclusiva* del diritto civile, per tutti v. P. GROSSI, *Mitologia giuridica della modernità*, Milano, 2001, 99.



mente neglette, allora esse neppure dovevano più reputarsi un fenomeno giuridicamente possibile, ammissibile e rilevante. Di qui la “congiura del silenzio”¹⁹, ordita contro le fondazioni dalla dottrina francese e da questa portata avanti, convintamente ed ostinatamente, per tutto il diciannovesimo secolo.

Infine, un ulteriore condizionamento avverso alle fondazioni s’era innescato, a partire dagli anni ’20 del secolo scorso, a causa dall’influenza esercitata dallo stato etico fascista e dall’ordinamento corporativo.

Il legislatore del Codice del 1942, a differenza di quello del 1865²⁰ – anche in ragione di un’ormai matura introduzione del giurista italiano nell’atmosfera culturale tedesca – aveva deciso, analogamente alle scelte compiute dal BGB²¹, di disciplinare le fondazioni; ma lo aveva fatto con il precipuo scopo di controllarne lo sviluppo e di limitarne la diffusione²². Il che veniva assicurato attraverso una rigorosa disciplina del riconoscimento, da concedersi caso per caso – a mo’ di privilegio²³ – a discrezione della pubblica autorità.

Il legislatore fascista, anziché ignorare il fenomeno delle fondazioni (e in generale degli enti), aveva deciso di *disciplinarlo*²⁴ – o meglio, di *controllarlo* – piegando la personalità giuridica a “sovrastuttura burocratica idonea a normalizzare e omologare i corpi sociali ai superiori interessi nazionali”²⁵.

Riecheggiava ancora, in fin dei conti, la diffidenza dello Stato nei confronti dei corpi intermedi; questa volta, però, declinata non a tutela del rapporto diretto – *recte*, plebiscitario – tra cittadino e Stato, ma in ragione della necessità di conformare gli interessi perseguiti dai primi a quelli imposti dal secondo²⁶.

2. – Sopravvissuto alla rivoluzione francese e alla condanna illuminista, pressoché ignorato dalle codificazioni ottocentesche, coatto nelle maglie del controllo tutorio dello Stato totalitario, il modello tradizionale di fondazione era dunque compendiabile nella definizione, sopra anticipata, di *patrimonio destinato (tendenzialmente) in perpetuo ad uno scopo di pubblica utilità, eretto in persona giuridica mercé il riconoscimento dell’autorità, svolgente attività di mera erogazione di rendite*²⁷.

¹⁹ L’espressione è tolta da A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 29.

²⁰ Come osserva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 30, “In questo quadro normativo e dottrinale affonda le proprie radici il codice del ’42, che nel prevedere una disciplina delle persone giuridiche – ed è significativo ricordare che non erano mancate proposte di escludere nuovamente gli enti che poi troveranno accoglienza nel primo libro, giustificate dall’affermazione del loro carattere pubblicistico –, così come delle associazioni non riconosciute, segna un momento di significativa discontinuità rispetto al codice previgente e al *code civil*”.

In argomento, cfr. anche N. BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Pol. del dir.*, 1975, 433.

²¹ Come osserva P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 815, vi è “sostanziale identità, nei punti nodali, delle discipline contenute nei rispettivi codici civili, il BGB tedesco del 1900 e il nostro codice civile del 1942”.

²² Cfr. G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, cit., 9; F.D. BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, cit., 114.

²³ Come rileva S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, cit., 4.

²⁴ Come osserva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 30, la scelta di non negligere i gruppi intermedi, ma di prendere atto della loro esistenza e piuttosto di disciplinarli, fu probabilmente dovuta all’influenza esercitata sul legislatore del ’42 dalla dottrina realista e istituzionalista di SAN. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Pisa, 1918.

Sulla posizione del legislatore del ’42 in materia di persone giuridiche, v. F. GALGANO, *Il diritto privato fra codice civile e costituzione*, Bologna, 1983, II ed. accr., 85 ss.; A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l’ordine degli articoli, libro I*, Torino, 1939, 61.

²⁵ Sul punto, osserva G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, cit., 9: “In uno stato fondamentalmente etico, quale è lo Stato fascista, che non consente l’esercizio di attività contrastanti con i suoi fini, l’acquisto della personalità non può che essere l’effetto della valutazione che la pubblica Autorità faccia degli scopi che l’ente si propone e dei mezzi con i quali intende raggiungerli”.

²⁶ In tal senso, v. A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l’ordine degli articoli*, cit., 65.

²⁷ Cfr. G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, cit., 9.



Per decenni, era in questo *Vorbild* che la *communis opinio* risolveva sia il *Begriff* che il *Typus* della fondazione. Ciò in quanto il modello veniva reputato, ad un tempo, *esclusivo* ed *esaustivo*²⁸: esclusivo, in quanto la necessaria utilità pubblica dello scopo – naturale *pendant* dell’asserita connotazione antieconomica dell’istituto – impediva di concepire tipologie di fondazione istituite per scopi che non fossero di pubblica utilità; esaustivo, poiché l’inderogabilità dei suoi caratteri – quali la natura prettamente devolutiva dell’attività svolta, l’assenza assoluta di lucro (sia oggettivo che soggettivo), la tendenziale perpetuità dell’istituzione, l’indisponibilità per il fondatore del patrimonio di dotazione, il carattere concessorio del riconoscimento (il cui naturale corollario era l’ingerenza da parte dello Stato nella vita dell’ente anche successivamente alla concessione della personalità giuridica) – precludeva all’autonomia privata la possibilità di alterare o di conformare diversamente (per esempio, sul piano strutturale e organizzativo) il modello “visualizzato” dal legislatore.

In un contesto in cui *Vorbild*, *Begriff* e *Typus* venivano fatti coincidere, discorrere di fondazioni svolgenti attività non di erogazione o di fondazioni in cui il fondatore continuasse a disporre (come amministratore) dei beni della fondazione o di fondazioni senza dotazione patrimoniale o con dotazione patrimoniale soltanto promessa – sottoscritta ma non versata, direbbe lo studioso di diritto commerciale – insomma, discorrere di tutta quella fenomenologia di fondazioni che di lì a poco avrebbero popolato lo scenario italiano (e che già da fine ‘800 avevano fatto la loro comparsa in quello internazionale), voleva dire discorrere di fondazioni “atipiche” e perciò inammissibili²⁹.

3. – In Italia, è stato solo sul finire degli anni ‘60 del secolo scorso che parte della dottrina ha iniziato a porre in discussione l’esclusività e l’esaustività di quel *Vorbild*, cominciando a documentarne, con proficua sensibilità, i numerosi segnali di crisi.

Il ripensamento intorno al concetto tradizionale di fondazione è sembrato prendere avvio *in primis* sotto la pulsione della comparazione giuridica, particolarmente votata, in quegli anni, all’osservazione del panorama delle fondazioni nel sistema tedesco ed in quello nordamericano³⁰.

Del primo, anche grazie alla vasta eco generata dal dibattito svoltosi in seno al 44° *Deutschen Juristen Tag* del 1962³¹, aveva colpito la riflessione circa la necessità di ricercare un nuovo equilibrio tra la natura privatistica dell’istituto e l’interesse pubblico che storicamente ne aveva favorito la diffusione in Germa-

²⁸ Come lucidamente osserva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 18-19.

²⁹ In tal senso, tra gli altri, v. A. PREDIERI, *Sull’ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, cit., 1135: “L’interpretazione sistematica porta a concludere che le forme o gli istituti sono predisposti a scopi diversi, senza possibilità di uscire dai tipi”. Nella stessa pagina, *sub* nota 56, l’Autore significativamente precisa: “Non si ha perciò neppure il cosiddetto *Typuszwang*, che si ha invece in materia di società *ex art.* 2249 c.c., ma ci troviamo di fronte a norme cogenti”.

Come rileva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 19, l’affermazione della coincidenza necessaria tra modello, concetto e tipo di fondazione, e la conseguente impossibilità di ammettere fondazioni “atipiche”, costituisce un’ipotesi di applicazione, anche nel campo delle fondazioni, della così detta “teoria imperativistica del tipo”, il cui effetto è di “rendere il contenuto della fattispecie omogeneo al tipo normativo, che assurge così a limite dell’autonomia privata” (ID., *ibidem*). In argomento, cfr. anche G. ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, cit., 101 ss.

Analogamente, sia pur con riferimento ad un ambito diverso, di “coazione legale del tipo” discorreva già C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. comm.* 1936, I, 345 ss., spec. 366.

³⁰ Cfr. P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 11 ss.

³¹ Con riferimento al quale, v. *supra*, *sub* nota 4.



nia³², nonché la possibilità di *oggettivizzazione*³³ e di *socializzazione*³⁴ dell'impresa, che la *Rechtsform* della fondazione lì pareva aver consentito³⁵, ma che i dogmi del civilista e del commercialista italiano di allora difficilmente permettevano di immaginare in Italia, nonostante le innegabili affinità rinvenibili, in materia di fondazioni, tra la codificazione tedesca del 1900 e quella italiana del 1942 e nonostante la significativa influenza esercitata dalla dottrina tedesca su quella italiana.

Del secondo, aveva impressionato la capacità della fondazione di esser divenuta la principale protagonista del *non profit sector* e del pluralismo socio-istituzionale americani; temi che giusto in quegli anni iniziavano ad attirare l'attenzione dello studioso italiano³⁶ e che proprio l'elaborazione del privatista cominciava ad offrire agli interpreti quale nuova chiave di lettura del diritto privato in generale, e del diritto delle persone giuridiche, specie di quello delle fondazioni, in particolare³⁷.

In quegli anni, proprio grazie all'analisi comparatistica – segnatamente all'osservazione dell'esperienza tedesca – un primo importante segnale di cedimento dell'esclusività e dell'eshaustività del modello tradizionale della *Hauptgeldstiftung* emergeva dalla riflessione che andava svolgendosi intorno al rapporto tra *fondazione e impresa*. Riflessione inaugurata, come è noto, da due noti saggi: l'uno di Pietro Rescigno³⁸, l'altro di Renzo Costi³⁹.

Il contributo di Rescigno, puntando peraltro ad inserirsi in quel movimento di opinione che già all'epoca sollecitava in Italia una riforma della disciplina delle fondazioni⁴⁰, risolveva in senso positivo la questione relativa all'ammissibilità, nel nostro ordinamento, della *fondazione titolare di impresa*⁴¹ e cercava di offri-

³² Sul ruolo storicamente svolto dalle fondazioni e sulla loro diffusione in Germania, v. H. LIERMAN, *Handbuch des Stiftungsrechts*, vol. I, cit., *passim*, spec., con riferimento all'epoca contemporanea, 169 ss.

In argomento, più di recente, anche in chiave comparatistica, cfr. A. RICHTER, *Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation*, Berlin, 2000, *passim*, spec. 40 ss.; R.G. STRACHWITZ, *Traditionen des deutschen Stiftungswesens – ein Überblick*, in AA. VV. (a cura di R.F. Strachwitz e F. Mercker), *Stiftungen in Theorie, Recht und Praxis. Handbuch für ein modernes Stiftungswesen*, Berlin, 2005, 33 ss.; AA. VV. (a cura di T. Adam, M. Frey, R.F. Strachwitz), *Stiftungen seit 1800. Kontinuitäten und Diskontinuitäten*, Stuttgart, 2009, *passim*.

³³ Cfr. P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 25; ID., *Fondazione e impresa*, cit., 828, il quale, riprendendo il dibattito tedesco sul punto, osserva: “la fondazione sembra addirittura lo strumento giuridico più idoneo a dare forma tecnica alla progressiva «oggettivizzazione» dell'impresa: fenomeno, quest'ultimo, che deriva, ma a sua volta accentua sempre più gravemente, la mancanza di personale interesse degli amministratori alla proprietà dei beni amministrati e la spinta all'autofinanziamento dell'impresa”.

³⁴ Cfr. R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 3 ss.

³⁵ Come è noto, l'esempio emblematico è quello dalla *Karl Zeiss Stiftung*, sulle cui origini, nascita e vicende, nella dottrina italiana, cfr. T. TREVES, *Il caso Zeiss*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1967, 437 ss.; in quella tedesca, cfr. W. DAVID, *Die Karl-Zeiss-Stiftung. Ihre Vergangenheit und ihre gegenwärtige rechtliche Lage*, Heidenheim, 1954, *passim*.

³⁶ Come ricorda M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, Art. 11-35, in *Il Codice Civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger, diretto da D. Busnelli), Milano, 2018, 50, *sub* nota 74, il primo a discorrere in Italia di *non profit organizations* è stato P. RESCIGNO, voce *Fondazione*, cit., 7.

³⁷ Tra i molteplici contributi in tema di pluralismo offerti dall'Autore, cfr. in particolare, P. RESCIGNO, *Personalità giuridica e gruppi organizzati*, in AA. VV., *Personalità giuridica e gruppi organizzati. Atti del Convegno di studio svoltosi a Trani-Barletta, 19-21 giugno 1970*, Milano, 1971, 3 ss. (e ora in P. RESCIGNO, *Persona e Comunità. Saggi di diritto privato*, II, cit., 103 ss.).

³⁸ Cfr. P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., *passim*.

³⁹ Cfr. R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., *passim*.

⁴⁰ E sul quale, v. *supra*, § 1, *sub* nota 1.

⁴¹ Qui è opportuno un chiarimento terminologico. Invero, l'Autore, nel saggio *de quo*, non discorreva di “fondazione titolare di impresa” (così detta *Unternehmensträgerstiftung*) ma – come si vedrà nel prosieguo di questo paragrafo – di “fondazione di impresa” (così detta *Unternehmensstiftung*) e di “impresa di fondazione” (così detta *Stiftungsunternehmen*).

Tuttavia, nella dottrina e nella prassi italiane coeve e successive – nonché nella legislazione francese, soprattutto a seguito dell'introduzione della *foundation d'entreprise* – la locuzione “fondazione di impresa” ha cominciato ad indicare, anziché le fondazioni titolari di impresa, quelle fondazioni (di mera erogazione) costituite e sovvenzionate dalle grandi società in quanto dalle medesime preposte alla promozione di attività benefiche, culturali, di ricerca, scientifiche, *etc.* (cfr. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 60); sono le



re delle soluzioni ai maggiori problemi disciplinari che l'esercizio dell'impresa da parte della fondazione poneva.

Rielaborando il dibattito tedesco, l'Autore analizzava il rapporto tra fondazione e impresa formulando due ordini di distinzioni.

In *primis*, distingueva tra *Hauptgeldstiftung* e *Anstaltstiftung*: la prima era la *fondazione di mera erogazione*, ascrivibile – secondo la prospettiva dell'economia aziendale – al *genus* delle *aziende di erogazione*, *genus* al quale – secondo la medesima prospettiva – appartenevano gli enti pubblici sociali (non economici); la seconda era la *fondazione titolare di impresa* (in senso ampio), ascrivibile, invece, al *genus* delle *aziende di produzione*, *genus* a cui appartenevano anche gli enti pubblici economici⁴².

Isolava, poi, all'interno della tipologia dell'*Anstaltstiftung*, due ulteriori sottotipologie: l'*Anstaltstiftung* titolare di uno *Stiftungsunternehmen*, cioè di una *impresa della fondazione*, e l'*Anstaltstiftung* consistente essa stessa in una *Unternehmensstiftung*, cioè in una *fondazione titolare di impresa* (in senso stretto). Nella prima – che l'Autore considerava l'ipotesi più realistica e perciò più interessante dal punto di vista pratico – l'impresa veniva esercitata dalla fondazione in via *strumentale* rispetto agli scopi altruistici propri dell'ente; gli utili dell'attività erano quindi *destinati* alla fondazione, o meglio, costituivano la provvista per le rendite erogate dalla medesima. Nella seconda – che invece l'Autore considerava più che altro un caso di scuola, reputando possibile ma poco realistico concepire una fondazione che esaurisse “il proprio fine e la propria attività nella conservazione e nell'autofinanziamento dell'«impresa in sé», senza proporsi obiettivi, anche limitati, di carattere extra-aziendale e di indole altruistica”⁴³ – la fondazione esercitava essa stessa attività di impresa, nel senso che la fondazione era la *forma giuridica scelta ed impiegata per l'esercizio dell'impresa*, in tale attività esaurendosi lo scopo della fondazione senza che rilevassero “finalità ulteriori di indole sociale”⁴⁴.

L'Autore riteneva ammissibili entrambe le sottotipologie di fondazioni titolari di impresa.

L'ammissibilità della prima non sollevava in realtà particolari problemi, poiché, in fin dei conti, nonostante le finanze necessarie alle erogazioni affluissero dall'impresa strumentale, l'ente restava pur sempre una fondazione di erogazione per finalità altruistiche⁴⁵.

Più problematica era invece l'ammissibilità della *Unternehmensstiftung*, dacché qui occorreva ammettere che la fondazione potesse esaurire il proprio scopo nell'attività di impresa. Al riguardo, l'Autore avvertiva come l'ostacolo rappresentato dalla tradizionale concezione dell'istituto, essenzialmente connotata dall'attività di mera erogazione e dallo scopo necessariamente di pubblica utilità, dovesse ormai ritenersi in via di

così dette “fondazioni culturali”, sviluppatesi in Italia dagli anni '60 in poi sul modello della così detta *company-sponsored foundation* americana e protagoniste di quel fenomeno noto come *mecenatismo di impresa* (cfr. *infra*, § 4).

Pertanto, onde evitare possibili fraintendimenti e scomode sovrapposizioni terminologiche, in queste pagine si è preferito riferirsi alle fondazioni che *svolgono* attività di impresa non impiegando l'espressione “fondazione di impresa” ma la locuzione “fondazione titolare di impresa” (analogamente a A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 61, che così traduce dal tedesco il termine *Unternehmensträgerstiftung* impiegato da H. KRONKE, *Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung*, cit., *passim*) ovvero, più semplicemente, la formula “fondazione impresa” (analogamente a G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, cit., 13 e a G. PONZANELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 54 ss.; di “fondazione-impresa” discorre invero anche R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 2).

⁴² P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., pp. 835-837, spec. p. 836, ove l'Autore osserva che *azienda di erogazione* e *azienda di produzione* “sarebbero riducibili ad un genere comune, e cioè alla nozione di attività economica organizzata; ma solamente all'azienda di produzione sarebbe riferibile la nozione tecnico-giuridica d'impresa, quale risulta dall'art. 2082 c.c.”.

⁴³ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 837.

⁴⁴ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 825.

⁴⁵ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 832.



superamento; ciò in ragione dell'affermarsi di una "progressiva «neutralità» delle forme giuridiche rispetto ai contenuti economici"⁴⁶, avvertita come il "punto di arrivo inevitabile nello svolgersi della logica del sistema capitalistico"⁴⁷, ricavabile da più di un indice normativo⁴⁸ e riscontrabile in più di un'evidenza fenomenica⁴⁹. L'Autore introduceva così un'idea – quella della *neutralità delle forme* – che avrebbe poi trovato numerosi riscontri e diverse declinazioni nella dottrina coeva e successiva⁵⁰, nonché piena recezione normativa nella legislazione speciale degli ultimi trent'anni⁵¹.

La distinzione tra *Stiftungsunternehmen* e *Unternehmensstiftung* non era priva di rilevanza disciplinare.

Al primo, infatti, dovevano trovare applicazione tutte le disposizioni previste dal Codice Civile in materia di fondazioni nonché lo statuto dell'imprenditore commerciale, con la sola eccezione dell'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, data la *strumentalità* dell'attività di impresa rispetto all'attività principale della fondazione (l'erogazione di rendite per finalità altruistiche), in analogia con quanto desumibile *a contrario* dall'art. 2201 cod. civ. per gli enti pubblici aventi per oggetto *non esclusivo e non principale* – quindi meramente *strumentale* – un'attività commerciale⁵².

Alla seconda, invece, doveva trovare applicazione l'intero statuto dell'imprenditore commerciale, nonché tutte le disposizioni sulle fondazioni, ad eccezione degli artt. 26 e 28 cod. civ., applicandosi analogicamente l'art. 28, u.c., cod. civ., dovendo reputarsi i poteri di coordinamento, di unificazione amministrativa e di trasformazione spettanti all'autorità amministrativa, incompatibili con la natura degli interessi perseguiti dalla *Unternehmensstiftung*, interessi talmente 'privati' da somigliare piuttosto a quelli sottesi alla disciplina della fondazione di famiglia.

Anche il contributo di Costi offriva risposta positiva al quesito circa l'ammissibilità della *fondazione titolare di impresa*, anch'esso cercando di tracciarne la disciplina applicabile. Tuttavia, rispetto all'analisi di Rescigno, erano decisamente diverse le premesse teoriche di partenza, e così riuscivano differenti pure gli esiti disciplinari di arrivo.

La riflessione di Costi muoveva invero da una più generale analisi della possibile incidenza del modello strutturale della fondazione sulla teoria generale dell'impresa e della proprietà⁵³.

⁴⁶ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 832.

⁴⁷ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 832.

⁴⁸ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 833 richiama "come norme particolarmente espressive di questa tendenza, gli artt. 2249, relativo ai «tipi» di società, e 2620, relativo all'ambito di applicazione delle norme sui consorzi. Il primo consente ai privati di adottare uno dei «tipi» sociali previsti per l'esercizio (in forma di impresa collettiva) di attività commerciale (v. anche l'art. 2200, comma 1, in fine); il secondo, dichiarando applicabili le norme degli artt. 2602 segg. alle società costituite per il raggiungimento degli scopi indicati nell'art. 2602, ammette la possibilità di società con scopo consortile, di società consorzi, senza dubbio irriducibili alla nozione generale di società che risulta dall'art. 2247".

Secondo l'Autore, inoltre, che lo scopo altruistico dell'ente non sia incompatibile con l'esercizio di un'impresa commerciale "emerge del resto dalla disciplina delle cooperative e delle mutue assicuratrici (art. 2511 segg.) e dal regime degli enti pubblici che abbiano ad oggetto esclusivo o prevalente un'attività commerciale (art. 2201)" (ID., ivi, 834).

⁴⁹ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 834, secondo cui "il divario tra forma e contenuto si rivela ancor più netto a chi si fermi a considerare certi fenomeni, non sporadici, della realtà: l'uso dello strumento della società di capitali (società per azioni o società a responsabilità illimitata) per attività di natura caritativa o assistenziale; dal lato opposto, associazioni non riconosciute, costituite per il perseguimento di scopi ideali, impegnate nell'esercizio di imprese commerciali".

⁵⁰ Per un'efficace sintesi delle varie accezioni riscontrabili in dottrina del concetto di «neutralità delle forme», v. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 126 ss.

⁵¹ La neutralità della *Rechtsform* della fondazione rispetto all'attività svolta, e così, in particolare, la compatibilità tra fondazione e impresa, è infatti una costante che accomuna molte delle così dette *fondazioni speciali*. Sul punto, v. *infra*, § 7.

⁵² P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 840 ss., spec. 842.

⁵³ Sul rapporto tra proprietà e impresa, fervidamente studiato in quegli anni, è d'obbligo il riferimento alle coeve opere di N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965, *passim* e G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio di impresa*, Milano, 1967, *passim*.



Riguardo alla prima, l'Autore rilevava l'ontologica assenza, nel modello fondazionale, del conflitto – tipicamente riscontrabile, invece, nelle società – tra l'esigenza di libertà di determinare le proprie scelte imprenditoriali da parte del soggetto giuridico imprenditore e gli interessi degli *stakeholders* (consumatori, lavoratori, fornitori, collettività, *etc.*) sui quali esse inevitabilmente incidevano. Secondo l'Autore, questa situazione di conflitto, al centro della storica diatriba tra le dottrine *contrattualistiche* e quelle *istituzionalistiche* dell'impresa⁵⁴, non poteva prodursi nell'impresa esercitata in forma di fondazione, mancando “uno dei due interessi in contrasto, quello «personale» dell'imprenditore”, essendo “infatti la gestione legata ad uno scopo, statutariamente fissato e sottratto alla disponibilità dei gestori”⁵⁵. Restavano così “assicurate la continuità dell'impresa, al di là della vita dell'imprenditore originario, e, anche formalmente, la sua autonomia nei confronti delle vicende dei fondatori”⁵⁶. Attraverso la scelta della *Rechtsform* della fondazione, veniva dall'ordinamento *consentita*⁵⁷ la così detta *funzionalizzazione dell'impresa*⁵⁸.

Con riferimento alla seconda, specularmente, l'Autore ragionava di *funzionalizzazione della proprietà*, osservandosi, nella proprietà della fondazione, da un lato, un'ingente compressione di entrambe le facoltà che tipicamente caratterizzano il diritto dominicale – e cioè il potere di *disposizione*⁵⁹ e quello di *godimento*⁶⁰ – dall'altro, una scissione tra *titolarità del diritto*, formalmente intestato alla fondazione, e *titolarità dell'interesse*, sostanzialmente in capo *in primis* al fondatore e in ultima istanza – tecnicamente, una volta intervenuto il riconoscimento – ai beneficiari⁶¹. Compressione delle facoltà tipiche del proprietario e scissione tra

⁵⁴ Cfr. P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, 13 ss.

⁵⁵ R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 6.

⁵⁶ R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 6-7.

⁵⁷ *Consentita, e non imposta*. Il passaggio logico è fondamentale nel pensiero dell'Autore, che al riguardo osserva: “Come si vede, la funzionalizzazione dell'impresa si realizza a prescindere da un interesse generale cui l'impresa stessa debba essere destinata. E, quel che più conta, tale trasformazione dell'impresa, da espressione di un diritto a svolgimento di una funzione, non è il risultato di un sistema che funzionalizzi l'impresa in quanto tale, ma la conseguenza della particolare struttura dell'ente imprenditore, struttura che finalizza tutte le attività e le posizioni dell'ente e, quindi, anche le eventuali attività di impresa” (così R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 7).

⁵⁸ Come osserva R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 7: “grazie allo schema organizzativo della fondazione possono essere posti all'impresa come fini istituzionali, quegli interessi ai quali una struttura societaria non offre una sufficiente garanzia a causa del potere dell'assemblea di modificare l'oggetto sociale e gli scopi statutarî. Codesta finalizzazione fa dell'impresa stessa una funzione, nel senso che essa viene vincolata ad uno scopo tipico e specifico, in grado, come tale, di condizionare, se non di eliminare, il diritto d'iniziativa economica del soggetto”.

Il profilo verrà ripreso e declinato in altra chiave, quasi trent'anni dopo, da una dottrina (A. BARBA, *Associazione fondazione e titolarità di impresa*, Napoli, 1996, *passim*), particolarmente sensibile alla rilevanza ‘politica’ dei gruppi e delle forme di soggettività metaindividuale, riconosciuti quali modalità (organizzative e di realizzazione) della democrazia pluralista, e incline a riaffermare non solo l'idoneità della fondazione alla titolarità di impresa, ma appunto a porne in rilievo l'attitudine a ‘funzionalizzare’ l'attività di impresa, garantendone – a differenza dell'impresa societaria – l'*istituzionalizzazione* e la *perpetuità*.

⁵⁹ Con riferimento al quale, R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 9, osserva: “è certo che la fondazione non può modificare la destinazione del proprio patrimonio o, tanto meno, rinunciarvi, dal momento che *deve* perseguire un certo scopo. Essa non può decidere la propria fine, così come può fare una corporazione, mentre può, evidentemente, procedere liberamente a tutte le riconversioni del patrimonio che ritiene opportune per il conseguimento del proprio fine”.

⁶⁰ Con riferimento al quale, R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 9, osserva: “E se il potere di disposizione è così vincolato, non meno compresso è quello di godimento. La fondazione non può modificare il proprio oggetto e i propri scopi, e pertanto non può trarre dal proprio patrimonio tutte le utilità di cui questo sia astrattamente capace: essa può trarne solo quelle utilità che siano strumentali al raggiungimento degli scopi statutarî e, d'altra parte, deve utilizzare in tale direzione i propri beni”.

⁶¹ Osserva al riguardo R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 9, che qui “della funzione esiste anche l'altro elemento, quello obiettivo, dell'altruità dell'interesse”, dacché, chiarito “che la personificazione è soprattutto una tecnica giuridica e che l'imputazione delle situazioni soggettive agli enti è pur sempre un'imputazione strumentale, non ci si può nascondere che gli organi della fondazione operano per il raggiungimento di interessi che non sono loro e che, per di più, appartengono a soggetti i quali non hanno loro affidato



intestazione del diritto e spettanza dell'interesse inducevano l'Autore a concludere nel senso che, nella fondazione, la proprietà cessava di essere espressione di libertà, assumendo quei contenuti di doverosità tipici dei *poteri-doveri*, cioè delle *funzioni*⁶².

Corollario di queste premesse era che la fondazione, al pari della corporazione, dovesse reputarsi forma giuridica *neutra* rispetto alle possibili attività svolte. L'unico elemento discretivo tra fondazioni e corporazioni restava pertanto la capacità della prima – carente, invece, nella seconda – di *funzionalizzare* la proprietà e l'impresa, e ciò evidentemente in ragione della impossibilità, per la fondazione, di modificare il proprio scopo.

A sostegno di questa ricostruzione, l'Autore poneva in rilievo come, nel nostro ordinamento, analogamente a quello tedesco⁶³, non solo non fosse ravvisabile alcuna norma volta a precludere alla fondazione lo svolgimento dell'attività di impresa, ma neppure fosse individuabile alcun precetto idoneo a impedire che il fondatore riservasse a sé le rendite erogate – o comunque le attività prodotte – dalla fondazione⁶⁴. Costi, cioè, ammetteva espressamente la *fondazione lucrativa*. La sua idea di *neutralità delle forme* esprimeva perciò un'estensione decisamente più ampia rispetto a quella formulata da Rescigno⁶⁵, risolvendosi, in sostanza, in una sorta di *neutralità delle funzioni*, vale a dire in una vera e propria *neutralità causale*⁶⁶.

Anche con riferimento alla disciplina applicabile poi, le conclusioni di Costi divergevano parzialmente da quelle di Rescigno. Per il primo, infatti, dovevano trovare applicazione, alla fondazione titolare di impresa, oltre alle norme in materia di fondazioni, anche lo statuto generale dell'imprenditore, nonché, qualora l'attività esercitata fosse di natura commerciale, lo statuto dell'imprenditore commerciale. In particolare, Costi non riteneva applicabile allo *Stiftungsunternehmen* l'esenzione dall'iscrizione nel registro delle imprese stabilita per gli enti pubblici non economici dall'art. 2201 cod. civ., trattandosi, ad avviso dell'Autore, di norma eccezionale, come tale insuscettibile di applicazione analogica⁶⁷.

(come accade nelle corporazioni) tale compito. A questo punto deve ammettersi che la «proprietà», della fondazione cessa d'essere il punto di riferimento di un diritto soggettivo per assumere le caratteristiche della funzione» (Id., *ivi*, 10).

⁶² R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 9.

⁶³ Sul punto, cfr. le interessanti riflessioni di F.D. BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, cit., 114-115.

⁶⁴ R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 11 ss., spec. 13, ove l'Autore osserva: «I compilatori del codice vigente conoscevano indubbiamente la sola ipotesi di fondazioni altruistiche, dalle quali cioè il fondatore, che donava beni per spirito di liberalità, non si riprometteva vantaggio alcuno e tanto meno un vantaggio economico: essi intesero quindi affidare alla fondazione funzioni essenzialmente altruistiche. Ma tale univocità di intenzioni non vincola evidentemente l'interprete soprattutto quando nessun dato normativo, imponendo l'alterità sostanziale tra fondatori e beneficiari, escluda che i fondatori riservino a sé stessi (o ai propri aventi causa) il diritto ai vantaggi realizzati attraverso la fondazione.»

⁶⁵ Il quale, pur discorrendo in termini di ammissibilità della *Unternehmensstiftung*, e così ammettendo la «possibilità della fondazione come forma giuridica per l'esercizio d'impresa, quando in tale attività si esaurisca lo scopo della fondazione, senza che vi concorrano finalità ulteriori d'indole sociale», non è mai giunto fino al punto di ritenere ammissibile l'auto-destinazione degli utili della fondazione titolare di impresa in favore del fondatore.

Invero, come dimostreranno compiutamente le successive ricerche (v. *infra*, §§ 5-6), il fatto che lo scopo della fondazione possa esaurirsi nel mero esercizio di un'attività di impresa non significa che l'eventuale risultato economico positivo di tale attività – *id est*, l'utile – possa essere auto-destinato.

⁶⁶ Al riguardo osserva R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 17: «Queste ultime considerazioni servono a dimostrare la sostanziale neutralità dello strumento organizzativo della fondazione nei confronti degli scopi perseguiti».

⁶⁷ L'Autore aderiva all'idea, diffusamente sostenuta in dottrina (cfr. A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese. Contributo alla teoria della pubblicità*, Milano, 1954, 224 e 290; F.A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, Milano, 1967, 194 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, I, Diritto dell'impresa*, cit., 78), secondo cui l'art. 2201 c.c. porrebbe un'eccezione al principio generale sancito dall'art. 2093, comma 2., c.c., in forza del quale tutti gli enti pubblici (quindi anche quelli non economici) devono iscriversi nel registro delle imprese almeno «limitatamente alle imprese da essi esercitate».



4. – La riflessione intorno al concetto di fondazione è proseguita negli anni '70, concentrandosi specialmente sulla prassi statutaria delle così dette “fondazioni culturali” o “fondazioni di impresa”⁶⁸, che ormai da alcuni decenni cominciavano a diffondersi in Italia, divenendo in breve tempo un fenomeno ampio e di sempre maggior rilievo nel panorama socio-economico del paese.

A riguardo, la dottrina⁶⁹ rilevava come l'analisi degli atti costitutivi e degli statuti di questa tipologia di fondazioni evidenziasse una distanza straordinaria tra l'originario atteggiarsi del fenomeno fondazionale e il suo concreto configurarsi nella prassi; distanza così significativa da indurre a discorrere di vera e propria “metamorfosi dell'istituto”⁷⁰.

Rilevanti e numerose le deviazioni dal *Vorbild* tradizionale svelate all'interprete dall'analisi fenomenologica: i) la contaminazione del modello fondazionale con quello associativo e con quello societario, dacché sovente le “fondazioni culturali” venivano costituite non da (un vero e proprio) fondatore, ma da più “sottoscrittori” – talvolta addirittura su impulso di una sorta di “comitato promotore” – prevedendosi negli statuti l'attribuzione ai sottoscrittori della qualità di “soci”, nonché la possibilità, per i medesimi, di costituirsi in assemblea e di nominare uno o più membri dell'organo amministrativo⁷¹; ii) la sostituzione del connotato – tipico del *Begriff* tradizionale di fondazione – della *dotazione patrimoniale* con quello – tipico, invece, del diritto societario – della sottoscrizione di una o più quote di *capitale* (cui spesso era peraltro commisurato il potere di ingerirsi nella gestione dell'ente)⁷²; iii) l'irrisorietà, o comunque l'insufficienza, della dotazione pa-

Il punto è tuttora controverso, come efficacemente sintetizzato da G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 1, Diritto dell'impresa*, cit., 78, al quale si rinvia per una rassegna delle principali opinioni al riguardo.

⁶⁸ Come è noto, entrambe le terminologie sono impiegate dalla dottrina italiana per riferirsi a tutte quelle fondazioni costituite e finanziate da grossi gruppi industriali, sul modello della *company-sponsored foundation* degli Stati Uniti, al fine dello svolgimento della così detta *filantropia d'impresa* (o *mecenatismo di impresa*), “il cui segno distintivo è costituito da un agire imprenditoriale volto alla produzione di benefici sociali e quindi all'osmosi tra logica degli affari ed etica del dono” (M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., 50-51).

Discorrono così di “fondazioni culturali”, tra gli altri, A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, cit., *passim*; D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, cit., p. 321; G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, cit., 13; G. PONZANELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, cit., p. 23 ss.; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, cit., 350 ss.; R. RASCIO, *Le fondazioni culturali*, in AA. VV. (a cura di N. Lipari), *Tecnica giuridica e sviluppo della persona*, Bari, 1974, 471 ss.

Discorrono invece di “fondazioni di impresa”, A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 61 (quest'Autore, in particolare, sulla suggestione della l. 90-559 francese sulla *foundation d'enterprise*) e B. ACCONCIAIOCO, *Le fondazioni di impresa*, in AA. VV. (a cura di G. Resta), *Le fondazioni*, cit., 147 ss.

Tuttavia, entrambe le terminologie scontano inevitabili ambiguità. Così, ad esempio, P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 813, *sub* nota 1, discorre di “fondazione di impresa” (traducendo dal tedesco il termine *Unternehmensstiftung*) con riguardo alla fondazione che svolga direttamente un'attività di impresa (analogamente, D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, cit., 350 ss.). Per converso, A. ANGIULI, *Le fondazioni culturali*, in AA. VV. (a cura di G. Resta), *Le fondazioni*, cit., 175 ss., parla di “fondazione culturale” riferendosi ad ogni fondazione che svolga attività di cultura, a prescindere dunque che essa sia o meno una *company-sponsored foundation*.

Pertanto, appare opportuno confermare il chiarimento terminologico già formulato *supra*, *sub* nota 43 del presente paragrafo: per indicare le fondazioni italiane sviluppatesi sul modello della *company-sponsored foundation* americana, si utilizzeranno, indistintamente, le locuzioni “fondazione culturale” e “fondazione di impresa”; per indicare, invece, le fondazioni che effettivamente svolgono attività di impresa, si discorrerà di “fondazione titolare di impresa” o, più semplicemente, di “fondazione impresa”.

⁶⁹ Il riferimento è all'attenta ricerca di D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, cit., 298 ss.

In argomento, cfr. anche G. PONZANELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, cit., 23 ss.; R. RASCIO, *Le fondazioni culturali*, cit., 471 ss.

⁷⁰ D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, cit., 321.

⁷¹ Anzi, frequentemente venivano previste e disciplinate diverse categorie di “soci”, distinti in ragione del contributo versato (cfr. D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, cit., 303).

⁷² D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, cit., 304-305.



trimoniaie iniziale della fondazione e la conseguente necessità di ricorrere a *sovvenzioni*, anche periodiche, da parte dei fondatori; iv) il mancato “distacco” del fondatore dall’ente (*rectius*, dal patrimonio dell’ente)⁷³, essendogli spesso riconosciuto un controllo costante sull’attività della fondazione⁷⁴, o diretto, attribuendogli un seggio nel consiglio di amministrazione, o indiretto, riservandogli il diritto (normalmente vitalizio) di nominare uno o più amministratori⁷⁵; v) il mutamento della funzione svolta dall’organo amministrativo, non più *servente* rispetto alla volontà storica del fondatore impressa nelle tavole di fondazione, ma *sovrana*, data l’estrema genericità delle disposizioni statutarie riguardo agli scopi dell’ente e dato l’esplicito riconoscimento all’organo amministrativo di amplissima discrezionalità in ordine ad ogni scelta relativa all’attività e alla vita della fondazione⁷⁶: dagli investimenti patrimoniali alle modalità di erogazione e alla scelta dei beneficiari delle rendite; dalla selezione e dal reperimento delle fonti di finanziamento dalle modifiche statutarie e alle operazioni straordinarie; “tutte decisioni affidate alla competenza esclusiva del consiglio di amministrazione, secondo discrezionali valutazioni assolutamente svincolate dalla predeterminazione statutaria di dati presupposti”⁷⁷; vi) il diverso atteggiarsi dello *scopo* della fondazione, il quale, smarrita la tradizionale connotazione (puramente) altruistica, pareva piuttosto rivolgersi, pur nel rispetto dell’*etero-destinazione* dei risultati dell’attività dell’ente, alla soddisfazione degli interessi “ego-altruistici”⁷⁸ dei fondatori – normalmente imprese – adoperanti la *Rechtsform* fondazionale “come ente strumentale al conseguimento di obiettivi imprenditoriali o, più in generale, alla legittimazione sociale dell’impresa”⁷⁹; invero, essendo costituita appositamente per svolgere attività che ne asseconderanno, più o meno direttamente, gli obiettivi imprenditoriali, la “fondazione culturale” appariva, di fatto, un organo della società-madre (al punto da averne, almeno di regola, la stessa denominazione).

⁷³ Sul “distacco” – *rectius* sulla “terzietà” – del fondatore rispetto alla fondazione quale connotato tipico di essa, in dottrina, cfr. F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, cit., 298 ss., P. RESCIGNO, voce *Fondazione*, cit., 28 ss. e 37 ss.; G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, cit., 23; in giurisprudenza, cfr. Cons. St., 1 giugno 1960, in *Cons. Stato*, 1961, I, 644.

⁷⁴ Il che è peraltro un corollario dell’assenza o dell’irrisorietà della dotazione patrimoniale iniziale. Invero, come osserva D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, cit., 321, ciò “involge un tipo di intervento del fondatore assai più penetrante del mero controllo *ab extrinseco* sull’ossequio degli amministratori della fondazione al vincolo di destinazione istituzionale”.

⁷⁵ Deve poi osservarsi come questo legame tra fondatore e fondazione tenda peraltro a conservarsi in perpetuo, dacché nelle “fondazioni culturali” il fondatore è assai spesso una società di capitali, o comunque una persona giuridica. Sul punto, cfr. D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, cit., 309-310, spec. *sub* nota 23.

⁷⁶ Cfr. G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, cit., 23.

⁷⁷ Così D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione*, cit., 311 ss., spec. 314-315 da cui è tratto il virgolettato citato nel testo.

Nello stesso senso, v. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 65, che rileva come, più in generale, questo fenomeno evidenzia la prevalenza, in questa tipologia di fondazioni, dell’elemento personale su quello patrimoniale.

A tal proposito, discorreva di “fondazione-organizzazione”, già A. PREDIERI, *Sull’ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, cit., 112.

⁷⁸ Cfr. D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione*, cit., 305; A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 55; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, cit., 350; G. MARICONDA, A. CARRABBA, *Su alcuni profili di documentazione delle associazioni e fondazioni svolgenti attività commerciale*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, vol. I, *La fase costitutiva dell’impresa*, Milano, 1990, p. 37 ss.; G. MARASÀ, *Le “società” senza scopo di lucro*, cit., 178; T. ASCARELLI, *Cooperativa e società. Concettualismo giuridico e magia delle parole*, in *Riv. soc.*, 1957, 429 ss.; W. BIGIARI, *La professionalità dell’imprenditore*, cit., 66.

⁷⁹ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 55.



5. – Negli anni '80, la riflessione intorno al *Typus* della fondazione, e così l'analisi della crisi del modello dogmatico tradizionale, son sembrate nuovamente alimentarsi del contributo del comparatista, particolarmente attento, questa volta, non solo ad osservare l'evolversi del panorama nordamericano degli enti *non profit*⁸⁰, al fine di esportarne in Italia modelli e soluzioni⁸¹, ma anche a riflettere sui possibili profili di efficienza allocativa dell'*output* generato da questi enti⁸², segnatamente, sulle potenzialità di creare utilità socio-economiche riconducibili all'*etero-destinazione* dei risultati delle loro attività. Il che ha rappresentato, con particolare riferimento proprio alle fondazioni, un momento di significativa inversione prospettica rispetto alle analisi fino ad allora condotte dagli studiosi, solitamente concentrate, più che altro, sull'*input* dell'attività fondazionale, e perciò assuefatte all'idea che la dotazione patrimoniale dell'ente rappresentasse una pericolosa sottrazione di beni alla circolazione giuridica⁸³. Per la prima volta, la dottrina italiana è apparsa invece interessata a misurare ciò che la fondazione – intesa come *Rechtsform* – avrebbe potuto essere in grado di restituire (anziché drenare) al benessere complessivo della collettività.

A questo proposito, la comparazione giuridica – specialmente l'esame del sistema statunitense – è riuscita d'aiuto all'interprete, offrendogli “i registri argomentativi idonei a colmare la cesura, vissuta più nella costruzione teorica che nella prassi, tra il mondo della produzione e dello scambio e quello delle forme giuridiche pensate per realizzare scopi ideali”⁸⁴. Nei paradigmi del *non profit sector* nordamericano, lo studioso italiano ha ricercato una spiegazione attendibile – e verosimilmente “esportabile” anche in Italia⁸⁵ – della possibile utilità socio-economica degli enti non lucrativi.

In particolare, i risultati cui sono giunte queste ricerche sono stati di due ordini.

Da un canto, hanno evidenziato come quella tra enti del libro V ed enti del libro I fosse una ‘competizione’ tra forme giuridiche tutte astrattamente idonee allo svolgimento di un'efficiente attività economico-produttiva – *id est*, di un'attività di impresa – e dunque che la “vittoria” dei primi e la “crisi” dei secondi⁸⁶ dovesse ascrivere non a ragioni, per così dire, ‘ontologiche’, legate cioè alla *causa* o alla *struttura* di essi, ma alla maggiore ricchezza e alla migliore confezione, rispetto alle scarse e scarse disposizioni contenute nel libro I, del tessuto normativo offerto dal libro V, evidentemente reputato, dall'operatore pratico, “come in grado di offrire una maggiore protezione ad esigenze di limitazione di responsabilità, di tutela del credito, nonché di certezza nell'esercizio di attività economiche”⁸⁷.

D'altro canto, questi studi hanno confermato l'intuizione di chi⁸⁸, anni addietro, aveva già avvertito di come il criterio distintivo tra enti del libro I ed enti del libro V non potesse ravvisarsi nella natura dello scopo perseguito o dell'attività svolta dall'ente ma nella (*auto* o *etero*) destinazione del *prodotto* – *rectius*, del *risultato* – della sua attività. Verificavano, cioè – sebbene su di un piano principalmente comparatistico – come il confine tra associazioni e fondazioni, da un lato, e società, dall'altro, corresse piuttosto lungo il crinale dell'allocazione finale dell'utilità prodotta dall'attività dell'ente, che non su quello della finalità né della modalità di svolgimento di essa.

⁸⁰ Cfr. P. VERRUCOLI, *Non-profit Organizations (a comparative approach)*, Milano, 1985, *passim*.

⁸¹ G. PONZANELLI, *Le “non profit organizations”*, cit., *passim*.

⁸² Cfr. D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, *passim*, spec. 350 ss.

⁸³ Come rileva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 3.

⁸⁴ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 4.

⁸⁵ Cfr. G. PONZANELLI, *Le “non profit organizations”*, cit., *passim*, spec. 163 ss.

⁸⁶ L'espressione è icasticamente impiegata da G. PONZANELLI, *Le “non profit organizations”*, cit., 147 ss.

⁸⁷ G. PONZANELLI, *Le “non profit organizations”*, cit., 150-151.

⁸⁸ Il riferimento è ovviamente a P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 7.



In conclusione, ad associazioni e fondazioni non doveva reputarsi precluso produrre e scambiare, anche in via organizzata e professionale, beni e servizi; doveva piuttosto ritenersi interdetto appropriarsi del beneficio economico generato da quella produzione e da quello scambio, ovvero, più tecnicamente, doveva considerarsi inibita la *auto-destinazione* del risultato delle proprie attività.

Cominciava a diffondersi e a consolidarsi l'idea che, analogamente a quanto avvenuto negli Stati Uniti con riferimento alla distinzione tra *non profit* e *for profit organizations*, fosse il così detto *non distribution constraint* – isolato e definito dalla dottrina di Hansmann⁸⁹ – l'unico vero criterio distintivo tra enti del libro I e società⁹⁰, non la natura ideale o di pubblica utilità dello scopo⁹¹ né la declinazione economica o non economica dell'attività⁹² dei primi rispetto alle seconde.

6. – Ma sono state le ricerche condotte nell'ultimo decennio del secolo scorso a sancire il definitivo superamento del dogma dell'esclusività e dell'esautività del *Vorbild* tradizionale di fondazione.

In particolare, una dottrina, particolarmente sensibile alla riflessione storica, incline all'osservazione comparatistica e attenta all'analisi economica, offriva in quegli anni un importante contributo alla comprensione e alla sistemazione dell'evoluzione dell'istituto⁹³.

Muovendo dagli esiti – sopra brevemente ripercorsi – delle ricerche compiute nei tre decenni precedenti, evidenziava il pregiudizio storico nel quale l'egemonia culturale liberal-borghese e post-illuminista aveva relegato la fondazione; contrapponeva, al rischio della manomorta, l'efficienza allocativa che il *non profit sector*, in particolare l'impresa *non profit*, aveva conseguito negli Stati Uniti; verificava come il *Vorbild* di fondazione 'visualizzato' dal legislatore del '42 non ne esaurisse in realtà né il *Begriff* né il *Typus*; confutava gli argomenti testuali tradizionalmente ricavati dagli artt. 16 e 28, comma 1, cod. civ., dimostrando come queste disposizioni, pur avendo certamente 'valore segnaletico' della *Hauptgeldstiftung* (e del fatto che questa fosse stata probabilmente l'unico *Vorbild* avuto in mente dai compilatori del Codice), riuscissero tuttavia inidonee, di per sé sole, a rivelarne il crisma dell'inderogabilità⁹⁴.

Accertata la non coincidenza tra la fattispecie «fondazione» e il modello che ne aveva ispirato la disciplina⁹⁵, riaffermata la pertinenza delle *forme della soggettività metaindividuale* all'area del diritto privato⁹⁶ –

⁸⁹ Come è noto, la paternità dell'idea di individuare nel 'vincolo di non distribuzione' la scriminante tra enti *non profit* e *for profit*, nonché della stessa nozione di tale vincolo, definito come il *divieto di distribuire il guadagno netto dell'ente in favore dei soggetti che lo controllano* (siano essi soci, associati, amministratori, dirigenti, funzionari, etc.), salva ovviamente la possibilità di corrispondere un "reasonable compensation to any person for labor or capital that he provides, whether or not that person exercises some control over the organization", è di H.B. HANSMANN, *The Role of Nonprofit Enterprise*, in *The Yale Law Journal*, vol. 89, n. 5, 1980, 835 ss., spec. 838 (da cui è tratto il virgolettato).

⁹⁰ Cfr. G. PONZANELLI, *Le "non profit organizations"*, cit., 133 ss.

⁹¹ Cfr. F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., *passim*.

⁹² Cfr. A. FALZEA, *Brevi note sui caratteri differenziali tra società e associazione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, I, 987 ss.; R. SACCO, *Società e associazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, 161 ss.; L. FARENGA, *Associazione, società e impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, 35 ss.

⁹³ Il riferimento è all'opera di A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., *passim*.

⁹⁴ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 20, il quale sottolinea come, infatti, l'inderogabilità del modello dogmatico tradizionale venga, invero, assai spesso inferita da altre disposizioni – diverse da quelle dettate in tema di fondazioni – e in particolare da quelle dettate in tema di fedecomesso, e tra queste specialmente dall'art. 699 c.c.

Per la confutazione, svolta dallo stesso Autore (ID., *ivi*, 21 ss.), dell'asserita analogia tra *fondazione* e *fedecomesso* v. anche *supra*, § 1, *sub* nota 13.

⁹⁵ Cfr. a tal proposito anche A. BARBA, *Associazione fondazione e titolarità di impresa*, cit., 6 che efficacemente discorre di "divergenza tra *prefigurazione* normativa e realtà funzionale".



restando pur sempre le *persone giuridiche*, e in generale gli *enti dotati di rilievo reale*⁹⁷, strumenti volti a consentire “in via mediata agli interessi privati di costituire, regolare, estinguere rapporti giuridici attraverso una proiezione dell’imputazione a livello metaindividuale”⁹⁸ – questa dottrina considerava inappagante l’approccio metodologico votato alla mera constatazione della crisi del modello tradizionale e alla conseguente enunciazione del ‘passaggio’ dalla (vecchia tipicità della) fondazione alle (nuove tipologie di) fondazioni⁹⁹.

Segnalava, anzi, il rischio che la mera analisi tipologica – pur utile per la migliore individuazione della disciplina applicabile al caso concreto¹⁰⁰ – potesse addirittura riuscire arbitraria e fuorviante, se condotta in assenza di una delimitazione dei confini del campo di indagine, e cioè in assenza (se non di una *definizione* o di una *nozione*, quanto meno) di un *concetto* di fondazione, idoneo a distinguere le emersioni fenomeniche davvero rientranti nel *Typus*, dalle altre. Soltanto per le prime, infatti, avrebbe potuto correttamente discorrersi di ‘tipologie’ di fondazione.

Poneva, perciò, il problema dell’esigenza, “insieme definitoria e applicativa, di analizzare, sul piano strettamente giuridico, il nucleo essenziale dell’istituto”¹⁰¹, il quale, data la scarsità e l’inadeguatezza del dato normativo, avrebbe potuto estrapolarsi soltanto “isolando le costanti normative *coerenti con la disciplina codicistica* che storicamente (e comparatisticamente) accompagnano il *nomen iuris* fondazione”.

Proponeva, allora, il “ricorso ad un tipo ‘ideale’, ossia ad un concetto capace di sintetizzare, in punto dia-cronico e sincronico, i caratteri dell’istituto”¹⁰², individuati: *i)* nella *destinazione di un patrimonio ad uno scopo non di lucro (soggettivo) e indisponibile* per il fondatore (e per la stessa fondazione) una volta ottenuto il riconoscimento; e *ii)* nella nascita di un’*organizzazione, dotata di rilievo reale*, deputata allo svolgimento dell’attività necessaria alla realizzazione dello scopo.

L’*Idealtypus* storico-comparatistico così isolato consentiva di definire «fondazione» ogni *fenomeno di destinazione patrimoniale ad uno scopo non lucrativo e (tendenzialmente) perpetuo*¹⁰³, *mediato da una vicenda organizzativa dotata di rilievo reale*¹⁰⁴.

Come osserva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 20, “se il *Vorbild* che il legislatore ha avuto in mente è accertabile in modo univoco, è però vero che questa opzione non si è tradotta in un’esplicita prescrizione normativa”.

Nello stesso senso, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. I.*, cit., 314 ss.

⁹⁶ Pertinenza, peraltro, autorevolmente condivisa anche dalla dottrina pubblicistica. In tal senso, v. S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, cit., 12 ss.

Sul punto, cfr. anche A. BARBA, *Associazione fondazione e titolarità di impresa*, cit., 20 ss.

⁹⁷ L’impiego della locuzione “rilievo reale” allo scopo di indicare “la rilevanza della fattispecie per la generalità dei terzi e segnatamente la rilevanza della destinazione contrattuale di beni e del porsi d’un’azione giuridica come azione sociale (cioè non individuale), con la conseguente attivazione di regimi non coincidenti con quelli connessi all’agire individuale” si deve a P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 27 (ma v. già P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 118, *sub* nota 33, che discorreva di “efficacia reale” dell’organizzazione dell’ente; più in generale, evocava il possibile rilievo reale dell’atto di autonomia privata (anche al di fuori del tema dell’efficacia traslativa) già F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1966, 239).

Elabora le riflessioni di P. SPADA, trasponendole al campo delle persone giuridiche del libro primo, e in particolare alle fondazioni, A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., *passim*, spec. 76 ss.

⁹⁸ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 74.

⁹⁹ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 72 ss.

¹⁰⁰ Pur con tutte le criticità che il metodo tipologico inevitabilmente sconta, delle quali, sia in termini generali che con specifico riguardo alla società a responsabilità limitata (*ante* riforma del 2003), già avvertiva G. ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, cit., 152.

¹⁰¹ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 76.

¹⁰² A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 77.

¹⁰³ In effetti, la *perpetuità* dello scopo è soltanto *tendenziale*. Ciò per un duplice ordine di ragioni. In *primis*, perché lo scopo potrebbe naturalmente esaurirsi o divenire impossibile. In secondo luogo, perché esso potrebbe essere modificato dall’autorità amministrativa (cfr. art. 28 c.c., che peraltro impropriamente discorre di “trasformazione” della fondazione, trattandosi, in questo caso, di



Le diverse possibili declinazioni dello *scopo* e dell'*attività* dell'ente restavano, una volta per tutte, fuori dalla definizione di fondazione; esse, lungi dall'avere rilievo nella delimitazione del perimetro del *Typus*¹⁰⁵, incidevano piuttosto, unitamente alle diverse possibili declinazioni strutturali dell'ente, sull'enucleazione delle varie *tipologie* di fondazione.

Alle soglie del nuovo millennio, la metamorfosi delle fondazioni, nelle pagine degli atti costitutivi e degli statuti, come in quelle dei contributi degli studiosi, è apparsa dunque conclamata. E la riflessione intorno ad essa è sembrata restituire due importanti risultati: *i)* l'emersione di un'idea diversa di fondazione, più ampia di quella evocata dal tradizionale *Vorbild* della *Hauptgeldstiftung*, slegata cioè dai riferimenti alla pubblica utilità dello scopo e alla natura di mera erogazione dell'attività, ancorata soltanto agli *elementi strutturali* della destinazione di un patrimonio ad uno scopo (tendenzialmente) perpetuo e della necessaria mediazione di un assetto organizzativo metaindividuale dotato di rilievo reale e all'*elemento causale* del *non distribution constraint*, cioè dell'*etero-destinazione* dei risultati dell'attività dell'ente; *ii)* la conferma della possibilità, per la fondazione, di svolgere attività di impresa.

7. – Queste conclusioni son sembrate ulteriormente confermate dall'evoluzione legislativa degli ultimi trent'anni. Periodo nel quale la metamorfosi delle fondazioni ha conosciuto un'ulteriore stagione, caratterizzata, questa volta, non tanto dall'opera della dottrina, quanto dall'influenza esercitata dalla *legislazione speciale*; segnatamente, da tre distinti flussi di leggi speciali.

Il primo di essi è consistito: per un verso, in quella che è stata etichettata come la (mini) “riforma per sottrazione”¹⁰⁶ degli enti non lucrativi, che ha comportato lo smantellamento del previgente sistema di controlli e autorizzazioni amministrative relativi agli acquisti, alle donazioni e ai lasciti testamentari in favore delle persone giuridiche del libro primo, e segnatamente l'abrogazione degli artt. 17, 600, 782 ultimo comma, e nella modifica dell'art. 473 cod. civ.¹⁰⁷; per altro verso, nella riforma del *riconoscimento* della personalità giuridica, e così nell'abrogazione degli artt. 12, 16 ultimo comma, 27 ultimo comma, 33 e 34 cod. civ., e nella contestuale introduzione della nuova disciplina di cui al d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361. La prima riforma è sembrata aver finalmente ridimensionato la diffidenza dello Stato verso le possibili concentrazioni di ric-

mera “modificazione dello scopo, che transita da quello originario a uno analogo, al fine di scongiurare l'estinzione dell'ente e quindi la disgregazione della sua struttura organizzativa e patrimoniale. La variazione qui contemplata è concettualmente diversa dalla trasformazione delle società di cui agli artt. 2498 ss. c.c., che riguarda invece il mutamento del tipo” (così, P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 41; M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., 435).

Pertanto, più precisamente, la *perpetuità* dello scopo deve essere declinata nel senso di *immodificabilità* di esso da parte dell'autonomia privata. E può ben dirsi che in ciò risieda oggi il tratto saliente della fondazione, idoneo a distinguerla, in particolare, dall'associazione e, in generale, da ogni altro ente. Il profilo è messo ben in rilievo da A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione nella moderna prassi e nella legislazione speciale*, in AA. VV., *Fondazioni di partecipazione*, Milano, 2007, consultabile sulla *Elibrary* della Fondazione del Notariato. Sul punto v. *amplius infra*, § 8.

¹⁰⁴ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 83.

¹⁰⁵ Di conseguenza, osserva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 85, “perde evidentemente senso la domanda in ordine all'ammissibilità di una fondazione *atipica*, volendo così sottendere un limite posto dal «tipo normativo» all'autonomia privata, mentre oggetto d'indagine diviene la (*innere*) *Gestaltungsfreiheit* che si avvale di fattori tipizzanti «funzionalmente neutri», elementi, cioè, suscettivi d'una qualificazione giuridica *compatibile* con il nucleo della fattispecie”.

¹⁰⁶ Così, A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive*, cit., 367.

¹⁰⁷ Che però ancora impone alle persone giuridiche del libro primo l'accettazione con beneficio di inventario, il che comporta un'incoerente disparità di trattamento rispetto alle società, come evidenziato da A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive*, cit., 367.

In tema, v. G. GABRIELLI, *L'accettazione di eredità da parte dei corpi morali*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 225 ss.



chezza in capo agli enti del libro primo; mercé la seconda, poi, è stato espressamente sancito che lo scopo della fondazione non debba necessariamente essere di *pubblica utilità*, dacché l'art. 1, comma 3, d.P.R. n. 361/2000 richiede soltanto che esso sia *possibile e lecito*¹⁰⁸.

Il secondo flusso di leggi speciali è stato quello che è parso eleggere la fondazione a *Rechtsform* ideale per la realizzazione di quel processo di così detta “privatizzazione” (o “depubblicizzazione”) di taluni importanti enti pubblici; in particolare, di tutti quegli enti pubblici per i quali, per ragioni strutturali o funzionali, non si era ritenuta possibile (o comunque opportuna) la trasformazione in società per azioni. È il caso delle *fondazioni bancarie* – che di questo fenomeno hanno rappresentato senza dubbio l'esempio al contempo più emblematico e travagliato –¹⁰⁹, delle *fondazioni enti lirici*¹¹⁰, delle *fondazioni universitarie*¹¹¹, delle *fondazioni culturali*¹¹².

Il terzo flusso di leggi speciali è stato quello che ha introdotto e disciplinato, dapprima in maniera episodica e frammentaria, poi in modo sempre più organico e unitario, il così detto «Terzo settore», dalla cui attuale disciplina – oggi racchiusa nel d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, recante la “Revisione della disciplina in

¹⁰⁸ Cfr. 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.

¹⁰⁹ Le così dette «fondazioni bancarie», enti sorti dalla ‘privatizzazione’ (o ‘depubblicizzazione’) del credito bancario, rappresentano di certo l'esempio più imponente di fondazioni speciali (cfr. G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni. Fondazioni bancarie: una grande riforma da consolidare*, in AA.VV. (a cura di G. Pastori e G. Zagrebelsky), *Fondazioni bancarie: una grande riforma da consolidare*, Bologna, 2011, 231 ss.), contribuendo, più di altre fattispecie, a porre in crisi l'antica distinzione tra enti pubblici ed enti privati. La loro evoluzione è infatti scandita da una costante oscillazione del legislatore nell'impiego disciplinare di caratteri propri talvolta degli uni, talaltra degli altri (come rileva, in particolare, A. GENTILI, *La riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 401).

Sulle fondazioni bancarie, con particolare riferimento alla discussa natura giuridica, la letteratura è copiosissima. Possono tuttavia richiamarsi, senza alcuna pretesa di esaustività, oltre ai contributi già citati *supra*, i seguenti: M. BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., 24 ss.; R. COSTI, *La riforma delle «fondazioni bancarie»*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. II, *Diritto privato*, Milano, 1998, 227 ss.; F. MERUSI, *Metamorfosi degli enti pubblici creditizi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1993, 1 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *La fondazione bancaria. Luce e ombre*, in *Dir. fall.*, 1993, 365 ss.; P. RESCIGNO, *La fondazione e i gruppi bancari*, in *Banca, Impresa, Società*, 1992, 389 ss.; P. SCHLESINGER, *Le c.d. «fondazioni bancarie»*, in *Banca, borsa, tit. di cred.*, 1996, I, 421 ss.; M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., 27 ss.; A. ZOPPINI, *La legge sulle c.d. fondazioni bancarie. Il commento*, in *Corr. giur.*, 1999, 411 ss.; ID., *L'autonomia statutaria nelle fondazioni di origine bancaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, III, 2000, 399 ss.

¹¹⁰ Come è noto, la locuzione «enti lirici» è ormai in uso nel comune lessico dalla dottrina e dalla giurisprudenza per indicare tutti quegli enti, originariamente nati come enti privati (si pensi al Teatro Petruzzelli di Bari, o al Teatro dell'Opera di Roma), prima trasformati in enti pubblici – dacché sovvenzionati in maniera pressoché esclusiva dallo Stato – in virtù del r.d. 3 febbraio 1936, n. 438, convertito nella l. 4 giugno 1936, n. 1750, e poi riprivatizzati ad opera del d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367 (emanato in attuazione della delega contenuta nella l. 28 dicembre 1995, n. 549), mediante la trasformazione in fondazioni aventi per scopo il perseguimento, senza scopo di lucro, della diffusione dell'arte musicale, della formazione professionale dei quadri artistici e dell'educazione musicale della collettività (in generale, sulla vicenda degli enti lirici, v. G. IUDICA, *La privatizzazione degli enti lirici*, in AA. VV. (a cura di G. Iudica), *Fondazioni ed enti lirici*, Padova, 1998, *passim*; per una interessante ricostruzione storica del variegato panorama degli enti lirici prima della riforma del 1936, cfr. D. CORVI, *Evoluzione giuridica e tipologie contrattuali delle fondazioni lirico-sinfoniche*, in *Diritto e processo*, 2018, 247 ss.).

¹¹¹ In realtà, in letteratura, la locuzione “fondazioni universitarie” è impiegata in maniera piuttosto promiscua, dacché con essa si fa solitamente riferimento sia alle così dette *fondazioni universitarie strumentali* che alle così dette *fondazioni-università* (o *fondazioni universitarie* in senso stretto). Tipologie di fondazione che invece rappresentano fenomeni logicamente distinti (in generale, sulle fondazioni universitarie v. S. SERRAVALLE, *Le fondazioni universitarie. Natura e disciplina applicabile*, Napoli, 2012, 17 ss. e S. MAINARDI, *La trasformazione delle università in fondazioni. Profili di diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1169 ss.).

¹¹² Nel vasto orizzonte delle fondazioni speciali, pur riscontrando minore risonanza in dottrina e in giurisprudenza, meritano poi di essere ricordate le *fondazioni culturali*, la cui scarna disciplina è oggi precipuamente contenuta nell'art. 112 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (così detto “Codice dei beni culturali e del paesaggio”) (in tema, v. E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, in AA. VV., *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017, 53 ss.).



materia di impresa sociale” e nel d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, recante il “Codice del Terzo settore” – hanno visto la luce la *fondazione del Terzo settore* e la *fondazione impresa sociale*.

In particolare, per effetto di questi ultimi due moti legislativi, ha cominciato a diffondersi, in letteratura, una nuova dicotomia: quella tra *fondazioni di diritto comune* e *fondazioni di diritto speciale*; ovvero, con formula più sintetica, tra *fondazioni comuni* e *fondazioni speciali*^{113 114}.

La dottrina, cioè, ha iniziato a porre in rilievo come la disciplina delle fondazioni – con dinamica peraltro ormai comune a molti altri istituti civilistici¹¹⁵ – non fosse più rinvenibile soltanto nel Codice Civile, ma pure in un considerevole numero di leggi speciali. Leggi che se da un lato sembravano far ricorso, in modo più o meno espresso, al modello fondazionale codicistico, dall’altro ponevano, rispetto ad esso, numerose deviazioni e deroghe; deroghe e deviazioni talvolta talmente incisive da far sorgere nei commentatori più d’un dubbio circa la stessa natura fondazionale dell’ente¹¹⁶.

Pur nella grande diversità che ha caratterizzato ciascuna di queste tipologie di *fondazioni speciali*, l’analisi delle relative discipline di settore consente oggi all’interprete di riguadagnare due importanti risultati di ordine ermeneutico e dogmatico.

Il primo è la conferma positiva del definitivo superamento del tradizionale modello codicistico di fondazione, vale a dire del *Vorbild* della *Hauptgeldstiftung*.

Il legislatore speciale, infatti, sembra aver dato definitivamente per assodata l’idea che la fondazione – lungi dal risolversi in un ente di mera erogazione di rendite derivanti dall’amministrazione (statica) di un patrimonio – possa ben essere, invece, un soggetto giuridico (di per sé) idoneo allo svolgimento professionale di un’attività economica organizzata ai fini della produzione e dello scambio di beni e servizi, *id est* di un’attività di impresa.

Segnatamente, dall’esame delle varie discipline speciali, emergono non solo fattispecie in cui alla fondazione è consentito porre in essere attività di impresa in via *strumentale* al raggiungimento dei propri fini statutarî¹¹⁷, ma pure fattispecie in cui lo svolgimento stesso di (determinate) attività di impresa consente all’ente l’immediata realizzazione del proprio scopo. Ciò in ragione della particolare *natura* dei beni e dei servizi offerti da questa tipologia di fondazione; beni e servizi connotati, infatti, da una marcata idoneità a soddisfare esigenze e necessità di interesse generale e di utilità sociale ma che, ciò nonostante, né lo Stato è in grado di erogare né il mercato è interessato ad offrire¹¹⁸. Di quest’ultima tipologia, la *fondazione impresa*

¹¹³ Per tutti, v. M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., 9 ss. e 222 ss.

¹¹⁴ Tra le fondazioni speciali, discorre espressamente di “fondazioni legali”, riferendosi alle fondazioni “legalmente menzionate” dalla “normativa statale derogatoria o integrativa delle disposizioni del codice civile”, S. DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011, *passim*, spec. p. 1 da cui è tratto il virgolettato.

Il tema evoca un itinerario di ricerca in parte analogo a quello a suo tempo percorso con riferimento alle società. Il riferimento è in particolare all’opera di C. IBBA, *«Le società legali»*, Torino, 1992, *passim*.

¹¹⁵ Il riferimento è al noto fenomeno della così detta «decodificazione», individuato, e per la prima volta indagato, nelle pagine di N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, 1978, *passim*; ID., *Leggi speciali. Dal mono-sistema al poli-sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 141 ss.

¹¹⁶ Cfr. S. DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., *passim*, spec. 339 ss.

¹¹⁷ Cfr., ad esempio, l’art. 3 del d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, in ragione del quale le fondazioni bancarie possono “esercitare imprese solo se direttamente strumentali ai fini statutarî ed esclusivamente nei settori rilevanti” (c. 1), mentre “non sono consentiti alle fondazioni l’esercizio di funzioni creditizie” (c. 2).

Ancora ad esempio, cfr. l’art. 3, comma 2, del d.lgs. 21 giugno 1996, n. 367, ai sensi del quale le fondazioni enti lirici “possono altresì svolgere, in conformità degli scopi istituzionali, attività commerciali ed accessorie” operando “secondo criteri di imprenditorialità ed efficienza e nel rispetto del vincolo di bilancio”.

¹¹⁸ Il riferimento, come è evidente, è ai due fenomeni socio-economico-politici ribattezzati dalla dottrina nordamericana come *government failure* (per il quale, v. B.A. WEISBROD, *The Nonprofit Economy*, Cambridge (Mass.)-London, 1988, *passim*.) e *contract failure* (per il quale, v. H.B. HANSMANN, *The Role of Nonprofit Enterprise*, cit., 835 ss.).



sociale è oggi il paradigma positivo, consistendo, per definizione, in una fondazione che svolge un'attività di impresa di interesse generale, senza scopo di lucro, per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alla sua attività (arg. ex art. 1, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112).

Il secondo è la conferma positiva che la struttura organizzativa della fondazione può ben conciliarsi con (ed anzi arricchirsi di) organi diversi e ulteriori – sovente importati dal fenomeno associativo¹¹⁹ e da quello societario¹²⁰ – rispetto invece all'unico organo tipico delle fondazioni codicistiche, vale a dire l'organo amministrativo.

La legislazione speciale, infatti, offre modelli di *governance*¹²¹ in cui compaiono – ad esempio, come nelle fondazioni bancarie – “organi distinti per le funzioni di indirizzo, di amministrazione, nonché di controllo, attraverso uno schema che evoca molto da vicino la tripartizione tipica delle società di capitali”¹²²; oppure, in cui si dà la possibilità – come nel caso, ad esempio, delle fondazioni enti lirici – ai fondatori-finanziatori dell'ente, di nominare una parte dei membri del consiglio di amministrazione¹²³. Il Codice del Terzo settore, poi, è oggi esplicito sul punto, enunciando espressamente la possibilità che vi siano fondazioni “il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo”¹²⁴.

8. – Dei risultati ermeneutici appena osservati è possibile trovare riscontro nella più recente prassi statutaria.

L'impatto della legislazione speciale è stato infatti di grande rilievo anche con riferimento alla fenomenologia assunta dall'autonomia statutaria delle fondazioni costituite negli ultimi trent'anni; fenomenologia caratterizzata, nello specifico, dall'emersione di una nuova tipologia: le c.d. *fondazione di partecipazione*¹²⁵.

¹¹⁹ Cfr. A. FUSARO, *La fondazione tra modello tradizionale e modello partecipativo quale strumento per la tutela delle categorie svantaggiate*, in *Vita not.*, 2011, 1089 ss.

¹²⁰ Cfr. A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione*, cit., che ravvisa nel consiglio di sorveglianza del modello dualistico delle società per azioni l'esempio ideale per descrivere poteri, competenze e responsabilità del così detto “organo di indirizzo”, ormai presente negli organigrammi di numerose fondazioni di partecipazione.

¹²¹ Per un'approfondita analisi dei quali, v. S. DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., 399 ss.

¹²² Così M. TAMPONI, *Persone giuridiche. Artt. 11-35*, cit., 223, che ricorda come le fondazioni bancarie di origine associativa mantengano, quale ulteriore organo, addirittura l'*assemblea* dei soci, sebbene con funzioni estremamente limitate, consistenti sostanzialmente nella nomina di una parte dei componenti dell'organo di indirizzo. Più nello specifico, v. A. FUSARO, *Organi delle fondazioni di partecipazione*, in *Giur. it.*, 2021, 2522, che ricorda (*sub* nota 10) come l'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 153/1999 (come modificato dall'art. 11, comma 4, l. 28 dicembre 2001, n. 448 e successivamente dall'art. 27-*quater*, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) imponga agli statuti delle fondazioni bancarie di prevedere obbligatoriamente organi distinti per le funzioni di indirizzo, di amministrazione e di controllo.

Sul ruolo dell'assemblea nelle fondazioni bancarie di origine associativa, cfr. anche S. TONDO, *Appunti sulle fondazioni bancarie*, in *Riv. not.*, 2001, 1037 ss., spec. 1057.

Sui rapporti tra organo di indirizzo e organo amministrativo nelle fondazioni bancarie v. A. PAVONE LA ROSA, *Fondazioni bancarie e disciplina dell'impresa commerciale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, 1 ss., spec. 7; G. ALPA, *Le “fondazioni bancarie” tra codice civile e normativa speciale*, in *Vita not.*, 2005, 1067 ss., spec. 1077.

¹²³ Cfr. art. 10, comma 3, d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367.

Sulla possibilità che l'insieme dei fondatori-finanziatori si organizzi in una vera e propria assemblea statutariamente prevista, v. A. FUSARO, *Organi delle fondazioni di partecipazione*, cit., 2522.

¹²⁴ Cfr. artt. 23, comma 4, 24, comma 6 e 25, comma 3, del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, recante il c.d. Codice del Terzo settore, il quale, d'ora innanzi, sarà indicato con la sigla “c.t.s.”.

¹²⁵ Sulle quali, in dottrina, v. in particolare AA. VV. *Fondazioni di partecipazione. Atti del Convegno tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006*, Milano, 2007 e AA. VV. (a cura di G. Sicchiero), *Le fondazioni di partecipazione*, in *Giur. it.*, nov. 2021, 2492 ss.



Tipologia che la dottrina ha ricavato, per induzione, dall'analisi della legislazione speciale¹²⁶ e che quasi subito ha ricevuto nomenclatura e riscosso approvazione dal ceto notarile¹²⁷, nonché successo tra gli operatori economici¹²⁸.

La ragione di una così immediata affermazione è stata la capacità di questa nuova tipologia di far fronte al senso di inadeguatezza – già diffusamente avvertito nella prassi e già a suo tempo denunciato dalla dottrina¹²⁹ – del modello fondazionale tradizionale, connotato, come è noto, da un distacco troppo netto tra l'ente e il fondatore, dalla troppo spesso insufficiente dotazione patrimoniale iniziale dell'ente, dalla posizione tradizionalmente troppo servente e conservativa – e dunque priva di iniziativa – degli amministratori¹³⁰.

La dottrina ha mostrato immediatamente interesse per il fenomeno, compiendo, peraltro, un importante sforzo ricostruttivo nel tentare di isolarne i tratti salienti, ravvisati: *i)* nella *pluralità dei fondatori*, o comunque dei *partecipanti* all'ente, mediante un apporto di qualsiasi natura purché utile al raggiungimento dei suoi scopi; *ii)* nel principio di *partecipazione attiva alla gestione* dell'ente da parte di tutti i fondatori e partecipanti¹³¹, che è forse il tratto maggiormente caratteristico del fenomeno, in quanto “conforma l'organizzazione dell'ente stesso e le sue regole di azione; in altri termini, l'ente è organizzato in una pluralità di organi al fine di consentire una partecipazione attiva di tutti gli aderenti alla fase gestionale”¹³²; *iii)* nella *formazione progressiva del patrimonio*, non ritenendosi la dotazione patrimoniale iniziale né autosufficiente né definitiva, e pertanto restando aperta ad incrementi per effetto di adesioni successive da parte di soggetti diversi dagli originari fondatori¹³³; *iv)* nella *struttura organizzativa*, tendenzialmente ordinata su due livelli, dei quali il primo a valenza quasi assembleare, composto dai fondatori e dagli altri partecipanti, o comunque i cui componenti vengono designati da quelli, ed il secondo, con mere funzioni gestionali ed esecutive rispetto ai piani programmatici decisi dal primo¹³⁴.

Discussa è la natura giuridica di questi enti.

La categoria è ancora pressoché sconosciuta alla giurisprudenza civile. Ad oggi, infatti, si registra una sola sentenza di merito (Trib. Belluno, 15 febbraio 2018, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 1039 ss.) che ha ritenuto applicabile il diritto di recesso di cui all'art. 24 c.c. In generale, sul recesso dalle fondazioni (di partecipazione), cfr. M. BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., 170.

La categoria è già più nota, invece, alla giurisprudenza amministrativa, (cfr. Cons. di Stato, 22 novembre 1995, n. 2898/95, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1156, che tuttavia propende per la riqualificazione della fondazione di partecipazione in associazione, e Cons. Stato, comm. spec., 20 dicembre 2000, n. 288, in *Cons. Stato*, 2001, I, 490, che invece la qualifica come vera e propria fondazione).

¹²⁶ Cfr. M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., 155-156.

¹²⁷ Come ricorda A. DI SAPIO, *Le parole delle fondazioni di partecipazione*, in *Giur. it.*, Novembre 2021, p. 2492), la paternità della formula “fondazione di partecipazione” è comunemente ascrivita al notaio Enrico Bellezza, che individua il primo caso di “fondazione di partecipazione”, nella “Fondazione Pier Lombardo” di Milano, costituita nel 1996 (cfr. E. BELLEZZA, *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità*, in AA.VV., *Fondazioni di partecipazione*, cit., 8).

Critico su questa nomenclatura, reputata “concettualmente fuorviante” è A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive*, cit., 372.

¹²⁸ Cfr. E. BELLEZZA, *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità*, cit., 10, che testimonia di averne costituite, quale notaio rogante, oltre cinquecentocinquanta in un decennio. Numero davvero significativo, se solo si pensa che all'inizio degli anni '90 le fondazioni in Italia non erano che circa un migliaio (come esattamente osservato da G. SICCHIERO, *Presentazione*, in *Giur. it.*, Novembre 2021, 2492).

¹²⁹ Cfr. D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione*, cit., 316 ss. Sul punto, v. *amplius supra*, § 4.

¹³⁰ Cfr. E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, Piacenza, 2006, *passim*.

¹³¹ Cfr. A. FUSARO, *La fondazione tra modello tradizionale e modello partecipativo quale strumento per la tutela delle categorie svantaggiate*, cit., 1091.

¹³² Così, M. MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in AA.VV., *Fondazioni di partecipazione. Atti del Convegno tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006*, cit.

¹³³ Cfr. M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., 156.

¹³⁴ Diffusamente sul punto, v. A. FUSARO, *Organi delle fondazioni di partecipazione*, cit., 2521 ss.

Più in generale, sulle fondazioni a base associativa, v. già G. IORIO, *Le fondazioni*, cit., 212 ss.



Scartata l'idea di qualificarli come *enti atipici*^{135 136}, l'unica ipotesi ricostruttiva possibile sembra essere quella di inquadrarli o nello schema della *fondazione* o in quello della *associazione*. L'operazione non è semplice, considerato che nelle fondazioni di partecipazione si è in presenza di elementi caratteristici e dell'uno e dell'altro modello di ente¹³⁷. Tuttavia, risolti i tratti salienti del modello fondazionale nella destinazione di beni ad uno scopo indisponibile e nella necessaria mediazione, per la realizzazione di esso, di una vicenda soggettivo-organizzativa a rilievo reale, appare corretto ritenere che la fondazione di partecipazione debba essere inquadrata, pur con tutte le peculiarità che la contraddistinguono, nel *Typus* della fondazione.

Conclusione che oggi sembra suggerire lo stesso legislatore quando, nel disciplinare il funzionamento dell'assemblea delle associazioni del Terzo settore, stabilisce che le medesime disposizioni "si applicano anche alle fondazioni del Terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato" (artt. 23, comma 4 e 24, comma 6, c.t.s.), così sancendo, una volta per tutte, la compatibilità dell'innesto di (taluni) elementi tipici dell'*universitas personarum* nell'*universitas bonorum*¹³⁸.

L'importante, affinché possa rimanersi all'interno del *Typus* della fondazione, e non trascendersi in quello dell'associazione, è che lo scopo, prefissato dal fondatore, sia e resti *indisponibile* da parte dei 'partecipanti' (e in ogni caso, da parte di qualunque altro organo della fondazione)¹³⁹. Ciò anche a tutela dei *patrons*¹⁴⁰,

¹³⁵ Come sembra ritenere M. MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, cit., 25, quando definisce la fondazione di partecipazione "una struttura organizzativa metaindividuale a rilievo reale, connotata da tratti morfologici ricorrenti, ed in quanto tali ritenuti identificanti, ma priva di un referente normativo dedicato e puntuale".

Analogamente, cfr. A. PROPERSI – G. ROSSI, *Gli enti non profit*, Milano, 2015, 103, che discorrono di un "ente fondazionale nato dall'interpretazione degli artt. 12 e 1332 c.c., combinati con l'art. 45 della costituzione".

Tra i giuspubblicisti, poi, non manca chi definisce la fondazione, inclusa quella di partecipazione, come un'amministrazione di interessi non individuali, in quanto "espressione di autonomia non privata, ma collettiva o sociale" (P. FORTE, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, in AA.VV. (a cura di G. Palma, P. Forte) *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, cit., 67 ss.

¹³⁶ Poiché da scartare parrebbe essere la stessa ammissibilità di *enti atipici* (come avverte A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 89 e 98 ss., secondo cui le forme dotate di rilievo reale devono considerarsi un *numero chiuso*), pena la mancata tutela della certezza dei rapporti giuridici e della sicurezza del traffico negoziale.

Come è noto, l'ammissibilità di enti atipici è sostenuta da una parte della dottrina (v. F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., *passim*; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, cit., 372 ss.; A. DI SAPIO, *Le parole delle fondazioni di partecipazione*, in *Giur. it.*, Novembre 2021, 2495 ss.), argomentando dalla lettera dell'art. 12 c.c. (oggi abrogato e sostanzialmente trasfuso nell'art. 1, comma 1, del d.P.R. n. 361/2000), in particolare dal riferimento, ivi contenuto, alle "altre istituzioni di carattere privato".

Tuttavia, può osservarsi che ravvisare nel sintagma citato la possibilità, per l'autonomia privata, di creare *enti atipici* – non sussumibili, cioè, né nel *Typus* dell'associazione né in quello della fondazione – appaia più che altro "un comodo espediente logico-argomentativo per risolvere problemi di sistemazione concettuale della materia delle persone giuridiche di diritto privato, ma come tale non costituisce un rimedio logico o dogmatico che consenta d'identificare con certezza la disciplina da applicarsi" (così A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione*, cit.). E ciò sembra dimostrato anche dalla costante prassi amministrativa, la quale invece esige che l'ente espressamente definisca la propria natura di fondazione o di associazione (Cons. St., Sez. I, 30 maggio 1961, n. 874, in *Cons. St.*, 1962, I, 638 ss.).

¹³⁷ A proposito del processo di "ibridazione" tra il modello della fondazione e quello della associazione, v. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 64 ss.; ID., *Problemi e prospettive*, cit., 372.

Il processo sembra essere stato diagnosticato già da S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, cit., 11.

Per una recente riflessione sul senso e sull'opportunità dell'impiego del termine "ibrido", a proposito della contaminazione tra il modello strutturale della fondazione e quello dell'associazione, A. DI SAPIO, *Le parole delle fondazioni di partecipazione*, cit., 2495 ss.

¹³⁸ Cfr. M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., 154 ss., spec. 157. Più nello specifico, cfr. A. FUSARO, *Organi delle fondazioni di partecipazione*, cit., 2521 ss.

¹³⁹ Nella fondazione di partecipazione, l'indisponibilità dello scopo è profilo ancor più saliente che nella fondazione tradizionale. Qui, infatti, vi è la presenza "attiva", nella vita dell'ente, della comunità dei "partecipanti". Diviene ancora più urgente, allora, rimar-



dacché “chi costituisce una fondazione promette¹⁴¹ di non modificare a propria discrezione lo scopo dell’ente e, in questo dato, può senz’altro ravvisarsi un elemento determinante i rapporti tra la fondazione medesima e i terzi”¹⁴².

9. – L’aver ripercorso l’evoluzione dell’istituto consente di fermare alcune riflessioni utili all’enucleazione di una definizione attuale di fondazione.

Un primo insieme di considerazioni pertiene all’idea stessa di fondazione; in particolare alla sua rilevanza sia sotto il profilo tecnico-giuridico che sotto il profilo assiologico-costituzionale.

Al proposito, in primo luogo sembra corretto rilevare come l’analisi dell’attualità del fenomeno fondazionale – e sul piano normativo, con particolare riferimento alle fondazioni speciali, e sul piano tipologico, con special riguardo al rapporto tra fondazione e impresa – consenta di confermare l’opzione ricostruttiva dell’*Idealtypus* isolato dalla dottrina italiana intorno alla metà degli anni ’90¹⁴³; *Idealtypus* dimostratosi idoneo, invero, a ricomprendere al proprio interno le varie tipologie di fondazione, segnatamente, la fondazione impresa (*Unternehmensstiftung*) e l’impresa di fondazione (*Stiftungsunternehmen*), nonché gran parte delle fondazioni speciali, nonché, infine, le fondazioni di partecipazione.

In secondo luogo, appare legittimo avvertire come sia avvenuta, nel tempo, una sorta di inversione del rapporto tra le due componenti strutturali dell’*Idealtypus*, consistenti, come si è visto¹⁴⁴, nella destinazione di un patrimonio ad uno scopo e nella vicenda organizzativa metaindividuale a rilievo reale deputata alla sua realizzazione, consumandosi il passaggio dalla antica centralità della destinazione patrimoniale ad uno scopo, all’attuale centralità dell’organizzazione¹⁴⁵.

Al riguardo, infatti, il positivo esperimento – proprio dell’esperienza delle *fondazioni speciali* e delle *fondazioni di partecipazione* – dell’innesto, all’interno della struttura fondazionale, di *elementi personalistici* tipici del fenomeno associativo e di quello societario – quale, ad esempio la previsione di organi assembleari, di indirizzo, di controllo, *etc.* – non solo non appare innescare crisi di rigetto, ma sembra addirittura confermare quel passaggio, già annunciato dalla dottrina negli anni ’60, dalla così detta *fondazione-patrimonio* alla così detta *fondazione-organizzazione*¹⁴⁶.

care l’impossibilità, per l’organo assembleare o di indirizzo (e in definitiva per i “partecipanti”), di modificare lo scopo dell’ente; pena la fuoriuscita dal *Typus* o l’abuso della *Rechtsform*.

Il profilo dell’impossibilità per l’assemblea di modificare lo scopo è rimarcato efficacemente da A. FUSARO, *Organi delle fondazioni di partecipazione*, cit., 2522.

¹⁴⁰ Secondo la nota e diffusa definizione di H.B. HANSMANN, *The role of Nonprofit Enterprise*, cit., 841, per *patrons* si intendono tutti quei soggetti che finanziano l’organizzazione, sia elargendole direttamente denaro o altre utilità, sia acquistandone i beni e i servizi prodotti. L’Autore a tal proposito distingue tra *member patrons* e *non member patrons*, a seconda che si tratti di soci o di terzi rispetto all’organizzazione.

La definizione è ripresa, nella dottrina italiana, da G. PONZANELLI, *Le “non profit organizations”*, cit., *passim*, spec. 112 ss.; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, cit., 29; A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 37-38.

¹⁴¹ Sull’atto di fondazione come negozio contenente anche una *promessa al pubblico*, v. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 184 ss.

¹⁴² Così, A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive*, cit., 374, il quale correttamente osserva che “in concreto per chi dona non è indifferente sapere a che condizioni possa essere modificato lo scopo sociale, sciolto l’ente ovvero trasformato in una società lucrativa”.

¹⁴³ Il riferimento è a A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., *passim*, spec. 83.

¹⁴⁴ Cfr. *supra*, § 6.

¹⁴⁵ Adombrano l’inversione del rapporto tra *patrimonio* e *organizzazione* anche le pagine di F. GALGANO, voce *Fondazione*, cit., 1 ss., spec. 1, ove peraltro l’Autore esordisce definendo la fondazione proprio come una “stabile *organizzazione* (corsivo nostro) predisposta per la destinazione di un patrimonio ad un determinato scopo di pubblica utilità”.

¹⁴⁶ Il riferimento è a A. PREDIERI, *Sull’ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, cit., 1129.



La fondazione sembra ormai divenire anch'essa – *al pari* dell'associazione – vero e proprio *locus personarum*, sebbene teleologicamente *vincolato* – *a differenza* dell'associazione – all'attuazione di uno scopo impresso nelle tavole di fondazione e perciò indisponibile (ai fondatori, agli amministratori, ad ogni altro organo della fondazione, nonché ad ogni altro 'partecipante').

In questo senso, appare oggi confermata e condivisibile l'opinione di chi già collocava le fondazioni tra le *formazioni sociali* in cui si svolge la personalità dell'individuo, riconosciute, garantite e tutelate dall'art. 2 della Costituzione¹⁴⁷.

10. – Un secondo ordine di considerazioni attiene all'esame del rapporto tra *tipicità* e *tipologie* della fondazione; segnatamente, all'indagine circa gli *elementi tipici*, cioè quelli in presenza dei quali è possibile dirsi integrata la fattispecie «fondazione», dovendo quindi attivarsi la disciplina ad essa direttamente applicabile, e gli *elementi tipologici*, vale a dire quelli sui quali si misura la *Gestaltungsfreiheit* (inizialmente) del fondatore (e, successivamente, degli organi della fondazione deputati alle eventuali modifiche statutarie durante la vita dell'ente).

Cominciamo dagli *elementi tipici*.

La ricognizione della disciplina positiva e l'analisi storico-comparatistica ripercorse finora confermano come il *Typus* della fondazione si lasci in effetti scomporre in due elementi essenziali, e precisamente: *i)* la *destinazione* di un *patrimonio* ad uno *scopo non lucrativo e immodificabile*¹⁴⁸; *ii)* la necessaria creazione di un'organizzazione dotata di *soggettività metaindividuale di rilievo reale*, e segnatamente – scorrendo in termini di più stretto diritto positivo – di *personalità giuridica* (così detta *personificazione*).

Non paiono ravvisabili, invece, indici che suggeriscano – né tanto meno impongano – all'interprete di includere tra gli elementi tipici della fattispecie ulteriori profili strutturali dell'ente (quali, ad esempio, la necessaria presenza o assenza di un organo assembleare, ovvero di un organo di indirizzo o di controllo, *etc.*)¹⁴⁹ o ulteriori coloriture dello scopo perseguito o, ancora, particolari declinazioni dell'attività svolta.

Così, la *pubblica utilità* del primo o la *natura meramente erogativa* della seconda costituiscono non ele-

In senso analogo, circa un decennio dopo, D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, cit., 313, *sub* nota 31.

¹⁴⁷ Sull'appartenenza delle fondazioni alle formazioni sociali, v. P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 11; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., *passim*; G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, cit., 4; G. GUARINO, *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in AA.VV. (a cura di P. Rescigno), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, cit., 8; S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, cit., 6; G. PONZANELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, cit., 23 ss., che tuttavia reputa annoverabili tra le formazioni sociali soltanto le *fondazioni culturali*, ritenendo che solo queste ultime consentano al proprio interno lo svolgimento della personalità dell'individuo.

¹⁴⁸ Oltre, che, ovviamente, *possibile* e *lecito*, come richiesto dall'art. 1 del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361. E tuttavia, queste due caratteristiche certamente non possono dirsi *tipiche* della fondazione, integrando piuttosto requisiti di *validità* di ogni vicenda negoziale (arg. ex artt. 1343-1346 c.c.). Ed invero, anche in assenza della disposizione di cui al citato art. 1 d.P.R. n. 361/2000, nessun interprete dubiterebbe del fatto che lo scopo della fondazione debba essere possibile e lecito, pena – prima ancora dell'impossibilità di conseguire il riconoscimento – la sicura nullità dell'atto costitutivo.

¹⁴⁹ Cfr. A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive*, cit., 373, che osserva: "Il legislatore del '42 non ha proposto per la fondazione un assetto strutturale rigido così come ha fatto per l'associazione riconosciuta, con la conseguenza che con la fattispecie disegnata dal legislatore ben compatibile sia il caso in cui la fondazione abbia un unico amministratore (che può coincidere con lo stesso fondatore), sia il caso in cui la fondazione abbia adottato una struttura più complessa ed eventualmente simile a quella associativa".



menti tipici, ma connotati *tipologici*, certamente caratteristici del modello tradizionale della *Hauptgeldstiftung*, ma non per questo idonei ad assurgere ad *essentialia* del *Typus*¹⁵⁰.

Una particolare riflessione merita il rapporto tra *destinazione* e *personificazione*, che appaiono connesse l'un l'altra da un nesso logico (e giuridico) di *strumentalità*: nella fondazione – ed è questa la differenza di maggior rilievo rispetto al mero *Zweckvermögen*¹⁵¹ – la destinazione del patrimonio allo scopo è necessariamente *mediata* dall'*attività* dell'organizzazione.

È una destinazione, per così dire, *indiretta*.

In questo nesso sta la particolarità della fattispecie «fondazione» rispetto a qualunque altra forma di destinazione patrimoniale, dacché qui il fondatore (ancor più che destinare) *aliena* i suoi beni ad un'organizzazione, da lui stesso *creata* – *ad hoc* e tendenzialmente in perpetuo – per realizzare, mercé la propria attività, lo scopo da lui voluto.

L'autonomia privata che sprigiona l'atto del 'fondare' corre di necessità lungo quelle due direttrici che autorevolmente in dottrina sono state individuate nelle vicende negoziali della *costituzione* e della *dotazione*¹⁵²; vicende della cui scindibilità giuridica può forse oggi discutersi¹⁵³, ma della cui autonomia logica non sembra potersi seriamente dubitare, dacché, sotto il profilo logico, il *costituire*, inteso come l'atto che dà impulso alla creazione dell'organizzazione metaindividuale, ponendone le regole corporative e operative, è sempre distinguibile dal *dotare*, che è l'atto con cui all'ente creando è somministrata la provvista patrimoniale iniziale *adeguata* alla realizzazione dello scopo¹⁵⁴. E tale autonomia logica pone nuovamente in rilievo l'inversione tra i due elementi essenziali del *Typus*: creazione dell'organizzazione e dotazione patrimoniale della stessa.

Questo profilo non sembra irrilevante, dacché induce a riflettere profondamente sull'effettiva portata del disfavore che tradizionalmente circonda l'istituto, sovente incolpato – specie in passato – di essere il futile strumento nelle mani del vanaglorioso possidente, il quale, ossessionato dal desiderio di garantirsi il perdurare futuro del legame tra il suo nome e i propri beni, mercé la costituzione della fondazione, li sottrae *sine die* al commercio giuridico, a danno dell'economia e del benessere collettivo¹⁵⁵.

Assunto che – soprattutto oggi – merita di essere rimeditato.

A ben vedere, poiché nella fondazione la *destinazione patrimoniale* si realizza per il tramite dell'*attività* dell'organizzazione, ad essere realmente vincolata alla realizzazione dello scopo non sembra essere la dota-

¹⁵⁰ Cfr. *supra*, § 5.

¹⁵¹ Cfr. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 80 ss.

¹⁵² Come è noto, l'opinione tradizionale, sebbene ne avverta la strettissima interdipendenza, ravvisa, nella vicenda che dà vita alla fondazione, due distinti negozi giuridici: quello di fondazione (in senso stretto) e quello di dotazione.

In tal senso, in dottrina, v. R. NICOLÒ, *Negoziato di fondazione. Istituzione di erede*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, I, 386; C. GANGI, *Persone fisiche e persone giuridiche*, cit., 239; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 10; P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 25-27.

In giurisprudenza, v. Cass. 27 febbraio 1997, n. 1806, in *Arch. civ.*, 1997, 616; App. Ancona, 14 aprile 2014, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, 797.

¹⁵³ Come fanno la dottrina e la giurisprudenza più recenti, reputando che in realtà costituzione e dotazione siano vicende complementari, necessarie al fine della posizione in essere dell'atto di fondazione, che sarebbe dunque negozio giuridico complesso avente duplice natura: organizzativa e dispositiva.

In tal senso, in dottrina, v. A. PALAZZO, *I singoli contratti. 2. Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2000, 368; A. ZOPPINI, *Note sulla costituzione della fondazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, 303 ss.

In giurisprudenza, v. Cass. 4 luglio 1959, n. 2130, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1990.

¹⁵⁴ Così si esprime letteralmente l'art. 1 del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, che richiede, ai fini del riconoscimento, che "il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo".

¹⁵⁵ Cfr. *supra*, § 1.



zione patrimoniale dell'ente in sé considerata, ma l'attività degli amministratori nella gestione, nella messa a frutto e, in generale, nell'impiego di essa. *Vincolato*, in altri termini, non sembra essere il patrimonio, ma l'*agire* dell'ente¹⁵⁶. Nella fondazione, cioè, la destinazione patrimoniale è *dinamica*.

Ciò pare confermato da un'ulteriore considerazione: la dotazione patrimoniale dell'ente non è mai in assoluto inalienabile: né per legge né per volontà del fondatore¹⁵⁷. A ben vedere, sui beni della fondazione non grava un *vincolo reale* in senso tecnico¹⁵⁸; piuttosto, un *vincolo obbligatorio*¹⁵⁹, a carico degli amministratori, di impiegarli per raggiungere lo scopo; impiego che in astratto nulla vieta possa consistere finanche nella loro alienazione¹⁶⁰.

Questo modo di intendere il vincolo di destinazione gravante sui beni della fondazione sembra oggi trovare più di una conferma, sia che si osservi la fenomenologia dell'ente, sia che si guardi al recente dato positivo.

La prima palesa sempre più spesso all'osservatore la *fondazione titolare di impresa*; e l'impresa è attività che per sua natura si risolve in un susseguirsi dinamico di compere e vendite, di investimenti e disinvestimenti, di intromissioni ed estromissioni di beni e valori dal patrimonio dell'ente al circuito produttivo e viceversa.

Il secondo pone all'attenzione dell'interprete la *fondazione del Terzo settore*, per il cui riconoscimento, l'art. 22 c.t.s. formula *ex ante* una valutazione di *adeguatezza* del patrimonio non con riferimento a individui e specifici beni (dei quali pertanto neppure avrebbe senso esigere la persistenza nel patrimonio dell'ente durante tutta la sua esistenza), ma – analogamente a quanto avviene per le società di capitali – in relazione ad un mero valore contabile di netto patrimoniale (precisamente, di un valore pari ad almeno trentamila euro). Ed è soltanto la costante presenza di questo valore contabile, e non dei singoli beni inizialmente *conferiti* – *recte*, trasferiti a titolo di *dotazione* – che è tutelata dal legislatore, dacché il medesimo art. 22 stabilisce che quando risulta che il patrimonio minimo di trentamila euro è diminuito di oltre un terzo, gli amministratori devono, senza indugio, deliberarne la ricostituzione (o la trasformazione o la fusione o lo scioglimento dell'ente).

¹⁵⁶ A tal proposito, osserva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 83: “Il vincolo che della fondazione appare caratteristico si coglie pertanto non in ragione d'una qualificazione *statica* – come è implicita nel nesso patrimonio-scopo –, ma essenzialmente sul piano *dinamico*, perché lo scopo imprime una tensione e conforma l'attività verso il conseguimento d'un risultato”.

¹⁵⁷ Cfr. G. ALPA, *Sulla validità della clausola di inalienabilità perpetua contenuta in un atto di fondazione*, in *Foro pad.*, 1980, II, 10 ss., che correttamente sostiene l'invalidità della clausola che imponga un vincolo di inalienabilità perpetua ai beni che costituiscono la dotazione dell'ente.

Analogamente, A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 83, *sub* nota 201, evidenzia che “in questo senso, il vincolo imposto all'attività dell'ente è cosa diversa dal vincolo di destinazione impresso sui beni che dotano l'ente”.

¹⁵⁸ Vale a dire un vincolo che ne renda giuridicamente *impossibile* la (libera) circolazione. A tal proposito, avverte della cesura logica e concettuale “tra la fondazione e i vincoli di natura reale”, che rimangono così “sospinti nella teoria dei beni”, A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 83.

¹⁵⁹ Come rileva, ancora, A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 84, sono i caratteri dell'*organizzazione* e della *gestione* dell'*attività* ordinata allo scopo che permettono di isolare, sul piano giuridico-concettuale, la fondazione “dalle regole che – pur assistite dall'opponibilità – incidono sulle modalità d'uso dei beni, ovvero non si erigono a vicenda organizzativa, o ancora non richiedono l'esercizio d'un'attività”.

¹⁶⁰ Cfr. A. FUSARO, *La fondazione di famiglia in Italia e all'estero*, cit., 25.

Ma v. già R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 8-9, il quale, pur muovendo convintamente dall'idea che “quando titolare del diritto sia una fondazione, la proprietà assume caratteri tali che fanno dubitare della possibilità di considerarla un diritto soggettivo in senso tecnico”, poiché “è certo che la fondazione non può modificare la destinazione del proprio patrimonio”, neppure dubita, tuttavia, che la fondazione possa “evidentemente, procedere liberamente a tutte le riconversioni del patrimonio che ritiene opportune per il conseguimento del proprio fine”.



Tutte conferme che l'equivalenza tra dotazione di beni alla fondazione e sottrazione di essi alla circolazione giuridica è più un retaggio storico – anch'esso frutto del modello tradizionale della *Hauptgeldstiftung* – che un assunto oggi tipicamente e positivamente riscontrabile.

11. – Veniamo adesso agli *elementi tipologici*.

Essi attengono alle varie possibili articolazioni della *struttura*, dello *scopo* (in ogni caso non lucrativo) e dell'*attività* della fondazione.

Nella selezione di queste possibili articolazioni, finanche nella creazione di nuove – purché nei limiti segnati dal *Typus* – si esplica la *Gestaltungsfreiheit* del fondatore nonché degli organi della fondazione deputati alle eventuali modifiche statutarie (sebbene per questi ultimi in maniera più limitata, essendo loro preclusa, ovviamente, la scelta dello scopo, prerogativa originaria del fondatore).

Così, potrà essere adottato qualunque modello strutturale compatibile con la *Rechtsform*. Potranno essere previsti, ad esempio, un organo assembleare, un consiglio di sorveglianza¹⁶¹, un organo di controllo¹⁶², uno o più organi consultivi, *etc.* In ogni caso, a nessun organo potrà essere attribuita la facoltà di modificare lo scopo sociale, pena la *Rechtsmissbrauch*.

Ancora, il fondatore sarà libero di scegliere qualunque scopo, purché *possibile e lecito* e purché *non lucrativo (in senso soggettivo)*.

Dovrà, cioè, essere osservato il *non distribution constraint* e dunque lo statuto non potrà prevedere la possibilità che i risultati positivi dell'attività dell'ente siano distribuiti ai fondatori, ai partecipanti, o in ogni caso ai soggetti che lo controllano (amministratori, dirigenti, funzionari, *etc.*), salva, ovviamente, la possibilità per l'ente di remunerare con un giusto e ragionevole compenso chi lavora e collabora nell'organizzazione¹⁶³. Sarà anzi altamente opportuno, anche a fini ermeneutici, che lo statuto espliciti il *non distribution constraint*, sancendo espressamente la finalità non lucrativa dell'ente e così il divieto di distribuire utili.

Quanto alle tipologie di attività che la fondazione può svolgere, deve preliminarmente rilevarsi come l'antica dicotomia tra *aziende di erogazione* (in cui rientrerebbe l'*Hauptgeldstiftung*) e *aziende di produzione* (in cui rientrerebbero lo *Stiftungsunternehmen* e la *Unternehmensstiftung*)¹⁶⁴, anche alla luce delle ricerche compiute sul punto dalla dottrina successiva¹⁶⁵, meriti di essere rivisitata.

A ben vedere, infatti, l'attività di *erogazione* – evocata dall'art. 16 cod. civ. – intesa in senso ampio, e cioè come “proiezione all'esterno del risultato”¹⁶⁶, e quindi come *etero-destinazione* dei risultati dell'attività della fondazione, è sempre (onto)logicamente presente in ogni tipologia di fondazione: essa rappresenta l'altra faccia della medaglia del *non distribution constraint* – che abbiamo visto essere elemento causale del

¹⁶¹ Cfr. A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione*, cit., che proprio nel consiglio di sorveglianza – tipico del modello dualistico della società per azioni dopo la riforma del 2003 – ravvisa “l'esempio emblematico di un organo ibrido, che unisce alte funzioni di amministrazione e di controllo” e pertanto maggiormente idoneo, in luogo dell'assemblea, a garantire l'accesso dei ‘partecipanti’ alla gestione della fondazione senza correre il rischio di oltrepassare i confini del *Typus* della fondazione.

¹⁶² Come è attualmente previsto, ad esempio, per le fondazioni imprese sociali e, più in generale, per le fondazioni del Terzo settore, rispettivamente dall'art. 18, d.lgs. n. 112/2017 e dall'art. 30, d.lgs. n. 117/2017.

¹⁶³ Cfr. H.B. HANSMANN, *The Role of Nonprofit Enterprise*, cit., 835 ss., spec. 838.

¹⁶⁴ Sui quali, v. *supra*, § 3.

¹⁶⁵ Sulle quali, v. *supra*, § 5-6.

¹⁶⁶ Così, A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 164.

In tal senso, v. già F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., *passim*.



*Typus*¹⁶⁷. In altri termini – e sul piano logico e su quello funzionale – il divieto di distribuzione degli utili in favore dei soggetti ‘appartenenti’ alla fondazione implica la loro necessaria devoluzione in favore dei soggetti ‘esterni’ all’ente, individuati (o individuabili) in forza dell’atto costitutivo e dello statuto come *beneficiari*.

Ma anche l’attività di *produzione* – evincibile dal lemma “rendite” impiegato sempre dall’art. 16 cod. civ. – è sempre (onto)logicamente presente in ogni tipologia di fondazione, dacché non è pensabile l’erogazione di una rendita o di un utile in assenza di un’attività volta a produrli.

Produzione ed erogazione sono dunque due cicli economici necessari nell’attività della fondazione¹⁶⁸. In ragione delle loro possibili declinazioni e combinazioni, potranno darsi tre tipologie di fondazione: *i*) fondazione di mera erogazione (*Hauptgeldstiftung*), in cui l’attività consiste nella mera amministrazione (vale a dire, nella mera messa a frutto) del patrimonio dell’ente, le cui rendite sono poi direttamente erogate ai beneficiari; *ii*) impresa di fondazione (*Stiftungsunternehmen*), in cui l’ente svolge un’attività economica più complessa, organizzata per la produzione e lo scambio di beni e servizi, e cioè pone in essere una vera e propria attività di impresa, i cui utili vengono poi, anche qui, direttamente erogati ai beneficiari; *iii*) fondazione impresa (*Unternehmensstiftung*), in cui l’attività di produzione e l’attività di erogazione coincidono, poiché in questa ipotesi l’attività di produzione dei beni e servizi offerti dalla fondazione è di per sé idonea ad erogare ai beneficiari l’utilità atta a soddisfare il loro interesse (ad esempio, perché l’ente offre sul mercato beni e servizi a prezzo di costo o comunque calmierato, ovvero beni e servizi che, pur richiesti dalla collettività¹⁶⁹, né il mercato né lo Stato offrono, ovvero offrono a prezzi o condizioni non a tutti accessibili)¹⁷⁰.

12. – A questo punto, possiamo tornare al problema di partenza: l’individuazione di una definizione *attuale di fondazione*.

Attuale, in primo luogo, nel senso di *conforme* al vigente diritto positivo, ancora piuttosto insufficiente, se si guarda al solo Codice Civile, non poi così scarno, però, se si esamina l’intero panorama della successiva

¹⁶⁷ V. *supra*, §§ 5-6.

¹⁶⁸ Salvo, forse, il caso della fondazione di mera erogazione “programmaticamente rivolta a consumare il patrimonio per realizzare il proprio scopo altruistico” (ipotizzato da A. FUSARO, *La fondazione di famiglia in Italia e all’estero*, cit., 25); ipotesi, del resto, la cui ammissibilità è controversa (cfr. M. MALTONI, *Il patrimonio*, cit.).

¹⁶⁹ Si pensi, ad esempio, al settore della ricerca scientifica, ovvero al settore dei servizi alla persona, in particolare a quello dell’assistenza agli anziani, ai portatori di handicap, ai minori in stato di abbandono, alle persone affette da dipendenze, *etc.*

¹⁷⁰ Invero, la formula *Unternehmensstiftung*, pur mutuata dalle pagine di P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., *passim*, e ID., *Fondazione*, cit., *passim*, è qui impiegata in un’accezione diversa – diremmo, più ristretta – rispetto a quella cui faceva riferimento l’Autore, il quale, come si è visto (cfr. *supra*, § 3), discorreva di *Unternehmensstiftung* a proposito della fondazione che esaurisca “il proprio fine e la propria attività nella conservazione e nell’autofinanziamento dell’«impresa in sé», senza proporsi obiettivi, anche limitati, di carattere extra-aziendale e di indole altruistica” (ID., *ivi*, 837). Tuttavia, in ragione dell’elemento causale tipico della fondazione, consistente nello *scopo non di lucro soggettivo*, il cui corollario è l’*etero-destinazione* dei risultati dell’attività dell’ente e quindi la proiezione all’esterno degli stessi in favore dei beneficiari, riteniamo che – nel nostro ordinamento, almeno – possa validamente discorrersi di *Unternehmensstiftung*, solo ove l’attività di impresa svolta dalla fondazione riesca idonea – *in re ipsa*, mancando un’autonoma fase di *erogazione* – ad ‘esternalizzare’ i risultati conseguiti in favore dei beneficiari. Il che è quanto solitamente accade negli Stati Uniti con le c.d. *operating foundations* (cfr. G.P. BARBETTA, *Le fondazioni. Il motore finanziario del terzo settore*, Bologna, 2013, 50 ss.).

A seguito dell’introduzione, nel nostro ordinamento, dell’istituto dell’*impresa sociale*, potrebbe dirsi che oggi il paradigma italiano della *Unternehmensstiftung* sia proprio la *fondazione impresa sociale*, dacché qui, per definizione, l’attività di impresa esercitata dalla fondazione è certamente di per sé idonea ad ‘esternalizzare’ i risultati conseguiti in favore dei beneficiari, dacché tale attività è per definizione “di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale” (art. 1, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112).



JUS CIVILE

legislazione speciale; attuale, in secondo luogo, nel senso di *idonea* a reagire – includendole al proprio interno ovvero espungendole al di fuori – sulle numerose tipologie di enti isolati dall'analisi fenomenologica.

Al tal fine, la ricerca sembra aver restituito importanti risultati, ponendo in luce quanto segue:

i) gli *elementi strutturali* della fondazione consistono nella destinazione di un patrimonio ad uno scopo e nella nascita di un'organizzazione metaindividuale dotata di rilievo reale su cui grava l'ufficio di attuare la destinazione;

ii) l'*elemento causale* della fondazione è il perseguire uno *scopo non lucrativo*;

iii) la *destinazione* del patrimonio, nella fondazione, è *indiretta* e *dinamica*; ciò in quanto è sempre mediata dall'*attività* dell'ente, poiché è sempre e solo l'attività di produzione del *risultato* (*rendita* o *profitto* che sia) a consentire l'*erogazione*; l'attività, pertanto, è normalmente di natura *economica* e nulla vieta che consista in vera e propria attività di *impresa*; corollario è che il *vincolo di destinazione* grava (non tanto sul patrimonio quanto) sull'attività della fondazione; a differenza che nello *Zweckvermögen*, la destinazione patrimoniale resta dunque sullo sfondo dell'attuale *Begriff* di fondazione, 'assorbita' – per così dire – dall'attività dell'ente;

iv) lo *scopo* della fondazione è *immodificabile* dall'autonomia privata; il che è poi l'unico vero canone discrezionale rispetto all'associazione, dacché l'esperienza delle fondazioni speciali e delle fondazioni di partecipazione ha dimostrato come l'antico criterio della prevalenza dell'elemento personale su quello patrimoniale – criterio già di per sé piuttosto atecnico e nebuloso – appaia oggi inidoneo a distinguere la fondazione dall'associazione, atteggiandosi ormai anche la prima a vero e proprio *locus personarum*, e così a vera e propria *formazione sociale*.

Alla luce dell'indagine svolta, pertanto, la fondazione di diritto privato sembra potersi oggi definire come *l'organizzazione di persone e mezzi, dotata di personalità giuridica, disposta dall'autonomia privata al fine dello svolgimento di un'attività, anche d'impresa, volta al perseguimento di uno scopo non lucrativo indisponibile alla stessa autonomia privata*.