

PROBLEMI E PROSPETTIVE PER UNA RIFORMA DELLE ASSOCIAZIONI E DELLE FONDAZIONI DI DIRITTO PRIVATO (*)

SOMMARIO: 1. La riforma del primo libro del codice civile: *Modernisierung* o riforma di sistema? — 2. Le ragioni d'una nuova disciplina: il modificarsi del quadro normativo. — 3. Il distacco dei tipi della realtà dal modello assunto dal legislatore del '42. — 4. *Segue*: le c.d. fondazioni « di partecipazione » e il problema della « tutela » della fondazione dal fondatore o dai suoi amministratori. — 5. Talune linee per una possibile riforma.

1. — D'una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato si parla dalla metà degli anni Sessanta del secolo che si è appena concluso ⁽¹⁾. Non si tratta, pertanto, d'un tema nuovo ed è legittimo chiedersi perché, oggi più che nel passato, sia necessario ripensare le norme del codice che si rivolgono agli enti senza scopo di lucro.

Quando il problema si è posto nella riflessione e negli studi apparsi negli anni Sessanta e Settanta del Novecento, l'attenzione si era concentrata essenzialmente su due differenti piani d'indagine. Da un lato, l'incoerenza dei tipi normativi disciplinati dal legislatore corporativo rispetto ai valori proposti dalla Carta costituzionale del '48: esemplare ed emblematicamente rappresentativo di questa linea logica il filtro della pubblica utilità nel sistema del riconoscimento concessorio della personalità giuridica affidato alla burocrazia amministrativa, opzione che obbiettivamente veniva a collidere con la libertà associativa ⁽²⁾. Dall'altro, la constatazione, in punto fenomenologico, che i tipi degli enti di diritto privato proposti dalla realtà sfuggivano o comunque superavano di molto gli schemi disciplinati dal codice civile ⁽³⁾.

(*) È il testo della relazione, integrato dalle indicazioni che sono parse essenziali, presentata al convegno *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Roma, 19-20 gennaio 2005, promosso dalla Fondazione della Camera dei Deputati ed è destinato agli *Scritti in onore di V. Buonocore*.

⁽¹⁾ V. gli atti del Convegno organizzato a Roma (12-14 maggio 1966) dalla fondazione « Olivetti », dalla fondazione « Cini » e dall'Istituto Accademico di Roma, *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali*, Roma, 1967, nel quale si segnala in particolare la relazione di A. PREDIERI successivamente pubblicata con il titolo *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Riv. trim.*, 1969, p. 1117 ss.

⁽²⁾ V. in part. F. CALGANO, *Riconoscimento della personalità giuridica e discrezionalità dell'autorità governativa*, in questa *Rivista*, 1969, I, p. 46 ss. (e poi *Id.*, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca (artt. 11-35), Bologna-Roma, 1969).

⁽³⁾ Emblematico a questo riguardo il dibattito su *Fondazione e impresa*, che è il titolo sia del saggio di P. RESCIGNO apparso sulla *Riv. delle società*, 1967, p. 812 ss. (e poi in *Persona e comunità*, II [1967-1987], Padova, 1988, p. 55 ss.), che sviluppava la relazione

La proposta d'una riforma del codice nasceva, dunque, dall'esigenza di realizzare una « modernizzazione » della materia, volendo qui riprendere il lemma tedesco (*Modernisierung*, appunto) che tecnicamente indica la scelta legislativa di aggiornare il contenuto precettivo delle regole e delle fattispecie senza, tuttavia, alterare il quadro sistematico ⁽⁴⁾.

Si tratta d'un'aspirazione che è stata, almeno in parte, soddisfatta dalle regole emerse nel diritto giurisprudenziale, che hanno arricchito e completato l'ordito della trama codicistica, da subito apparsa del tutto insufficiente in particolare nella materia delle associazioni non riconosciute ⁽⁵⁾. Al contempo, le spinte alla « modernizzazione » sono state, seppure in un profilo limitato, appagate dal nuovo sistema di attribuzione della personalità giuridica riformato dal d.p.r. n. 361/2000, che ha indubbiamente liberalizzato l'accesso alla personalità giuridica e alla responsabilità limitata ⁽⁶⁾. È significativo considerare che quella riforma si è realizzata con una tecnica normativa davvero singolare — ed è una mera constatazione, avendo partecipato ai lavori preparatori di quelle norme —, atteso che le norme del codice civile sono state abrogate in virtù d'un regolamento di semplificazione amministrativa delegato all'esecutivo.

Dagli anni Ottanta e poi, soprattutto, negli anni Novanta del secolo scorso concorrenti argomentazioni sorreggono, invece, l'opzione per una riforma *di sistema*: la proposta, che si è progressivamente delineata in maniera sempre più precisa, è quella d'identificare e proporre un nuovo punto di equilibrio negli interessi regolati nella forma dell'associazione e della fondazione, che sappia essere effettivamente coerente e adeguato al ruolo socioeconomico conquistato dagli enti senza scopo di lucro ⁽⁷⁾.

presentata al Convegno di Roma ricordato alla nota 1 (*Esperienze tedesche in materia di fondazioni culturali*); sia del contributo di R. Costi apparso invece in questa *Rivista*, 1968, I, p. 1 ss. I due saggi, pur nella diversità delle soluzioni prospettate, segnano una rottura rispetto alla prospettiva sino ad allora dominante, in particolare in ordine alla necessità che la fondazione svolga attività di mera erogazione perseguendo uno scopo di pubblica utilità. La constatazione della divaricazione tra il tipo normativo e i tipi della realtà è, su un diverso piano, il risultato di un'indagine che rivolge la sua attenzione all'atteggiarsi della prassi statutaria, v. D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, p. 316 ss. (e poi Napoli, 1976, con in appendice una raccolta degli statuti delle più importanti fondazioni italiane).

⁽⁴⁾ Cfr. ad es. R. HÜTTERMANN, *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, in *ZHR*, 167 (2003), p. 35 ss.

⁽⁵⁾ Il dato è registrato da F. GALGANO, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, 2ª ed., Padova, 1996.

⁽⁶⁾ Per un commento v. M.V. DE GIORGI-G. PONZANELLI-A. ZOPPINI (a cura di), *Il riconoscimento delle persone giuridiche*, Milano, 2001.

⁽⁷⁾ Non è un caso che nell'ultimo decennio si siano avute almeno una decina di proposte, più o meno organiche, che hanno indicato nuovi approdi della disciplina codicistica, tra le più significative v. AA.VV., *Fondazioni e Associazioni. Proposte per una riforma del primo libro del codice civile*, Rimini, 1995; A. FUSARO, *La riforma del diritto delle associazioni*,

2. — Ritengo opportuno meglio precisare il senso dell'ultima affermazione e indicare per quali concorrenti ragioni oggi si avverta in maniera pressante l'esigenza di « ricodificare » i principî ordinanti la materia degli enti disciplinati nel primo libro del codice civile.

a) In primo luogo, un numero significativo di norme che il codice del '42 destinava alle associazioni e alle fondazioni non sono oggi più in vigore (artt. 12, 16, ult. comma, 17, 27, ult. comma, 33, 34, 600, 782 ult. comma). In effetti, il legislatore ha operato una sorta di riforma *per sottrazione* delle norme imperative destinate agli enti senza scopo di lucro, segnatamente attraverso la progressiva abrogazione della disciplina dei controlli (il che ha, peraltro, determinato anche talune incoerenze, basti pensare alla perdurante vigenza dell'art. 473 c.c. sull'accettazione beneficiata delle successioni devolute a favore delle persone giuridiche e degli enti non riconosciuti, ad esclusione delle società⁽⁸⁾). All'esito delle progressive amputazioni della disciplina codicistica, si è inevitabilmente perso il disegno normativo originario che aveva una sua intrinseca coerenza, senza che ad esso peraltro sia stato sostituito un nuovo progetto normativo⁽⁹⁾.

Non è un paradosso affermare che il principale elemento in qualche modo certo, identificativo della fattispecie degli enti disciplinati nel primo libro del codice civile, il vincolo di non distribuzione degli utili, si ricava sul piano sistematico *in negativo* rispetto alla fattispecie societaria e in particolare dalla regola enunciata all'art. 2247 c.c.⁽¹⁰⁾. Per il resto, le ambiguità e le incertezze interpretative sopravanzano senz'altro i punti fermi e di ciò dà testimonianza il diritto giurisprudenziale. Lo dimostra, meglio di tanti argomenti, un caso nel quale una controversia inerente alla composizione del consiglio di amministrazione ha visto contemporaneamente spogliarsi della giurisdizione sia il giudice civile sia quello amministrativo⁽¹¹⁾. E non v'è dubbio che l'effi-

in *Giur. it.*, 2000, p. 2426 ss.; G. VISINTINI (a cura di), *Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale*, Napoli, 2003; e per informazioni v. M.V. DE GIORGI, *Tra legge e leggenda: la categoria ente nel diritto delle associazioni*, in questa *Rivista*, 2004, I, p. 624 ss.

⁽⁸⁾ V. G. GABRIELLI, *L'accettazione di eredità da parte dei corpi morali*, in questa *Rivista*, 2003, I, p. 225 ss.

⁽⁹⁾ Ad es. cfr. G. PONZANELLI, *Abrogati gli artt. 600 e 786 c.c.*, *Corr. giur.*, 2000, p. 1272 ss.; U. CARNEVALI, *L'abrogazione degli artt. 600, 782 ultimo comma e 786 del codice civile*, in *I contratti*, 2000, p. 761 ss.

⁽¹⁰⁾ V. in particolare, seppure con differenze nelle proposte interpretative, G. PONZANELLI, *Le « non profit organizations »*, Milano, 1985; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995.

⁽¹¹⁾ Nel primo grado, la sentenza Trib. Voghera, 29 maggio 2001, n. 273 (G.U. Bonino, R.G. 233/2000, parti Barigozzi Uberto/Fondazione Bussolera Branca) accerta il difetto di giurisdizione; in appello App. Milano, 5 marzo 2003, n. 1870 (pres. Urbano, est. Marecotti, R.G. 3746/03, parti Barigozzi Uberto/Fondazione Bussolera Branca), riforma la sentenza di primo grado, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario e rimette la causa al Tribunale di Voghera. La sentenza del giudice amministrativo è del TAR Lombardia, sent.

cienza della *governance* degli enti senza scopo di lucro dipenda, anche e soprattutto, dalla efficacia dell'intervento giudiziale, atteso che può ritenersi superata l'idea che il rispetto dell'opzione pluralista giustifichi una tutela minorata dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali che si organizzano per uno scopo non lucrativo ⁽¹²⁾.

b) In secondo luogo, la materia degli enti senza scopo di lucro è stata oggetto d'una significativa decodificazione, in quanto si è creato, per successive stratificazioni, un corpo normativo posto fuori del codice civile, che ha legato il godimento di forme di incentivo e di esenzione fiscale all'onere di adottare modelli organizzativi predefiniti ⁽¹³⁾. È una legislazione che presenta talora incoerenze significative, in quanto l'accesso ai benefici fiscali è legato a requisiti disomogenei e non coordinati, che pertanto inevitabilmente necessiterà d'un'opera di riordino (si pensi a quanto avvenuto, parallelamente, sul versante della legislazione cooperativa, la cui disciplina della materia era del tutto fuoriuscita dal codice civile). Nel più recente dibattito si è, in particolare, posto il problema d'identificare e proporre un coerente statuto della c.d. impresa sociale, ossia un modello normativo delle attività imprenditoriali destinate a realizzare fini socialmente meritorî ⁽¹⁴⁾.

c) Parallelamente, l'intervento del legislatore ha creato una pluralità di statuti legali di enti non lucrativi, atteso che la veste formale dell'associazione e, più spesso, della fondazione è stata imposta dalla norma ⁽¹⁵⁾. Si tratta, nella più gran parte dei casi, di forme che derivano all'esito d'un processo di privatizzazione di enti pubblici: il caso più rilevante è senz'altro costituito dalle

n. 4598, 11-30 maggio 2000 (depositata il 23 giugno 2000), parti Lancellotti Ezio/Regione Lombardia/Fondazione Bussolera Branca/Cervetti (intervento *ad adiuvandum*), sul ricorso n. 2279/99, pres. Mariuzzo, est. Testori.

⁽¹²⁾ V. G. P. BARBETTA-C. SCHENA (a cura di), *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, Bologna, 2002. Sul fondamentale tema del rapporto tra intervento dei giudici e efficienza del sistema della *governance* v. R. ROMANO, *The Genius of American Corporate Law*, Washington (DC), 1993, p. 32 ss.; F. BARCA, *La riforma incompiuta del diritto societario*, in *Stato e mercato*, 2001, p. 108 ss.

⁽¹³⁾ Con riguardo al problema più generale della coerenza con il quadro costituzionale v. F. RIGANO, *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno statale nel sistema costituzionale*, Padova, 1995; per l'evoluzione della materia e per ulteriori riferimenti v. M. V. DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, in questa *Rivista*, 1999, I, p. 315 ss.

⁽¹⁴⁾ V. a questo riguardo la ricerca promossa dal GRUPPO DI LAVORO MERCATO SOCIALE DEL CNEL, *Una proposta per la disciplina dell'impresa sociale*, Roma, 2000 (la cui *Relazione introduttiva ad una proposta per la disciplina dell'«impresa sociale»* ho pubblicato in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 335 ss.); F. CAFAGGI, *L'impresa a finalità sociale*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 595 ss.; Id. (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del terzo settore*, Bologna, 2002.

⁽¹⁵⁾ Cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel sistema del diritto amministrativo*, Milano, 2003, *passim*.

fondazioni bancarie, ma gli esempi sono numerosi ⁽¹⁶⁾. In questi casi, si pone il problema dell'applicazione sussidiaria e residuale della disciplina del codice civile e dell'idoneità di tali norme a soddisfare quei problemi che lo statuto legale dell'ente ha lasciato irrisolti ⁽¹⁷⁾.

d) Nel quadro delineato, la riforma del diritto societario che si è realizzata nel 2003 costituisce un ulteriore e significativo elemento d'innovazione, sia in termini strettamente disciplinari sia in punto sistematico.

In primo luogo, le norme in materia di trasformazione c.d. eterogenea consentono di realizzare ciò che prima si riteneva precluso, ossia la modificazione causale dell'ente da non lucrativo in lucrativo e vice versa (v. gli artt. 2500 *septies* s. c.c.) ⁽¹⁸⁾. Il che, evidentemente, porta ad interrogarsi sul senso da attribuire al vincolo di non distribuzione degli utili e del supero netto al momento della liquidazione dell'ente: si tratta, infatti, di verificare se questa opzione del legislatore abbia cancellato o attenuato la scelta di sottrarre i risultati dell'attività al potere dispositivo dei soci (o della componente personale della fondazione).

Più in generale, la riforma del diritto societario pone per le associazioni e per le fondazioni delicati problemi di ordine interpretativo e sistematico, atteso che la carente disciplina dettata nel primo libro dal codice civile era integrata, soprattutto nelle operazioni del diritto giurisprudenziale, facendo analogicamente appello alle norme generali previste per le persone giuridiche, disciplina che veniva tratta da quella riservata alle società di capitali e in particolare alla società per azioni ⁽¹⁹⁾. Si pensi, per limitarci solo ad un esempio,

⁽¹⁶⁾ V. il numero monografico de *Il ponte*, 2003, n. 5, dal titolo *Fondazioni bancarie tra autonomia privata e guida pubblica* curato da L. Torchia; per una documentazione v. *Le fondazioni in Italia. Libro bianco*, a cura del Consiglio italiano per le Scienze Sociali, novembre, 2002. Sull'assetto normativo che si è determinato per effetto delle pronunce della Corte cost., 29 settembre 2003, nn. 300 e 301, v. in particolare G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine bancaria nell'«ordinamento civile»: alla ricerca del corretto equilibrio tra disciplina pubblica e autonomia privata*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1576 ss.; M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Fondazioni bancarie ultimo approdo?*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2003, p. 1264 ss.

⁽¹⁷⁾ V. su taluni aspetti v. G. MARASÀ, *Fondazioni, privatizzazioni e impresa: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, *Diritto privato*, Milano, 1998, p. 457 ss.; M. BASILE, *Sono davvero fondazioni le casse di previdenza dei liberi professionisti trasformate in «fondazione»?*, in *Nuova. giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 103 ss.; A. DI MAIO, *Le Neo-fondazioni della lirica: un passo avanti e due indietro*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 114 ss.; E. FRENI, *La trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 1110 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia statutaria nelle fondazioni di origine bancaria*, in *Banca, Borsa, Tit. di cred.*, 2000, II, p. 399 ss.

⁽¹⁸⁾ V. A. FUSARO, *Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee ed altre interferenze della riforma del diritto societario sul «terzo settore»*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 294 ss.

⁽¹⁹⁾ In part. v. A. FUSARO, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, 1991; per una rassegna delle problematiche interpretative emerse per quanto concerne la fondazione v. G. IORIO, *Le fondazioni*, Milano, 1997.

all'identificazione della struttura corporativa quale presupposto necessario per ottenere la limitazione della responsabilità patrimoniale, principio tramontato ormai per le società organizzate su base capitalistica e che, evidentemente, deve considerarsi del tutto superato anche nella materia delle associazioni e delle fondazioni ⁽²⁰⁾.

3. — Un discorso diverso da quello che si è sin qui svolto, riguarda il modificarsi dei contenuti sociali ed economici sottesi alle fattispecie disciplinate nel codice, che appaiono in molti casi incoerenti con il tipo normativo dell'associazione e della fondazione considerata dal codice civile del '42, ossia con il modello che il legislatore storico ha visualizzato quale antecedente della disciplina ⁽²¹⁾. Si tratta, come si è già detto, d'un aspetto da tempo all'attenzione degli interpreti, ma che senz'altro ha tratto rinnovato alimento proprio dalle iniziative legislative che sono state ricordate nonché dal rilevante aumento quantitativo di enti senza scopo di lucro che si è registrato nel nostro Paese dall'inizio degli anni Novanta ⁽²²⁾.

Non vi è dubbio che il centro di gravitazione della disciplina codicistica è la destinazione altruistica dei risultati che derivano dall'amministrazione statica di un patrimonio: il legislatore corporativo pensava, in sostanza, ad enti dediti alla cura di interessi pubblici, che traevano « frutti » dall'amministrazione di patrimoni « donati o lasciati » in eredità (si cfr. esemplificativamente gli artt. 21, 17, 28, 32 c.c.). In effetti, la riflessione della dottrina civilistica nell'Ottocento e nei decenni che precedono la redazione del secondo codice unitario ruota intorno alle liberalità a favore degli enti non lucrativi e ai controlli pensati per prevenire la manomorta immobiliare. I corpi intermedî tra lo Stato e il cittadino, e così pure la destinazione di un patrimonio allo scopo, erano sembrati al legislatore borghese educato alla dottrina liberale classica incompatibili con il programma politico volto a favorire la libera circolazione e il razionale sfruttamento della ricchezza ed avevano, semmai, evocato il ricordo di istituti cancellati dalla rivoluzione borghese: esemplare manifesto di quelle idee si legge nelle pagine di Turgot dettate per l'*Encyclopédie* di Diderot e D'Alembert alla voce *Fondation* ⁽²³⁾. Da quel dibattito erano derivate le

⁽²⁰⁾ Su questi problemi si v. per il diritto delle società M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in P. BENAZZO-S. PATRIARCA-G. PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, p. 35 ss.

⁽²¹⁾ Sull'identificazione del tipo normativo e sul conseguente raffronto con i tipi della realtà v. in particolare G. ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, VIII, Padova, 1985, p. 19 ss.

⁽²²⁾ Cfr. N. ZAMARO, *Istituzioni non profit: forme organizzative e caratteri di base per la misurazione quantitativa*, in G. VISINTINI (a cura di), *Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale*, cit., p. 19 ss.

⁽²³⁾ R.J. TURGOT, *Fondation. Article de l'Encyclopédie* (VII, 1757), in G. SCHELLE (a cu-

norme sull'autorizzazione agli acquisti, sulla capacità di accettare eredità o legati, la disciplina della fondazione istituita per testamento, le regole in materia di comitati ⁽²⁴⁾.

Oggi il problema fondamentale è quello che riguarda la *disciplina* che accompagna l'esercizio di attività economiche e segnatamente imprenditoriali da parte degli enti non lucrativi.

Non si tratta più, infatti, di dimostrare che le associazioni e le fondazioni possano esercitare attività di impresa: è una conclusione ormai del tutto pacifica che il nostro sistema registri la « despecializzazione » delle forme giuridiche rispetto all'impresa e così pure può considerarsi un dato « scontato » la compatibilità tipologica tra associazioni e fondazioni e l'esercizio di attività economiche imprenditoriali ⁽²⁵⁾.

Parimenti, è del tutto scontato che l'assenza dello scopo di lucro debba intendersi nel senso della preclusione di un lucro *soggettivo* ossia nel divieto di distribuire utili, sì che la compatibilità causale tra l'esercizio di attività imprenditoriali e l'assenza di un lucro *soggettivo* è data dal fatto che gli utili imprenditorialmente prodotti sono destinati conformemente al paradigma causale dell'ente (con la pratica conseguenza che ben possono ammettersi anche gruppi di società al cui vertice si pone un'associazione o una fondazione) ⁽²⁶⁾.

I problemi vertono, invece, su taluni profili della disciplina destinata a trovare applicazione. In questa logica, non può dubitarsi che solo nella società di capitali sia compiutamente regolato l'esercizio in forma collettiva dell'impresa, in ciò diversamente dagli enti senza scopo di lucro ove l'organizzazione dei poteri sociali non è pensata in relazione allo svolgersi di attività economiche. Si pensi, ad esempio, al problema dell'incidenza delle perdite sul netto patrimoniale cui si collega la limitazione della responsabilità patrimoniale, ai poteri di controllo riconosciuti ai soci e al giudice, così come ai problemi con-

ra di), *Oeuvre de Turgot*, I, Paris, 1913, p. 593 (ma leggilo anche in M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris, 1980, p. 351).

⁽²⁴⁾ V. in particolare H. KIEFNER, *Das Städel'sche Kunstinstitut. Zugleich zu C.F. Mühlendorfs Beurteilung eines berühmten Rechtsfalles*, in *Quaderni fiorentini*, 1982-83, p. 339 ss.; R. SCHULZE, *Historischer Hintergrund des Stiftungsrechts*, in *Entwicklungstendenzen im Stiftungsrecht*, Frankfurt am M., 1987, p. 8 ss.

⁽²⁵⁾ P. SPADA, voce « Impresa », in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., VII, s.d., ma Torino, 1992, p. 32 ss. e in part. p. 69 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività di impresa*, in questa *Rivista*, 1994, II, p. 581 ss. Cfr. tuttavia R. DI RAIMO, *Le associazioni non riconosciute*, Napoli, 1995.

⁽²⁶⁾ G.B. PORTALE, *Fondazioni « bancarie » e diritto societario*, testo dell'intervento svolto alla Tavola rotonda organizzata dall'Accademia Nazionale dei Lincei su *Le fondazioni di origine bancaria: problemi e prospettive* (Roma, 26 novembre 2004), in corso di pubblicazione per i tipi della *Riv. soc.*; F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società. Trattato* diretto da F. Galgano, Torino, 2001, p. 193 ss.; volendo cfr. anche il mio *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 164 ss.

nessi alla pubblicità e alla tenuta delle scritture contabili ⁽²⁷⁾. Parimenti, si discute se e in che modo possa darsi rilievo, sul piano della disciplina applicabile, al fatto che l'impresa esercitata dall'ente non lucrativo sia (*o non*) ausiliaria e strumentale al conseguimento dello scopo sociale ⁽²⁸⁾.

Quanto ai problemi di politica del diritto che si agitano, la domanda frequentemente posta è se possano giustificarsi *più* nozioni di impresa, e in particolare se il settore *non profit* richieda, o meno, una nozione d'impresa diversa da quella elaborata sul versante societario. Una risposta affermativa a quest'ultimo quesito è sovente sollecitata, poiché anche il terzo settore (così come il primo settore per l'impresa pubblica e il secondo settore con l'impresa commerciale) ambisce ad ottenere una propria autonoma disciplina dell'esercizio di attività imprenditoriali. Al contrario, accertato che sia gli enti lucrativi sia quelli non lucrativi competono nello stesso mercato, è evidente che si deve verificare sul piano normativo se tali enti debbano essere assoggettati alle medesime regole — come sono propenso a ritenere — ovvero a regole diverse ⁽²⁹⁾.

4. — Il secondo dato cui merita prestare attenzione consiste nel fatto che vi è un progressivo avvicinamento sul piano strutturale tra l'associazione e la fondazione, fenomeno talora indicato come « ibridazione » del tipo associativo e fondazionale. Si parla appunto di fondazioni « associative » ovvero con un termine invalso nell'uso, ma che trovo concettualmente fuorviante, di fondazioni « di partecipazione ». Si tratta in sostanza di constatare che sempre più frequentemente sono costituite fondazioni dotate d'un'organizzazione simile a quella dell'associazione e, in concreto, caratterizzate dalla presenza dell'assemblea, cui sono statutariamente attribuiti taluni poteri di governo dell'ente e segnatamente il compito di nominare gli amministratori ⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ Merita su questo punto essere particolarmente segnalata l'indagine di A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003.

⁽²⁸⁾ Tema sul quale v. in particolare P. FERRO-LUZZI, *Imprese strumentali - profili di sistema*, testo dattiloscritto della relazione presentata al convegno su *Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria*, tenutosi ad Argelato (Bologna), il 23 aprile 2004, che la cortesia dell'Autore mi ha consentito di leggere.

⁽²⁹⁾ P. MARCHETTI, *Spunti su enti non profit e disciplina del mercato*, in *Studi in onore di G. Cottino*, I, Padova, 1997, p. 99 ss.; cfr. volendo anche il mio *Enti non profit ed enti for profit: quale rapporto?*, in L. BRUSCUGLIA-È. ROSSI (a cura di), *Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organizzazioni non lucrative di utilità sociale* (Pisa, 27-28 marzo 1998), Milano, 2000, p. 157 ss.; H.B. HANSMANN, *The Evolving Law for Nonprofit Organizations: Do Current Trends Make Good Policy*, estratto dalla *Case Western Reserve Law Rev.*, 39 (1989), p. 807 ss. Del pari si pongono problemi inerenti alla disciplina anticoncorrenziale e agli aiuti di stato, quando il beneficio fiscale di cui gode l'ente non lucrativo si riversa a favore dell'impresa cfr. C. ARMBRÜSTER, *Der Dritte Sektor als Teilnehmer am Markt: auf Privilegierung gemeinnützigen Handels im Privatrecht*, in *Non profit Law Yearbook 2000*, a cura di H. Kötz et al., Köln, 2003, p. 87 ss. e F. ENGELSING, *Dritter Sektor und Kartellrecht*, *ivi*, p. 105 ss.

⁽³⁰⁾ D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali*, cit., in particolare nota 14 a p. 303 e *Id.*, *Gli*

Il tema, in realtà, registra un equivoco che è opportuno chiarire.

Il legislatore del '42 non ha proposto per la fondazione un assetto strutturale rigido così come ha fatto per l'associazione riconosciuta, con la conseguenza che con la fattispecie disegnata dal legislatore ben compatibile sia il caso in cui la fondazione abbia un unico amministratore (che può coincidere con lo stesso fondatore), sia il caso in cui la fondazione abbia adottato una struttura più complessa ed eventualmente simile a quella associativa: si pensi, ad esempio, alle fondazioni fondi pensione. Di conseguenza, ha un valore conoscitivo molto limitato e marginale, sul piano delle ricadute normative e disciplinari, l'esercizio scolastico di inventariare possibili modelli di fondazione.

Discorso concettualmente e normativamente diverso, invece, quello che concerne la compatibilità tipologica nel rapporto tra la destinazione patrimoniale e il substrato personale o, detto in altri e più semplici termini, sino a che punto sia possibile attribuire poteri di governo e di indirizzo della fondazione agli amministratori e se tale potere possa spingersi sino a sciogliere l'ente o modificarne lo scopo.

Si tratta d'un problema talora rappresentato nei termini dell'*abuso* quando nella situazione concreta siano sconfessati e contraddetti i tratti che qualificano la forma giuridica adottata. E, indubbiamente, abusive possono essere le ingerenze del fondatore nell'amministrazione della fondazione, tanto da sollecitare — in una logica inaccessibile a chi non prenda atto dei mutamenti intervenuti — il problema della « tutela » della fondazione dal soverchiante influsso del fondatore « vivente » ⁽³¹⁾.

Il problema, visto in una prospettiva giusrealistica, è se abbia senso conservare la divaricazione tra associazione e fondazione ovvero se non si tratti — come pure taluno ha detto — d'una distinzione superata: risulta evidente, infatti, che chi acceda all'idea di riconoscere al substrato personale della fondazione il potere di modificare lo scopo dell'ente (o di scioglierlo) perde qualsiasi possibilità di identificare e distinguere, sul piano della fattispecie, una fondazione da un'associazione.

La scelta favorevole a superare ogni distinzione tra la fondazione e l'associazione non costituisce tuttavia un progresso e un'autentica semplificazione

enti del primo libro del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, p. 23 ss., in part. p. 47. Non si tratta, peraltro di un tema nuovo atteso che la dottrina meno recente aveva registrato l'incerta collocazione di alcuni fenomeni organizzativi e la distinzione tra « corporazioni a tipo istituzionale » e « istituzioni a struttura corporativa » già presente nella dottrina tedesca dell'ottocento, v. F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, rist. della 2ª ed., in *Trattato di diritto civ. italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1958, p. 131 s., con prevalente riguardo alle ipotesi d'istituzione coattiva o obbligatoria e, perciò, in un senso in parte diverso da quello in cui esso inteso dalla dottrina più recente. Cfr. anche KAR. SCHMIDT, *Stiftungswesen — Stiftungsrecht — Stiftungspolitik*, Köln, 1987, in particolare pp. 7 e 31.

⁽³¹⁾ A questa impostazione è legata specificamente la ricerca di K. JESS, *Das Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung*, Kiel, Diss., 1991.

ne, atteso che chi costituisce una fondazione promette di non modificare a propria discrezione lo scopo dell'ente e, in questo dato, può senz'altro ravvisarsi un elemento determinante i rapporti tra la fondazione medesima e i terzi (in concreto per chi dona ad una fondazione non è indifferente sapere a che condizioni possa essere modificato lo scopo sociale, sciolto l'ente ovvero trasformato in una società lucrativa).

5. — Al fine di riflettere sugli obiettivi e sulle finalità d'una riforma che ambisca a ridefinire in radice il sistema delle associazioni e delle fondazioni, è preliminarmente necessario rispondere ad una duplice domanda (mentre ho appena risposto affermativamente al senso d'una perdurante distinzione tra associazioni e fondazioni):

a) se debba preservarsi un ruolo al vincolo di non distribuzione degli utili, come criterio identificativo e caratterizzante gli enti senza scopo di lucro;

b) quale ruolo assolvano le norme imperative e a quale criterio debba essere « agganciato » l'esercizio dell'autonomia statutaria.

I due interrogativi giustificerebbero un'indagine che in queste pagine non è evidentemente agevole e mi limito, pertanto, ad indicare solo talune tra le possibili linee di riflessione ⁽³²⁾.

Una moderna riforma del diritto delle associazioni e delle fondazioni deve muovere dalla considerazione che gli enti *non profit* si affermano in particolare quando si registra un *fallimento del mercato*, ossia là dove il contratto, e i rimedi ad esso legati, non è idoneo a tutelare i contraenti, perché l'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto impedisce prima di valutare comparativamente le offerte presenti sul mercato e, poi, di verificare l'esattezza dell'adempimento. Ciò accade, esemplarmente, per le prestazioni erogate per finalità altruistiche, in cui non è dato identificare il grado di soddisfazione del beneficiario; per le prestazioni insuscettibili di essere apprezzate sul piano qualitativo, come nei servizi di assistenza alla persona; là ove non può accertarsi l'effettivo impiego della controprestazione, si pensi alle imprese museali; quando il risultato dell'attività sociale è insuscettibile di godimento esclusivo, come nel caso della produzione di beni di cui fruisce l'intera collettività (si pensi alla ricerca scientifica) ⁽³³⁾.

In tutti questi casi, la forma *non profit* offre implicitamente a quanti finanziano direttamente l'ente — sotto forma di contributi associativi o di liberalità, e/o acquistandone i servizi — la garanzia che la qualità del prodotto fi-

⁽³²⁾ Per una riflessione teorica sul tema v. H. HANSMANN, *La proprietà dell'impresa*, Bologna, 2005.

⁽³³⁾ V. in particolare H.B. HANSMANN, *Reforming Non Profit Corporations Law*, in *University of Pennsylvania Law Rev.*, 129 (1981), p. 490 ss.; Id., *The Role of Nonprofit Enterprise*, in S. ROSE-ACKERMAN (a cura di), *The Economics of Nonprofit Institutions*, New York-Oxford, 1986, p. 57 ss.

nale non è sacrificata al personale guadagno di chi quell'iniziativa ha intrapreso o amministra ⁽³⁴⁾.

Un secondo ordine di considerazioni da cui è necessario muovere, riguarda il fatto che la causa non lucrativa viene adottata per realizzare finalità intrinsecamente eterogenee, sia in termini socioeconomici sia quanto alla obbiettiva meritevolezza sociale: sono enti senza scopo di lucro sia l'associazione sportiva che riserva le proprie prestazioni ai soli associati, sia l'associazione di volontariato che destina integralmente la propria attività ai soggetti bisognosi; sia la fondazione di famiglia, che si rivolge alla ristretta cerchia di soggetti legati da vincoli di parentela, sia la fondazione che esercita un'impresa assistenziale e ospedaliera.

A questo riguardo, la riforma del diritto delle società lucrative e così pure delle società cooperative compiutamente dimostra che una maggiore o minore inderogabilità strutturale discende direttamente dal tipo di interessi coinvolti, quali sono la natura « aperta » o « chiusa » della compagine sociale, il modo in cui la società opera nel mercato dei capitali e si procura il capitale di rischio e di debito, il maggiore o minore grado di meritevolezza sociale dell'azione imprenditoriale (com'è per l'articolazione che discende dalla prevalenza dello scambio mutualistico, ai sensi degli art. 2512 ss. c.c.) ⁽³⁵⁾.

Questo dato, a mio parere, dev'essere valorizzato anche dal legislatore degli enti senza scopo di lucro, qualora intenda por mano ad una riforma organica del codice, in particolare articolando le norme inderogabili in ragione degli interessi coinvolti ⁽³⁶⁾. Una più accentuata autonomia statutaria (che nelle associazioni può implicare, ad esempio, la discriminazione dei sessi nell'accesso e l'adozione di un modello di gestione non paritario quanto al potere assegnato ai soci ^[37]) è giustificata là dove si tratti di enti senza scopo di lucro che realizza-

⁽³⁴⁾ Per uno sviluppo di questo modello nella letteratura italiana v. in particolare G. PONZANELLI, *Le « non profit organizations »*, cit., *passim*; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, cit., p. 29 ss.; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 33 ss.

⁽³⁵⁾ Sui profili teorici sottesi a quest'analisi v. esemplarmente C. ANGELICI, *Diritto societario*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, a cura di P. GROSSI, Milano, 1997, p. 41 ss., e Id., *Le basi contrattuali della società per azioni*, in Id.-G.B. FERRI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 300 ss.; J. KÖNDGEN, *Die Relevanz der ökonomischen Theorie der Unternehmung für rechtswissenschaftliche Fragestellungen - ein Problemerkatalog*, in C. OTT-H.-B. SCHÄFER (a cura di), *Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts*, Heidelberg, 1993, p. 128 ss.; per le società cooperative D. PREITE, *Modificazioni dell'ordinamento sulle imprese cooperative al fine di favorirne le funzioni di efficienza ed equità sociale*, in E. GRANAGLIA-L. SACCONI (a cura di), *Cooperazione, benessere e organizzazione economica*, Milano, 1992, p. 241 ss.

⁽³⁶⁾ Utili spunti possono trarsi da H. HANSMANN, *A Reform Agenda for the Law of Non-profit Organizations*, dattiloscritto predisposto per l'*American Law Institute*.

⁽³⁷⁾ Nel senso dell'ammissibilità v. A. PACE, *I circoli privati tra libertà di associazione e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3293 ss.

no interessi pur sempre collettivi ma essenzialmente « privati » (o, volendo adottare l'espressione dei giuristi americani, *private benefit*). Al contrario, una maggiore eteronomia si giustifica in relazione all'affidamento collettivo e alle aspettative che l'attività svolta è idonea a suscitare. Un indizio in questo senso e una conferma sul piano sistematico si può trarre proprio dalla disciplina della trasformazione eterogenea all'art. 2500 *octies* c.c., ove si prevede che la trasformazione « non è comunque ammessa per le associazioni che abbiano ricevuto contributi pubblici oppure liberalità e oblazioni del pubblico »; e lo stesso vale, evidentemente, per le fondazioni in cui la trasformazione deve essere prevista nell'atto costitutivo e disposta dall'autorità governativa.

In particolare, il dato discrezionale cui fare riferimento non è quello meramente dimensionale, che pure può essere significativo, quanto ritengo debba guardarsi essenzialmente a cinque aspetti funzionalmente caratterizzanti l'attività dell'ente senza scopo di lucro; segnatamente si deve verificare:

a) se l'associazione o la fondazione riceve donazioni ovvero si procura il patrimonio facendo appello a pubbliche sottoscrizioni;

b) se l'ente si assoggetta volontariamente ad un regime fiscale speciale o di favore, qual è quello delle fattispecie agevolate e in prospettiva dell'impresa sociale;

c) se l'ente svolge attività d'impresa commerciale;

d) se decide di fare ricorso al mercato di capitali, secondo modelli tuttora allo studio che possono condensarsi nella formula della sottoscrizione di un capitale di debito « forte » (ovvero nella proposta, che ritengo meno condivisibile, del « dividendo sociale », ossia di una contenuta remunerazione degli associati) ⁽³⁸⁾;

e) un ultimo connotato che può acquistare un rilievo tipologico, è il fatto che l'ente realizza forme di integrazione dell'azione privata con la tutela di interessi pubblici (si pensi, ad esempio, alle associazioni dei consumatori e degli utenti disciplinate dalla l. 30 luglio 1998, n. 30) ⁽³⁹⁾.

In questi casi appare giustificato un irrigidimento strutturale, penso almeno all'articolazione nelle competenze degli organi (d'indirizzo, di amministrazione e controllo), all'adozione del metodo democratico, alla previsione di regole e procedure sulla turnazione degli amministratori, all'imposizione di obblighi contabili e di bilancio ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ V. in particolare L. CAVALAGLIO, *Proposte in tema di finanziamento dell'impresa sociale*, in GRUPPO DI LAVORO MERCATO SOCIALE DEL CNEL, *Una proposta per la disciplina dell'impresa sociale*, cit., p. 156 ss.

⁽³⁹⁾ Il tema può collegarsi, nell'analisi dei tipi reali in cui si concretizza la fattispecie associativa, al discorso svolto da G. NAPOLITANO, *Le associazioni private « a rilievo pubblico »*, estratto dalla *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 583 ss.; più in generale sul rapporto tra disciplina e tipi reali sussunti dalla fattispecie associativa v. segnatamente l'*Habilitationschrift* di G. TEUBNER, *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung. Rechtsmodelle für politisch relevante Verbände*, Tübingen, 1978.

⁽⁴⁰⁾ Su quest'ultimo punto v. ad es. M. BECKER, *Verwaltungskontrolle durch Gesell-*

Parimenti, può essere opportuno verificare se si giustifichi un potenziamento delle tecniche di tutela basate sulla *voice* ⁽⁴¹⁾, il che significa accrescere i poteri del singolo associato e così pure prevedere poteri individuali e/o collettivi di tutela assegnati ad una minoranza di soci. In particolare, negli enti che potremmo definire — ancora con la terminologia anglo-americana — *public benefit*, un ruolo rilevante deve essere assolto dagli obblighi fiduciari che incombono sugli amministratori ⁽⁴²⁾.

Mettere in esponente la centralità degli obblighi fiduciari degli amministratori impone, evidentemente, di precisare chi può agire per chiederne il rispetto, quali sono gli strumenti di tutela a disposizione degli attori, quali infine i poteri costitutivi del giudice ⁽⁴³⁾. Si tratta d'una suggestione che ci deriva in particolare dal dibattito sulla *corporate governance* che si è sviluppato in altri ordinamenti: il modello senz'altro più significativo cui fare riferimento è quello che, al fine di garantire l'implementazione dei doveri fiduciari, assegna al giudice il potere di assumere provvedimenti atipici a fronte (anche) di comportamenti materiali che non si traducano in una formale deliberazione ⁽⁴⁴⁾ (ma qui sarebbe necessario interrogarsi — e non è possibile farlo in questa sede — se i nostri giudici sono pronti ad esercitare questi poteri così come fa la giurisprudenza di *common law*).

ANDREA ZOPPINI

Prof. ord. dell'Università di Roma Tre

schafterrechte, Tübingen, 1997; cfr. anche, seppure in una prospettiva in radice diversa, M. DELL'UTRI, *Potere e democrazia nei gruppi privati*, Napoli, 2000.

⁽⁴¹⁾ Faccio riferimento, com'è ovvio, alle categorie di A.O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty*, Cambrige (Mass.)-London, 1970.

⁽⁴²⁾ Per uno spaccato del dibattito americano v. R. ATKINSON, *Unsettled Standing: Who (Else) Should Enforce the Duties of Charitable Fiduciaries?*, in *J. Corp. Law*, 23 (1998), p. 655 ss.

⁽⁴³⁾ Un'efficace sintesi del tema è proposta da M. LUTTER, *Die Funktion der Gerichte im Binnenstreit von Kapitalgesellschaften — ein rechtsvergleichend Überblick —*, in *ZGR*, 1998, p. 191 ss. (e dello stesso autore v. anche *Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme*, in *ZHR*, 162 [1998], p. 164 ss.).

⁽⁴⁴⁾ Un modello significativo è quello inglese, v. C.A. RIDLEY, *Contracting Out of Company Law: Section 459 of the Companies Act 1985 and the Role of the Courts*, in *Modern Law Rev.*, 55 (1992), p. 782 ss.

