

# Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

**RIVISTA FONDATA DA FRANCESCO GALGANO**

- *Corporate governance* e sistema monistico
- Banca Popolare di Bari e aiuti di Stato
- Fondazioni di partecipazione
- Obbligazione e contratti
  - Protezione del promissario acquirente nel codice della crisi
  - Preliminare di vendita e consegna anticipata
- Responsabilità
  - Concessione abusiva del credito e responsabilità della banca
  - Robotica, intelligenza artificiale e responsabilità da algoritmo
- Impresa e società
  - Centrale dei rischi e natura del preavviso al cliente non consumatore
  - Trasferimento d'azienda e acollo *ex lege* del cessionario
  - Esercizio dei diritti di *voice* delle minoranze e pratiche abusive

 [edicolaprofessionale.com/CI](http://edicolaprofessionale.com/CI)

GIANLUCA SICCHIERO

## LE FONDAZIONI DI PARTECIPAZIONE

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. La genesi delle fondazioni di partecipazione. – 3. Il codice del terzo settore. – 4. Le fondazioni esterne al perimento del c.t.s. ed il relativo patrimonio. – 5. La disciplina inderogabile della fondazione. – 6. In particolare, le competenze attribuite all'assemblea. – 7. La partecipazione degli enti pubblici alle fondazioni. – 8. Il recesso. – 9. Brevi osservazioni conclusive.

1. – Con una prima necessaria approssimazione, le fondazioni “di” partecipazione <sup>(1)</sup> sono fondazioni munite di assemblea, di organi dominanti ed altri ancora (“soci” sostenitori, probiviri, revisori contabili, “consigli di indirizzo” ecc.), tipici degli enti associativi e cui si attribuiscono funzioni deliberative; costituiscono cioè, dal profilo strutturale, un ibrido tra fondazione ed associazione <sup>(2)</sup>. Per altri si tratterebbe di «un ente fondazionale nato dall'interpretazione degli artt. 12 e 1332 c.c., combinati con l'art. 45 della costituzione» <sup>(3)</sup>, mentre tra i giuspubblicisti vi è chi qualifica la fondazione, inclusa quella di partecipazione, come un'amministrazione di interessi non individuali, in quanto «espressione di autonomia non privata, ma collettiva o sociale» <sup>(4)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> La paternità della locuzione è attribuita ad Enrico Bellezza da ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione di partecipazione nella moderna prassi e nella legislazione speciale*, in AA.Vv., *Fondazioni di partecipazione*, Milano, 2007, p. 21.

<sup>(2)</sup> Secondo altra definizione si tratterebbe di «una struttura organizzativa metaindividuale a rilievo reale, connotata da tratti morfologici ricorrenti, ed in quanto tali ritenuti identificanti, ma priva di un referente normativo dedicato e puntuale»: MALTONI, *le fondazioni di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Quaderni della fondazione italiana del notariato*, s.d., 1 (leggibile in [elibrary.fondazione-notariato.it](http://elibrary.fondazione-notariato.it)), che riproduce l'articolo omonimo che compare in *Fondazioni di partecipazione*, cit., p. 25 ss.

<sup>(3)</sup> PROPERSI e ROSSI, *Gli enti non profit*, Milano, 2015, p. 103; fa riferimento all'art. 1332 c.c. anche TAMPONI, *Persone giuridiche*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2018, p. 156.

<sup>(4)</sup> FORTE, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, in *Fondazioni*, a cura di Palma e Forte, Torino, 2008, p. 67 ss., p. 78 ss.; v. inoltre FERRARA, *Le fondazioni nel sistema europeo*, ivi, p. 83 ss. per una panoramica comparata. Il fenomeno era stato anticipato peraltro da CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, in *questa rivista*, 1993, p. 11 a proposito di enti promossi dallo Stato, che costituivano “un ibrido” tra fondazioni ed associazioni (peraltro senza altre indicazioni).

La preposizione “di” riferita alla partecipazione è ormai entrata nel lessico comune, sebbene sia all’evidenza inappropriata, perché si dovrebbe parlare di fondazioni “con” partecipazione; probabilmente la contaminazione deriva dall’utilizzo ormai acquisito del termine fondazioni “di” impresa, riferito alle fondazioni che esercitino attività di impresa, dove l’utilizzo erroneo della preposizione è divenuto inattaccabile.

È allora preferibile mantenere la terminologia ormai usuale, pur se non piace.

Questa tipologia di fondazione, indicata per ora senza che costituisca una presa di posizione sulla sua natura e sua disciplina, nasce principalmente dalla trasformazione in fondazione, degli enti conferenti le partecipazioni bancarie, ovvero dalla fine degli anni ‘90, quando appunto la legge ha previsto questa nuova struttura dell’ente.

Prima di allora, difettando indici di riferimento, la letteratura era contraria a queste forme di commistione <sup>(5)</sup>, sebbene la pratica fosse di diverso avviso <sup>(6)</sup>.

Il legislatore ritenne opportuno utilizzare lo schema legale della fondazione, innestando però forme partecipative e di controllo mutate appunto dalla disciplina delle associazioni, al fine di garantire una partecipazione attiva dei soggetti pubblici e privati, diretta al perseguimento di finalità statutarie non necessariamente limitate ad erogazioni di somme di denaro.

<sup>(5)</sup> Per tutti v. ZOPPINI, *Le fondazioni Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 111: «ritengo, dunque, di dover concludere per l'impossibilità d'identificare forme miste tra associazione e fondazione: *tertium non datur*, salvo attribuire al sintagma una valenza puramente sociologica e descrittiva, come tale giuridicamente irrilevante» (ribadendo quanto anticipato in *Quattro tesi per una rilettura delle norme sulle fondazioni*, in *Gli enti “non profit” in Italia*, a cura di Ponzanelli, Padova, 1994, 61 ss.); in epoca successiva tra gli autori contrari v. ROMANO, *Le fondazioni nell'evoluzione del diritto privato*, in *Fondazioni*, a cura di Palma e Forte, cit., p. 208-209; perplessità anche di BASILE, *Le persone giuridiche*, nel *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2014, p. 107-108, 369, salvo poi dare indicazioni favorevoli ivi, p. 372. Nel passato Cons. Stato, 22 novembre 1995, n. 2898/95, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 1156 ha detto che «ha carattere di associazione, e non di fondazione, l'istituzione che, pur avendo un patrimonio sufficiente al perseguimento dei fini istituzionali, sia costituita da varie categorie di soci e da un'assemblea sociale competente ad adottare i principali atti di indirizzo finanziario, con scissione fra base sociale ed amministrazione e con funzione dominante dell'elemento personalistico».

<sup>(6)</sup> Secondo BELLEZZA, *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità*, in AA. VV., *Fondazioni di partecipazione*, cit., 10, «la prima con questa denominazione fu la “Pier Lombardo” di Milano, costituita il 7 dicembre 1996». Il diverso caso, posto in risalto prima delle riforme, della fondazione costituita da un'associazione al fine di ricevere donazioni, era stato analizzato da VITTORIA, *Può un'associazione non riconosciuta costituire una fondazione per compiere acquisti gratuiti?*, in *Dir. giur.*, 1996, p. 16 ss.

Altre leggi speciali hanno poi utilizzato questo meccanismo, che ha iniziato a diffondersi sempre di più, tanto che alla fine del 2006 il notaio Enrico Bellezza scrive di averne «studiate e realizzate oltre 550 in questi dieci anni» (7): numero particolarmente significativo se si considera che all'inizio degli anni '90 si calcolava che le fondazioni ammontassero a circa un migliaio in tutta Italia (8).

Oggi sono diventate un fenomeno di massa di enorme rilevanza economica: il presidente del Coni, in una intervista televisiva effettuata alla notizia dell'assegnazione a Milano e Cortina delle Olimpiadi invernali del 2026, ha detto che gli uffici legali hanno suggerito, per la gestione congiunta delle attività necessarie, di dar vita appunto ad una fondazione, poi effettivamente costituita preso il notaio prof. Mario Notari il 9 dicembre 2019 (Fondazione Milano Cortina 2026), composta da un c.d.a. di 22 consiglieri, il cui presidente è anche presidente della fondazione, da un comitato di gestione, da un collegio sindacale e dal revisore dei conti. Inoltre per la gestione dei campionati mondiali di sci alpino del 2021 è stata creata la Fondazione Cortina 2021, che del pari contempla vari organi (il consiglio d'indirizzo, il comitato esecutivo di gestione, il presidente, il collegio dei revisori dei conti e, quale organo individuale, il direttore generale).

La giurisprudenza formatasi negli anni è essenzialmente amministrativa e contabile, giacché la partecipazione di soggetti pubblici a queste fondazioni, che almeno formalmente hanno natura privata, comporta evidenti problemi in relazione all'utilizzo di risorse pubbliche per finalità non direttamente proprie degli enti pubblici erogatori.

D'altro canto la disciplina privatistica si interseca con quella degli appalti pubblici e, segnatamente, con la nozione di organismo di diritto pubblico da un lato e con l'obbligo di gara per le ipotesi ivi regolate dall'altro, evidenziando una zona grigia che sottende questioni non trascurabili.

La materia è poi giunta al vaglio di un tribunale che, con la prima decisione di merito nota, ha valutato il problema dell'applicabilità delle disposizioni che riguardano le associazioni e, segnatamente, della facoltà concessa o meno ad un soggetto partecipante alla fondazione, di recedere ai sensi dell'art. 24 c.c. (9), che nel caso è stata configurata.

---

(7) *Ibidem*.

(8) CASSESE, *op. cit.*, p. 2.

(9) Trib. Belluno, 15 febbraio 2018, in *Nuova giur. civ.*, 2018, p. 1039.

Nessun problema è sorto, in definitiva, sull'ammissibilità delle fondazioni di partecipazione, che la letteratura degli ultimi vent'anni non ha mai posto in dubbio.

La letteratura, probabilmente proprio in ragione dell'assenza di precedenti, ha evidenziato invece altre questioni che la fattispecie sottende; possiamo indicare ad es. la funzione degli organi che partecipano, i poteri dei medesimi in relazione ai controlli demandati dal codice civile e dal d.p.r. n. 361 del 2000 alle autorità pubbliche; la possibilità di trasformazione delle fondazioni in altri soggetti e così via.

Nuovi profili di indagine si affacciano poi di fronte al codice del terzo settore <sup>(10)</sup> che, al contrario del codice civile, contiene regole che si riferiscono agli organi di partecipazione eventualmente previsti dagli statuti delle fondazioni.

Il primo fra tutti questi problemi, peraltro, attiene alla natura delle fondazioni di partecipazione: sono un soggetto diverso da quello tipico <sup>(11)</sup> o, come ritengono i più, appartengono sempre al genere fondazione? <sup>(12)</sup>

È un dubbio al quale si può dare risposta solo dopo aver vagliato il materiale che le caratterizza, dando subito atto che quanto si rinviene nella prassi ha valore statistico, a tutto concedere, non regolativo; ma d'altronde è proprio nella prassi che questi soggetti sono venuti ad esistenza, superando il perimetro in cui erano stati inizialmente confinati dal legislatore.

È però un dato la circostanza che neanche nella prassi si sia mai posto il problema della loro legittimità, che anzi il continuo riconoscimento operato dai prefetti o dalle giunte regionali avvalla senza ombre di dubbi, anche se lo consideriamo comunque un dato da verificare giacché, di nuovo, dai fatti non si ricavano le regole.

Sono questi i temi che ora verranno affrontati, avvisando peraltro che non è di interesse per il tema in esame, la circostanza che esistano fondazioni con organi ausiliari del consiglio di amministrazione <sup>(13)</sup>, ad es. un

<sup>(10)</sup> Sulla storia del terzo settore v. (*ex multis*) Rossi, in CONSORTI, GORI e ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018, p. 16 ss.; CEOLIN, *Scopo non lucrativo e struttura degli enti*, Napoli, 2016, p. 15 ss.; i vari interventi in *Gli enti "non profit" in Italia*, cit., tra cui BASILE, *Associazioni e fondazioni: novità legislative e problemi aperti*, cit., p. 15 ss.; DE GIORGI, *Dalle persone giuridiche agli enti non profit*, nel *Tratt. Rescigno*, 2, I, Torino, 1999, p. 298 ss.

<sup>(11)</sup> Per la lettura secondo la quale «si tratta indubbiamente di fondazioni strutturalmente atipiche» v. TAMPONI, cit., p. 157.

<sup>(12)</sup> Sulla compatibilità della fattispecie «con la struttura e il senso del genotipo a cui inerisce la fondazione» v. ad es. SENIGAGLIA, voce *Fondazione (I agg.)*, in *Dig. civ., Appendice di aggiornamento*, Torino, 2012, p. 514; MALTONI, cit., p. 3, per il quale la soluzione deriva dal numero chiuso della «forme dotate di rilievo reale».

<sup>(13)</sup> Alcuni esempi si hanno in tema di trasformazione degli enti lirici in fondazioni,

comitato scientifico <sup>(14)</sup> oppure organi di controllo come i revisori dei conti <sup>(15)</sup>. Qui, a ben vedere, non si esce dallo schema classico (e ormai da molti contestato) del patrimonio destinato ad un fine pubblico, perché tali organi sono serventi di organi serventi, secondo la terminologia classica, oppure svolgono la funzione di controllo interno di regolarità contabile che, in realtà, non può essere comunque sottratto agli organi pubblici.

Il punto di interesse è invece l'intersezione tra organi amministrativi, che dovrebbero operare sulla base delle indicazioni cristallizzate nell'atto di fondazione ed assemblea, che invece svolge il compito di dettare obiettivi che, sia pure nella cornice dello statuto, non ne costituiscono mera ripetizione, giacché in tal caso non avrebbe senso alcuno dar vita a questo diverso organo.

Per quanto si possa dire che, in realtà, è pur sempre il consiglio di amministrazione a dirigere l'attività della fondazione, tuttavia questo resta ancora una volta un dato di fatto legato al contenuto dei singoli statuti, dove invece non di rado si trovano indicazioni diverse, sicché il tema resta aperto.

Di qui in poi emergono quindi altri profili di interesse, quali ad es. le competenze esercitabili dall'assemblea, assieme ad altri temi classici della disciplina degli organi corporativi.

Un ultimo cenno preliminare: come diremo meglio poi, il requisito dell'adeguatezza del patrimonio allo scopo, sul cui merito il codice civile tace, è invece ormai regolato nelle discipline regionali e nel codice del terzo settore (c.t.s., art. 22) in somme francamente esigue e che possono essere all'evidenza già originariamente insufficienti per realizzare uno scopo concretamente raggiungibile, solo a pensare alla costruzione del campo da golf oggetto della fondazione su cui si è pronunciato il tribunale di Belluno.

Tuttavia siccome è la legge a fissare i requisiti per il riconoscimento, è chiaro che in ipotesi come queste non si tratta più dell'idoneità del pa-

---

ove, accanto al consiglio di amministrazione, il d.lgs. n. 367 del 1996 ha previsto il presidente (art. 11), il sovrintendente (art. 13) ed il collegio dei revisori (art. 14).

<sup>(14)</sup> Ad es. il d.lgs. n. 426 del 1997 ha trasformato in fondazione il Centro sperimentale di cinematografia; il d.lgs. n. 273 del 1999 ha trasformato in fondazione l'ente La triennale di Milano; il d.lgs. n. 20 del 1988 ha trasformato in fondazione l'Istituto nazionale per il dramma antico, munendoli tutti appunto di comitato scientifico (artt. 4 e 6). La pressoché identità di disciplina dei decreti di trasformazione ha consentito di dire che si tratta di un "modello normativo comune": DE GOETZEN, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011, p. 258.

<sup>(15)</sup> Ne sono munite le fondazioni in cui si sono trasformati il Centro sperimentale di cinematografia, La triennale di Milano e l'Istituto per il dramma antico (art. 4, v. nt. prec.), senza tuttavia che ne sia indicata la funzione, peraltro *in re ipsa*.

trimonio al raggiungimento dello scopo fondativo, requisito che resta semmai ancora valutabile per le fondazioni sotto il controllo delle prefetture <sup>(16)</sup>, rilevando invece la sua idoneità per il funzionamento iniziale dell'ente, che dovrà munirsi nel tempo della finanza necessaria <sup>(17)</sup>.

In definitiva ciò che il c.t.s. e le varie disposizioni regionali hanno ormai pacificamente ammesso, ragionando con le fattispecie del codice civile, è la natura sostanziale di comitato promotore che assumono queste fondazioni, perché solo se acquisiranno nel tempo un patrimonio idoneo potranno perseguire lo scopo che si sono prefissate.

Peraltro talora, fuori dal confine del c.t.s., tale dato è perfino esplicito: l'art. 1 dell'atto costitutivo della fondazione Milano Cortina 2026 indica ad. es. che "è costituito" – al maschile – «nella forma giuridica della fondazione, il Comitato organizzatore dei XXV Giochi Olimpici Invernali 2026 e dei Giochi Paralimpici ("Fondazione")», che (art. 7) «si avvale di una dotazione di iniziale di euro 100.000».

Qui dunque sarà il riconoscimento ricevuto dalla prefettura a dimostrare che, non solo per il c.t.s., l'idoneità del patrimonio va riferita alla capacità di funzionamento iniziale della fondazione e non al raggiungimento concreto dello scopo prefissato.

Nulla di negativo in questo, solo il segnale di una ulteriore profonda trasformazione <sup>(18)</sup>, per legge (c.t.s.) e per prassi, della funzione delle fondazioni.

2. – Dall'emanazione della c.d. prima legge Bassanini, è derivata un'imponente opera di privatizzazione <sup>(19)</sup>, che però da sola non ha fornito le indicazioni occorrenti per affermare la ammissibilità delle fondazioni di partecipazione <sup>(20)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> Nel senso che manca un provvedimento formale che determini le soglie monetarie minime, che esistono invece per le fondazioni regionali e nel c.t.s.

<sup>(17)</sup> Si parla in tal senso anche di «fattispecie in cui si realizza una scissione fra la fase istitutiva e quella della dotazione»: COSTANZA, *I soggetti: gli enti non commerciali*, nel *Tratt. dir. civ. del C.N.N.*, Napoli, 2012, p. 47.

<sup>(18)</sup> Infatti prima si affermava che il patrimonio «debba essere conferito dal fondatore»: BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., p. 129 (salvo poi precisare ivi, p. 159, che chi effettua apporti successivi "assume la qualifica di fondatore) e la sua esiguità impediva il riconoscimento della fondazione (ad es. Cons. Stato, 25 maggio 1994, n. 823/94, *Cons. Stato*, 1995, I, p. 466: «il patrimonio di sessantatré milioni è insufficiente per il riconoscimento della personalità giuridica di una fondazione che si proponga al fine di conferire borse di studio di importo non inferiore a 250.000 lire annue»).

<sup>(19)</sup> Sulla quale per i nostri interessi v. ad es. BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., p. 29 ss.

<sup>(20)</sup> Peraltro per una rassegna delle varie tipologie di fondazioni esistenti, spesso regolate da leggi speciali, cfr. PROPERSI e ROSSI, *citt.*, p. 94 ss.

Ad es. la trasformazione di enti pubblici fondata sulla delega operata dall'art. 11 della l. n. 59 del 1997 è avvenuta con d. lgs. n. 419 del 1999; qui la trasformazione di taluni di questi <sup>(21)</sup> in fondazioni venne regolata dall'art. 3, secondo il quale «gli enti privatizzati ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera *a*), continuano a sussistere come enti privi di scopo di lucro e assumono la personalità giuridica di diritto privato ai sensi degli articoli 12 e seguenti del codice civile».

Per il tema qui di interesse, la continuità dell'ente appare consentire l'esistenza di organi assembleari, laddove ne fossero muniti in virtù della relativa disciplina anteriore; tuttavia mancando un'espressa indicazione, che esiste invece a proposito dei revisori, la disciplina pur complessa risultava in definitiva inidonea a fornire indici a favore o meno delle fondazioni di partecipazione.

Alla stessa conclusione si giunge esaminando altre normative dai medesimi obiettivi, come l'art. 28 della l. n. 448 del 2001, che ha disciplinato la trasformazione e soppressione di enti pubblici, consentendo che divenissero anche fondazioni di diritto privato, al di là che poi ne assumessero anche la sostanza <sup>(22)</sup>.

È però nello stesso arco di tempo che si colgono segnali nella direzione favorevole alle fondazioni di partecipazione.

Le prime disposizioni che indicano la presenza di un organo assembleare all'interno della fondazione si possono individuare nel d.lgs. n. 153 del 1999, emanato in forza della legge delega n. 461 del 1998 <sup>(23)</sup>, che ha disciplinato le fondazioni in cui si sono trasformati gli enti conferenti che avevano dato vita a nuovi istituti bancari ai sensi della l. n. 218 del 1990.

Che si dovesse trattare di fondazioni è stata però la scelta attuata con tale decreto legislativo [art. 1, comma 1, lett. *c*)], che non ha previsto alternative, ma ha creato la figura nuova, capace di contemperare le esigenze diverse dei soggetti originari.

Compare qui la prima commistione tra la struttura della fondazione e quella dell'associazione; infatti il relativo art. 4, che disciplina gli organi di queste fondazioni <sup>(24)</sup>, indica appunto alla lett. *a*) che lo statuto della

<sup>(21)</sup> L'elenco è contenuto nella relativa tabella A.

<sup>(22)</sup> Infatti e ad es., «la fondazione La biennale di Venezia ha natura di organismo di diritto pubblico e può pertanto essere considerata quale amministrazione aggiudicatrice» (Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2362).

<sup>(23)</sup> Tale disciplina, peraltro, nell'art. 2, non si era espressa sulla natura giuridica di questi nuovi soggetti, mentre nell'art. 1 aveva conferito la delega al governo per l'emana- zione di decreti aventi ad oggetto «il regime, anche tributario, degli enti conferenti».

<sup>(24)</sup> Su queste fondazioni esiste una letteratura sterminata; per quanto qui interessa v.

fondazione debba contenere la «previsione di organi distinti per le funzioni di indirizzo, di amministrazione e di controllo»; precisa poi nella lett. *d*) che «le fondazioni di origine associativa possono, nell'esercizio della loro autonomia statutaria, prevedere il mantenimento dell'assemblea dei soci, disciplinandone la composizione, ferme rimanendo in ogni caso le competenze dell'organo di indirizzo da costituirsi ai sensi del presente articolo».

Che si tratti di fondazioni *sui generis* è peraltro un dato obiettivo: la disciplina aveva ad oggetto questo specifico tipo di fondazione, di cui non solo prescriveva la funzione di interesse pubblico, disciplinando nell'art. 8 la «destinazione del reddito», ma imponeva anche di munirsi di scritture contabili e di predisporre un bilancio civilistico (art. 9).

Anche per le università si era inoltre prevista la possibilità di dar vita a fondazioni di partecipazione <sup>(25)</sup>.

Questo per evidenziare come la novità costituita dalla presenza dell'assemblea, era un modello specificamente dedicato a tali fattispecie <sup>(26)</sup>; dal che però si può dedurre che alla non applicabilità analogica della disciplina, essendo leggi speciali, si accompagnava nondimeno l'emersione ed espansione di un modello nuovo di fondazione <sup>(27)</sup>, ciò che ha dunque consentito di superare i dubbi sulla compatibilità delle nuove forme strutturali con l'ordinamento che le aveva create <sup>(28)</sup>.

3. – Alle regole sparse sopra ricordate è ora sopraggiunto il Codice del terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017), emanato a norma dell'art. 1, comma 2, lett. *b*), della l. 6 giugno 2016, n. 106, che costituisce l'indice di definitiva ammissibilità delle fondazioni di partecipazione.

---

GENTILI, *La riforma delle fondazioni bancarie: gli organi*, in *Le "fondazioni bancarie"*, a cura di Amorosino e Capriglione, Padova, 1999, p. 63 ss.

<sup>(25)</sup> Il comma 3, dell'art. 59, della l. n. 388 del 2010 indica che «per le finalità di cui al presente articolo, nonché per lo svolgimento delle attività strumentali e di supporto alla didattica e alla ricerca, una o più università possono, in luogo delle aggregazioni di cui alla lettera *c*) del comma 2, costituire fondazioni di diritto privato con la partecipazione di enti ed amministrazioni pubbliche e soggetti privati».

<sup>(26)</sup> Più in generale sulla specificità dei vari interventi legislativi del passato cfr. DE GIORGI, cit., p. 288-289; BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., p. 108, riferendosi alla partecipazione delle università a fondazioni che ne condividano le finalità ritiene che questa sia «una anomalia, spiegabile con il carattere pubblico di quell'interesse, [che] non è generalizzabile se non a rischio di snaturare l'istituto».

<sup>(27)</sup> MALTONI, cit., p. 1.

<sup>(28)</sup> Così alla fine anche BASILE, *Persone giuridiche*, cit., p. 372-373. COSTANZA, cit., p. 16, parla della «tendenza del legislatore di non restare legato al binomio associazione/fondazione quale sola alternativa per i modelli organizzativi dei soggetti diversi dalla persona».

La disciplina degli enti del terzo settore, nel regolare il funzionamento dell'assemblea delle associazioni, prevede ad es. al comma 6 dell'art. 24 che «le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche alle fondazioni del Terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, in quanto compatibili ed ove non derogate dallo statuto».

Tale indicazione non rappresenta un elemento di favore riservato agli enti del terzo settore costituiti sotto forma di associazioni o fondazioni, in quanto tali soggetti (dal profilo del diritto privato) non godono di specifici privilegi, se non quello delle forme agevolate di riconoscimento della personalità giuridica quando richiesta (art. 22).

Da ciò si può quindi trarre un primo argomento a sostegno della generale ammissibilità della costituzione di fondazioni che, quand'anche non riconducibili agli enti del terzo settore, prevedano come organo necessario un'assemblea <sup>(29)</sup>; ma il tema sarà approfondito subito.

Al problema generale se ne aggiungono infatti subito altri, ovvero se le prescrizioni imposte dagli artt. 23 ss. c.t.s. in tema di diritto di ingresso (art. 23), di funzionamento dell'assemblea e di diritto di voto (art. 24) e di competenze dell'assemblea delle associazioni (art. 26), di volta in volta estese alle fondazioni del terzo settore munite di organo assembleare, rappresentino norme di ordine pubblico di carattere generale, tali da dover trovare necessaria applicazione anche alle fondazioni diverse.

Procedendo con ordine, occorre allora chiedersi preliminarmente se sia oggi possibile dar vita ad una fondazione che non sia disciplinata dal c.t.s., posto che il relativo art. 4 qualifica come enti del terzo settore, oltre alle associazioni, alle imprese sociali ed altri soggetti, anche «le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il

---

(29) Lo ha detto ad es. Cons. Stato, commiss. spec., 20 dicembre 2000, n. 288/00, in *Cons. Stato*, 2001, I, 490: l'«istituto della fondazione di partecipazione rinvia la propria disciplina nel disposto dell'art. 12 c.c. (ora art. 1 d.p.r. 10 febbraio 2000 n. 361), nella parte in cui affianca alle associazioni e alle fondazioni le «altre persone giuridiche private», senza che sia quindi necessario definire una disciplina che contenga una commistione tra la normativa prescritta per le associazioni e quella prevista per le fondazioni, perché sarà quest'ultima a fornire le coordinate fondamentali ed uniche della fondazione di partecipazione»; sulla sua natura di «figura giuridica atipica che si colloca in posizione intermedia» si è espressa anche l'Agenzia delle entrate Divisione contribuenti con la risposta n. 255 ad interpello relativo agli aspetti fiscali. Questo argomento è però contestato da Maltoni, cit., 2-3, per il quale la fondazione in esame non è un terzo genere rispetto alle due ipotesi tipiche; nello stesso senso PROPERSI e ROSSI, cit., p. 103; critico anche ZOPPINI, *Profili evolutivi* ecc., cit., p. 21, che parla di «comodo espediente» per superare il problema senza entrare nel merito delle regole.

perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore».

In altre parole: il perseguimento «di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale» è obiettivo da intendersi in senso così ampio da riguardare da ora in poi ogni fondazione, anche se non riconducibile alla casistica indicata nell'art. 5, oppure si può ritenere ancora esistente uno spazio distinto per fondazioni non regolate dal c.t.s.?

Sebbene in letteratura gli autori siano concordi nell'ammettere fondazioni esterne al c.t.s., il tema merita un approfondimento analitico, perché la risposta positiva spesso è più postulata che dimostrata.

Ci pare anzitutto che la soluzione non si tragga immediatamente né dalla lettera dell'art. 1, comma 2, della legge delega n. 106/2016, per il quale «non fanno parte del Terzo settore le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche. Alle fondazioni bancarie, in quanto enti che concorrono al perseguimento delle finalità della presente legge, non si applicano le disposizioni contenute in essa e nei relativi decreti attuativi», né dall'art. 4 del c.t.s., che amplia in parte la categoria degli enti esclusi.

Quelle indicazioni potrebbe infatti leggersi nel senso che, al di fuori di queste eccezioni testualmente indicate, che poi raramente riguardano enti che si costituiscono come fondazioni, tutte le altre ipotesi rientrerebbero invece nel c.t.s.

La soluzione favorevole a consentire la configurabilità di fondazioni esterne al perimetro del c.t.s. si può articolare su alcune ragioni: la prima dal profilo sistematico è che il pluralismo sociale è un valore tutelato dagli artt. 2, 18 e 20 della Costituzione <sup>(30)</sup>, sicché nel silenzio del legislatore la soluzione favorevole è quella che ne rispetta la portata.

In tal senso la disciplina del terzo settore non è stata deputata a sostituire quella del codice civile <sup>(31)</sup>; infatti la volontà del legislatore delegante non è stata indirizzata a comprimere l'autonomia privata fino al punto di abrogare la diversa disciplina del codice civile che dunque, pur

---

<sup>(30)</sup> Così ROSSI, cit., p. 37 ss.

<sup>(31)</sup> Lo ha evidenziato subito ad es. PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, p. 728; CONSORTI, *Profili generali della riforma del 2017*, in CONSORTI, GORI e ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, cit., p. 60.

potendo per le fondazioni assumere carattere forse residuale, non è tuttavia ostativa ad ipotesi esterne a quel perimetro <sup>(32)</sup>.

Deve infatti essere valorizzato anzitutto il dato formale della non abrogazione della disciplina del codice civile e del d.p.r. n. 361 del 2000, la cui operatività per le fondazioni non del terzo settore risponde alla regola *magis valeat quam pereat*.

Si tratta di soluzione che valorizza anche il fatto che la revisione della disciplina del codice civile è stata fatta oggetto di delega specifica contenuta nella lett. a) dell'art. 2 della l. n. 106 del 2016, laddove la delega per il riordino degli enti del terzo settore è contenuta nella lett. b) <sup>(33)</sup> e a tale specifica disposizione si richiama la premessa del c.t.s.

Quindi si può dire che le due discipline coesistono.

Altra indicazione conforme si coglie nel rilievo che la fondazione, magari per espressa scelta del fondatore, dichiaratamente possa non iscriversi «nel registro unico nazionale del terzo settore», preferendo invece ottenere il riconoscimento della personalità giuridica su base regionale o nazionale in forza delle procedure regolate dal d.p.r. n. 361 del 2000, che infatti appositamente non è stato del pari abrogato dall'art. 102 del c.t.s.

L'iscrizione agevolata nel registro unico del terzo settore costituisce dunque una facoltà e non un obbligo <sup>(34)</sup>, come ben si comprende leggendo proprio l'art. 22, dove si dice che gli enti del terzo settore «possono (...) acquistare la personalità giuridica mediante l'iscrizione nel registro

---

<sup>(32)</sup> PONZANELLI, *ibidem*; CONSORTI, cit., p. 76-77; FUSARO, *Le fondazioni tra gli enti del terzo settore*, in *Dir. eccl.*, 2018, p. 236.

<sup>(33)</sup> Inoltre i relativi decreti attuativi sono oggetto di separate previsioni (artt. 3 e 4).

<sup>(34)</sup> FUSARO, cit., p. 244. Questa soluzione ci pare condivisa anche dal Consiglio di Stato: «in tema di schema di decreto legislativo recante “codice del terzo settore, a norma dell'art. 1, 2° comma, lett. b), della l. 6 giugno 2016, n. 106”, l'art. 22 disciplina un nuovo procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica, mediante iscrizione nel registro unico nazionale del terzo settore; esso introduce un iter diverso rispetto a quello disciplinato dal d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361, provvedendo a semplificarlo, anche mediante abbreviazione dei termini; per l'ipotesi, regolata dal 3° comma, in cui il notaio non ravvisi la sussistenza delle condizioni per l'iscrizione, si prevede l'intervento dell'ufficio del registro del terzo settore, sollecitato dagli interessati, ai fini del diniego espresso e del silenzio/diniego; atteso che, ai sensi del 2° comma, l'ufficio in argomento ha un potere di verifica della regolarità formale, appare poco coerente l'attribuzione del suddetto potere, che, quantomeno, non esclude la possibilità che l'amministrazione possa ritenere sussistenti le condizioni che il notaio ha negato; si potrebbe valutare la percorribilità di una diversa regolamentazione che, sul modello scelto dal legislatore per l'iscrizione delle società nel registro delle imprese (art. 2330 e 2331 c.c.), ponga al centro il notaio; analoga valutazione si potrebbe operare in riferimento al 6° comma, dello stesso art. 22, che riguarda le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto (art. 2436 c.c.)»: Cons. Stato, commiss. spec., 14 giugno 2017, n. 1405/17-927/17, *Foro amm.*, 2017, p. 1284.

unico nazionale del terzo settore ai sensi del presente articolo», sicché la fondazione che non chieda il riconoscimento *ex art. 22 c.t.s.* non sarà iscritta «nel registro unico nazionale del terzo settore» ma in quello delle persone giuridiche di cui all'art. 1 (se nazionale) o 7 (se regionale) del d.p.r. n. 361 del 2000.

Ulteriore ragione a conforto della tesi favorevole è che una fondazione non deve necessariamente avere come scopo statutario quanto prevede l'art. 4 c.t.s. <sup>(35)</sup>, salvo voler forzare l'intenzione del legislatore al punto tale da ritenere che qualsiasi finalità non lucrativa debba necessariamente ricondursi alle «finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale» che connotano gli enti del terzo settore.

Si tratta quindi di affrontare di nuovo il tema, che nel passato ha dato luogo a contrapposizioni ancora non del tutto sopite, sulla necessità che la fondazione debba perseguire uno scopo di pubblica utilità <sup>(36)</sup> e, in caso di risposta positiva, se questo scopo coincida con quello dell'art. 4 c.t.s.

Molto autorevolmente si era negato ad es. che fosse possibile il perseguimento di un fine egoistico del fondatore <sup>(37)</sup>, nemmeno tramite la costituzione di una fondazione di famiglia (art. 28 c.c.), che potrebbe venire costituita per mantenere intatta nel tempo una collezione di quadri o curare la conservazione di una cappella ove sono sepolte le salme della famiglia.

La tesi era infatti che il requisito dello scopo di pubblica utilità si ricava ugualmente anche qui dal divieto di sostituzioni fedecommissarie di cui all'art. 699 c.c., sicché «beneficiari della fondazione non potranno essere i discendenti del fondatore in quanto tali, bensì solo in quanto versino in quella particolare situazione soggettiva – di indigenza, di meritevolezza in rapporto agli studi ecc. – che il fondatore abbia preso in considerazione, di modo che la conservazione del patrimonio all'interno di una data famiglia non sia lo scopo della fondazione, ma il mezzo per realizzare una finalità socialmente utile» <sup>(38)</sup>.

<sup>(35)</sup> PONZANELLI, cit., p. 727 indica infatti che l'assenza di scopo di lucro delle fondazioni non basta a qualificarle come ente del terzo settore «se non sono presenti finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale e se l'attività svolta non rientri nei settori previsti dalla legge».

<sup>(36)</sup> Per gli aspetti storici v. COSTANZA, cit., p. 81 ss.; FORTE, cit., p. 27 ss.; ROMANO, *Le fondazioni nell'evoluzione del diritto privato*, cit., p. 183 ss.

<sup>(37)</sup> Ancora oggi manifesta forti perplessità BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., p. 107.

<sup>(38)</sup> GALGANO, da ultimo nel *Tratt. dir. civile*, Padova, 2010, I, p. 277, n. 27; aderiscono BIANCA, *Diritto civile, La norma I soggetti*, Milano, 2002, p. 343-344; COSTANZA, cit., p. 60; VITTORIA, *Può un'associazione non riconosciuta costituire una fondazione ecc.*, cit.; talora anziché di pubblica utilità, si chiede che lo scopo riguardi comunque bisogni sociali e

Questa lettura si fondava sul rilievo della immutabilità dello scopo del fondatore, che «spiega perché il ricorso alle forme giuridiche della fondazione sia ammissibile, e gli inconvenienti economici che esse comportano siano accettabili, solo in presenza di uno scopo di pubblica utilità» (39).

Si tratta di indicazioni un tempo condivise dai più (40) e che hanno ricevuto nel passato anche l'avallo della giurisprudenza (41), che però non ci sembrano risolutive del problema che ora ci interessa.

In fondo se è vero che i discendenti della famiglia potranno essere beneficiari della fondazione a condizione di possedere i requisiti previsti dal fondatore, è pur vero nel contempo che potranno essere beneficiari solo i discendenti della famiglia, sicché è proprio la nozione di "utilità sociale" a dover essere circoscritta, ove dirimente.

Se infatti con questi termini debbano indicarsi tutti i soggetti che possiedano determinati requisiti a prescindere dal loro rapporto di parentela con il fondatore, allora la funzione della fondazione di famiglia verrà man mano ad annacquarsi, perché il connotato familiare nel tempo perderebbe di rilevanza, come un caso storico accaduto in Svizzera ha dimostrato (42).

interessi collettivi: BASILE, cit., p. 102 ss. (che lo contrappone allo scopo di pubblica utilità); PALMA, cit., 38, 56 ss. (ove parla di fondazione quale «espressione di autonomia non privata, ma collettiva o sociale», *ivi*, p. 67); ROMANO, cit., p. 231. Peraltro lo stesso GALGANO, nell'intervento contenuto in *Associazioni e fondazioni, Atti del convegno di studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 2001, p. 33-34, ricorda come già dalla metà degli anni '60 la giurisprudenza era passata dal sistema concessorio al puro controllo di legittimità dello scopo; cfr. altresì BASILE, cit., p. 195 ss.

(39) GALGANO, *Tratt. dir. civile, ibidem*.

(40) DE GIORGI, *Le fondazioni*, in *Tratt. Rescigno*, cit., 446, sottolinea (nel 1999) essere ancora prevalente «l'opinione più tradizionale, che individua il segno caratteristico dell'istituto non nella mera assenza di utili, ma nel positivo perseguimento di fini (...) di rilevante e collettivo interesse»; tra queste opinioni vedi ad es., oltre agli autori cit. *supra*, FERRARA, *Le persone giuridiche*, nel *Tratt. Vassalli*, II, 2, Torino, 1956, p. 235, per il quale il «nucleo essenziale» della fondazione consiste nel perseguire «qualunque scopo, di privata o generale utilità»; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del negozio giuridico*, Napoli, rist., 1985, p. 40, 42. Peraltro talora si chiedeva solo la liceità dello scopo, non la sua utilità sociale (ad es. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, p. 274, 284-285) oppure che la fondazione non perseguisse uno scopo di profitto, libero invece lo scopo collettivo, sia pure particolare (RESCIGNO, voce *Fondazione*, *Enc. dir.*, XVII, Milano, p. 1968, 792, 806). Invece secondo PREITE, *Lo scopo negli enti del primo libro del codice civile*, in *Gli enti non profit*, cit., p. 287 ss., la tesi in esame risulterebbe superata già 25 anni addietro.

(41) Cfr. Cass., 10 luglio 1979, n. 3969, *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 882.

(42) Il caso è descritto da ZOPPINI, *Le fondazioni ecc.*, cit., p. 66, n. 154: la *Fondateur de Famille S. - Neuchâtel*, istituita nel 1500, «i cui beneficiari erano divenuti così numerosi da far perdere allo scopo il carattere della particolarità e da far assumere una connotazione di carattere generale»; ipotesi decisa dal tribunale federale svizzero il 2 ottobre 1930 «considerando il carattere *latu sensu* associativo dell'istituzione».

Tuttavia anche a ritenere necessario il requisito della parentela, specie se a questo si sia richiamato il fondatore, lo stesso non ci sembra che l'ipotesi della fondazione di famiglia rappresenti il criterio idoneo a risolvere il problema in esame (il necessario perseguimento di uno scopo di utilità sociale).

Infatti anche se la fondazione potrebbe in questa ipotesi costituire uno «strumento per la realizzazione di risultati che superino il vantaggio economico individuale e che presentino una utilità sociale» <sup>(43)</sup>, pure in tal caso quella eventuale utilità sociale potrebbe dover cedere il passo ad esigenze individuali che appaiano prevalere <sup>(44)</sup>, solo a pensare al fatto che il conferire beni al fondo di dotazione della fondazione è pur sempre un atto a titolo gratuito, che può quindi risultare lesivo dei diritti dei legittimari e dei creditori del conferente.

Ma a parte queste osservazioni, la totale marginalità dell'istituto <sup>(45)</sup> non costituisce affatto un buon criterio di orientamento in materia, nel senso che una possibile ipotetica aporia è inidonea alla ricostruzione sistematica di un istituto come attualmente in discussione.

Non è cioè dalla fondazione di famiglia che si deve trovare la risposta sulla necessità o meno del perseguimento di scopi di pubblica utilità; si deve indagare invece su altri temi.

Una ricerca di notevole spessore <sup>(46)</sup>, svolta in un contesto normativo anteriore ad ogni intervento sulla disciplina delle fondazioni <sup>(47)</sup>, ha valorizzato anzitutto l'assenza di regole di funzionalizzazione di questi sog-

<sup>(43)</sup> BIANCA, *ibidem*.

<sup>(44)</sup> Cfr. la citata Cass., 10 luglio 1979, n. 3969, che ha posto fine alla vita di quanto nella sostanza potrebbe coincidere con una fondazione di famiglia che, a distanza di due secoli, continuava ad erogare rendite ai discendenti dei beneficiari originari, perché la «commesseria Strizoli (...) nient'altro è che uno strumento per la pura e semplice attribuzione dei beni del testatore ai discendenti del cugino secondo la sua volontà testamentaria» (soluzione affermata in primo grado da Trib. Genova, 9 luglio 1971, in *Giur. it.*, 1971, I, 2, p.556); l'intera vicenda storica è ivi ricostruita da De Giorgi nella nota *Scopo della fondazione e fondazioni di famiglia*.

<sup>(45)</sup> Che FUSARO, *La fondazione di famiglia in Italia e all'estero*, in *Riv. not.*, 2010, p. 17 ss. riconduce alle incertezze giuridiche della sua disciplina, pur ritenendolo uno strumento ancora capace di utile impiego.

<sup>(46)</sup> E lo studio di ZOPPINI, *Le fondazioni ecc.*, cit.

<sup>(47)</sup> Questo ha forse indotto ZOPPINI, *Le fondazioni ecc.*, cit., p. 102-103, a scrivere che la fondazione «si caratterizza per il fatto di una destinazione d'un'attività al conseguimento d'uno scopo ed è, dunque, incompatibile con il codice partecipativo quale tipicamente si realizza nei contratti associativi (...) dunque, o l'"assemblea" è organo amministrativo o non è organo affatto». Con la conseguenza (ivi, p. 105) «che l'attribuzione statutaria all'assemblea – o agli amministratori – della disponibilità (oggettuale e temporale) dello scopo si rivela volizione incompatibile con la stabilità e la definitività della destinazione che della fattispecie

getti, cui nei fatti il legislatore del 1942 ha dedicato scarsa attenzione, rimettendo alle prassi operative le selezioni degli interessi da perseguire<sup>(48)</sup>; è un dato non isolato nel codice, solo a pensare ad es. al medesimo destino che ha avuto, al tempo, il contratto preliminare.

Quello studio non ha quindi trovato argomenti per sostenere l'indeffettibilità dello scopo ideale nei requisiti delle fondazioni, giacché le varie tipologie hanno denotato il perseguimento di interessi anche egoistici<sup>(49)</sup>: ad es. imprenditoriali, come le fondazioni di impresa oppure strumentale, per le fondazioni di ricerca scientifica nello stesso campo di attività del fondatore<sup>(50)</sup>.

Ciò che invece si è segnalato è che sono «i criteri normativamente ascrivibili all'organizzazione e alla gestione dell'attività ordinata allo scopo che consentono di distinguere sul piano concettuale la fondazione sia dai contratti associativi (...) sia dalle regole che (...) incidono sulle modalità di uso dei beni, ovvero non si erigono a vicenda organizzativa, o ancora non richiedono l'esercizio di un'attività»<sup>(51)</sup>.

In questa cornice lo scopo di pubblica utilità non trova una collocazione funzionale dirimente<sup>(52)</sup>; semmai può essere riassuntivo, come si vedeva, di ciò che non può essere una fondazione, perché se ad es. la fondazione di impresa si proponesse di attribuire ogni utile al fondatore, allora dovrebbe essere riqualificata in società a r.l. a socio unico.

Né, ancora, lo sola forma adottata salva l'ente dalla disciplina imperativa cui l'attività svolta sia soggetta, giacché anche la fondazione che eserciti attività d'impresa<sup>(53)</sup> può fallire<sup>(54)</sup>, a dispetto della veste indossa-

è caratteristica; e si aprirà così la strada dell'invalidità e della riqualificazione –alla stregua dell'accertata residualità- nella forma associativa».

<sup>(48)</sup> ZOPPINI, *Le fondazioni ecc.*, cit., p. 75.

<sup>(49)</sup> Sulla tesi per cui «la fondazione è morfologicamente neutra» v. ad es. MALTONI, cit., p. 4.

<sup>(50)</sup> ZOPPINI, *Le fondazioni ecc.*, cit., p. 54 ss.

<sup>(51)</sup> ZOPPINI, *Le fondazioni ecc.*, cit., p. 84, che riprende ed attualizza il ragionamento in *Profili evolutivi ecc.*, cit., p. 23.

<sup>(52)</sup> La tesi sembra oggi prevalere; v. ad es. la ricostruzione di DINACCI, *Lo scopo dell'associazione e della fondazione*, in *Comm. Gabrielli al codice civile, Delle persone*, a cura di Barba e Pagliantini, sub art. 16 c.c., Torino, 2014, p. 96 ss., 107 ss.

<sup>(53)</sup> È ben noto che sul tema il dibattito si è aperto mezzo secolo fa con i due scritti coevi e di titolo identico di RESCIGNO (*Fondazione e impresa*, in *Riv. soc.*, 1967, p. 832) e COSTI (*Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 1); sul tema ampiamente discusso e che si riapre per le attività degli enti non profit v. di recente CEOLIN, *Scopo non lucrativo ecc.*, cit., p. 38 ss.; in precedenza sul tema del fallimento degli enti non profit v. MORANDI, *La fallibilità degli enti non profit*, in *questa Rivista*, 1998, p. 336 ss.

<sup>(54)</sup> Particolare la decisione di Trib. Alba, 25 marzo 2009, *Fall.*, 2009, p. 1427: «è assoggettabile a fallimento la fondazione che eserciti in forma mediata un'attività tipicamente

ta<sup>(55)</sup>, così come la forma associativa non esclude che questo ente amministri fiduciariamente un patrimonio, seguendo di fatto uno schema fondativo<sup>(56)</sup>.

Queste osservazioni non diminuiscono peraltro d'importanza il rilievo che il legislatore del 1942 non ha imposto il perseguimento di uno scopo ideale di utilità sociale, pur avendo in mente le fondazioni che al tempo avevano solo compiti di erogazione<sup>(57)</sup>.

Silenzio cui la riforma del 2000 non ha supplito nella direzione dello scopo di pubblica utilità, posto anzi che quanto viene chiesto alle fondazioni al fine di ottenere la personalità giuridica con l'iscrizione nell'apposito registro, è solo che «siano state soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo» (art. 1, comma 3, d.p.r. n. 361 del 2000)<sup>(58)</sup>.

Scopo lecito, quindi, non invece di utilità sociale<sup>(59)</sup>.

Ci pare infine che sempre dal c.t.s. si ricavano altri argomenti a favore dell'ammissibilità di fondazioni diverse da quelle ivi incluse: il suo art. 6 consente a quelle del terzo settore di «esercitare attività diverse da quelle

commerciale di prestazione di servizi verso corrispettivo ed il cui patrimonio, anziché essere destinato ad uno scopo, venga gravato da un pesante indebitamento per creare una struttura finalizzata a procurare proventi da utilizzarsi per la ricostruzione del patrimonio dell'ente».

<sup>(55)</sup> La giurisprudenza è ormai consolidata nell'affermare che «una fondazione, allorché eserciti professionalmente un'attività economica organizzata che, per le modalità con cui viene svolta, le dimensioni che raggiunge e i risultati cui perviene, non appare più strumentale al perseguimento dei fini dell'ente, divenendo assorbente e predominante rispetto agli stessi, è assoggettabile, in caso d'insolvenza, al fallimento»: Trib. Biella, 22 maggio 2015, *Giur. it.*, 2016, 124; Trib. Milano, 16 luglio 1998, *Giur. it.*, 1999, 1678; *id.*, 17 giugno 1994, *Foro it.*, 1994, I, 3544. Indicazioni parzialmente diverse in Cass. civ., sez. I, 16 marzo 2004, n. 5305, *Dir. fall.*, 2005, II, 843: «se una fondazione riconosciuta, eccedendo i limiti posti dallo statuto, giunga in fatto ad esercitare in via esclusiva o principale un'attività d'impresa commerciale, e divenga insolvente, non può disapplicarsi il provvedimento di riconoscimento (in quanto ciò sarebbe giustificabile solo in ipotesi di invalidità del medesimo, e non per la sopravvenuta mancanza dei suoi presupposti di fatto), ma nondimeno deve ritenersi che tale attività, essendo incompatibile con lo schema fondazionale, sia imputabile all'associazione a latere fra i soggetti che, partecipando a vario titolo a detta attività, hanno in tal modo abusato del nome della fondazione, sì da doversi dichiarare il fallimento di tale associazione, da estendersi, in applicazione degli art. 38 c.c. e 147 l. fall., a colui che ha agito in nome e per conto apparentemente della fondazione, ma in realtà della sottostante associazione».

<sup>(56)</sup> ZOPPINI, *Profili evolutivi ecc.*, cit., p. 22.

<sup>(57)</sup> Insomma, si tratterebbe «più di un modello dogmatico, ed ideologico, che [di] un modello normativo»: MALTONI, cit., p. 4.

<sup>(58)</sup> Questa disciplina dei requisiti della fondazione è costantemente richiamata dalla letteratura: PONZANELLI, cit., p. 726;

<sup>(59)</sup> Per il diverso orientamento della giurisprudenza ante riforma v. COSTANZA, cit., p. 18 e n. 35.

di cui all'articolo 5, a condizione che l'atto costitutivo o lo statuto lo consentano».

Questo significa che, oltre agli enti espressamente esclusi dal terzo settore dal comma 2 dell'art. 4, vi sono anche quelli che esercitano attività diverse da quelle elencate nell'art. 5. Infatti poiché l'art. 6 non ha vietato il perseguimento di determinate finalità, ma lo ha concesso agli enti del terzo settore a patto che il loro statuto lo consenta, ciò significa che possono configurarsi enti che perseguono quelle finalità ma che non vogliono rientrare nel terzo settore.

Diversamente, infatti, gli enti del terzo settore dovrebbero essere inclusivi di qualsivoglia attività con finalità sociale pur che sia.

In conclusione è quindi possibile configurare una fondazione che non persegua «*finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale*» e che non intenda far parte degli enti del terzo settore, rimanendo regolata solo dal codice civile e dal d.p.r. n. 361 del 2000.

4. – Una volta concluso nel senso della possibile costituzione di fondazioni che siano estranee al perimetro del c.t.s., resta tuttavia da chiarire se la disciplina di questo sia nondimeno vincolante per quelle.

Un tema appare anzitutto di particolare interesse ed è quello del patrimonio delle fondazioni: pur essendo questione trasversale, ovvero non limitata alle fondazioni in esame, qui assume un rilievo maggiore perché la moltiplicazione e la fenomenologia delle nuove fondazioni impone specifiche riflessioni.

Dalla lettura di statuti di alcune fondazioni di partecipazione, emerge infatti o l'assenza di patrimoni <sup>(60)</sup> o indicazioni del tutto generiche sulle successive contribuzioni dei partecipanti, necessarie al perseguimento dello scopo fondativo; eppure si ribadisce che per le fondazioni «il punto cruciale dell'istituzione dell'ente è la destinazione d'un patrimonio allo scopo» <sup>(61)</sup>, tanto che la sua inidoneità farebbe «venir meno uno dei requisiti necessari non soltanto per il riconoscimento dell'ente, ma pure per la validità dell'atto istitutivo, a norma dell'art. 16 c.c.» <sup>(62)</sup> e, laddove sopravvenuta, ne comporterebbe l'estinzione *ex art.* 28 c.c. <sup>(63)</sup>.

---

<sup>(60)</sup> È probabile che nel dar vita ad una fondazione mediante atto costitutivo distinto dallo statuto, nel primo sia indicata la costituzione di un patrimonio corrispondente alle misure monetarie previste dalle varie leggi regionali; non disponendo però di questi documenti, lo indichiamo come eventualità, pur quasi certa.

<sup>(61)</sup> COSTANZA, cit., p. 42.

<sup>(62)</sup> COSTANZA, cit., p. 46; ma per la "scissione" tra la fase istitutiva della fondazione di partecipazione e quella della dotazione v. *ivi*, p. 47.

<sup>(63)</sup> DE GIORGI, *Vicende estintive e modificative*, in *Persone giuridiche*, a cura di Basile,

In materia, accanto all'assenza di indici nelle fonti sovraordinate diverse dal c.t.s. <sup>(64)</sup>, alcune disposizioni regionali fissano requisiti patrimoniali che ammontano talora a 70.000 euro (Veneto) ma scendono anche a 50.000 euro (Lazio, Emilia Romagna, Liguria; 52.000 per la Lombardia) o meno (es. 30.000 euro per il Piemonte).

È evidente che si tratta di un importo che, siccome fissato in astratto, non può attribuire alcuna certezza sulla sua idoneità a consentire il raggiungimento dello scopo fondativo, anche se occorre stabilire un significato da attribuire al requisito di adeguatezza.

Vi sono infatti fondazioni che non potranno mai avere un patrimonio "adeguato" fin dall'origine, in quanto tale scopo è l'esercizio di una determinata attività la cui intensità cambia nel tempo: ad es. una fondazione di ricerca che si proponga di sconfiggere una determinata malattia, in cui lo scopo concreto è la ricerca e lo sconfiggere la malattia l'obiettivo ideale, modulerà il patrimonio a seconda degli sviluppi che l'attività intrapresa comporti, es. acquistando macchinari, finanziando ricerche, attribuendo borse di studio ecc. e questo cercando finanziamenti nei modi più diversi. Lo stesso si può dire per una fondazione che voglia garantire l'accesso all'acqua alle popolazioni che vivono in zone aride o che miri alla diffusione mondiale di vaccini contro malattie e così via.

In queste ipotesi l'adeguatezza va perciò intesa come capacità originaria dei mezzi patrimoniali, a consentire l'attivazione della propria attività come indicata nell'atto di fondazione e ci pare corretto definirla come «formazione progressiva del patrimonio, per cui la dotazione iniziale non è autosufficiente e definitiva» <sup>(65)</sup>.

---

cit., p. 536 con la precisazione della salvezza di una diversa determinazione dell'autorità pubblica che opti per la trasformazione (su cui v. *id.*, ivi, 572 ss.). COSTANZA, cit., p. 57 ricorda come prima della riforma del 2000 la giurisprudenza intendeva la sopravvenuta inadeguatezza dello scopo come causa di sua impossibilità, rilevante per la trasformazione coattiva ex art. 28 c.c., ritenendo (ivi, 58) che «le sopravvenute inadeguatezze del patrimonio dell'ente non possono che qualificarsi situazioni che danno luogo sia alla estinzione sia alla trasformazione». Inoltre nell'intervento contenuto in *Associazioni e fondazioni, Atti del convegno*, cit., p. 35, Galgano ricordava come da una rilevazione statistica fatta da Zoppini e presentata al Cnel (di cui non ho trovato traccia), «risulta che in base ai criteri seguiti dai ministeri romani si ritiene mediamente sufficiente allo scopo un patrimonio di 200 milioni [di lire], il che è veramente poco». Trasformato in euro e ragguardato a quanto prevede il c.t.s., l'importo è addirittura sceso ad un terzo.

<sup>(64)</sup> Che peraltro nel comma 4 dell'art. 22 lo fissa in appena 30.000 euro.

<sup>(65)</sup> MALTONI, cit., p. 2 (ed anche il Parere n. 255 dell'Agenzia entrate, cit.) ove l'a. aggiunge che quella formazione del patrimonio è «aperta ad incrementi per effetto di adesioni successive da parte di soggetti ulteriori rispetto ai fondatori»: indice che condivi-

In altre ipotesi, invece, ben si possono valutare fin dall'origine gli impegni economici che l'obiettivo prefissato comporta, come ad es. costruire il campo da golf oggetto della sentenza del tribunale di Belluno: qui l'impegno economico può essere calcolato fin dall'inizio, sia pure con successivi adeguamenti e dunque è all'atto del riconoscimento che l'autorità amministrativa dovrebbe effettuare le adeguate verifiche sul patrimonio.

Ci pare che in queste ipotesi l'idea che il patrimonio minimo fissato nei vari provvedimenti regionali sia adeguato laddove raggiunga quelle soglie numerarie si possa condividere solo se lo statuto della fondazione indichi chiaramente che i mezzi dovranno essere acquisiti nel tempo: diversamente, infatti, saremmo di fronte ad una finzione palesemente smentita dai fatti.

A questo punto riproponiamo tuttavia la considerazione anticipata in apertura di questo studio: una volta ammessa la costituzione di una fondazione di partecipazione che debba munirsi nel tempo delle finanze necessarie per raggiungere lo scopo originario, quando fin dall'origine sia concretamente determinabile il relativo onere finanziario, ciò che nasce è a ben vedere un ente che possiede forma di fondazione ma sostanza di comitato promotore.

In tale ipotesi, allora, si dovrebbe procedere ad una riqualificazione della fondazione appunto in termini di comitato promotore, il che comporterebbe un diverso regime di responsabilità, ovvero quello regolato dagli artt. 40-42 c.c.; il tutto, peraltro, dovendo accertare se davvero queste disposizioni, dettate per enti che non possiedono personalità giuridica, possano trovare applicazione alle fondazioni così costituite.

Siamo evidentemente ad un bivio, perché a ben vedere esiste invece un'alternativa.

Infatti se si considera che proprio la disciplina del c.t.s., nel fissare in linea generale il patrimonio minimo necessario per il riconoscimento, non ha imposto un suo adeguamento in ragione dello scopo perseguito, allora è possibile ritenere che la forma collettiva che caratterizza la fondazione di partecipazione, priva all'origine di mezzi adeguati rispetto allo scopo enunciato, sia una delle ipotesi ammesse dal legislatore, senza necessità di riqualificarla come comitato pur avendone la funzione.

---

diamo pur segnalandone il rilievo di fatto, perché gli incrementi potrebbero derivare, ad es., da attività d'impresa svolta proprio per quel fine.

In altre parole anche qui, come per gli enti del terzo settore, l'idoneità del patrimonio iniziale andrebbe ragguagliata alla capacità iniziale della fondazione di attivarsi per perseguire lo scopo (o di rispettare il minimo numerario imposto dalle regioni), perché in fin dei conti questa possibilità è ammessa dal legislatore, che nella sostanza ha individuato il requisito dell'adeguatezza a prescindere da ogni sua coerenza con la finalità effettivamente perseguita dall'ente.

Questa ci pare, in fin dei conti, la soluzione che meno pone in discussione la necessità di riconsiderare ancor di più la disciplina della materia, rispetto alla quale il tema del comitato munito di personalità giuridica è rimasto solo nelle teorie, ma non è uscito dalla penna del legislatore.

5. – Un ulteriore tema di interesse per le fondazioni di partecipazione esterne al c.t.s. è se queste debbano regolarsi con l'applicazione analogica delle disposizioni degli artt. 20-31 del c.t.s. oppure se siano disciplinate con le scarse regole del codice civile e del d.p.r. n. 361 del 2000, salvo individuare eventuali principi generali dell'ordinamento cui debbano comunque sottostare anche nel secondo caso.

In particolare, prendendo in esame le disposizioni del c.t.s., si tratta di accertare se ad una fondazione di partecipazione esterna al c.t.s. si applichi la regola del suo art. 21, che impone limiti non discriminatori per l'ingresso di nuovi associati, rispetto alla quale l'art. 23 appare essere norma procedimentale.

Inoltre occorre accertare se «i principi di democraticità, pari opportunità ed uguaglianza degli associati e di elettività delle cariche sociali» enunciati dall'art. 23, comma 2, costituiscano norme di ordine pubblico o comunque imperative.

Altri temi, ancora, sono: se valga all'esterno il principio «una testa un voto», salvo per gli associati che siano enti del terzo settore, contenuto nell'art. 24 c.t.s. e quali siano le materie di competenza dell'assemblea indicate dall'art. 25 c.t.s. che risultino compatibili «con la natura dell'ente quale fondazione e nel rispetto della volontà del fondatore».

In seconda battuta, ulteriore problema è se, nel silenzio dello statuto della fondazione, si applichino le altre disposizioni degli artt. 23 e 24, previsti appunto per le fondazioni del terzo settore ove non derogate dallo statuto.

In passato, prima di ogni riforma che potesse fungere da supporto testuale, il fulcro del problema era stato esattamente rilevato nella necessità di verificare «quale sia il grado di elasticità della fattispecie e, corre-

lativamente, [di] individuare il limite posto all'autonomia dei privati nella conformazione dell'ente» (66), che qui si ripropone nello stesso senso.

Prima dell'emanazione del c.t.s. il tema dell'irrelevanza delle regole associative rispetto ai limiti ordinamentali era stato ritenuto un progresso rispetto al regime illiberale del passato, tanto da rispondere alla legittima «aspirazione della società italiana al pluralismo politico e sociale» (67), ma non più adatto alle esigenze attuali, giacché «la pretesa delle associazioni di essere immuni dal diritto e dalla giurisdizione dello Stato non è più riguardata come aspirazione di libertà: associazioni *legibus solutae* possono tradursi, tutto all'opposto, in nuova minaccia per la libertà dell'individuo» (68).

Questa lettura era di conseguenza diretta a ritenere indiscutibile il controllo dell'autorità giudiziaria ad es. sull'esclusione dell'associato (69), possibilità che ormai nessuno contesta più (70).

Oggi si tratta invece di comprendere se nella soggezione al diritto privato degli enti, si trovino anzitutto indici tali da far affermare l'esistenza di un principio che imponga «limiti non discriminatori per l'ingresso di nuovi associati», tale per cui chiunque intenda far parte di una qualsivoglia fondazione di partecipazione, perché magari possieda i requisiti statutari (ad es. di ente pubblico o di società operante in un determinato settore economico o di ente esponenziale di taluni interessi), abbia per ciò solo diritto ad esservi ammesso.

Nemmeno quella autorevolissima lettura aveva condiviso questa soluzione che, pur patrocinata per le associazioni tipiche (71), era stata invece negata per le «associazioni atipiche, la cui validità dipenderà dall'accertamento giudiziale della meritevolezza degli interessi perseguiti» (72).

(66) ZOPPINI, *Le fondazioni* ecc., cit., p. 88; BASILE, cit., p. 372.

(67) GALGANO, cit., p. 215; BASILE, *Associazioni e fondazioni*, cit., p. 31.

(68) GALGANO, cit., p. 213 ed *ivi*, p. 214, n. 6, le indicazioni della conforme giurisprudenza degli anni '70 ed '80 del secolo scorso.

(69) GALGANO, cit., p. 247 ss., spec. p. 248.

(70) V. comunque la ricostruzione in COSTANZA, cit., p. 129 ss. ed *ivi* p. 137 ss. per la tutela dell'associato e di BASILE, cit., p. 308 ss.

(71) GALGANO, cit., p. 223, 242-243, ma con la precisazione che l'art. 16 c.c. «non vale, invece, ad imporre all'associazione l'obbligo di accogliere le domande di ammissione di volta in volta presentate da coloro che si dimostrino in possesso dei requisiti richiesti dall'atto costitutivo» (*ivi*, 241).

(72) GALGANO, cit., 224, che aggiunge: «a queste associazioni si applicheranno, per analogia, quelle tra le norme sulle associazioni tipiche che risulteranno compatibili con la struttura chiusa del rapporto associativo». Contesta questa definizione di atipicità ZOPPINI, *Le fondazioni* ecc., cit., p. 99 ss., perché «il sistema non consegna un (per quanto elementare) *Normaltypus*» di associazione.

Ci pare che questo ragionamento ben potrebbe operare, per traslato, alle fondazioni di partecipazione esterne al codice del terzo settore, in quanto munite di organi non previsti per loro dal codice civile e dunque, da questo specifico profilo, strutturalmente atipiche.

Il tema della meritevolezza delle finalità perseguite, diretto a costruire l'insussistenza del diritto all'ammissione all'ente, ci pare però oggi superato <sup>(73)</sup>. Pur condividendo la tesi della natura contrattuale dello statuto, la personalità giuridica andrà attribuita non se l'ente persegua interessi meritevoli *ex art.* 1322 c.c., ma semplicemente se questi siano leciti *ex art.* 1 comma 3 d.p.r. 361 del 2000; in altre parole ciò che vale per i contratti in generale non vale per lo statuto della fondazione o dell'associazione, in quanto il legislatore per queste ipotesi ha testualmente dettato una regola diversa.

La ragione è a ben vedere di libertà, perché sottrae al controllo pubblico la valutazione del merito delle finalità lecitamente perseguite ed in fondo, si può aggiungere, la meritevolezza sta qui proprio nell'esercizio della libertà di associazione o di destinazione dei propri beni per un fine lecito, che non potrà essere quindi rimessa in discussione avanti al giudice.

Sul punto è ormai da molto tempo che la giurisprudenza amministrativa ha detto che alla prefettura spetta solo un controllo di legittimità, essendo venuto meno la natura concessoria del riconoscimento <sup>(74)</sup>: dunque senza alcun vaglio di meritevolezza.

Quanto alla possibilità che la fondazione non sia tenuta ad ammettere chiunque lo chieda, questa facoltà deve riconoscersi come esplicitazione dell'autonomia contrattuale del fondatore, che proprio non volendo dar vita ad una fondazione del c.t.s. potrà estendersi oltre i limiti che quel codice pone, laddove ai medesimi non si riconosca natura di regole di ordine pubblico <sup>(75)</sup>.

In tal senso il fatto che la fondazione possa avere struttura chiusa ci pare francamente una facoltà legittima, perché riteniamo che la scelta di destinare ad un certo scopo una parte del proprio patrimonio –tale è in fondo l'atto di costituzione della fondazione- non crei aspettative tutelate in capo ai terzi, al di fuori delle ipotesi in cui la legge le preveda.

---

<sup>(73)</sup> Nondimeno sembra trovare ancora sostegno; ad es. COSTANZA, cit., 90 ss. 59 ss.

<sup>(74)</sup> Cons. Stato, comm. spec., 20 dicembre 2000, n. 288/00; il dato è ormai pacifico, v. per tutti BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., p. 124. Quel regime aveva fatto parlare di «Stato padrone delle persone giuridiche»: CASSESE, cit., p. 3.

<sup>(75)</sup> Per le associazioni v. in tal senso BASILE, *Persone giuridiche*, cit., p. 152 ss.

Insomma, il diritto di essere ammessi ad un ente, se prospettabile, vale solo laddove la legge lo imponga, altrimenti non è configurabile, come ogni limite all'autonomia dei privati che non risponda ad interessi collettivi sovraordinati.

Per questa stessa via, invece, riteniamo che assumano natura cogente “i principi di democraticità, pari opportunità ed uguaglianza degli associati e di elettività delle cariche sociali” indicati dall’art. 25 c.t.s. <sup>(76)</sup>, perché riflettono obblighi che troviamo, almeno i primi due, già nella costituzione <sup>(77)</sup>.

Anche per questi temi nel passato si era autorevolmente sostenuta l'esistenza, all'interno delle associazioni, della necessità di rispettare un principio di parità di diritti e doveri dentro l'associazione.

Sebbene possa «sembrare difficile, nel campo del diritto privato, trovare la giustificazione del principio di uguaglianza», perché «in un campo governato dall'autonomia contrattuale si dovrebbe, all'opposto, giudicare possibile l'accordo dei singoli per un trattamento disuguale delle loro rispettive posizioni», nondimeno il principio era affermato sul rilievo del perseguimento «in forma associata, di un interesse di “serie” o di “categoria” dei contraenti (...) ciò [che] implica, necessariamente, una pariteticità di posizione fra i componenti il gruppo» <sup>(78)</sup>.

La conclusione che prima si traeva dalla comunione di scopo che caratterizza le associazioni, ora è testo di legge che, addirittura parlando di «principi di democraticità, pari opportunità ed uguaglianza degli associati e di elettività delle cariche sociali», indica non regole dettagliate relative a singole disposizioni di funzionamento dell'ente, ma appunto principi, ovvero criteri immanenti al sistema che non possono essere disattesi, perché sottendono valori fondanti della comunità <sup>(79)</sup>.

<sup>(76)</sup> Ma non dal codice civile, come ben noto: COSTANZA, cit., p. 131.

<sup>(77)</sup> Per il caso della “contrada dell’Oca” di Siena che non attribuiva alle donne i medesimi diritti degli uomini v. Trib. Siena, 8 marzo 2012, *Foro it.*, 2012, I, p. 2541.

<sup>(78)</sup> GALGANO, cit., p. 244 ed *ivi* alla n. 55 le indicazioni di giurisprudenza. BASILE, *Associazioni e fondazioni*, cit., p. 33 ss. e BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., p. 115, indica serie di disposizioni normative che già 25 anni fa e più imponevano, almeno in una serie di rapporti con enti pubblici, che gli statuti di enti associativi privati rispettassero regole di democrazia interna, concludendo però che da queste fosse possibile solo ricavare «la necessità che l'ordinamento dei fenomeni associativi cui il legislatore si riferisce sia tale da consentire a tutti gli associati di partecipare al governo dell'associazione, anche attraverso rappresentanti purché scelti con procedure che garantiscano libertà di voto» (*Persone giuridiche*, cit., p. 116-117; ma sulla valenza dei principi costituzionali v. altresì *ivi*, p. 119-120).

<sup>(79)</sup> Sulla nozione di «principio inteso come valore» cfr. ALPA, *I principi generali*, nel *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1993, p. 7 (ed ovviamente l'intera opera); RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, Bologna, 1992, p. 24.

Pur mancando l'aggettivo generali, ci pare che ugualmente così vadano invece definiti, costituendo dunque principi non aggirabili, ad es., dando vita ad una fondazione di partecipazione esterna al c.t.s. al fine di sottrarsi ad essi.

È un rilievo che ha immediati riflessi pratici, dato che nelle fondazioni di partecipazione si sfogano le più fervide doti di immaginazione.

Una ad es. ha un consiglio di amministrazione composto dai membri nominati dai "partecipanti fondatori", che però non costituiscono un organo a sé, in quanto questi soggetti non sono indicati appunto tra gli organi di quella fondazione, ove si prevede invece il "collegio dei partecipanti", cioè dei soggetti diversi dai fondatori, collegio che riveste però funzioni solo consultive.

Esiste quindi in questa fondazione una competenza fondamentale –quella di nominare gli amministratori – attribuita a soggetti che statutariamente non vengono designati come organo della fondazione e che invece è sottratta al soggetto che, sebbene chiamato con altro nome, in realtà è un'assemblea dei partecipanti, sia pure ristretta in quanto non ne fanno parte i fondatori.

In definitiva è una fondazione con due organi riferiti ai partecipanti, uno non nominato ma con poteri, l'altro nominato ma solo con funzioni consultive.

È allora in ipotesi come queste che l'obbligo di rispetto dei "principi di democraticità, pari opportunità ed uguaglianza degli associati e di elettività delle cariche sociali" dimostra la propria rilevanza, quale barriera costituita da norme imperative inderogabili.

Ma il tema chiede un ultimo approfondimento: esiste la possibilità di dar vita ad organi che abbiano pure funzioni consultive, come nel caso in esame e cui potrebbe predicarsi legittimamente l'assenza del diritto di partecipazione alle deliberazioni della fondazione?

Ovvero: i ricordati «principi di democraticità, pari opportunità ed uguaglianza degli associati e di elettività delle cariche sociali» vanno allora intesi nel senso che qualsiasi organo della fondazione debba ad es. poter partecipare all'elettorato attivo, quand'anche svolga un ruolo meramente tecnico-consultivo? <sup>(80)</sup>

---

<sup>(80)</sup> Ad es. COSTANZA, cit., p. 107 ritiene ammissibile la previsione «che assegni soltanto ad alcuni associati il diritto di votare per la nomina dell'organo gestorio» ma aggiunge «purché l'ente non sia sottoposto al vincolo di democraticità» che, secondo l'a. (*ivi*, 131-132), non è previsto dal codice civile ma era invece regolato dalla disciplina del terzo settore anche ante c.t.s., sicché esso «si concreta nella garanzia di partecipazione dei componenti e

La risposta affermativa sarebbe autoreferenziale: si pensi ad una fondazione di ricerca che si munisca di un organo tecnico, cui chiedere pareri sulla ricerca da finanziare in presenza di più domande di contribuzione: vietare questa possibilità non risponderebbe ad alcun interesse.

Siamo all'evidenza di fronte ad una scelta di fondo che contrappone la necessità di non sterilizzare la valenza dei principi generali, alla uguale necessità di intenderli con ragionevolezza, senza dilatarne la portata oltre la funzione cui sono diretti.

Un criterio di massima può fornire elementi di scelta: se un organo svolge funzioni puramente consultive e ai suoi componenti non si chieda alcun apporto finanziario, insomma se nella vita dell'ente questo rappresenti solo un ausilio senza compiti decisori di alcun tipo, ci pare che escludere qui l'elettorato attivo in capo ai suoi componenti non rappresenti alcun *vulnus* ai ricordati principi, essendo coerente con la limitazione dei compiti attribuiti.

Anzi, in talune ipotesi l'esclusione dall'elettorato attivo sarà perfino doverosa: un collegio di revisori non può eleggere gli amministratori, perché il controllo deve essere esercitato da chi non abbia alcuna influenza sui controllati.

6. – Sempre dall'esame di statuti di fondazione di partecipazione, si legge che al consiglio di amministrazione di una di queste è attribuita anche la competenza di «deliberare in merito allo scioglimento della fondazione e alla devoluzione del patrimonio». Emerge quindi il problema delle competenze che si possano attribuire a quest'organo rispetto ai limiti posti dall'art. 25 c.c. per le fondazioni ordinarie <sup>(81)</sup> e, più in generale, se questa come altre funzioni si possano riservare, anziché agli amministratori, all'assemblea degli associati, laddove questa non coincida con l'insieme degli amministratori <sup>(82)</sup>.

Diamo ovviamente per presupposto che l'organo denominato assemblea non sia costituito dai soli amministratori dell'ente.

---

dell'attribuzione ad essi della possibilità di contribuire con le proprie determinazioni alla designazione degli organi rappresentativi e deputati, in generale, all'attività gestoria».

<sup>(81)</sup> «Il giudizio di legittimità delle forme organizzative di ispirazione associativa dipende dai poteri convenzionalmente riconosciuti ai singoli organi»: MALTONI, cit., p. 5.

<sup>(82)</sup> Secondo Cons. Stato, comm. spec., 20 dicembre 2000, n. 288/00, che si è pronunciato per negare la possibilità di trasformare un'associazione in fondazione, «il modello giuridico dell'associazione e quello della fondazione sono fondati su presupposti giuridici e strutturali totalmente diversi tra loro, cui l'ordinamento ricollega differenti assetti di poteri, di garanzie e di controlli, che assumono significato specifico alla luce della volontà (associativa o fondativa) che ha dato vita all'ente».

La disciplina che riguarda la vita delle fondazioni, tanto quella del codice civile quanto quella del c.t.s., è inderogabile, in quanto attiene ai controlli ed ai conseguenti provvedimenti che la legge attribuisce a determinati soggetti in via funzionale.

Vi è tuttavia una fondamentale distinzione: mentre per le fondazioni ordinarie le competenze, che spettano *ex art.* 25 c.c. all'autorità pubblica<sup>(83)</sup>, sono attribuite dall'art. 6 del d.p.r. n. 361 del 2000 al prefetto o all'ente regionale, invece per le fondazioni di partecipazione appartenenti al c.t.s. il meccanismo è più complesso, posto che la competenza spetta sì all'assemblea [art. 25, comma 1, lett. *b*)], ma qui «nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione e nel rispetto della volontà del fondatore»; ed ovviamente interpretare la volontà del fondatore è una questione di fatto aperta ad ogni risultato.

In ogni caso anche per gli enti del terzo settore la procedura di liquidazione non è diretta dall'assemblea, perché l'art. 49 del c.t.s., rinviando all'art. 11 delle disposizioni di attuazione del codice civile, prevede che il presidente del tribunale nomini il liquidatore, ove questo non sia designato dall'assemblea ai sensi del comma 2 del predetto art. 11, sicché la liquidazione dovrà comunque essere demandata ad un organo esterno tanto all'assemblea, come all'ente in liquidazione.

Infatti poiché l'art. 49 c.t.s. non fornisce ulteriori indicazioni, si applicheranno di conseguenza anche le altre disposizioni contenute nelle disposizioni di attuazione del codice civile, tra cui l'art. 12, che indica che i liquidatori «esercitano le loro funzioni sotto la diretta sorveglianza del presidente del tribunale».

Ciò per dire che le attribuzioni dell'assemblea di una fondazione esterna al c.t.s., per quanto derogatorie a questo, non potranno mai giungere al punto di consentirle di impartire agli amministratori direttive vincolanti<sup>(84)</sup> o di sottrarre la fondazione sia ai controlli spettanti alle autorità amministrative *ex art.* 25 c.c.<sup>(85)</sup>, come alla procedura liquidatoria, che è perfino unitaria anche per le fondazioni del c.t.s. ed infine, per la rimozione di delibere illegittime, ai controlli spettanti all'autorità giudiziaria ordinaria<sup>(86)</sup>.

---

<sup>(83)</sup> Tra cui appunto quella di nominare gli amministratori: COSTANZA, cit., p. 115; BASILE, cit., p. 372.

<sup>(84)</sup> BASILE, cit., p. 377 ss.

<sup>(85)</sup> COSTANZA, cit., p. 116.

<sup>(86)</sup> È condivisibile infatti il rilievo che i controlli spettanti all'autorità pubblica non siano ostativi ad eventuali verifiche in sede giurisdizionale (BASILE, cit., p. 394 ss.); quantomeno perché lo prevede l'art. 24 Cost., trattandosi semmai di verificare chi sia il soggetto legittimato a ricorrere al giudice ordinario.

In altre parole: la volontà del fondatore (ovvero dei differenti soggetti che daranno vita alla fondazione di partecipazione) trova un limite nella necessità, qui prevalente, di rispettare la compatibilità delle scelte statutarie «con la natura dell'ente quale fondazione» [art. 25, lett. *b*) c.t.s.], ciò che porta infatti ad escludere l'elusione dei controlli spettanti in linea generale a soggetti terzi.

Bisogna però dare atto di una diversa lettura: si è detto infatti che il *nomen iuris* non è decisivo per comprendere se si sia in presenza di una fondazione o di un'associazione; sarebbe semmai proprio la disciplina regolata dallo statuto quella da cui trarre il materiale per qualificare il soggetto, sicché «in questa prospettiva, autenticamente caratteristico dell'associazione, e distintivo dalla fondazione, è il potere – organizzato in conformità alla regola democratica – di influire, determinare ed eventualmente modificare lo scopo sociale» <sup>(87)</sup>.

Siamo anzitutto d'accordo sulla tesi, pacifica, per cui la qualificazione del contratto spetti al giudice anche a dispetto del *nomen iuris* attribuito dalle parti, potendo quindi accadere che in tale sede una fondazione venga riqualficata come associazione.

Tuttavia l'alternativa che qui si pone è se la forzatura della struttura della fondazione, che si voglia introdurre mediante l'attribuzione all'assemblea della facoltà di modificare lo scopo ad un ente che davvero si voglia creare quale fondazione, comporti appunto la necessità di riqualficarlo come associazione o se invece sterilizzi l'efficacia della decisione assembleare fino ad approvazione da parte dell'autorità amministrativa.

Ci pare che la seconda soluzione risulti più rispettosa della volontà di creare una fondazione rispetto alla prima. A ben vedere, infatti, secondo la tesi che preferiamo la volontà dei fondatori verrebbe inizialmente limitata relativamente ad una parte dei loro desideri, quella dell'immediata efficacia delle modifiche dello scopo, laddove seguendo l'altra strada quella volontà verrebbe stravolta nelle fondamenta, riqualficando l'ente da fondazione ad associazione.

È ovvio che l'autorità amministrativa potrebbe rifiutare di omologare la decisione assembleare relativa al mutamento di scopo, ma questo può avvenire solo per ragioni di legittimità e non di merito, il che denota semmai una maggior tutela dei fondatori anziché una compressione della loro volontà.

---

<sup>(87)</sup> ZOPPINI, *Profili evolutivi ecc.*, cit., p. 23.

Insomma, a nostro modo di vedere, laddove queste competenze siano attribuite ed organi della fondazione, le relative previsioni varranno solo a conferire un potere propositivo in ordine alla richiesta di approvazione della modifica dello scopo statutario <sup>(88)</sup> e non comporteranno la necessità di riqualificare la fondazione come associazione.

Questa indicazione conferma peraltro il problema più ampio delle competenze che si possano attribuire alle fondazioni di partecipazione in esame, trattandosi nuovamente di verificare se sia invocabile o meno in analogia la disciplina del c.t.s.

In realtà il tema delle attribuzioni dell'assemblea si articola in due segmenti: il primo attiene alla possibilità di riservare all'assemblea compiti riservati agli amministratori, il che va escluso in quanto alla funzione amministrativa è legata la responsabilità fissata dall'art. 18 c.c.

Il punto più delicato, in tal senso, consiste nel verificare se sia possibile attribuire all'assemblea della fondazione la nomina degli amministratori dell'ente.

La risposta negativa si impone. Infatti ciò che appartiene alle competenze dell'assemblea delle associazioni del c.t.s. (art. 25, comma 1, lett. *a*), appartiene invece alle funzioni dell'autorità amministrativa nelle fondazioni ordinarie (art. 25 c.c.) e qui nessuno può sottrarre competenze all'autorità pubblica se non sia la legge a consentirlo <sup>(89)</sup>.

In altre parole, siamo di fronte ad un limite all'esercizio dell'autonomia privata, che non può esercitarsi al di fuori degli spazi che il c.t.s. le attribuisce: se si vuole che la scelta degli amministratori della fondazione sia demandata all'assemblea degli associati, occorre dar vita ad una fondazione riconducibile al c.t.s., altrimenti la scelta dell'assemblea varrà anche in questa ipotesi come proposta all'autorità amministrativa <sup>(90)</sup>, che la valuterà tuttavia in modo indipendente in ragione delle funzioni che le attribuisce l'art. 25 c.c.

Si tratta esattamente del meccanismo previsto dall'art. 2500 *octies* c.c. per la trasformazione delle fondazioni in società di capitali, che «è disposta dall'autorità governativa, su proposta dell'organo competente».

---

<sup>(88)</sup> Sulla permanenza dei controlli pubblici di liceità delle modifiche statutarie nelle fondazioni v. ad es. COSTANZA, cit., p. 75; è la stessa costruzione operata nel passato da VITTORIA, *Il cambiamento del "tipo" per gli enti del I libro del codice civile*, in *questa Rivista*, 1992, spec., p. 1157-1158, in ordine alla delibera assembleare di trasformazione dell'associazione in fondazione.

<sup>(89)</sup> Per questo non ci convince nemmeno la tesi, pur autorevole, per cui gli amministratori della fondazione potrebbero essere scelti dagli altri amministratori (ZOPPINI, *Profili evolutivi* ecc., cit., p. 23-24); per noi questa è una facoltà propositiva da avanzare all'organo pubblico di controllo.

<sup>(90)</sup> Così già COSTANZA, cit., p. 59 a proposito della delibera di trasformazione.

Si tratta di una conclusione che vale anche per le modifiche dello statuto: se anche la competenza sia stata riservata all'assemblea, la verifica della loro compatibilità con i limiti posti dall'ordinamento compete sempre funzionalmente all'autorità amministrativa ai sensi dell'art. 2 del d.p.r. n. 361 del 2001.

Quanto invece alla questione dello scioglimento della fondazione di partecipazione, qui esiste una soluzione dettata dalla natura imperativa della disciplina contenuta dal d.p.r. n. 361 del 2001: l'assemblea può anche deliberare tale scioglimento, ma la sua decisione dovrà comunque essere seguita dal provvedimento amministrativo indicato dal ricordato art. 6.

In altre parole anche questa previsione si risolve in una pura facoltà propositiva al prefetto o alla regione <sup>(91)</sup>, di dar vita alle procedure di estinzione, autorità che potrebbe invece optare per la sua trasformazione ai sensi degli artt. 28 c.c. 2500 *octies* c.c.

L'altro segmento del problema riguarda invece la sottrazione all'assemblea, di compiti ad essa riservati nel c.t.s. dall'art. 25, che indica appunto le sue competenze inderogabili.

Questa ipotetica sottrazione, cui corrisponderà l'attribuzione delle funzioni a soggetti diversi (es. l'esclusione di un associato attribuita al collegio dei probiviri), fa parte in realtà delle possibilità contemplate dal terzo comma del medesimo art. 25 «nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione e nel rispetto della volontà del fondatore».

A parte questa prima osservazione, c'è poi da dire che la natura accidentale dell'assemblea rispetto alla struttura della fondazione porta a concludere, più in generale, per la possibilità che quei compiti siano svolti da organi diversi, ponendosi semmai il diverso problema del corretto esercizio della specifica competenza (es. il diritto di difesa spettante all'associato di cui si chiede l'esclusione).

Un tema diverso si rivela qui interessante: l'art. 27 c.c. prevede come causa estintiva delle associazioni, il venir meno di tutti gli associati; tale indicazione vale anche per le fondazioni di partecipazione, nel caso in cui, ad es., per ragioni varie tutti i partecipanti recedessero?

Ora è chiaro che laddove questo evento fosse contemplato dallo statuto, appunto per ciò e sempre in base all'art. 27 c.c. l'estinzione sarebbe ineluttabile se l'autorità non opti per la trasformazione; in caso contrario,

---

(91) Così MALTONI, cit., p. 6.

invece, tutto dipenderà dalla possibilità per gli amministratori di perseguire lo scopo fondativo sulla base del patrimonio dell'ente, giacché si deve ritenere che quell'organo ausiliario non costituisca un presupposto indeffettibile per la struttura della fondazione e per il perseguimento dell'ente.

Nel contempo va però escluso che l'autorità di controllo possa sostituire gli associati receduti: l'art. 25 c.c. consente la sola sostituzione degli amministratori, in quanto unico organo necessario della fondazione e l'assenza di analoghe forme di intervento per le associazioni riconosciute impedisce di configurare un tale potere sostitutivo.

7. – Uno dei temi di interesse riguarda la partecipazione degli enti pubblici alle fondazioni di partecipazione, molto frequente per le più svariate ragioni, anche se si dice «tutte riconducibili ad un disegno di difesa degli interessi generali intrecciati con quelli particolari»<sup>(92)</sup>; l'assenza di regole specifiche, in uno con quelle inerenti le singole ipotesi di privatizzazione, denota infatti «il difetto di piena corrispondenza fra la categoria degli enti privati e la disciplina privatistica degli enti»<sup>(93)</sup>.

Va di conseguenza precisato che il tema interessa laddove alla fondazione partecipino anche soggetti privati oppure, se composta da soli enti pubblici o soggetti designati da loro, se alla fondazione la legge non trasferisca i medesimi compiti spettanti agli enti pubblici, secondo la giurisprudenza comunitaria in tema di appalti pubblici<sup>(94)</sup>.

È stato detto in proposito non molti anni fa che, ai sensi dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, «l'accompagnarsi delle pubbliche amministrazioni con soggetti privati sia necessariamente il frutto di una procedura ad evidenza pubblica»<sup>(95)</sup>, il che escluderebbe che si possa liberamente

---

<sup>(92)</sup> BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., 50.

<sup>(93)</sup> BASILE, *ibidem*.

<sup>(94)</sup> Secondo la Corte giustizia UE, 21 dicembre 2016, n. 51/15, «l'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che non costituisce un appalto pubblico un accordo concluso tra due enti territoriali, quale quello di cui trattasi nel procedimento principale, sulla base del quale questi ultimi adottano uno statuto che istituisce un consorzio intercomunale, persona giuridica di diritto pubblico, e trasferisce a tale nuovo ente pubblico talune competenze di cui tali enti erano investiti fino ad allora e che sono ormai proprie di tale consorzio intercomunale. Tuttavia, un tale trasferimento di competenze riguardante l'espletamento di compiti pubblici può sussistere soltanto se riguarda sia le responsabilità connesse alla competenza trasferita sia i poteri che sono il corollario di quest'ultima, in modo che la nuova autorità pubblica competente disponga di un'autonomia decisionale e finanziaria, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare».

<sup>(95)</sup> CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto*

costituire una fondazione di partecipazione con composizione mista privati-enti locali.

In effetti l'art. 112 del t.u. enti locali prevede in linea generale che «gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali», ma a tal fine il successivo citato art. 113 ha subito notevoli modifiche, per abrogazione di diversi commi, nel 2010.

L'attuale versione sembra tutta dedicata a disciplinare la gestione dei servizi per i quali esistano apposite reti, ad es. di distribuzione dell'acqua ed infatti il comma 12, nel riferirsi alle gare ad evidenza pubblica, prevede che «l'ente locale può cedere in tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento».

Quindi una fondazione di partecipazione diretta alla gestione di questi servizi, anzitutto non potrebbe costituire il mezzo per la scelta di *partners* privati aggirando l'obbligo di gara.

Se pensiamo invece alla possibilità di perseguire finalità diverse dalla gestione di servizi pubblici e che siano di interesse sociale <sup>(96)</sup>, *id quod plerumque accidit*, la disposizione che consente una maggior apertura alla partecipazione alla fondazione ma senza necessità di gare è nell'art. 119 <sup>(97)</sup>, per il quale «in applicazione dell'articolo 43 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, al fine di favorire una migliore qualità dei servizi prestati, i comuni, le province e gli altri enti locali indicati nel presente testo unico, possono stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione, nonché convenzioni con soggetti pubblici o privati diretti a fornire consulenze o servizi aggiuntivi» <sup>(98)</sup>.

---

*nazionale e diritto comunitario*, in AA.VV. *Fondazioni di partecipazione*, cit., 35. L'autore richiama anche l'art. 113 *bis* del medesimo t.u., che però è stato dichiarato incostituzionale «nella parte in cui disciplina la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica» (Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272, in *Giur. it.*, 2005, p. 836), ovvero quelli che maggiormente possono interessare le fondazioni di cui stiamo trattando.

<sup>(96)</sup> Si è però già ricordato che la letteratura pubblicistica configura la fondazione quale «espressione di autonomia non privata, ma collettiva o sociale»: PALMA, cit., p. 67 ss.

<sup>(97)</sup> Art. 119 T.U. Enti locali, Contratti di sponsorizzazione, accordi di collaborazione e convenzioni.

<sup>(98)</sup> Cons. Stato, 4 dicembre 2001, n. 6073, in *Giur. it.*, 2002, 1727: «ai sensi dell'art. 43 l. n. 449/97 e dell'art. 119 d.lgs. n. 267/2000, i comuni possono legittimamente stipulare contratti di sponsorizzazione con soggetti pubblici o privati al fine di favorire l'innovazione

Il richiamo all'art. 49 della l. n. 449 del 1997 <sup>(99)</sup> ci pare ancor più decisivo per sostenere la possibilità per gli enti pubblici di partecipare alle fondazioni senza necessità di gara, giacché la disposizione indica con chiarezza che «al fine di favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa e di realizzare maggiori economie, nonché una migliore qualità dei servizi prestati, le pubbliche amministrazioni possono stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione con soggetti privati ed associazioni, senza fini di lucro, costituite con atto notarile» <sup>(100)</sup>.

Si ammettono quindi per gli enti pubblici forme di collaborazione con i privati, che hanno ovviamente un limite temporale.

Ora è certamente vero che gli accordi di collaborazione sono diversi dalla partecipazione alla fondazione, ma ciò che rileva è che, nel rispetto dei vincoli di contenuto, l'ente pubblico possa recedere dall'ente – com'è peraltro ovvio ai sensi dell'art. 24 c.c. (cfr. il par. succ.) –, ponendo fine al vincolo, esattamente così come occorrerà un termine di scadenza all'accordo di collaborazione. Da questo punto di vista, inoltre, i costi finanziari per l'ente pubblico devono essere parimenti giustificati in entrambe le fattispecie alla luce del perseguimento di finalità pubbliche.

In definitiva non sarà allora la forma della partecipazione che rileva, ma il rispetto dei vincoli indicati.

In tal senso va tenuto altresì conto che l'intervenuta abrogazione del comma 6 dell'art. 9 del d.l. 95 del 2012 <sup>(101)</sup>, che fissava il «divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione», ha portato la giurisprudenza contabile a ritenere oggi che non sussista più alcun ostacolo alla partecipazione ad una fondazione, «sia essa il frutto della trasformazione di preesistenti organismi, anche associativi, sia la conseguenza della costituzione *ex novo* di tali soggetti giuridici» <sup>(102)</sup>.

---

dell'organizzazione amministrativa, di realizzare maggiori economie, nonché una migliore qualità dei servizi prestati».

<sup>(99)</sup> Intitolato «Contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione, convenzioni con soggetti pubblici o privati, contributi dell'utenza per i servizi pubblici non essenziali e misure di incentivazione della produttività».

<sup>(100)</sup> La norma prosegue indicando anche che «le iniziative di cui al comma 1 devono essere dirette al perseguimento di interessi pubblici, devono escludere forme di conflitto di interesse tra l'attività pubblica e quella privata e devono comportare risparmi di spesa rispetto agli stanziamenti disposti». Si rinvia poi al testo completo della disposizione, lunghissimo, per altre indicazioni che non contrastano con quanto stiamo scrivendo.

<sup>(101)</sup> Abrogazione operata con la l. n. 147 del 2013.

<sup>(102)</sup> Corte Conti Lombardia Sez. contr., delibera, 15 marzo 2017, n. 70; prima del-

Ci pare che questa indicazione sia corretta: eliminato il divieto, resta allora la facoltà, sia pure teleologicamente finalizzata ad interessi di pubblico rilievo e regolata nelle sue esplicazioni <sup>(103)</sup>, che non ci pare impedita dalle forme di collaborazione imposte dall'art. 55 del c.t.s. alle amministrazioni pubbliche <sup>(104)</sup>, che regola la “co-programmazione” <sup>(105)</sup>, perché l'obbligo è di collaborare con tutti gli enti del c.t.s. anche mediante le convenzioni indicate negli artt. 56 e 57, la facoltà è invece quella di partecipare alla vita di alcuni di questi <sup>(106)</sup>.

---

l'abrogazione si era detto invece che il divieto riguardava anche le fondazioni di partecipazione: Corte dei Conti Toscana Sez. contr., 16 ottobre 2013, n. 275.

<sup>(103)</sup> PALMA, cit., p. 67 ss. Ad es. il comma 5 dell'art. 6 del d.l. n. 78 del 2010 (conv. con l. n. 122 del 2010), tutt'ora vigente, prevede (anche) che «gli organismi pubblici, anche con personalità giuridica di diritto privato, provvedono all'adeguamento dei rispettivi statuti al fine di assicurare che, a decorrere dal primo rinnovo successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto, gli organi di amministrazione e quelli di controllo, ove non già costituiti in forma monocratica, nonché il collegio dei revisori, siano costituiti da un numero non superiore, rispettivamente, a cinque e a tre componenti», stabilendo che la «mancata adozione dei provvedimenti di adeguamento statutario o di organizzazione previsti dal presente comma nei termini indicati determina responsabilità erariale e tutti gli atti adottati dagli organi degli enti e degli organismi pubblici interessati sono nulli».

<sup>(104)</sup> L'art. 55 c.t.s. prevede che «in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona”. Le amministrazioni regolate dall'art. 1 comma 2, d. lgs. n. 165/2001 sono: “tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300».

<sup>(105)</sup> ROSSI, cit., p. 141.

<sup>(106)</sup> Cfr. in tal senso, sia pure con riferimento ad altra ipotesi, Cons. Stato, 18 ottobre 2016, n. 4351: «la fondazione di diritto privato non può ritenersi – per il sol fatto di svolgere sulla base di intese ed accordi attuativi con la regione e l'asl competente, attività riconducibili al ssn – un “ente” del ssn, poiché a tal fine sarebbe necessaria una previsione di legge che inserisca l'ente nel quadro del ssn, sottoponendolo alle regole pubblicistiche. Non rileva la giurisprudenza che si è formata sulla individuazione del concreto perimetro dell'organismo di diritto pubblico, poiché tale figura soggettiva, di derivazione comunitaria, rileva nel settore degli appalti ed è tesa, in chiave pro-concorrenziale, ad applicare le regole di

Altra questione è invece che dalla partecipazione alla fondazione possano derivare vincoli rispetto alle cariche, di cui l'art. 63 del t.u. enti locali costituisce esempio regolando specifiche incompatibilità; oppure che si debba ritenere che laddove la partecipazione dell'ente pubblico alla fondazione comporti costi a suo carico –il che accade ad es. se deliberino contributi annui a qualunque titolo- allora e per ciò solo la partecipazione dei funzionari pubblici alla fondazione debba essere a titolo gratuito <sup>(107)</sup>.

Infatti queste regole depongono a favore della partecipazione dell'ente alla fondazione, giacché incompatibili in quei casi sono o la carica di amministratore o il compenso, non appunto la partecipazione dell'ente, che ne costituisce anzi il presupposto.

Tuttavia questa prima indicazione non è esaustiva, solo a pensare che tra gli enti pubblici interessati alle fondazioni di partecipazione vi possono essere e concretamente vi sono, tra i più, le regioni o gli enti di ricerca, cui non si riferisce il t.u. enti locali.

Ora il tema generale, che riguarda però anche gli enti locali, è dato dall'impiego di finanza pubblica, che ovviamente non è libero, ma anche quello della finalità perseguita; sul punto i giudici contabili hanno detto che «l'ente locale che istituisce una fondazione deve adottare tutte le cautele tese ad assicurare che essa sia in grado di generare un reddito capace di assicurare un equilibrio di bilancio» <sup>(108)</sup>, indicazione che contrasta allora con la possibilità che l'ente si vincoli in qualsiasi modo a versare i contributi deliberati dall'assemblea, quali che siano.

È chiaro allora che la partecipazione di un ente pubblico, in questi termini, può avvenire anzitutto solo a condizione che la fondazione sia finanziata o dai soli apporti dei privati o dall'esercizio di attività economiche necessariamente produttive del reddito occorrente per perseguire lo scopo stabilito.

L'unico costo (adeguatamente valutato) a suo carico, in definitiva, potrà consistere nella sola quota iniziale a proprio carico, che serve per

---

evidenza anche ai soggetti che, pur non essendo formalmente pubblici, soggiacciono ad una dominante influenza pubblica».

<sup>(107)</sup> «Quando ricorrono i presupposti indicati dall'art. 6 comma 2 d.l. n. 78 del 2010 è obbligatorio che» ogni incarico «sia svolto gratuitamente»: Corte Conti Lombardia, sez. contr., delibera, 15 marzo 2017, n. 70; *id.*, 12 ottobre 2015, n. 325. La disposizione indica che «la partecipazione agli organi collegiali, anche di amministrazione, degli enti, che comunque ricevono contributi a carico delle finanze pubbliche, nonché la titolarità di organi dei predetti enti è onorifica; essa può dar luogo esclusivamente al rimborso delle spese sostenute ove previsto dalla normativa vigente».

<sup>(108)</sup> Corte Conti Lombardia, sez. contr., delibera, 15 marzo 2017, n. 70.

ottenere il riconoscimento della personalità, secondo le misure stabilite dalle leggi regionali al fine di documentare l'idoneità del patrimonio che, come abbiamo visto, costituirà il patrimonio occorrente per dar vita all'ente che persegue lo scopo e farlo funzionare <sup>(109)</sup>.

Tuttavia l'assenza di costi per l'ente pubblico, anche non locale giacché quelle pronunce esprimono i principi generali che si ricavano fin dall'art. 97 cost. e dall'art. 1 della l. n. 241 del 1990 <sup>(110)</sup>, rappresenta solo uno dei vari aspetti che derivano dalla partecipazione dell'ente pubblico alla fondazione.

Se infatti lo statuto prevede che la nomina degli amministratori della fondazione spetti all'ente pubblico, nella totalità <sup>(111)</sup> o nella maggioranza, si ripropone allora, anche se in termini in parte diversi, il problema già visto sopra ovvero che, secondo una lettura, allora l'ente dovrebbe riqualificarsi come associazione laddove, secondo noi, resterebbe invece una fondazione in cui la nomina interna vale solo come proposta all'ente di controllo, cui spetta infatti la nomina effettiva *ex art. 25 c.c.*

Siamo convinti della bontà della seconda soluzione anche in questa ipotesi ed anzi a maggior ragione: solo ritenendo inefficace la nomina interna degli amministratori, questione regolata senza possibilità di deroga dal diritto privato (art. 25 c.c.), allora la fondazione resterà un ente di diritto privato e non si trasformerà in altro.

La giurisprudenza amministrativa ritiene infatti che, quando il controllo sulla persona giuridica privata spetti all'ente pubblico che vi partecipa, come accade se possa nominare il consiglio di amministrazione o la sua maggioranza, allora la fondazione diventi (o possa diventare ricorrendo altri presupposti relativi al fine perseguito), un organismo di diritto pubblico <sup>(112)</sup>, come definito dal codice degli appalti <sup>(113)</sup> e dalla giurispru-

---

<sup>(109)</sup> La medesima delibera della Corte dei conti Lombardia ritiene infatti che «il patrimonio della fondazione, sin dal momento genetico della persona giuridica (negozio di fondazione e negozio di dotazione), dev'essere sufficiente per consentire all'ente di svolgere la sua attività ordinaria» e che «la fondazione, per continuare nella propria esistenza, deve provvedere allo svolgimento dell'attività di gestione con i mezzi patrimoniali di cui dispone oltre che con i proventi dei servizi che eroga, ove per essi sia pagato direttamente/indirettamente un prezzo dai beneficiari».

<sup>(110)</sup> Sui quali v. Cons. Stato, 10 dicembre 2015, n. 5617.

<sup>(111)</sup> Cons. Stato, 3 giugno 2014, n. 2843, *Vita not.*, 2014, 824 per la Fondazione Cà d'Industria onlus.

<sup>(112)</sup> Secondo Corte Conti Lazio, sez. contr., 24 luglio 2013, n. 151 in *Azienditalia*, 2013, 721, «il ricorrere di determinati elementi, quali la costituzione/partecipazione, da parte di uno o più enti pubblici, di una persona giuridica privata, finalizzata alla realizzazione di un fine pubblico con l'impiego di finanziamenti pubblici e con modalità di gestione e controllo direttamente collegabili alla volontà degli enti soci, rende, di fatto, la

denza domestica appunto amministrativa <sup>(114)</sup> ma anche ordinaria <sup>(115)</sup> e che discende da quella comunitaria <sup>(116)</sup>.

---

persona giuridica privata un semplice modulo organizzativo dell'ente pubblico socio, al pari di altre formule organizzative aventi parimenti natura pubblicistica (aziende speciali e istituzioni); in altri termini, l'utilizzo dello schema giuridico "fondazione" da parte dell'ente pubblico rende la persona giuridica privata un'entità strumentale dell'ente stesso, ovvero una modalità di gestione dell'interesse generale perseguito». Cfr. anche Gori, in CONSORTI, GORI e ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, cit., *I confini "affollati" verso il primo ed il secondo settore*, p. 192.

<sup>(113)</sup> Per l'art. 3, comma 1, lett. d), d. lgs. n. 50 del 2016 sono «qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

<sup>(114)</sup> «L'elemento fondante dell'organismo di diritto pubblico è riconducibile alla rilevanza degli interessi generali perseguiti, in rapporto ai quali non può venire meno una funzione amministrativa di controllo, anche qualora la gestione fosse produttiva di utili: è propria dell'amministrazione, infatti, la cura concreta di interessi della collettività, che lo stato ritiene corrispondenti a servizi da rendere ai cittadini e che pertanto, ove affidati a soggetti esterni all'apparato amministrativo vero e proprio, debbono comunque rispondere a corretti parametri gestionali, anche sul piano dell'imparzialità e del buon andamento»: Cons. Stato, 10 dicembre 2015, n. 5617, *Foro amm.*, 2015, p. 3096. Su queste basi sono state qualificate organismi di diritto pubblico la fondazione teatro di San Carlo (Cons. Stato, 31 ottobre 2017, n. 5026, *Foro amm.*, 2017, p. 2047), la Acì Global spa (Cons. Stato, 16 gennaio 2017, n. 108, *Vita not.*, 2017, p. 245), i fondi paritetici interprofessionali (T.a.r. Lazio, 6 febbraio 2017, n. 1883 *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2017, p. 43; Corte Conti, Abruzzo, 29 marzo 2017, n. 37, *Riv. corte conti*, 2017, p. 393), Aeroporti di Roma (T.a.r. Lazio, 30 novembre 2017, n. 11841, *Foro amm.*, 2017, p. 2321 ma *contra* invece Cass., sez. un., 18 aprile 2016, n. 7663) o la società aeroporto G. Marconi di Bologna spa (T.a.r. Emilia-Romagna, 15 gennaio 2010, n. 107, *Riv. trim. appalti*, 2010, p. 1181); spa Expo 2015 (Cons. Stato, 4 febbraio 2015, n. 552, *Foro amm.*, 2015, p. 426); «la società partecipata comunale gerente attività di distribuzione dei farmaci (e il servizio di asilo nido comunale)» (Corte Conti Lombardia, 26 settembre 2011, n. 489, *Azienditalia*, 2012, p. 68); Cassa depositi e prestiti spa (Cons. Stato, 12 febbraio 2007, n. 550).

<sup>(115)</sup> *Ex multis* v. Cass. sez. I, 31 gennaio 2017, n. 2483: «ricorre la figura dell'organismo di diritto pubblico, ai fini del suo assoggettamento alle regole di evidenza pubblica nella stipulazione dei contratti di appalto, allorché un ente: a) sia dotato di personalità giuridica (c.d. requisito personalistico); b) sia stato istituito per la realizzazione di specifiche finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale (c.d. requisito teleologico); c) la sua attività sia finanziata, in prevalenza, da p.a. o direttamente controllata dalle stesse o orientata da un organo di gestione a prevalente designazione pubblica (c.d. requisito dell'influenza dominante)». Su queste basi sono state qualificate organismi di diritto pubblico le Asl (Cass., 2 dicembre 2016, n. 24640, *Foro it.*, 2017, I, p. 2451).

<sup>(116)</sup> Le sentenze sono moltissime, per tutte v. Corte giust. UE, 5 ottobre 2017, n. 567/15, *Foro amm.*, 2017, p. 1971: «l'art. 1, par. 9, 2° comma, direttiva 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle proce-

Di recente inoltre la corte costituzionale ha rigettato la questione di legittimità degli artt. 61 ss. del c.t.s., che disciplinano l'organismo nazionale di controllo e di cui si asseriva la natura pubblicistica a dispetto della forma di fondazione, «poiché rimane pur sempre la disciplina di organismi privati, secondo un modello organizzativo che si riconduce alla tematica del Libro primo, Titolo II, del codice civile»<sup>(117)</sup>, sicché un diverso modello organizzativo dovrebbe portare a conclusioni diverse.

In questo frangente il criterio di soluzione resta però sempre quello, enunciato testualmente negli artt. 28 c.c. e 25 c.t.s. e che vale anche qui, del rispetto della volontà del fondatore (o dei fondatori), che consiste nel dar vita ad una persona giuridica privata diretta a perseguire le finalità statutarie.

Infatti solo la ritenuta inefficacia della nomina interna degli amministratori fino alla sua ratifica o meno dell'autorità di controllo *ex art. 25 c.c.* previene la possibilità che la fondazione si trasformi in altro da quanto voluto al momento di crearla<sup>(118)</sup>, laddove la sua riqualificazione in organismo di diritto pubblico ne tradirebbero la volontà.

E per giungere a questo risultato, il criterio fondante è quello della impossibilità di derogare alle norme imperative di legge quale è l'art. 25 c.c.<sup>(119)</sup>. Questo per dire che l'atto pubblico con cui si costituisce la

---

di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (Ue) n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011, deve essere interpretato nel senso che una società che, da un lato, è detenuta interamente da un'amministrazione aggiudicatrice la cui attività consiste nel soddisfare esigenze di interesse generale e che, dall'altro, effettua sia operazioni per tale amministrazione aggiudicatrice sia operazioni sul mercato concorrenziale, deve essere qualificata come "organismo di diritto pubblico" ai sensi di tale disposizione, purché le attività di tale società siano necessarie affinché detta amministrazione aggiudicatrice possa esercitare la sua attività e, al fine di soddisfare esigenze di interesse generale, tale società si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare».

<sup>(117)</sup> Corte cost., 12 ottobre 2018, n. 185, ove si legge che i componenti dell'organismo «sono designati principalmente dai vari attori sociali del Terzo settore, con particolare rilievo per le fondazioni di origine bancaria (sette membri su un totale di tredici). Solo due membri sono designati dalle amministrazioni pubbliche, nello specifico uno dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali e uno dalla Conferenza Stato-Regioni».

<sup>(118)</sup> Si può ricordare che per Cons. Stato, 20 marzo 1996, n. 123/96, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 154, «ai sensi dell'art. 16 c.c., sono legittime le modifiche allo statuto di una fondazione purché, avendo solo carattere organizzativo, non pregiudichino e non travolgano i connotati voluti dal fondatore (fattispecie relativa alla fondazione Spadolini)». FUSARO, *Trasformazione da e in fondazione di partecipazione*, in AA.VV., *Fondazioni di partecipazione*, cit., p. 49, sottolinea che con questa decisione l'art. 16 c.c. è stato applicato alle fondazioni, mentre prima lo si riservava alle sole associazioni.

<sup>(119)</sup> CASSESE, cit., p. 7 ss. spiega la funzione del controllo demandato all'autorità governativa in ragione dell'assenza di organi interni, che invece esistono nelle associazioni

fondazione, qualora prevedesse la riserva di nomina degli amministratori a favore degli enti pubblici in fattispecie ove non sia la legge ad imporlo, sarebbe dunque nullo *in parte qua* anziché produttivo del diritto di nomina senza approvazione delle autorità di controllo.

Sempre il rispetto della volontà del fondatore, coniugato peraltro con la rilevanza della valutazione operata da chi entri nella fondazione, comporta come già detto in precedenza l'impossibilità di modificare con efficacia automatica lo scopo della fondazione <sup>(120)</sup>. Il che significa che un'eventuale decisione sul suo mutamento parziale o totale debba essere approvato dall'autorità amministrativa e comporti, nel contempo, il diritto all'immediato recesso di ogni partecipante, ancorché senza diritto alla restituzione degli apporti conferiti, secondo la regola generale posta dall'art. 24, ultimo comma, c.c.

Ulteriore tema connesso strettamente con quanto appena visto, è dato dalla necessità imposta dal codice degli appalti, di provvedere a gara ogni volta che si debba affidare la realizzazione di un'opera o di un servizio sopra soglia <sup>(121)</sup>, che non può essere superato utilizzando la fondazione di partecipazione che si ponga come "fine sociale" la realizzazione dell'opera o del servizio <sup>(122)</sup>.

Il caso deciso dal tribunale di Belluno di cui al punto successivo riguardava la fondazione diretta alla costruzione di un campo da golf, di cui si ignorano le modalità, ma che appunto conferma la concretezza del problema.

Lo stesso obbligo, beninteso, vale anche per le fondazioni tutte composte da soggetti pubblici, come ad es., la fondazione Milano Cortina 2026, che ha natura di fondazione di diritto privato (art. 3.1. Statuto) sebbene appunto costituita da soli enti pubblici ed amministrata da enti pubblici o soggetti da questi designati, che dovrà gestire le olimpiadi invernali del 2026, comprese "tutte le attività di gestione, organizzazione, promozione e comunicazione degli eventi sportivi e istituzionali "delle olimpiadi nonché" la vendita dei biglietti e di tutti i diritti di sfruttamento degli eventi sportivi ed olimpici in genere"? <sup>(123)</sup>

riconosciute; non ci pare però che l'esistenza di organi (più o meno) di controllo, non previsti dalla legge, nelle fondazioni di partecipazione possa eludere il controllo che è rimasto immutato pur nelle diverse riforme degli enti del libro primo succedutesi.

<sup>(120)</sup> FORTE, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, cit., p. 79.

<sup>(121)</sup> Attualmente di € 750.000 in forza delle direttive 2014/23 UE, /24 e /25.

<sup>(122)</sup> Sulla fondazione "Ordine mauriziano" di cui si è affermata la «ente pubblico con prevalenti attività sanitarie, sia pure con caratteristiche speciali» e tuttavia assoggettata ad imposizione fiscale per le attività commerciali esercitate v. Cass., 27 marzo 2019, n. 8520.

<sup>(123)</sup> Lo statuto della fondazione Milano Cortina 2026 indica all'art. 3.1 che le sue

Ci pare infatti che laddove la fondazione sia diretta a tali scopi <sup>(124)</sup>, specificamente quando siano da perseguire mediante la finanza apportata dai soci privati <sup>(125)</sup> cui poi spetti una qualsiasi ingerenza sul bene, che sia pubblico in origine o per destinazione successiva <sup>(126)</sup>, proprio questa possibilità (rappresentata ad es. da una concessione a prezzo irrisorio o proporzionato agli investimenti nella fondazione) darebbe vita in definitiva ad un soggetto creato al fine di aggirare la normativa sugli appalti <sup>(127)</sup>.

In altre parole, se anziché mettere a gara la costruzione della piscina comunale (o la ristrutturazione di un palazzo ad adibire a museo), si crei una fondazione di partecipazione a ciò diretta, con patrimonio iniziale pari

attività sono esecutive di un accordo con il CIO, “non perseguendo in ciò un interesse di carattere generale”. Va inoltre segnalato che le sezioni unite del S.C. (sent. 8 luglio 2019, n. 18270) che si sono occupate della natura della fondazione di partecipazione “Materia-Basilicata 2019” in relazione alla giurisdizione sul rapporto di lavoro con i dipendenti, ne ha affermato la natura privatistica («la fondazione non è in alcun modo annoverabile tra le pubbliche amministrazioni indicate nel d. lgs. n. 165 del 2001, art. 1, comma 2 ma è un soggetto di diritto privato: lo statuto è inequivoco in tal senso, come si desume dal *nomen iuris* utilizzato, dal rinvio per la sua regolamentazione alle norme del codice civile, dalla sua struttura, costituita da un patrimonio vincolato al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità, dall’atto costitutivo *inter vivos* posto in essere da una pluralità di fondatori, con la previsione dell’ingresso di altri soggetti che contribuiscono con i loro versamenti alla formazione del patrimonio comune e con il diritto di partecipare o sostenere le iniziative comuni»), senza tuttavia spendere nemmeno una sola parola sulla qualifica quale organismo di diritto pubblico che era stata invece affermata dal procuratore generale sulla scorta della giurisprudenza anche comunitaria.

<sup>(124)</sup> Si pensi alle fondazioni che gestiscono le casse previdenziali dei professionisti, che appunto hanno natura pubblica sebbene veste privata; da ultimo (di una serie molto numerosa) v. Cass., 14 maggio 2019, n. 12813, 22 febbraio 2019, n. 5375, 15 febbraio 2019, n. 4608 e 8 febbraio 2019, n. 3799, che richiamano le sentenze della corte costituzionale 5 febbraio 1999, n. 15 e 18 luglio 1997, n. 248. Oppure alle fondazioni liriche: Cass., 21 novembre 2018, n. 30118, che richiama Corte cost. sent. n. 153/2011.

<sup>(125)</sup> Sottolinea l’importanza dei finanziamenti pubblici GORI, *ibidem*; peraltro il finanziamento si può ravvisare certamente se manifesto e diretto, ma anche quando avvenga in forme indirette come quelle indicate nella nota succ.

<sup>(126)</sup> Si possono immaginare ad es., la costruzione da parte del privato di un’opera sul suolo pubblico o parzialmente pubblico; la ristrutturazione di un bene pubblico ad opera del privato; una permuta tra area pubblica (che diventa privata) ed area privata che diventa pubblica, sulla quale il privato edifichi l’opera di interesse pubblico e così via.

<sup>(127)</sup> È stato evidenziato da ROSSI, cit., 138, che l’art. 77 della dir. 2014/24 consente che gli stati membri riservino ad organizzazioni «che potrebbero coincidere con gli Ets» ma solo limitatamente ai settori ivi indicati (la disposizione indica: «Gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici possano riservare ad organizzazioni il diritto di partecipare alle procedure per l’aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali di cui all’articolo 74» limitatamente ai codici identificativi ivi specificati. Il comma 2 dell’art. 77 specifica i requisiti di queste organizzazioni, tra cui «il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al paragrafo 1»).

ai minimi richiesti, poi integrato con successive deliberazioni dell'assemblea che prevedano il versamento di somme in capo ai privati, cui sarebbe peraltro concesso l'uso esclusivo della piscina (o la gestione del museo) fino a ristoro dell'investimento, guadagni inclusi, ci pare che in tal modo la frode alla legge appaia evidente.

C'è peraltro di evidenziare come la giurisprudenza contabile ravvisi in queste ipotesi, soprattutto se emergano l'ingerenza ed il controllo degli enti pubblici sull'amministrazione dell'ente, non più una persona giuridica privata, ma come già visto addirittura un soggetto pubblico <sup>(128)</sup>. Il che alla fine potrebbe produrre, anziché la necessità di dichiarare la nullità del suo atto costitutivo e delle delibere dirette ad aggirare la disciplina inderogabile <sup>(129)</sup>, una riqualificazione della fondazione in cui la sostanza prevale sulla forma. Beninteso, altro essendo poi che si debba comunque procedere ad una gara d'appalto per l'affidamento delle opere e dei servizi e si debba rimediare a quanto fatto in precedenza.

In definitiva ci pare che la partecipazione degli enti pubblici alle fondazioni di partecipazione cui partecipino anche soggetti privati, oggi sempre più frequente, assuma consistenza diversa a seconda che l'ente non assuma impegni economici ma, in definitiva, partecipi dando vita ad un "patrocinio" permanente (*ad pompam*), da ritenersi quindi ammissibile (un comune partecipa alla fondazione che promuove una ricerca storica sulle sue origini); oppure persegua un interesse non strettamente inerente le sue funzioni o i suoi compiti, pure da ammettersi laddove non vi siano costi che gravino sulla finanza pubblica (un comune partecipa ad un ente di

---

<sup>(128)</sup> Ad es. per Corte Conti, giur. centr. app., 16 settembre 2015, n. 486/A, in *Azienditalia*, 2015, 825, «sono sottoposti alla giurisdizione della corte dei conti gli amministratori delle fondazioni a partecipazione pubblica in relazione alle quali siano ravvisabili i seguenti elementi: 1) l'attività consista nello svolgimento di funzioni di interesse pubblico; 2) la gestione della fondazione sia soggetta a direzione e controllo da parte dell'ente pubblico fondatore (e dagli altri soci pubblici, che comunque costituiscono la maggioranza dei componenti); 3) gli organi di amministrazione, direzione e vigilanza siano costituiti da membri nominati in prevalenza dagli enti pubblici di cui innanzi; 4) l'attività sia finanziata (direttamente o indirettamente) in modo maggioritario da enti pubblici». Si comprende quindi perché lo Statuto di Milano Cortina 2026 indichi che la fondazione non persegue interessi generali.

<sup>(129)</sup> Infatti se «l'azienda, quale "organismo di diritto pubblico" e "amministrazione aggiudicatrice", secondo la previsione del d.lgs. n. 163 del 2006, sia soggetta alle relative disposizioni, sia in tema di scelta del contraente che di forma del contratto" e "qualora l'oggetto dell'attività negoziale dell'azienda rientri, come nella specie (fornitura di medicinali), nella disciplina prevista dal codice dei contratti pubblici, il mancato ricorso all'evidenza pubblica, mediante omissione del procedimento di selezione del contraente, nonché della forma scritta del contratto, ne comporta la nullità, ai sensi dell'art. 1418, 1° comma, c.c., per violazione di norma imperativa»: Cass., 2 dicembre 2016, n. 24640.

ricerca sulla salute ambientale); ed infine se serva a perseguire scopi prevalentemente pubblicitici, ancorché con la presenza di privati, giacché qui potranno aversi le conseguenze sopra esaminate, talora esiziali per la sopravvivenza della fondazione come voluta in origine <sup>(130)</sup>.

8. – Come anticipato, la giurisprudenza civile si è pronunciata una sola volta sul tema delle fondazioni in esame, in una lite in cui uno dei due soggetti che aveva costituito una fondazione negava il diritto dell'altro di recedere. L'importanza non puramente teorica della questione si comprende entrando nel merito della lite: la fondazione era stata infatti creata da una società privata e dal comune di Cortina d'Ampezzo con lo scopo di dar vita ad un campo da golf, scopo che sarebbe stato frustrato dal recesso del comune, che non intendeva più finanziare l'operazione.

Si può anticipare che la soluzione adottata dal tribunale di Belluno è stata nel segno di applicare analogicamente l'art. 24 c.c. e dunque di ritenere ammissibile il recesso, come peraltro ha ritenuto anche la prima sezione del Consiglio di Stato in un parere consultivo <sup>(131)</sup>.

Nel passato la letteratura si è occupata marginalmente del diritto di recesso dall'associazione, ammesso per l'ovvia ragione che nessuno può essere costretto a rimanere legato ad una collettività di cui non condivide più l'ideale, trattandosi di una propensione personale del tutto incoercibile.

Il tema si pone oggi in modo del tutto nuovo, perché sottende delicate questioni relative all'effetto che il recesso può produrre sullo scopo per cui la fondazione è stata creata.

In linea generale si può dire che esista un principio per cui nei contratti sinallagmatici, come in quelli con comunione di scopo, l'autonomia

---

<sup>(130)</sup> Per la giurisprudenza amministrativa, ad es., «la fondazione carnevale di Viareggio costituisce un "organismo di diritto pubblico", soggetto alle norme di evidenza pubblica, perché essa ha: 1) il requisito della personalità giuridica, pur se nella forma di una soggettività giuridica, anche di matrice privatistica; 2) il requisito dell'influenza dominante del diritto pubblico, ricavabile da uno degli indici sintomatici (patrimonio, contributi periodici, controllo sugli organi e sull'attività); 3) il requisito finalistico, che è quello di soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale»: Cons. Stato, sez. IV, 12 ottobre 2010, n. 7393, *Giur. it.*, 2011, p. 953.

<sup>(131)</sup> Adunanza 21 marzo 2018, affare 01469/2017, n. 1076/2018, spedito in data 19 aprile 2018, relativo alla richiesta di trasformazione della fondazione Olivieri Pesaro Cultura, in cui ha evidenziato che il diritto di recesso «deriva dal principio costituzionale di libertà di associazione, di cui all'art. 18 Cost., che implica la nullità di clausole che escludano o rendano oltremodo oneroso il recesso», libertà che è garantita anche agli «enti fondatori di una fondazione in partecipazione».

contrattuale non può spingersi al punto di dar vita a vincoli perpetui, dovendosi infatti ritenere consentito comunque il recesso, sebbene non previsto dalle parti <sup>(132)</sup>.

Varie disposizioni ne rappresentano la conferma, sia appunto nei rapporti sinallagmatici (es. gli artt. 1111, 1379, 2557 ecc.), sia per le società, dato che qui il recesso è consentito se queste siano costituite senza termine o in un termine che ecceda la vita delle persone fisiche (artt. 2285; 2328, comma 2, n. 13; 2473, comma 2, c.c.).

Per le associazioni, poi, la libertà di recesso è testuale e pare quindi difficile affermare che quel che vale in questi enti non sia parimenti valido nelle fondazioni di partecipazione: quantomeno per analogia, come ha detto il tribunale di Belluno.

Senonché chi ha annotato quella decisione ha evidenziato il carattere contrattuale dell'atto costitutivo della fondazione, rispetto al quale il recesso dovrebbe rappresentare un'eccezione fondata su apposito patto (art. 1372 c.c.).

Questa critica non è condivisibile: il recesso è lo scioglimento del vincolo che riguarda una parte e, fuori delle ipotesi pattizie (art. 1373 c.c.), l'efficacia vincolante dell'accordo per una delle parti può venir meno nei casi previsti dalla legge (art. 1372 c.c.), uno dei quali è appunto il recesso regolato dall'art. 24 c.c.

Questo senza trascurare peraltro il principio di ordine pubblico per cui non è mai prospettabile un ergastolo contrattuale, sicché ogni contratto di durata ha come limite di liceità quello della durata non infinita.

Senonché il tema potrebbe essere raffrontato in termini diversi: laddove esista uno scopo e questo sia raggiungibile entro un termine ragionevole, il recesso non sarebbe esercitabile perché frustrerebbe lo scopo medesimo: qui non si tratterebbe allora di rendere perpetuo il vincolo, ma di mantenerne gli effetti fino alla loro scadenza naturale, determinata in misura ragionevole.

---

<sup>(132)</sup> Cass. 1° luglio 1998, n. 6427: «il recesso unilaterale rappresenta una causa estintiva ordinaria di qualsiasi rapporto di durata a tempo indeterminato, rispondendo all'esigenza di evitare la perpetuità del vincolo obbligatorio, la quale è in sintonia con il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto» *id.*, 30 luglio 1984, n. 4530. Sulla nullità delle clausole che escludano o rendano oltremodo oneroso il recesso v. Cass. 11 novembre 2015, n. 23098; *id.*, 9 maggio 1991, n. 5191, *Vita not.*, 1992, p. 131. In letteratura v. ad es. GALGANO, *Trattato*, cit., II, p. 488-489; COSTANZA, cit., p. 141; ROPPO, *Il contratto*, nel *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2011, p. 518, descrive questa facoltà come «recesso di liberazione».

In tal senso l'unica eccezione profilata nel ricordato parere del Consiglio di Stato è la «deroga ammessa dall'art. 24 c.c. allorché l'associato si sia impegnato a farne parte per un tempo determinato».

La disposizione in esame è stata scritta in tempi lontani e forse non si era immaginato che la sua portata, astrattamente, possa coinvolgere ipotesi in cui non è ammissibile forzare la propensione di un associato oltre alle proprie scelte di vita.

È chiaro che nessuno può essere costretto a rimanere in un'associazione religiosa o politica quando non ne condivide più gli ideali <sup>(133)</sup>, nemmeno se "l'associato si sia impegnato a farne parte per un tempo determinato"; qui prevale in ogni caso la libertà incomprimibile della persona umana.

In queste ipotesi la semplice constatazione di non condividere più l'ideale dell'ente costituisce allora una giusta causa di recesso, che opera anche prima della scadenza dell'eventuale termine.

In altri casi la stessa risposta non sarebbe ugualmente giustificabile: laddove la finalità in concreto perseguita non possieda forti connotazioni politiche, culturali o religiose è ben possibile giungere alla soluzione contraria <sup>(134)</sup>; ad es. la fondazione che voglia costruire il campo da golf e preveda un obbligo per gli associati di rimanere per almeno 5 anni, certa-

---

<sup>(133)</sup> La giurisprudenza su questo tema è pressoché inesistente; v. peraltro Trib. Trieste, 18 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2689: «è nulla la clausola statutaria di un'associazione non riconosciuta (il cui fine, tipicamente sindacale, verte in materie che non consentono compressioni alla libertà del singolo) nella parte in cui prevede che, nell'ipotesi di recesso del socio, la sua qualità permanga, con i diritti e gli obblighi relativi, sino alla fine dell'anno successivo al recesso stesso»; oppure Trib. Udine, 18 ottobre 1993, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2918: «è nulla la clausola statutaria di un'associazione non riconosciuta che differisce indebitamente la perdita della qualità di socio a seguito di recesso».

<sup>(134)</sup> Lo ha fatto ad es. Cass., sez. I, 4 giugno 1998, n. 5476, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2499: «ove un'associazione persegua (anche) finalità connesse al pensiero ed alle ideologie (ad esempio, un sindacato o un partito politico), il differimento della facoltà di recesso può tradursi in una menomazione o compressione della libertà di cui all'art. 21 cost., comportando il dovere dell'associato di uniformarsi ad idee ed iniziative non più condivise; quando, invece, l'associazione abbia compiti e fini esclusivamente economici, la menzionata evenienza deve essere in radice negata, rientrando nell'autonomia contrattuale dei partecipanti la fissazione della durata di diritti ed obblighi disponibili, in armonia con la causa negoziale (nella specie, si trattava dello statuto di un'associazione gerente un comprensorio residenziale, il quale consentiva il recesso degli associati solo dopo venticinque anni dalla costituzione)». V. altresì Cass., sez. I, 14 maggio 1997, n. 4244, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2484: «va cassata la sentenza di merito che dichiara la nullità della clausola statutaria di un'associazione non riconosciuta, a tenore della quale gli obblighi relativi alla qualità di socio perdurano, nonostante l'intervenuto recesso, per un determinato lasso di tempo, senza accertare se l'associazione, per l'oggetto o per il fine, incida su diritti della persona che non consentono compressioni di sorta».

mente non toccherebbe propensioni di libertà incompressibili. In concreto, la Fondazione Milano Cortina 2026 prevede come data di scioglimento quella dell'approvazione del «bilancio d'esercizio che si chiuderà al 31 dicembre 2026» ed ha finalità organizzative.

A ben vedere in questi casi è la patrimonialità dell'impegno ad emergere: in quell'arco di tempo, infatti, ben è possibile che la finalità perseguita sia raggiunta, sicché il recesso prima della scadenza comprometterebbe l'obiettivo.

Ma proprio perché la questione è puramente patrimoniale, la soluzione si trova nello stesso ambito: essendo impossibile costringere l'associato a partecipare alla vita dell'ente, il suo recesso illegittimo comporterà a tutto concedere l'obbligo di risarcire il danno, ovvero di versare i contributi dovuti per il periodo in cui avrebbe dovuto restare nell'ente <sup>(135)</sup>.

Questa ci pare l'unica possibilità di fronte al recesso anteriore alla scadenza che comunque, quanto ad effetti economici, coincide con la tesi che ritenga inefficace il recesso. La differenza, invece, si coglie nel rilievo per cui in caso di inefficacia l'associato dovrà continuare a versare i contributi, potendo però partecipare anche alla vita dell'ente, ovvero votare alle assemblee deliberative, ammesso che vi abbia ancora interesse, magari adottando atteggiamenti volutamente ostili a funzionamento dell'ente medesimo.

La seconda soluzione, che pure ha un fondamento testuale nell'art. 24 c.c., ci pare poco funzionale alla fisiologia dell'ente, che si troverebbe di fronte ad un associato che potrebbe creare solo disturbo, laddove invece nel primo caso verrebbe evitato il problema della possibile compromissione dello scopo fondazionale e, nel contempo, la presenza di chi non voglia più far parte dell'ente.

Che poi si possa dire che in questo modo il recedente si troverebbe in balia delle scelte economiche dell'ente, che magari deliberi su contributi in misura superiore alle attese, la risposta è che questa è un rischio connesso ad un recesso esercitato senza giusta causa e prima della scadenza dei termini; per evitarlo basta non violare gli obblighi cui ci si sia volontariamente sottomessi.

9. – È difficile formulare conclusioni in una materia di così recente formazione ed in continua espansione; è questione di tempo, inoltre, che si formi giurisprudenza anche di legittimità sui temi che abbiamo riassunto.

---

<sup>(135)</sup> Ma per la partecipazione degli enti pubblici valgono le diverse considerazioni formulate nel paragrafo precedente.

Di sicuro si può dire che la vitalità delle fondazioni è riemersa con una forza inaspettata e risponde ad esigenze di partecipazione delle capacità private e pubbliche di perseguire finalità che esorbitano le capacità separate dei due settori.

Probabilmente motore di tutto ciò è stata anche la crisi economica, che ha imposto di ripensare le sinergie necessarie per raggiungere obiettivi per i quali occorrono le competenze di entrambi; vi ha poi contribuito la tecnica notarile, pronta ad accogliere le novità nonostante i dubbi che gravano su chi si faccia carico, a proprio rischio, di dar vita a statuti che escono dai binari consueti.

Per il giurista lo stimolo è notevole: erano infatti passati 50 anni dagli ultimi sussulti che riguardavano proprio la fondazione ed il tema sembrava destinato a rimanere nell'ambito delle idee riformatrici che spingevano per cambiare la disciplina vetusta del codice o agli interessi per gli enti associativi del volontariato.

Tuttavia la vita concreta ha prevalso e si tratta solo di capire come si possa contribuire a far funzionare un motore di cambiamento ormai inarrestabile.

È stata infatti segnalata la «persistente tendenza dei soggetti del Ts a non iscriversi nei registri disponibili» <sup>(136)</sup> e non è difficile immaginare che l'enorme diffusione delle fondazioni di partecipazione probabilmente si manterrà al di fuori del c.t.s., laddove non siano ragioni economiche a spingerle diversamente <sup>(137)</sup>.

E, sono convinto, tutto ciò relegherà nel contempo le fondazioni ordinarie a strumento desueto del passato, un semplice relitto storico da studiare nei manuali.

---

<sup>(136)</sup> CONSORTI, cit., p. 76.

<sup>(137)</sup> A parte la misura molto più bassa del patrimonio monetario necessario alla costituzione, FUSARO, *La fondazioni tra gli enti del terzo settore*, cit., p. 240, segnala che «non è stata recepita la prassi amministrativa diffusa di richiedere l'imputazione del patrimonio, scorporando la parte disponibile da quella indisponibile», come fa invece, ad es., la regione Veneto (il cui d.G.R. n. 134/2017 prevede che il 50% del patrimonio minimo di € 70.000 sia destinato a costituire il «fondo patrimoniale di garanzia» e quindi «indisponibile e vincolato a garanzia dei terzi che instaurino rapporti con l'Ente»).