



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali

Corso di Dottorato di Ricerca in Diritto internazionale e diritto privato e del
lavoro

XXXVI° CICLO

LA FONDAZIONE PRIVATA

Coordinatore: Ch.ma Prof.ssa Arianna Fusaro

Supervisore: Ch.mo Prof. Stefano Delle Monache

Dottorando: Luca Cunial

LUCA CUNIAL
LA FONDAZIONE PRIVATA

SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO I

IL MODELLO DI FONDAZIONE DEL C.C. DEL 1942

1.1 La persona giuridica. Evoluzione di un concetto.....	5
1.2 Le persone giuridiche nello Stato unitario.....	16
1.3 Il codice civile del 1942.....	22
1.4 Il modello di fondazione accolto dal c.c.: la fondazione c.d. “di mera erogazione”	26
1.5. Il contenuto dell’atto di fondazione.....	29
1.6 Il riconoscimento della fondazione.....	34
1.7 L’organo amministrativo e i controlli governativi sulla vita dell’ente.....	37
1.8 La fondazione di famiglia e i dubbi sulla sua ammissibilità	43

CAPITOLO II

LA STIFTUNG NELL’ESPERIENZA DEL DIRITTO AUSTRIACO E TEDESCO

2.1 L’evoluzione del diritto delle fondazioni austriaco e tedesco.....	47
2.2 Lo scopo della <i>Stiftung</i> . La <i>Familienstiftung</i>	58
2.3 La <i>reine Stiftung für den Stifter</i>	70
2.4 La <i>Selbstzweckstiftung</i>	74
2.5 Il patrimonio. La <i>Unternehmensstiftung</i>	79
2.6 L’organizzazione della <i>Stiftung</i>	83
2.7 La <i>Widerruf</i> dell’atto costitutivo.....	95
2.8 La modifica dello statuto della <i>Stiftung</i>	98
2.9 La <i>Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts</i> del 2021	106

CAPITOLO III

L'EVOLUZIONE DELLA FONDAZIONE NEL DIRITTO ITALIANO

3.1 Le 'comunità intermedie' nel nuovo assetto delineato dalla Costituzione	111
3.2 Il principio di sussidiarietà c.d. orizzontale ex art. 118, co. 4, Cost.	117
3.3 La previsione di organi ulteriori. La c.d. fondazione di partecipazione	120
3.4 Fondazione ed esercizio di attività d'impresa	124
3.5 Il (nuovo) procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica: il d.P.R. n. 361 del 2000	128
3.6 L'attenuazione della strumentalità dell'organo amministrativo	133
3.7 Il d.lgs. n. 117 del 2017 (c.d. "Codice del Terzo Settore")	137
3.8 La Fondazione del Terzo settore	145

CAPITOLO IV

LA FONDAZIONE "DI DIRITTO COMUNE" COME STRUMENTO PER LA TRASMISSIONE DELLA RICCHEZZA FAMILIARE

4.1 La tesi sulla necessaria 'pubblica utilità' dello scopo della fondazione disciplinata nel Libro I del codice civile: critica	149
4.2 I riflessi della disciplina del CTS sulla fondazione di diritto comune. Un possibile esito interpretativo	158
4.3 La devoluzione del patrimonio residuo	161
4.4 La successione necessaria e la quota di legittima 'in natura'	167
4.5 L'assoggettabilità dell'atto di dotazione all'azione di riduzione	170
4.6 La tutela dei legittimari nell'attuale quadro di valori costituzionali	178
4.7 Uno sguardo alla disciplina dell' <i>Erbrecht</i> (cenni)	183
CONCLUSIONI	187
BIBLIOGRAFIA	195

INTRODUZIONE

Con il presente lavoro di ricerca si cercherà di rispondere al quesito se la fondazione disciplinata nel Libro I del codice civile possa rappresentare un valido strumento per la trasmissione e la conservazione della ricchezza all'interno del nucleo familiare.

Com'è noto, infatti, in passato la risposta a tale interrogativo è stata per lo più negativa, essendo prevalsa l'impostazione secondo cui tale ente non solo non avrebbe dovuto perseguire – al pari della associazione – uno scopo lucrativo, bensì – in positivo – avrebbe dovuto necessariamente realizzare uno scopo di pubblica utilità.

Invero il legislatore, anche sulla scorta di ideologie ormai passate – specie quella di stampo liberista – si approssiava con una certa diffidenza nei confronti del nostro istituto, ritenuto responsabile di provocare la progressiva immobilizzazione di patrimoni via via più consistenti, tanto che lo stesso aveva finito per essere equiparato al fedecommesso, risultando di conseguenza soggetto a tutti gli stringenti limiti fissati in relazione a quest'ultimo.

Da qualche tempo, però, la fondazione sembra conoscere una 'nuova giovinezza', testimoniata peraltro dal sempre più ampio ricorso nella prassi – non solo in ambito nazionale – a tale forma di modello organizzativo.

Si prenderanno le mosse, nel primo capitolo, dalla ricostruzione del modello di fondazione avuto a mente dal legislatore del codice del 1942, ovvero quello della fondazione c.d. "di mera erogazione", al fine di individuarne gli essenziali tratti caratteristici.

Viene dunque esaminato il contenuto indefettibile dell'atto di fondazione, l'articolazione della struttura organizzativa dell'ente, così come il sistema di riconoscimento della personalità giuridica delle persone giuridiche private all'epoca vigente.

Nel secondo capitolo, viene invece analizzata l'esperienza che l'istituto della fondazione (*Stiftung*) ha registrato in ordinamenti giuridici tradizionalmente al nostro affini, ovvero quello tedesco e austriaco.

Considerato che il nostro legislatore, nel dettare la disciplina in materia di persone giuridiche, si è manifestamente ispirato ai principi fatti propri dal *Bürgerliches Gesetzbuch*, il ricorso al metodo comparatistico, preso atto della analoga matrice, potrà fornire preziosi spunti all'interprete di diritto nazionale, anche al fine di verificare se gli esiti e le conclusioni conseguiti oltralpe – in ragione soprattutto della profonda attenzione *ivi* dedicata alla presente tematica – possano essere, *mutatis mutandis*, replicati nell'ambito del nostro ordinamento giuridico.

Lo studio dell'esperienza austriaca, invece, si rivela particolarmente interessante in ragione della introduzione, nel 1993, della *Privatstiftungsgesetz*, legge volta ad apprestare uno strumento – la *Privatstiftung* o fondazione privata, per l'appunto – attraverso il quale perseguire finalità anche di natura privata, con la possibilità per il fondatore di riservarsi penetranti poteri di revoca o modifica dell'atto costitutivo

Si procederà quindi, nel terzo capitolo, all'analisi della evoluzione che l'istituto della fondazione ha conosciuto nell'ambito del nostro ordinamento giuridico.

Invero, con l'entrata in vigore, nel 1948, della Costituzione repubblicana, l'atteggiamento del legislatore nei confronti dei corpi intermedi a carattere non esclusivamente economico ha conosciuto un completo ribaltamento di prospettiva: non più ostacolo all'altrimenti diretto rapporto Stato–sudditi, dunque, ma “formazioni sociali” – secondo la lettera dell'art. 2 Cost. – ove si svolge, e si eleva, la personalità del singolo.

Tale mutamento di prospettiva ha conosciuto, peraltro, un ulteriore – e dirompente – passaggio qualitativo: in occasione della riforma del Titolo V, Parte Seconda, della Costituzione, infatti, è stato aggiunto all'art. 118 Cost. un nuovo quarto comma, recante il principio di sussidiarietà orizzontale.

Non solo non più osteggiati, ma tutelati ed anzi finanche favoriti, nella realizzazione, in concorso con gli enti pubblici, di attività riferibili all'intera collettività.

Tutto ciò ha comportato talune conseguenze a livello di normazione primaria: si pensi, per fare un esempio, al nuovo art. 1, co. 3, d.P.R. n. 361/2000, in materia di riconoscimento delle persone giuridiche private, il quale si limita a prescrivere che lo scopo da queste perseguito deve essere "lecito e possibile".

Nella prassi si è invece assistito ad un progressivo discostarsi dal modello della fondazione di mera erogazione: con la previsione di organi ulteriori rispetto a quello amministrativo, ricalcati sul modello del fenomeno associativo; in ragione del possibile svolgimento, da parte degli enti del Libro I, di attività d'impresa; per l'attenuarsi della strumentalità che tradizionalmente caratterizzava l'organo amministrativo della fondazione.

Da ultimo, non può non essere menzionata la recente promulgazione del Codice del Terzo Settore, per effetto del d.lgs. n. 117/2017, che introduce la Fondazione del Terzo Settore, ente rispetto al quale si prevede espressamente – a differenza che per la fondazione disciplinata dal codice civile – il necessario perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale.

Nel quarto e ultimo capitolo si esaminerà quindi se, per effetto di tutto ciò, la fondazione di diritto comune si sia definitivamente affrancata dalla necessità di perseguire uno scopo di interesse generale, per poter essere utilizzata anche per la realizzazione di finalità di natura prettamente privata, come, per l'appunto, quella di conservare e trasmettere la ricchezza all'interno di un certo nucleo familiare.

Verrà dunque vagliato il tradizionale accostamento operato tra fondazione e fedecommesso, così come la condizione giuridica in cui vengano a trovarsi i beni trasferiti ad una fondazione, principali problemi che sembrano essere d'ostacolo ad un più liberale utilizzo della fondazione.

Infine, nell'ipotesi che pure nel nostro ordinamento giuridico sia consentito dare vita ad una fondazione di famiglia, ad una fondazione

La fondazione privata

destinata cioè – secondo la lettera dell’art. 28, co. 3, c.c. – al vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate, si approfondiranno le tematiche – intimamente connesse al nostro interrogativo – relative allo spazio concesso all’autonomia statutaria in ordine alla determinazione della destinazione dei beni che dovessero eventualmente residuare una volta esaurito il procedimento di liquidazione dell’ente e alla eventuale riducibilità, da parte dei legittimari, delle attribuzioni patrimoniali effettuate a favore della fondazione attraverso il suo negozio costitutivo.

CAPITOLO I

IL MODELLO DI FONDAZIONE DEL C.C. DEL 1942

SOMMARIO: 1.1 La persona giuridica. Evoluzione di un concetto. – 1.2 Le persone giuridiche nello Stato unitario – 1.3 Il codice civile del 1942 – 1.4 Il modello di fondazione accolto dal c.c.: la fondazione c.d. “di mera erogazione” – 1.5 Il contenuto dell’atto di fondazione – 1.6 Il riconoscimento della fondazione – 1.7 L’organo amministrativo e i controlli governativi sulla vita dell’ente – 1.8 La fondazione di famiglia e i dubbi sulla sua ammissibilità

1.1 La persona giuridica. Evoluzione di un concetto.

Ubi societas, ibi ius. L’uomo attraversa l’intera sua esistenza immerso nelle trame dell’ordinamento giuridico, o, forse, sarebbe meglio dire, dei vari ordinamenti giuridici¹ con i quali entra in relazione².

D’altra parte, l’ordinamento giuridico non è – e nemmeno deve essere – fine a sé stesso. Al contrario, tale apparato di norme è – e deve sempre essere – funzionale alla realizzazione degli interessi facenti capo ai singoli individui che in esso si trovano di volta in volta a convivere. Più di preciso la funzione del diritto – si potrebbe dire – è quella di mediare tra i diversi interessi di cui i singoli sono portatori, stabilendo volta a volta quale di essi debba, nelle eterogenee sfaccettature che la realtà quotidianamente ci presenta, prevalere, al fine di assicurare, per quanto possibile, la pacifica convivenza dei *cives*³.

¹ La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici è stata teorizzata da ROMANO S., *L’ordinamento giuridico*, II, Sansoni, Firenze, 1967.

² TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, 24^a ed., Giuffrè, Milano, 2019, p. 1: “Ogni società, ogni comunità umana stabile non può vivere senza un complesso di regole che disciplinino i rapporti tra gli individui ... e senza apparati che s’incarichino di farle osservare.”

³ Al fine di garantire un’ordinata e pacifica convivenza, risolvere i conflitti e facilitare la collaborazione tra i consociati nel perseguimento di scopi comuni occorre infatti che il loro agire sia disciplinato da precise regole di condotta, le quali stabiliscano il comportamento che ogni membro del gruppo deve osservare ovvero da cui deve

Tali interessi, come è stato acutamente dimostrato, si ridurrebbero, in ultima analisi, vuoi nell'interesse a ottenere un certo bene, vuoi – una volta che questo sia stato effettivamente conseguito da parte del singolo – nell'interesse a conservarlo, a dispetto di pretese che soggetti terzi possano eventualmente avanzare sullo stesso⁴.

La funzione dell'ordinamento giuridico, dunque, altro non sarebbe che quella di assistere e, se del caso, assecondare i singoli nella realizzazione di tali loro pretese.

Com'è agevole intuire, però, ad un individuo solo, con le sue forze limitate, non risulta possibile che soddisfare solo alcuni di tali interessi. In effetti, vi sono finalità che non possono che essere perseguite se non attraverso l'unione delle risorse a disposizione di più soggetti, i quali per l'appunto si aggregano in vista del raggiungimento di un certo risultato che si sono in precedenza prefissi⁵.

L'ordinamento giuridico è libero di disciplinare come meglio ritiene questa naturale evenienza. In astratto esso potrebbe, da un lato, rimanere completamente indifferente rispetto a siffatto fenomeno, disinteressandosi della circostanza che un certo scopo venga perseguito non da un singolo soggetto, bensì da una pluralità di individui e lasciando così che i rapporti continuino ad intercorrere tra gli individui singolarmente considerati e tra essi soltanto. Dall'altro lato, all'opposto, il legislatore potrebbe parimenti rifiutarsi di ritenere che in una simile ipotesi continuino a venire in rilievo solo e

astenersi. In questi termini, TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 1.

⁴ GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 19^a ed., Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2021, p. 56.

⁵ Come già rilevava FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civ. italiano*, diretto da Vassalli F., U.T.E.T., Torino, 1956 (con note di Ferrara F. Jr.), p. 6, vi sono scopi “collettivi e permanenti” che trascendono la sfera individuale, la cui realizzazione è affidata ad enti formati nella società. In tal senso anche TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 1, ove si afferma che “l'uomo è per sua natura portato a cercare l'aiuto e la collaborazione dei suoi simili. La cooperazione tra gli uomini rende realizzabili risultati che sarebbero irraggiungibili per il singolo e assicura il soddisfacimento dei bisogni individuali e collettivi”.

soltanto rapporti tra singoli individui, attribuendo a tale loro comunione una qualche rilevanza giuridica.

Così, accanto ai singoli individui, “persone fisiche” secondo la terminologia utilizzata dal nostro cod. civ. e, in quanto tali⁶, soggetti di diritto – ovvero centri di imputazione delle varie ed eterogenee situazioni giuridiche soggettive⁷ –, l’ordinamento ben potrebbe accordare siffatta qualifica anche alle aggregazioni da essi scaturenti, ravvisando così l’esistenza, nell’intangibile mondo dei fenomeni giuridici, di altrettante “persone giuridiche”.

Si può dire che le forme strutturali delle organizzazioni umane sono quelle della associazione e della fondazione⁸. Se nella associazione sarebbe prevalente il momento personale, ovvero l’attività dei singoli associati, i quali mettono in comune le loro risorse in vista del perseguimento di un certo scopo condiviso, nella fondazione sarebbe invece preminente il momento patrimoniale, al punto che la stessa si risolverebbe in un compendio

⁶ L’art. 1 c.c. prevede infatti che l’uomo, per il solo fatto della nascita, acquista la capacità giuridica e diviene dunque soggetto di diritto. E così non potrebbe che essere alla luce di quanto solennemente proclamato dagli artt. 2 e 22 della Carta Fondamentale. Il primo prevede infatti che la Repubblica “*riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo*”, mentre il secondo statuisce che “*nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome*”. Com’è noto, però, si tratta di un fondamentale principio di civiltà giuridica di sola recente acquisizione. Sul tema, cfr. RESCIGNO P., voce “*Capacità giuridica (dir. civ.)*”, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 873.

⁷ Per ZATTI P., *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti “dell’uomo”*, in *Il diritto civile tra principi e regole. Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 121, se il “soggetto” è l’indistinto ed astratto centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, formale punto di riferimento di effetti giuridici, la “persona” può rivelarsi non meno lontana dall’uomo, al punto che la stessa espressione “persona fisica” può rivelarsi “*uno schermo tra diritto e ‘nuda’ realtà umana*”. Così carico del ruolo che riveste – quello di tramite che trasporta la realtà dell’uomo nel “virtuale” universo del diritto – il concetto di persona può non essere abbandonato e mantenere la sua utilità nel linguaggio giuridico, a patto di rappresentare un “velo” che sia possibile sollevare quando è necessario vedere l’uomo dietro la “maschera” che ne governa la soggettività. In tema, si v. anche le considerazioni di RODOTÀ S., *Dal soggetto alla persona*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007.

⁸ FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche, cit.*, p. 6.

patrimoniale finalizzato a raggiungere un certo scopo *ab origine* previamente determinato dal fondatore⁹.

Com'è noto, diversi sono stati nel tempo gli atteggiamenti che il legislatore ha assunto nei confronti del fenomeno aggregativo. Ciò è anche in larga misura dipeso, come appresso si cercherà brevemente di illustrare, dalla concezione di Stato via via predominante, e dal conseguente differente modo di intendere i rapporti tra individui e potere politico¹⁰. Allo stesso modo, diverse sono state le teorie elaborate dalla scienza giuridica per tentare di fornire una spiegazione circa l'esistenza di soggetti di diritto ulteriori e distinti rispetto alle persone fisiche, privi di materiale consistenza¹¹.

⁹ Molto si è discusso, in dottrina, circa il criterio discretivo tra associazione e fondazione. Secondo SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Jovene, Napoli, 1966, p. 40, in entrambe concorrono i due elementi di uomini e mezzi, ma in diverso rapporto: mentre nella associazione sarebbero in primo piano gli associati, con la loro volontà costante, che trova piena espressione nell'organo sovrano di essa, ovvero l'assemblea, nella fondazione sono invece in primo piano i beni destinati stabilmente ad uno scopo individuato da una volontà, quella del fondatore, che si è, una volta per tutte, esaurita e fissata. Per FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 130, la distinzione tra tali due figure consisterebbe in ciò che: i) l'associazione “è costituita dalla cerchia degli associati”, mentre nella fondazione “manca un nucleo d'interessati come appartenenti alla struttura interna dell'ente, perché i destinatari stanno fuori”; ii) l'associazione “ha uno scopo proprio da raggiungere”, poiché “è costituita per perseguire un interesse proprio degli associati”, quando invece la fondazione “realizza un interesse altrui”, quello della generalità, che viene per l'appunto “dall'esterno”; iii) per la ragione di cui al punto precedente, se nella associazione sono i membri a dover fornire i mezzi patrimoniali occorrenti al raggiungimento dello scopo, questi nella fondazione provengono dal fondatore; iv) ciò che è più importante, mentre nella associazione “domina la volontà dei membri”, per il tramite della quale essa viene costituita, governata e finanche sciolta, la fondazione “è costituita per la volontà di un terzo, da esso dotata con patrimonio, e governata secondo regole fissate negli statuti, e per principio invariabili. Quindi, impossibilità di mutamento del fine, di trasformazione dell'amministrazione, di volontario scioglimento. Solo la volontà dello Stato può cambiare questo ordinamento di vita, mediante riforma o soppressione”.

¹⁰ In termini analoghi BASILE M., *Le persone giuridiche*, 2^a ed., in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica G. e Zatti P., Giuffrè, Milano, 2014, p. 1, il quale rileva come “nel corso della storia le diverse forme organizzative conoscono periodi di ascesa o di declino ... per fattori politici economici e sociali che si succedono nel tempo cambiando in modo talvolta impreveduto e spesso imprevedibile”.

¹¹ Si tenga presente che in dottrina vi è anche chi, come GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, 2^a ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja A. – Branca G., *Libro primo – Delle persone e della famiglia* (artt. 11–35), Zanichelli, Bologna – Roma, 2006, p. 28, sostiene che la storia delle persone giuridiche andrebbe completamente riscritta. E ciò

Il fenomeno aggregativo degli individui era già noto all'epoca del diritto romano giustiniano, laddove le *universitates* erano trattate alla stregua di persone¹². Ad esso risultava però ancora estraneo il concetto di fondazione, per lo meno se intesa come entità giuridica a sé stante¹³. Occorrerà infatti attendere le elaborazioni proprie della dottrina canonistica affinché venga compiutamente enucleato il concetto di fondazione autonoma. Peraltro, nell'angolo prospettico del diritto canonico, anche la Chiesa non venne concepita come l'*universitas* dei fedeli in terra, bensì come un'unità mistica trascendentale, retta dalla superiore volontà divina¹⁴.

perché in merito al problema storico delle persone giuridiche ci si è sempre interrogati se in una certa epoca ed ordinamento giuridico fosse o meno presente l'idea di una autonoma soggettività del gruppo rispetto ai suoi membri. Sicché, secondo l'A., al posto della storia di un istituto, si sarebbe ricostruita "la storia di un determinato modo di concepire l'istituto". La disciplina normativa del gruppo potrebbe infatti essere concepita anche indipendentemente dalla individuazione di un autonomo soggetto di diritto, che, secondo le parole di D'ALESSANDRO F., *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Cedam, Padova, 1989, p. 71, conserverebbe comunque il "valore strumentale della finzione, la quale non assorbe il dato, né si identifica con esso, ma gli si pone a fianco al fine di illustrarlo o rappresentarlo".

¹² In ogni caso, si noti che la disciplina riservata dal diritto romano classico alle collettività organizzate non differiva di molto da quella vigente in epoca giustiniana. In tema, cfr. *amplius* GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 29. Da ciò ORESTANO R., *Il problema delle fondazioni in diritto romano. Parte I, Appunti delle lezioni tenute nell'Università di Genova*, Giappichelli, Torino, 1959, p. 98, ne deduce che l'"ammissione di un centro autonomo di riferimento di diritti e di obbligazioni, piuttosto che dall'impiego d'una parola determinata, pare risultare da quella che potremmo chiamare la disciplina complessiva della materia". Di diverso avviso, invece, ALBERTARIO E., *Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica*, in ID., *Studi di diritto romano, I, Persone e famiglia*, Giuffrè, Milano, 1933, p. 7 e ss., a detta del quale in età classica "il termine corpus non è usato a indicare, come indica poi nell'età successiva, una persona fittizia, cioè un soggetto giuridico diverso e indipendente dai membri che lo compongono. Corpus esprime la collettività dei membri".

¹³ Così FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 10, ove si rileva come le fondazioni di epoca imperiale venivano considerate alla stregua di fondazioni "fiduciarie" a favore di città, collegi o dell'imperatore. Quando, in epoca cristiana, sorsero le prime fondazioni di beneficenza o di culto, queste venivano considerate, invece che soggetti di diritto a sé stanti, come pertinenze degli enti ecclesiastici attorno ai quali orbitavano.

¹⁴ FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 11. In tale ottica, il *pium corpus*, l'*hospitalis*, la *sancta domus* costituivano altrettanti autonomi soggetti di diritto, di natura ideale trascendentale.

Queste sottili ricostruzioni furono però in seguito offuscate dall'irrompere delle concezioni materialistiche proprie del diritto germanico, diritto nell'ambito del quale non si giunse mai sino al punto di concepire l'esistenza di un'entità distinta dalla collettività degli individui¹⁵.

Nel corso del Medioevo si assisté, dunque, ad una sorta di regressione nell'elaborazione teorica, dimostrata dalla riproposizione della concezione collettivistica propria del primo diritto romano classico. L'*universitas* tornò ad essere risolta dai Glossatori nella semplice pluralità dei suoi membri, incorrendo, tra l'altro – come pure si è detto –, in “una serie di contraddizioni”¹⁶: tra queste, quella di affermare, da un lato, la regola secondo la quale i membri dell'*universitas* non rispondono con il proprio patrimonio per i debiti di quest'ultima e, allo stesso tempo, sostenere – contrariamente a quanto riportato dal testo giustiniano – che “*universitas nihil aliud est, nisi singuli homines qui ibi sunt*”¹⁷. Se l'*universitas* non fosse una entità a sé stante, un autonomo soggetto di diritto, titolare di un proprio patrimonio e di propri debiti, ma si risolvesse semplicemente nella mera sommatoria dei singoli individui che ne fanno parte, risulterebbe infatti difficile giustificare il motivo per cui questi ultimi non debbono rispondere, col proprio patrimonio, per i debiti di questa¹⁸.

¹⁵ In tal senso FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche, cit.*, p. 11. Per quanto, infatti, il diritto germanico conoscesse una moltitudine di associazioni, l'ordinamento giuridico si limitava a ravvisare in esse la semplice pluralità di individui, senza mai arrivare a teorizzare l'esistenza di un ente ideale, distinto dai singoli comunisti. Con riguardo alle fondazioni, invece, il diritto tedesco non ne coglieva che il mero dato materiale, considerando gli ospedali, i ricoveri e i conventi oggetto di un diritto dominicale facente capo al Santo.

¹⁶ L'espressione è di FERRARA F. SR., *Teoria delle persone giuridiche*, 2^a ed., in *Il Diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Fiore P. e Brugi B., Marghieri e U.T.E.T., Napoli – Torino, 1923, p. 73. In tal senso si era già espresso in precedenza anche O. V. GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, III, *Die Staats und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Akademische Druck und Verlagsanstalt, Graz, 1954, p. 212.

¹⁷ Glossa ad D., 3, 4, 7, I.

¹⁸ Secondo la ricostruzione proposta da GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 34 non vi sarebbe, invece, alcuna contraddizione poiché tali soluzioni sarebbero “logicamente

Con i Commentatori, invece, se continua a sostenersi che l'*universitas* non è un nuovo soggetto di diritto, distinto dai suoi membri – convinzione manifestamente esemplificata attraverso affermazioni quali “*pro debito universitatis singuli non possunt conveniri*”¹⁹ –, viene però introdotta la distinzione tra *res communia pluribus uti singuli* e *res communia pluribus uti universi*: i rapporti derivanti dalla partecipazione ad una *universitas* sono sì rapporti che coinvolgono più persone, ovvero *res communia pluribus*, tuttavia essi si differenziano dai rapporti giuridici che semplicemente fanno capo a più soggetti, poiché essi, per l'appunto, fanno capo ai singoli individui non già *uti singuli*, bensì *uti universi* ovvero fanno capo ad essi in quanto unitariamente considerati²⁰. Ed è proprio ricorrendo a tale argomentazione che viene fornita una giustificazione al beneficio della responsabilità limitata dei membri dell'*universitas*: secondo le parole di Bartolo, i rappresentanti dell'*universitas* “*habent mandatum a singulis, non tamquam singuli, sed tamquam ab universis, et negocium, quod geritur, non respicit utilitatem singulorum, sed ipsius universitatis*”²¹. In altri termini, non è l'*universitas*, soggetto di diritto distinto dai suoi membri, a conferire mandato ai suoi rappresentanti; il mandato è conferito ad essi dai singoli individui che dell'*universitas* fanno parte, ma da questi *non tamquam singuli*, bensì *tamquam universis*. Ne deriva che essi, per i debiti dell'*universitas*, risponderanno non già con il loro patrimonio personale, bensì solamente con il patrimonio collettivo, ovvero con il patrimonio che essi hanno in quanto membri della corporazione²².

concepibili indipendentemente dall'accoglimento dell'idea che l'universitas sia un autonomo soggetto di diritto”.

¹⁹ L'autore di tale affermazione è Bartolo, *Prima super digesto veteri*, 1. *sicut*, fo. 113 bis.

²⁰ Sul tema, si v. *amplius* GALGANO F., *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Cedam, Padova, 1960, p. 8.

²¹ Bartolo, *Prima super digesto veteri*, *cit.*

²² Cfr. GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, *cit.*, p. 35. Per GIERKE O. VON, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, *cit.*, p. 214, invece, la mancata individuazione da parte di Glossatori e Commentatori di una distinta soggettività del gruppo ha influito sulla disciplina da essi riservata al fenomeno dell'*universitas*, portandoli ad elaborare regole coerenti con tale assunto. Secondo l'A., infatti, con riguardo ai debiti dell'*universitas* “*i glossatori si*

Con l'avvento del giusnaturalismo l'uomo assurge a principio cardine del sistema, finendo al centro delle riflessioni politiche, filosofiche, economiche oltre che giuridiche dell'epoca. Con ciò si spiega l'avversione di taluni autori, tra cui Hobbes, a concepire dei soggetti di diritto ulteriori rispetto all'uomo persona fisica. Nonostante ciò, quest'ultima impostazione finì col prevalere nelle opere di Grozio e Pufendorf²³, opere che, com'è noto, esercitarono un notevole influsso sulla successiva evoluzione della *scientia iuris*. Per essi, accanto all'uomo, *persona naturalis*, andrebbe individuata un'altra persona, la *persona moralis*, anch'essa autonomo soggetto di diritto e, dunque, centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive distinto dai suoi membri. La *persona naturalis* e la *persona moralis* apparterrebbero entrambe ad un medesimo genere, quello dei soggetti di diritto, e solo si differenzierebbero per il fatto di essere la prima una persona allo stato di natura, mentre la seconda una persona costruita attraverso un processo intellettuale²⁴.

Nell'Ottocento inizia ad assistersi all'utilizzo del concetto di persona giuridica nel dettato legislativo. In tale contesto furono anche elaborate le più importanti teorie sulle persone giuridiche²⁵: dapprima, la teoria della finzione

uniformarono alla regola romanistica che l'universitas insolvente può essere costretta a crearsi mediante imposizioni un patrimonio sufficiente alla copertura delle sue obbligazioni. Ed in ciò si ritrova allora una sussidiaria responsabilità dei singoli". Per FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 295, quand'anche lo statuto prevedesse la possibilità per l'ente di imporre eccezionalmente agli associati un obbligo di contribuzione straordinario per far fronte ai bisogni dell'associazione, cionondimeno non si stabilirebbe con ciò un rapporto diretto tra costoro e i terzi, poiché l'associato è responsabile unicamente verso l'associazione.

²³ Per i riferimenti, si v. TODESCAN, *Dalla persona ficta alla persona moralis*, in *Quaderni fiorentini*, 1983, p. 59.

²⁴ In tema, cfr. TODESCAN F., *Dalla persona ficta alla persona moralis*, in *Quaderni fiorentini*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 59.

²⁵ Al concetto di persona giuridica, nel contesto in cui fu elaborato, andrebbe altresì ascritta una "funzione persuasiva". È di tale avviso LAURENT F., *Cours de droit civil*, I, 3^a ed., Bruylant – Cristophe – Maresq, Bruxelles – Paris, 1886, p. 387. Per ORESTANO R., *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, cit., p. 41, l'elaborazione di tale concetto accompagna il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto, portando "a sostituire alla devoluzione verso la persona del sovrano la devozione verso la persona della nazione, in

ad opera del giurista precursore della pandettistica Friedrich Carl von Savigny; successivamente, la teoria organica di cui primo esponente fu il tedesco Otto von Gierke²⁶.

Secondo l'impostazione accolta dal primo, solo gli esseri umani sono, *in rerum natura*, persone. E tuttavia il legislatore, nel formulare i propri precetti, pare partire dall'opposto assunto secondo il quale, oltre all'uomo, esistano anche delle altre persone. Tale apparente discrasia viene giustificata dal Savigny mediante il ricorso ad una *fiction iuris*: per soddisfare le esigenze del commercio giuridico, il legislatore finge che entità diverse dall'uomo siano, al pari di quest'ultimo, persone. Così facendo, egli dà vita a dei "soggetti creati artificialmente": ad una persona, quindi, in senso solo giuridico, in quanto "persona che è ammessa solamente per uno scopo giuridico"²⁷.

Diversamente, secondo i fautori della teoria organica, accanto all'uomo inteso come persona fisica esisterebbero degli altri organismi dotati, al pari di esso, di una propria volontà e portatori di un proprio interesse²⁸. Nel riconoscerli il legislatore non opererebbe alcuna finzione giacché essi, dotati delle stesse qualità che fungono da presupposto per l'attribuzione della soggettività giuridica alla persona fisica, sarebbero rinvenibili già nella realtà

cui i cittadini si uniscono come membri di un tutto ... più importante degli individui che lo compongono e al quale spetta la sovranità nazionale".

²⁶ Ma secondo GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 4, "le dottrine che si esprimono in termini di *fictiones iuris* finiscono, come è noto, con l'essere superate da altre dottrine, le quali denunciano l'insufficienza delle conoscenze anteriori ed elaborano un nuovo ordine concettuale nell'ambito del quale si presenta come realtà ciò che era, anteriormente, sembrato una finzione".

²⁷ SAVIGNY F. C. VON, *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione dall'originale tedesco di Scialoja V., U.T.E.T., Torino, 1886, p. 240. In tema, si v. l'opinione di ORESTANO R., *Il "problema delle persone giuridiche" in diritto romano*, I, Giappichelli, Torino, 1959, p. 20, a detta del quale "l'aver "degradato" la personalità degli enti diversi dall'uomo a mera "finzione" servì al Savigny per ribadire il concetto che l'intero sistema giuridico fosse da costruire in funzione dell'individuo e dei suoi diritti, perché era appunto all'individuo che venivano assimilate [corsivo dell'A.] attraverso un procedimento di "finzione" queste figure di cui il diritto positivo poteva servirsi in vista di particolari scopi a suo arbitrio".

²⁸ Per FERRARA F. SR., *Teoria delle persone giuridiche*, cit., p. 5, "a canto delle persone fisiche esistono e sono riconosciuti dal diritto altri soggetti giuridici che non sono uomini, i quali pure vogliono, agiscono, perseguono i loro fini a somiglianza di quelli".

sociale. In particolare, l'elemento capace di trasformare una pluralità di volizioni individuali in un nuovo e autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive era da costoro ravvisato nella adozione di una organizzazione corporativa. Il riconoscimento statale – che nell'ambito della teoria della finzione presenta una valenza costitutiva – assume qui invece una valenza meramente dichiarativa, di semplice presa d'atto da parte dello Stato della esistenza di queste “*viventi unità sociali*”²⁹.

In contrario si è però obiettato che la volontà è sempre di uomini, e solo negli uomini concepibile³⁰, arrivando sino al punto di negare la stessa concepibilità di una persona giuridica: si è detto, infatti, che soltanto l'uomo è soggetto di diritto³¹, così che quelli che vengono solitamente definiti come diritti e doveri della persona giuridica altro non sarebbero, in realtà, che posizioni giuridiche soggettive facenti capo alle persone fisiche dei suoi membri.

La dottrina ad oggi prevalente tende invece ad accogliere quello che è stato definito come “neo-finzionismo”³²: in base a tale teoria la persona giuridica è considerata, al pari della persona fisica, soggetto di diritto; a differenza di quest'ultima, però, essa non opera già nella realtà sociale, bensì in un mondo puramente ideale, quello giuridico, nel quale neppure l'uomo, in quanto tale,

²⁹ Sul punto, cfr. *amplius* GIERKE O. V., *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Wiedmannsche Buchhandlung Berlin, 1887, p. 22.

³⁰ In termini TRIMARCHI P., *Invalità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 19, a detta del quale il termine “volontà” ha un significato psicologico che ne consente il riferimento soltanto a individui.

³¹ Secondo Kelsen H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, traduzione italiana curata da Treves G., Edizioni di Comunità, Milano, 1952, p. 98, dire che la corporazione, come persona giuridica, conclude negozi, sarebbe soltanto un “*parlare figurato*”. Per l'A., infatti, “*non si può seriamente negare che azioni ed omissioni possono essere soltanto azioni ed omissioni di un essere umano*”. E la risposta da dare alla questione se esistano o meno soggetti di diritto ulteriori e diversi rispetto alle persone fisiche sarebbe la medesima: “*l'ordinamento giuridico può imporre dei doveri e conferire dei diritti soltanto ad esseri umani, dato che soltanto il comportamento di esseri umani può essere regolato dall'ordinamento giuridico*”.

³² In questi termini GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 11.

è munito di cittadinanza³³. In altre parole, ogni forma di soggettività giuridica altro non sarebbe che una creazione artificiale dell'ordinamento giuridico, ovvero mera "forma giuridica"³⁴.

³³ FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 33. L'uomo inteso in senso materiale sarebbe il substrato della persona fisica, ovvero sia il presupposto di fatto che viene preso in considerazione dall'ordinamento giuridico al fine di ricollegarvi l'idoneità a divenire titolare di situazioni giuridiche soggettive. Quanto invece al substrato della persona giuridica, sulla scia della teoria organica di Gierke esso viene rinvenuto da taluni nell'esistenza di organizzazioni collettive entro le quali l'individuo cessa di essere "uomo nella pienezza delle sue manifestazioni", da altri nella sussistenza di interessi impersonali.

³⁴ In dottrina vi è però anche chi, come D'ALESSANDRO F., *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, cit., p. 85, denuncia la "natura linguistica del fenomeno delle persone giuridiche", la cui funzione altro non sarebbe che quella di "permettere la formulazione di proposizioni capaci di condensare da sole complicati discorsi intorno a quegli oggetti". Secondo la teoria riduzionistica, cui l'A. mostra di aderire, il concetto di persona giuridica si risolverebbe infatti in una disciplina normativa speciale del gruppo, derogatoria rispetto ai principi di diritto comune. Egli rileva come la disciplina normativa del gruppo sarebbe riguardata da parte della dottrina prevalente alla luce di precise premesse di ordine dogmatico: per mantenere ferma l'identità dei rapporti giuridici, si "sdoppiano" i soggetti. Nulla vieterebbe però di seguire l'opposta impostazione, ovvero, mantenendo ferma l'unicità dei soggetti, distinguere tra rapporti che spettano agli individui in quanto tali e rapporti che spettano loro in quanto membri del gruppo, questi ultimi con contenuto eventualmente diverso dai primi secondo le norme interne che la nozione di persona giuridica riassume. Alla luce di tali premesse, il problema sarebbe allora non tanto quello di definire il concetto di persona giuridica, bensì quello di stabilirne le condizioni d'uso. Così opinando, in mancanza di tali presupposti l'interprete ben sarebbe legittimato a disapplicare i privilegi (l'espressione è di VAN DEN HEUVEL J., *De la situation légale des associations sans but lucratif, en France et en Belgique*, Ferdinand Larcier – G. Pedone-Lauriel, Paris – Bruxelles, 1884, p. 24) che derivano dalla applicazione di tale speciale disciplina, tornando ad applicare, in luogo di essi, le ordinarie regole di diritto comune. Sul tema dell'abuso della personalità giuridica, cfr. CIAN M., *Società di mero godimento tra azione in simulazione e Durchgriff*, in *Giur. Comm.*, 1998, II, pp. 452 e ss.; GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 62.

1.2 Le persone giuridiche nello Stato unitario

Prima di raggiungere l'assetto attuale, associazioni e fondazioni hanno dovuto attraversare un percorso tutto in salita³⁵.

A differenza che con l'attuale Carta Fondamentale, lo Statuto Albertino non sanciva la libertà dei “sudditi” di associarsi, bensì soltanto quella di riunirsi. Se è vero che ciò non aveva impedito di dar vita ad organismi associativi senza che fosse necessaria la preventiva autorizzazione dell'Autorità amministrativa³⁶, la mancanza di tutela costituzionale aveva permesso al legislatore dell'epoca di emanare le c.d. leggi eversive³⁷. Con tale espressione ci si riferisce, in particolare, al d. lgs. n. 3036/1866 e alla l. n. 3848/1867³⁸, provvedimenti in forza dei quali venivano disconosciuti dallo Stato italiano i più importanti enti ecclesiastici e, allo stesso tempo, veniva disposto il trasferimento dei loro ingenti patrimoni in capo alle casse dello Stato. Senza dover accennare alla ancora irrisolta “questione romana”³⁹, non

³⁵ L'espressione è di BASILE M., *Le persone giuridiche, cit.*, p. 5.

³⁶ BASILE M., *Le persone giuridiche, cit.*, p. 5.

³⁷ Pare appena il caso di segnalare che lo Statuto albertino era una costituzione di tipo “flessibile”, sicché una sua modifica non avrebbe richiesto – al pari della Costituzione repubblicana del 1948 – il ricorso ad un procedimento aggravato. Sul tema, si leggano le considerazioni di BRYCE J., *Costituzioni flessibili e rigide*, traduzione italiana di Niro R., a cura di Pace A., Giuffrè, Milano, 1998.

³⁸ L'art. 1 della l. n. 3848/1867 prevedeva che non fossero più riconosciuti come enti morali “*le istituzioni con carattere di perpetuità che sotto qualsiasi denominazione o titolo sono generalmente qualificate come fondazioni o legati pii per oggetto di culto*”. Sulle leggi eversive dell'asse ecclesiastico si v., tra gli altri, FALCO M., *Corso di diritto ecclesiastico*, II, Cedam, Padova, 1938, pp. 266 e ss.; nonché TOZZI V., *Gli edifici di culto nei sistema giuridico italiano*, Edisud, Salerno, 1990, pp. 34–35.

³⁹ Com'è noto, a seguito della *debellatio* dello Stato Pontificio, avvenuta nel 1870, si era posta la questione relativa alla situazione giuridica della Santa Sede. Nell'impossibilità di addivenire ad un accordo con lo Stato italiano, quest'ultimo aveva cercato di approntare unilateralmente una soluzione a tale problematica, attraverso la promulgazione della legge c.d. delle “guarentigie” e con l'offerta di specifiche garanzie reali e personali al Pontefice (titolo I) e alle attività della Chiesa (titolo II). A causa del suo carattere unilaterale – che dunque non offriva garanzie di stabilità –, tale soluzione venne rifiutata dalla Santa Sede e il Pontefice si proclamò prigioniero nei Palazzi vaticani, rivendicando

va sottaciuta la circostanza che tali enti, all'epoca, avevano finito per accumulare patrimoni via via sempre più consistenti, con ciò sottraendoli al traffico giuridico e, per tale via, ostacolando – se solo si tenga a mente il pensiero economico allora imperante –, il progresso economico della società⁴⁰.

Il pensiero illuminista aveva infatti individuato nei corpi intermedi a carattere non esclusivamente economico il simbolo dello spirito corporativo illiberale dell'*Ancien Régime* che andava osteggiato⁴¹. Il legislatore del *Code Civil* – codice che, com'è noto, sarà successivamente preso a modello dal codice civile italiano del 1865⁴² – perseguì dunque il disegno della liberazione del soggetto da tutti quei vincoli tipici della società feudale che fino alla Rivoluzione francese ne avevano impedito la piena partecipazione ai traffici giuridici⁴³.

la propria sovranità territoriale e proibendo ai cittadini cattolici la partecipazione alla vita politica del Paese (bolla *Non Expedit*). Il conflitto fu assai aspro soltanto a parole, tanto che nei fatti si giunse a un nuovo equilibrio basato proprio sul titolo II della suddetta legge e nel 1919 cadde addirittura il *Non Expedit*. Su tale tematica, cfr. BETTETINI A. – PEREGO A., *Diritto ecclesiastico*, Cedam, Padova, 2023, p. 48.

⁴⁰ Su tale tematica, cfr. TRIFONE R., voce “*Manomorta*”, in *Enc. Treccani*, 1934, ove si afferma che tale fenomeno ebbe inizio quando le comunità cristiane acquistarono la capacità di ricevere per testamento, crebbe grazie agli svariati privilegi che mano a mano furono accordati alla Chiesa, tanto che la stessa divenne la maggiore proprietaria di beni immobili. Finché le rendite derivanti da tali beni furono destinate a scopi d'educazione, istruzione, beneficenza e culto e le terre all'agricoltura, non si pose alcun problema; quando però la Chiesa cominciò a trascurare queste finalità per aspirare al potere politico, si trovò a dover competere con lo Stato, il quale, una volta rilevato il danno alle finanze pubbliche e all'economia generale derivante da tale accumulazione, intervenne per limitare gli acquisti da parte degli enti ecclesiastici e privare questi ultimi dei loro privilegi.

⁴¹ Per RIPERT G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1936, p. 91, la solenne proclamazione, in seno alla Rivoluzione francese, del principio egualitario ha avuto quale corollario, nell'ambito del diritto civile, l'espunzione degli istituti che sino ad allora avevano garantito l'intatta conservazione del privilegio, primo tra tutti quello del fedecommesso.

⁴² Sul punto, v. GROSSI P., *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, p. 17.

⁴³ Così ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Jovene, Napoli, 1995, p. 23.

In questo contesto, un istituto come quello della fondazione, caratterizzato per il fatto di vincolare un certo patrimonio, per un tempo tendenzialmente indefinito, al perseguimento di uno scopo una volta per tutte individuato dal fondatore, appariva assolutamente incompatibile con la volontà politica di favorire la massima circolazione della ricchezza⁴⁴. Inoltre, tale forma giuridica veniva altresì a collidere con un altro fondamentale principio delle codificazioni dell'epoca, ovvero quello dell'unicità del patrimonio⁴⁵: una volta identificato il soggetto con il patrimonio che gli compete, dal momento che risulta non solo giuridicamente bensì anche naturalisticamente impossibile frazionare la personalità del soggetto, allora deve conseguentemente escludersi anche la possibilità di destinare una parte soltanto del patrimonio del soggetto ad un fine particolare.

In ragione di tutto ciò il codice napoleonico non disciplinava affatto il fenomeno associativo⁴⁶, mentre, per quanto attiene alla fondazione, era rinvenibile soltanto un riferimento indiretto, all'art. 910, ove veniva prevista la necessità della previa autorizzazione amministrativa ai fini della piena

⁴⁴ Nell'*Encyclopédie* di Diderot e d'Alembert, R.-J. Turgot parla a proposito della fondazione di un istituto utile solo a soddisfare l'aspirazione, tanto vana quanto egoistica, dell'individuo all'eternità, ma che, di fatto, si traduce nell'impoverimento di quanti sopravvivono, tanto da evocare, quando fosse consegnato all'autonomia individuale, l'immagine del supplizio di Tantalo, ossia l'immagine di una umanità condannata all'indigenza per aver cristallizzato in forme giuridiche improduttive le proprie ricchezze, ad un tempo percepibili ma inaccessibili. In questi termini RESCIGNO P., voce "Fondazione", in *Enc. del dir.*, 1968, p. 801.

⁴⁵ Questa tesi è manifestamente esemplificata dalle parole di AUBRY G. – RAU G., *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4^a ed., VI, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Marchal & Billard, Paris, 1873, pp. 229 e ss., secondo cui il "patrimonio è un diritto ... trova il suo fondamento nella stessa personalità". Anche GÉNY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^a ed., Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1919, p. 443, ritiene che il principio dell'unicità del patrimonio abbia concorso ad ostacolare l'accoglimento dell'istituto della fondazione nell'ordinamento francese.

⁴⁶ Come rileva anche BASILE M., *Le persone giuridiche*, cit., p. 5, il *Code Civil* è frutto "di un'ideologia apertamente ostile alle organizzazioni collettive a carattere non esclusivamente economico".

efficacia delle disposizioni patrimoniali fatte a favore delle istituzioni di pubblica utilità⁴⁷.

Cionondimeno si assisté in tale contesto, grazie soprattutto al lavoro della giurisprudenza del *Conseil d'État*, alla elaborazione dello statuto normativo della fondazione attraverso il rinvio alla disciplina – formalmente abrogata – vigente durante l'*Ancien Régime*, e, in particolare, stabilendo una connessione necessaria tra il programma di destinazione di un patrimonio e il provvedimento amministrativo⁴⁸.

Sul solco tracciato dal codice civile francese del 1804 venne ad innestarsi, come si è anticipato, il primo codice civile dello Stato unitario, il codice Pisanelli del 1865. In esso – secondo una impostazione già accolta da taluni codici preunitari, tra cui quello delle due Sicilie del 1819 e il codice albertino del 1837 –, veniva previsto, all'art. 2, che non solo i comuni, le province e gli istituti pubblici civili od ecclesiastici, bensì in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, quand'anche presentassero natura privata, dovessero essere considerati alla stregua di altrettante persone, sì da godere dei corrispondenti diritti civili⁴⁹.

Non veniva però disciplinato il procedimento attraverso il quale tali enti avrebbero potuto chiedere ed ottenere il riconoscimento legale.

⁴⁷ In particolare l'art. 910 del *Code Civil* prevedeva che le disposizioni tra vivi o per testamento in vantaggio degli ospedali, dei poveri d'una comune, o di stabilimenti di pubblica utilità, non avrebbero avuto effetto se non in quanto fossero state autorizzate da un decreto del Governo.

⁴⁸ ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 28.

⁴⁹ L'art. 2 cod. civ. 1865 prevedeva espressamente che “[i] comuni, le province, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici, ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, sono considerati come persone, e godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico”. Dall'inciso in base al quale le fonti regolatrici delle persone giuridiche sarebbero “le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico” si è detto che emergerebbe l'adesione del legislatore italiano dell'epoca alla teoria della finzione così come riproposta da WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, I, I, traduzione e note di Fadda C. – Bensa P. E., UT.E.T., Torino, 1930, p. 232, secondo cui “persona giuridica è una persona non esistente in effetto, ma soltanto immaginaria, che si considera come soggetto di diritti e di obbligazioni”. In questi termini GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 5.

Nel silenzio del legislatore aveva finito col prevalere l'idea che “*per principio consuetudinario di diritto pubblico*”⁵⁰ il riconoscimento fosse di competenza dell'autorità amministrativa, la quale vi avrebbe provveduto, acquisito il previo parere del Consiglio di Stato, solo dopo aver operato un controllo che non si limitava al mero vaglio della legittimità, ma si spingeva sino al punto di valutare la stessa opportunità di procedere al riconoscimento, alla luce dell'interesse pubblico di cui la stessa amministrazione era portatrice⁵¹.

Si tenga inoltre presente che, quanto al godimento dei diritti civili, la stessa equiparazione tra corpi morali e persone fisiche incontrava talune limitazioni. Infatti, allo scopo di continuare ad esercitare una certa vigilanza sull'attività degli enti, nonché di evitare una nuova ed eccessiva immobilizzazione della ricchezza immobiliare era stata estesa all'intero territorio nazionale la previsione della legge Siccardi – legge n. 1037 del 1850 – in base alla quale era di volta in volta necessaria la preventiva autorizzazione governativa affinché gli acquisti immobiliari da parte dei corpi morali acquistassero efficacia⁵². Con

⁵⁰ Così FERRARA F. SR., *Teoria delle persone giuridiche, cit.*, p. 799.

⁵¹ In tal senso BASILE M., *Le persone giuridiche, cit.*, p. 6. ROSSI G., *Gli enti pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 34, rileva come “*la concessione della personalità giuridica ad enti senza fine di lucro ne comportava l'assorbimento nella sfera pubblica, determinando una sorta di indistinzione fra «ente morale» ed «ente pubblico»*”. Per questa ragione, la maggior parte delle associazioni private dell'epoca erano sprovviste di riconoscimento legale e si presentavano dunque come mere associazioni “di fatto” le quali, risolvendosi nella semplice pluralità dei loro membri – e non, invece, in un autonomo e distinto soggetto di diritto – erano caratterizzate da uno statuto giuridico precario. In particolare, a seconda della impostazione accolta, i loro beni appartenevano o a tutti gli associati in regime di comunione, o facevano capo agli amministratori, a titolo di proprietà “fiduciaria”; il rapporto che veniva a costituirsi tra questi ultimi e gli associati andava qualificato come un ordinario rapporto di rappresentanza, sicché risultava impossibile imputare agli associati gli atti compiuti dai primi; infine, gli associati rispondevano per i debiti del gruppo anche con il loro patrimonio personale ed eventuali clausole che avessero inteso derogare a tali regole sarebbero state radicalmente inopponibili ai terzi. Per quanto attiene, invece, alla sfera dei rapporti interni, questi avrebbero avuto rilevanza giuridica nella misura in cui all'atto costitutivo e allo statuto fosse stata riconosciuta la natura di clausole contrattuali, rendendo così applicabili i principi vigenti in materia di obbligazioni e contratti. Sul punto, cfr. FERRARA F. SR., *Teoria delle persone giuridiche, cit.*, p. 527.

⁵² BASILE M., *Le persone giuridiche, cit.*, p. 6.

riguardo alla accettazione di eredità e all'acquisto di legati, una simile autorizzazione era invece richiesta dagli artt. 932 e 1060 cod. civ. 1865.

Per quanto attiene poi, nello specifico, alla fondazione, va rilevato come il cod. civ. previgente non contenesse alcuna particolare disposizione di tutela⁵³. All'opposto, con gli artt. 833 e 1075 venivano espressamente vietati lasciti e donazioni diretti a “*istituire o dotare benefici semplici, cappellanie laicali od altre simili fondazioni*?”. In tale contesto era sì possibile destinare taluni beni al perseguimento di fini particolari attraverso il ricorso all'istituto del *modus* o onere, da apporsi vuoi ad una donazione, vuoi ad un lascito testamentario; ciò, tuttavia, non avrebbe permesso, in primo luogo, di separare tali beni da quelli propri del beneficiario; e, in secondo luogo, se quest'ultimo fosse stato una persona fisica, la destinazione non avrebbe potuto rivestire carattere perpetuo⁵⁴.

⁵³ Tale impostazione del legislatore del 1865 non ha comunque impedito una approfondita riflessione dottrinale sull'istituto della fondazione, anche in considerazione del progressivo inserimento del giurista italiano nell'ambiente culturale tedesco, ove le persone giuridiche avevano sperimentato la più importante elaborazione. In questi termini ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 29. Ciò ha permesso, sul piano teorico, di ricondurre la vicenda costitutiva degli enti collettivi nell'ambito della dottrina del negozio giuridico e degli effetti negoziali, consentendo così di ricostruire la fondazione in termini di espressione del potere dispositivo e autovincolante della volontà privata. In questo senso, secondo ROMANELLI V.M., *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, I, *Natura giuridica*, Jovene, Napoli, 1935, p. 50, la restrittiva legislazione speciale dell'epoca che si riferiva, direttamente o indirettamente, alla fondazione individuava dei limiti al presupposto potere dispositivo del singolo. Lo stesso A. non ha però mancato di rilevare, per lo meno *in nuce*, una seconda funzione del negozio di fondazione, ovvero quella di “*far sorgere un nuovo ente*”.

⁵⁴ Com'è noto, il *modus* od onere è una clausola accessoria che si appone ad una liberalità allo scopo di limitarla, imponendo un determinato dovere di condotta, o di astensione, a carico del beneficiario di essa. Sul punto, cfr. DELLE MONACHE S., *Testamento. Disposizioni generali. Artt. 587–590*, in Schlesinger P. (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, diretto da Busnelli F.D., Giuffrè, Milano, 2005, p. 153.

1.3 Il codice civile del 1942

Dopo aver assistito, con l'avvento del fascismo, ad una massiccia “incorporazione” delle organizzazioni sociali nel partito e nello Stato⁵⁵, con la promulgazione, nel 1942, dell'attuale codice civile la materia delle persone giuridiche conobbe una rinnovata attenzione. In esso, infatti, dopo la previsione di alcuni principi in materia di persone fisiche, è rinvenibile una disciplina organica dedicata alle associazioni, alle fondazioni e alle altre istituzioni di carattere privato⁵⁶.

Si noti anzitutto che la nuova disciplina si sarebbe dovuta applicare solamente alle associazioni e alle fondazioni costituite successivamente alla sua entrata in vigore, e che avessero natura privata⁵⁷. Gli enti già eretti in corpi morali sarebbero stati sempre governati dalle singole leggi speciali che ne avevano previsto la relativa istituzione⁵⁸. Inoltre, presentando questi ultimi per lo più natura di enti pubblici, essi avrebbero goduto dei diritti, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 11 cod. civ., “*secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*”, mentre la disciplina introdotta dal codice sarebbe risultata loro applicabile solo in via sussidiaria, in mancanza di diversa previsione e nella misura in cui sussistessero i presupposti per il ricorso alla analogia⁵⁹.

⁵⁵ Si esprime in questi termini ROSSI G., *Enti pubblici e formazioni sociali*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di Cerulli Irelli V. – Morbidelli G., Giappichelli, Torino, 1994, p. 116.

⁵⁶ Una scelta di tal fatta si iscrive nel solco già tracciato da altri legislatori europei, primo tra tutti quello tedesco. A dispetto della apparente novità, ciò avrebbe permesso di soddisfare, nell'ottica del legislatore dell'epoca, le esigenze di fondo – prima tra tutte quella di controllare l'attività dei corpi intermedi – cui attraverso tale disciplina si intendeva rispondere e di cui subito appresso si dirà.

⁵⁷ BASILE M., *Le persone giuridiche*, cit., p. 16.

⁵⁸ Così BASILE M., *Le persone giuridiche*, cit., p. 16.

⁵⁹ Secondo quanto si legge nella *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, n. 41, le nuove norme previste per le persone giuridiche private avrebbero presentato una “*grande utilità, anche per la forza espansiva di cui esse sono suscettibili, in via di interpretazione analogica, nei riguardi della disciplina delle persone giuridiche pubbliche, tenuto conto*”

L'ottenimento da parte di un ente del riconoscimento legale, con il conseguente acquisto dello *status* di persona giuridica, avrebbe permesso allo stesso di divenire un soggetto di diritto distinto rispetto alle persone dei suoi membri, un autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive. L'ente sarebbe dunque divenuto titolare di propri diritti e di propri obblighi; i suoi membri, grazie all'autonomia patrimoniale perfetta⁶⁰, non avrebbero più corso il rischio di dover rispondere per i debiti del gruppo con il proprio patrimonio personale; l'attività degli amministratori sarebbe stata imputata unitariamente al gruppo⁶¹.

Siffatta teorica avrebbe permesso poi alle fondazioni addirittura di “*esistere, poiché il conferimento dei beni del fondatore ad una distinta 'persona' ne avrebbe garantito al massimo la permanente destinazione allo scopo stabilito*”⁶².

In secondo luogo, “personificare” un ente sarebbe servito a tutelare coloro i quali fossero entrati in rapporto con lo stesso. Si riteneva infatti che un ente privo di riconoscimento non fosse caratterizzato da una neppur minima

che la distinzione fra le due categorie di enti, se facilmente delineabile in linea teorica, nella pratica appare spesso incerta e non sempre di notevole rilevanza”.

⁶⁰ Il concetto di “autonomia patrimoniale perfetta” si identifica con quello di completa separazione tra il patrimonio dell'ente e quello dei suoi membri, con la conseguenza che delle obbligazioni contratte dal primo risponderà soltanto l'ente stesso, con il proprio patrimonio. Sul punto, cfr. TORRENTE A.–SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, cit., p. 87.

⁶¹ E ciò, secondo gli schemi propri della c.d. “teoria organica”. In effetti, constatato come l'attribuzione all'ente della sola capacità giuridica si rivelasse insufficiente ad assicurargli la titolarità di diritti ed obblighi, si è manifestata l'esigenza di accordare allo stesso «*la possibilità di far propria, giuridicamente parlando, la volontà e l'azione di individui che fossero, non estranei, ma incorporati nella sua struttura*». Di qui l'elaborazione del concetto di “organo”: «*non una persona che rimanga estranea all'ente, al di fuori di esso, ma un individuo che venga in questo incardinato, in modo che la volontà e l'azione sua possano considerarsi come volontà e azione dell'ente: egli... fa valere e agire l'ente, apprestando a questo qualità fisiche e psichiche che l'ente altrimenti non possiederebbe, ma che così vengono a costituire qualità anche di quest'ultimo, conferendogli una capacità che per gli individui è, prima che giuridica, naturale, mentre per l'ente è meramente giuridica*». Così ROMANO S., voce “Organi”, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 155.

⁶² M. BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., p. 17.

autonomia rispetto al patrimonio personale dei suoi membri⁶³, con la conseguenza che le pretese dei creditori dell'ente sul fondo comune avrebbero dovuto concorrere con le pretese dei creditori personali dei membri sulle quote individuali del fondo di spettanza di questi ultimi. A ciò si aggiunga che un ente non personificato andava esente da qualsivoglia obbligo pubblicitario, sicché era impossibile per i terzi conoscere il suo ordinamento interno, nonché le sue condizioni patrimoniali.

Allo stesso modo, però, tale disciplina avrebbe consentito – ciò che, per il legislatore dell'epoca, appariva certamente più importante, se non addirittura essenziale – di continuare a selezionare gli enti collettivi ritenuti “meritevoli di tutela” nell’ottica del perseguimento dell’interesse pubblico e sottoporre la loro attività al controllo dell’autorità amministrativa⁶⁴.

Deve essere segnalato come, nonostante tale dichiarata impostazione di fondo, si decise comunque di inserire nel Titolo Secondo del Libro Primo del Codice Civile anche un Capo Terzo, recante alcune norme sulle associazioni non riconosciute e sui comitati. Gli enti sprovvisti di riconoscimento avrebbero dovuto rappresentare fenomeni aggregativi marginali e di modesta importanza⁶⁵, ragione per cui la disciplina ad essi dedicata si presentava scarna ed era stata dettata non tanto in funzione di tutela di coloro che di tali enti facessero parte, quanto piuttosto di quei terzi che con essi avessero avuto ad

⁶³ FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 423, afferma che “*il patrimonio delle associazioni [non riconosciute] appartiene ai soci secondo le regole della comunione romanistica*”, con la conseguenza che “*non vi sarebbe una separazione giuridica tra i creditori dell’associazione come tali e i creditori personali dei soci, e che il creditore del singolo potrebbe colpire la quota a lui appartenente del fondo comune dell’associazione*”.

⁶⁴ Non a caso GALGANO F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, 2^a ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja A. – Branca G., *Libro primo – Delle persone e della famiglia* (artt. 36–42), Zanichelli, Bologna – Roma, 1976, p. 182, rileva come nel corso dei lavori preparatori del codice civile la normativa in oggetto era stata qualificata come disciplina “*di diritto pubblico*”. Analoghe considerazioni si rinvengono nell’ambito della dottrina tedesca, su cui cfr.

⁶⁵ Com’è noto, si assisterà tuttavia ad un radicale superamento delle scelte codificate dal legislatore sul punto. Si v. *infra*, sub 3.1

intrattenere rapporti giuridici⁶⁶. Così, mancando il vaglio dell'autorità circa la sufficienza del patrimonio dell'ente al perseguimento dello scopo, questi ultimi, secondo quanto previsto dall'art. 38 c.c., avrebbero potuto fare affidamento, oltre che sul fondo comune, anche sul patrimonio di chi avesse agito in nome e per conto dell'ente stesso.

⁶⁶ TORRENTE A.—SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 163.

1.4 Il modello di fondazione accolto dal c.c.: la fondazione c.d. “di mera erogazione”

Muovendo a trattare ora, nello specifico, della fondazione, è noto che il nostro codice civile non contiene una definizione di tale istituto.

Ciò nonostante, da un esame congiunto delle norme specificamente dettate per essa, ovvero gli artt. 15, 25, 26 e 28, unitamente alle norme comuni ad associazioni e fondazioni, vi è concordia nel ritenere che il legislatore del 1942 abbia assunto a proprio modello di riferimento la fondazione c.d. “di mera erogazione”⁶⁷, ovvero una fondazione caratterizzata per il fatto di perseguire in via – per lo meno tendenzialmente – perpetua lo scopo una volta per tutte individuato dal fondatore – e, in quanto tale, indisponibile sia agli amministratori, che allo stesso fondatore – mediante lo svolgimento esclusivo di attività devolutiva, ovvero attraverso l'erogazione delle rendite derivanti dalla mera gestione “passiva” del suo compendio patrimoniale⁶⁸.

Essa sarebbe nata in forza di un negozio unilaterale, l'atto di fondazione⁶⁹, *inter vivos* – e, in tal caso, ex art. 14 c.c. esso avrebbe dovuto rivestire la forma

⁶⁷ Così, tra gli altri, PONZANELLI G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 128. ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 164, rileva come i concetti di rendita e di erogazione illustrano nel modello più elementare della fondazione di “mera” erogazione il ciclo dell'attività che conduce alla soddisfazione dell'interesse programmato nello scopo.

⁶⁸ PONZANELLI G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., p. 128.

⁶⁹ E ciò a differenza di quanto previsto per la associazione, la quale sarebbe nata in forza di un contratto plurilaterale tra gli associati. In questi termini GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 191, nonché, in giurisprudenza, Cass. civ., 21 giugno 2000, n. 8435, in *Giust. civ.*, 2000, p. 1364. L'individuazione della natura giuridica dell'atto di fondazione presenta dei profili di complessità allorché una fondazione nasca dalla volontà di più soggetti. Si discute, infatti, se in tal caso l'atto di fondazione conservi la natura di atto unilaterale ovvero se debba essere più propriamente qualificato come contratto. Per FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 234, si tratterebbe di un negozio unilaterale a parte soggettivamente complessa: “*anche quando i fondatori sono più, si ha sempre un atto unilaterale emanante da più persone, un fascio di volontà convergenti in una unica direzione*”. Similmente PONZANELLI G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., p. 127, ritiene che esso vada “*considerato negozio giuridico unilaterale non recettizio, anche se posto in essere da una*

dell'atto pubblico⁷⁰ – ovvero contenuto in un testamento⁷¹. Con esso il fondatore manifestava la volontà di destinare taluni suoi beni al

pluralità di soggetti?. Secondo RESCIGNO P., *Negoziato privato di fondazione e atto amministrativo di riconoscimento*, in *Giur. it.*, 1968, I, I, p. 1358, si tratterebbe, invece, di una pluralità di negozi unilaterali tra loro collegati. L'A. afferma infatti che “*appare più esatta, sotto il profilo costruzionistico, la tesi della pluralità di negozi?*”, che non sarebbe contraddetta dalla “*unità della forma in cui sono racchiuse le singole dichiarazioni di volontà dei fondatori?*”. In tal modo verrebbe anche superato il problema relativo alla sorte dell'atto di fondazione promanante da più fondatori in caso di invalidità o inefficacia della manifestazione di volontà posta in essere da uno di essi: al più potrà influire sulla riconoscibilità della fondazione se per effetto di essa dovessero venire a mancare i mezzi sufficienti al raggiungimento dello scopo. Aderisce a tale ricostruzione anche GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 194, nonché taluna pronuncia giurisprudenziale, tra cui, ad es., Trib. Firenze, 16 giugno 2008, in *Foro toscano–Toscana giur.*, 2008, p. 147: “*Il negozio di fondazione è un atto unilaterale a natura negoziale; la fondazione può essere costituita da uno o più fondatori, nel qual caso si avrà una pluralità di negozi unilaterali?*”. Per ZOPPINI A., *Le fondazioni, Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 157, invece, la qualificazione in termini contrattuali appare quella più conforme al dato normativo. Tale tematica acquisisce oggi ancor maggior rilevanza in considerazione della crescita di importanza delle fondazioni c.d. di partecipazione. Sul tema, v. *infra*, sub 3.3.

⁷⁰ Secondo GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 196, l'imposizione della forma solenne risponderebbe, oltreché all'esigenza di rimuovere – similmente a quanto avviene per le associazioni riconosciute – eventuali incertezze circa l'esistenza e il tenore dell'atto costitutivo, a quella di garantire la spontaneità del volere del disponente, al pari di quanto accade per le donazioni. In termini analoghi RESCIGNO P., voce “*Fondazione (diritto civile)*”, in *Enc. del dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 790. Per Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24813, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 10, p. 1454, la disposizione testamentaria che prevede la costituzione di una fondazione si inscriverebbe a pieno titolo nel “contenuto atipico” del testamento, su cui cfr., in dottrina, GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 10.

⁷¹ In tal caso, l'atto di fondazione — al pari di ogni altra disposizione testamentaria — diverrà efficace solo al momento dell'apertura della successione e fino a quel momento potrà essere revocato dal testatore. Così FUSARO A., voce “*Fondazione*”, in *Digesto disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, pp. 359 e ss.. Si discute se, a tal fine, sia sufficiente il ricorso ad un testamento olografo, redatto di proprio pugno dal testatore, ovvero se sia necessario l'intervento di un notaio. Per GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 195, non deve necessariamente trattarsi di un testamento pubblico, poiché anche le formalità di pubblicazione del testamento olografo conducono alla formazione, per opera del notaio, di un documento che offre pari garanzie circa l'esistenza e il tenore della disposizione. In senso conforme MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9^a ed., I, Giuffrè, Milano, 1959, p. 283.

perseguimento di un certo scopo dal medesimo individuato, disciplinando altresì la struttura organizzativa dell'ergendo ente⁷².

Per il tramite di un distinto negozio, il negozio di dotazione, accessorio a quello di fondazione – secondo l'opinione tradizionale, per lo meno⁷³ –, il fondatore trasferiva taluni suoi beni alla fondazione affinché essa potesse concretamente perseguire il suo scopo.

Tale negozio si sarebbe dovuto rispettivamente qualificare, a seconda che la fondazione fosse stata costituita per atto tra vivi ovvero per mezzo di un testamento, come donazione ovvero come istituzione di erede o legato⁷⁴, con la conseguenza che esso avrebbe potuto formare oggetto dell'azione di riduzione eventualmente esperita dai legittimari del fondatore, futuro *de cuius*, che fossero stati lesi o addirittura pretermessi⁷⁵.

⁷² Così, tra gli altri, PONZANELLI G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., p. 127.

⁷³ Sulla distinzione tra atto di fondazione e atto di dotazione si v., in giurisprudenza, Cass. civ., 10 luglio 1984, n. 4024, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 88, ove viene espressamente statuito che “*il negozio di fondazione di una persona giuridica è distinto da quello di dotazione dei beni alla persona stessa*”. In termini analoghi, in dottrina, FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 238; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 283; GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., p. 10.

⁷⁴ Secondo NICOLÒ R., *Negozi di fondazione – Istituzione di erede*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, p. 388, “*l'attribuzione patrimoniale a favore della fondazione costituita per testamento non può che essere qualificata se non come un'istituzione a titolo di erede o di legato*”. Quanto, invece, alla qualificazione in termini di donazione dell'atto di dotazione della fondazione tra vivi, cfr. COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 4^a ed., Soc. ed. libraria, Milano, 1929, p. 216, a detta del quale “*il nostro ordinamento non ci offre altri mezzi per raggiungere lo scopo che il testamento e la donazione*”.

⁷⁵ Su tale tematica, v. *infra*, sub 4.5.

1.5. Il contenuto dell'atto di fondazione

Secondo quanto previsto dall'art. 16 c.c., l'atto costitutivo della fondazione avrebbe dovuto indicare la denominazione dell'ente e la sua sede, lo scopo, il patrimonio ad esso destinato, le norme sull'ordinamento interno e sulla amministrazione, nonché i criteri e le modalità di erogazione delle rendite⁷⁶. Inoltre, ai sensi del secondo comma del medesimo articolo, esso avrebbe potuto anche disciplinare l'estinzione della fondazione e la conseguente devoluzione del patrimonio residuo, come pure l'ipotesi della sua trasformazione.

Se l'indicazione della denominazione e della sede non pare sollevare particolari questioni interpretative, rispondendo alla irrinunciabile esigenza di consentire la precisa individuazione dell'ente nel mondo dei traffici giuridici, più complicata si è rivelata invece l'analisi degli altri requisiti dell'atto costitutivo.

Trattando nello specifico del patrimonio, ad esempio, la norma non forniva alcun criterio – d'ordine quantitativo o qualitativo – alla stregua del quale stabilire quando questo requisito potessi ritenersi soddisfatto. Non veniva inoltre chiarito se l'ente fin dal momento della sua costituzione avesse dovuto avere la disponibilità di beni idonei al raggiungimento dello scopo ovvero se fosse possibile ritenere che costituissero mezzi patrimoniali per provvedervi – “patrimonio”, secondo la lettera della norma qui esaminata – anche quei beni strumentali che facessero prevedere il futuro affluire di fondi in misura sufficiente al perseguimento dello scopo⁷⁷.

⁷⁶ È questo il contenuto essenziale o obbligatorio dell'atto costitutivo, mentre le previsioni di cui al secondo comma avrebbero carattere meramente facoltativo, sopperendo ad una loro eventuale mancanza la disciplina suppletiva appositamente dettata dal legislatore. Su tale distinzione, cfr. GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 223. Nella fondazione testamentaria si ritiene tuttavia sufficiente l'indicazione dello scopo e dei mezzi patrimoniali destinati alla sua realizzazione. Così PONZANELLI G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., p. 127.

⁷⁷ Su tale tematica, cfr. *amplius* GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 250.

In ogni caso, la sua necessaria indicazione, oltre a denotare la serietà dell'intrapresa, dal momento che solo grazie ad esso la fondazione avrebbe concretamente potuto perseguire il suo scopo, fungeva altresì da garanzia per il soddisfacimento delle pretese dei creditori dell'ente⁷⁸.

Ma il requisito che più di ogni altro si è rivelato di difficile interpretazione è quello relativo allo scopo della fondazione. Infatti, pur in assenza di una norma che disciplinasse espressamente tale profilo, era invalsa l'idea che la fondazione non solo, analogamente a quanto ritenuto per le associazioni⁷⁹, non dovesse perseguire uno scopo lucrativo, bensì che essa dovesse necessariamente perseguire uno scopo di pubblica utilità⁸⁰.

Come si è anticipato, infatti, si riteneva che il pregiudizio che sarebbe derivato dalla immobilizzazione della ricchezza conseguente alla nascita di una fondazione che si sarebbe limitata, secondo il disegno del legislatore, ad amministrare il suo patrimonio e a destinare le rendite di esso ai beneficiari statutariamente individuati sarebbe risultato tollerabile solamente nella misura in cui tale ente avesse perseguito una finalità di interesse generale.

⁷⁸ Secondo TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, 16^a ed., Cedam, Padova, 1968, p. 112, “*qualunque sia lo scopo perseguito dalla persona giuridica un patrimonio è sempre indispensabile: perché l'attività delle persone per il raggiungimento dello scopo si trasforma necessariamente in rapporti economici e giuridici e perché ben si comprende che senza base economica non avrebbe senso il riconoscere obblighi a carico dell'ente*”. In senso contrario si v., però, FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 63, il quale considera il patrimonio bensì come elemento normale, ma non essenziale, della persona giuridica: “*le attività patrimoniali non sono mezzi indispensabili per tutte le persone giuridiche: vi sono e possono esservi anche associazioni, che per il raggiungimento del loro fine non hanno bisogno di un patrimonio, esaurendosi la loro attività nell'opera personale degli associati*”.

⁷⁹ Si v., per tutti, TORRENTE A.– SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, cit., p. 154.

⁸⁰ In dottrina aderivano a tale impostazione, tra gli altri, ROMANELLI V.M., *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, I, *Natura giuridica*, cit., p. 57; GIORGI G., *Dottrina delle persone giuridiche esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*, I, 3^a ed., Cammelli, Firenze, 1919, p. 89. In giurisprudenza si v. Cass. civ., 10 luglio 1979, n. 3969, in *Giur. it.*, 1980, I, I, p. 882, ove si afferma che “*l'imposizione su beni di vincoli di indisponibilità immutabili e tendenzialmente perpetui, come nel caso della fondazione, si giustifica unicamente per il perseguimento di scopi di pubblica utilità*”.

Siffatta impostazione trovava conforto per alcuni nel dettato normativo dell'art. 28, co. 1, c.c.: in base a tale previsione, l'autorità amministrativa ha la facoltà, sempreché ciò non sia considerato quale causa di estinzione dell'ente nell'atto costitutivo, di trasformare la fondazione il cui scopo sia esaurito ovvero divenuto impossibile o "di scarsa utilità"⁸¹. Si sosteneva dunque che se all'amministrazione era riconosciuto il potere di trasformare una fondazione con uno scopo "scarsamente utile", allora quest'ultima avrebbe dovuto necessariamente perseguire uno scopo di pubblica utilità⁸², in quanto scopo non scarsamente utile.

Per altri, invece, il requisito del necessario perseguimento, da parte della fondazione, di uno scopo di pubblica utilità sarebbe conseguito dalla circostanza che essa, al pari del fedecommesso, produce il medesimo risultato di vincolare determinati beni, in maniera tendenzialmente perpetua, al perseguimento di un certo scopo. Di conseguenza, così come l'art. 699 c.c., dettato in materia di sostituzione fedecommissaria, prevede che la disposizione testamentaria avente ad oggetto l'erogazione periodica di somme determinate a favore di persone da scegliersi entro una determinata categoria o tra i discendenti di determinate famiglie sarebbe risultata valida nella misura in cui fosse destinata al perseguimento di un fine di pubblica utilità, allo stesso modo anche la fondazione, per la ragione anzidetta, sarebbe risultata ammissibile soltanto se rivolta verso fini di utilità sociale⁸³.

⁸¹ Sulla trasformazione della fondazione disposta dall'autorità governativa, cfr. RESCIGNO P., voce "*Fondazione (diritto civile)*", *cit.*, p. 790.

⁸² In questi termini VITTORIA D., *Gli enti del libro primo del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in *Le fondazioni in Italia e all'estero*, a cura di Rescigno P., Padova, 1989, p. 60.

⁸³ Per GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, *cit.*, p. 230, questa conclusione sarebbe imposta, se non dalla diretta applicazione alla fondazione dell'art. 699 c.c., quanto meno dalla "decisiva efficacia argomentativa" che tale disposizione normativa eserciterebbe in rapporto al problema dei limiti all'autonomia del fondatore. Per il vero, già all'epoca vi era chi, come FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, *cit.*, p. 232, segnalava come "*a torto questo articolo è richiamato, perché esso non riguarda le vere fondazioni, ma per la sua collocazione nell'istituto delle sostituzioni, e come un'eccezione alle sostituzioni fedecommissarie, riguarda invece ...*

L'atto costitutivo avrebbe poi dovuto recare indicazione dei criteri e delle modalità di erogazione delle rendite⁸⁴. Tale previsione – e, in particolare, l'utilizzo dell'espressione “erogazione delle rendite” – dimostra in maniera quasi plastica come il legislatore abbia avuto a proprio modello di riferimento una fondazione la cui attività si sarebbe limitata, in funzione del perseguimento del suo scopo istituzionale, a destinare le rendite derivanti dalla mera gestione del patrimonio ad essa conferito a favore di soggetti esterni all'ente, noti come “beneficiari”. Tipico è il caso della fondazione che abbia a oggetto l'erogazione di borse di studio a favore di studenti meritevoli ovvero bisognosi di sostegno economico.

La predisposizione di tali criteri già da parte del fondatore all'atto della costituzione della fondazione avrebbe consentito di sottrarre alla discrezionalità dell'organo amministrativo la scelta di coloro i quali avrebbero tratto beneficio dall'attività della fondazione. Allo stesso tempo, ciò avrebbe permesso ai potenziali beneficiari di ricevere una seppur indiretta protezione delle loro pretese⁸⁵.

le così dette disposizioni modal?”, concludendo nel senso che la fondazione potesse perseguire “*qualunque scopo, di privata o generale utilità*”.

⁸⁴ In dottrina si è segnalato come l'utilizzo da parte del legislatore del termine “erogazione” in luogo di quello di “utilizzazione” sembra postulare lo svolgimento, da parte della fondazione, di una attività di devoluzione a terzi delle rendite del suo patrimonio. In questi termini GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 278. Per ZOPPINI A., *Le fondazioni, Dalla tipicità alle tipologie, cit.*, p. 151, la disposizione in esame risulterebbe derogabile dal momento che si ritengono generalmente ammissibili anche fondazioni prive di beneficiari in senso stretto, come, ad esempio, quelle che perseguono un fine super-individuale.

⁸⁵ Infatti, ai sensi dell'art. 25 c.c., l'autorità governativa avrebbe potuto annullare, su istanza degli interessati, eventuali delibere assunte dall'organo amministrativo in violazione di tali criteri. La posizione dei beneficiari della fondazione è stata ricondotta in dottrina nell'alveo di applicazione dell'art. 1989 c.c., giacché in entrambi i casi sarebbe possibile ravvisare la concentrazione della prestazione all'interno della categoria dei potenziali beneficiari, i quali rimangono però estranei al processo di erogazione. In questo senso GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 234, seguito, tra gli altri, da DEL PRATO E., *I regolamenti privati*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 336 e GRECO F., *Le fondazioni non riconosciute*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 57.

Il fondatore avrebbe poi certamente potuto inserire nell'atto costitutivo anche taluni elementi "accidentali"⁸⁶ – come, ad esempio, un termine di durata –, sempre con il limite, però, del rispetto del tipo, in particolare sotto il profilo della indisponibilità del vincolo gravante sui beni da parte e del fondatore, e dell'organo amministrativo⁸⁷.

⁸⁶ Sulla validità di una clausola di inalienabilità perpetua cfr. ALPA G., *Sulla validità della clausola di inalienabilità perpetua contenuta in un atto di fondazione*, in *Foro pad.*, 1980, II, pp. 10 e ss..

⁸⁷ Sarebbero così in contrasto con la *Stiftungsbegriff* quelle clausole statutarie intese a riconoscere al fondatore poteri tali da revocare in dubbio la definitività dell'istituzione e l'autonomia dell'ente, tra cui, ad esempio, la clausola che condizioni il perfezionamento dell'*iter* deliberativo all'adesione del fondatore ovvero quella che volesse riservare a quest'ultimo il ruolo di interprete dello statuto. Allo stesso modo, se è ammissibile che il fondatore si riservi taluni diritti di natura reale o obbligatoria sui beni trasferiti alla fondazione – da qualificare come oneri apposti alla dotazione patrimoniale –, è invece inammissibile che questi si riservi il diritto di disporre del patrimonio della fondazione ovvero dei risultati di esso. Attraverso simili previsioni, infatti, anziché autonomo soggetto di diritto, la fondazione verrebbe degradata a "*patrimonio autonomo sottratto all'azione esecutiva dei creditori del beneficiario*". Su tale tematica, cfr. ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 148.

1.6 Il riconoscimento della fondazione

La fondazione sarebbe venuta ad esistenza, vale a dire sarebbe divenuta un autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, soltanto una volta ottenuto il riconoscimento legale, che, pertanto, presentava carattere costitutivo⁸⁸. A differenza della associazione, infatti, si riteneva – e si ritiene tutt’ora – che la fondazione non riconosciuta non trovasse cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico⁸⁹.

Secondo quanto prescritto dall’art. 12 c.c. le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato avrebbero acquistato “*la personalità giuridica mediante il riconoscimento concesso con decreto del Presidente della Repubblica*”⁹⁰.

Il legislatore del codice si collocava dunque nel solco della tradizione precedente, adottando un sistema di riconoscimento della personalità giuridica di tipo “concessorio”⁹¹. Sulla base di esso, l’ente non vantava nei confronti della amministrazione una pretesa qualificabile in termini di pieno diritto soggettivo al riconoscimento⁹². In tale materia l’autorità amministrativa risultava infatti titolare di un potere discrezionale, con la

⁸⁸ In questi termini FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 57, a detta del quale “*il riconoscimento produce [corsivo dell’A.] appunto la personalità, concede la forma unitaria, imprime questo stampo giuridico alle organizzazioni sociali, e ciò è un effetto nuovo, che prima non esisteva, e che le parti da sole erano impotenti a produrre*”.

⁸⁹ Sulla ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico di una fondazione non riconosciuta, cfr. GRECO F., *Le fondazioni non riconosciute*, cit.; MAGGIOLO M., *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell’atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 2007, p. 1155; CEOLIN M., *Fondazioni e fondazioni non riconosciute anche alla luce dell’art. 2645-ter c-c.*, in *Rivista del Notariato*, 2009, 6, p. 1427.

⁹⁰ Tale competenza era stata delegata dall’art. 14 del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 alle Regioni per le persone giuridiche che operassero, nel solo ambito regionale, nelle materie delegate alle Regioni stesse. In tal caso, il decreto di riconoscimento sarebbe stato adottato dal Presidente della Giunta regionale.

⁹¹ RUOTOLO A., *Il nuovo regime per il riconoscimento delle persone giuridiche private*, Studio n. 3367, C.N.N.. In tal senso, FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 61, parlava, al riguardo, di atto di concessione di *status*.

⁹² In termini analoghi, tra gli altri, IORIO G., *Le fondazioni*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 131.

conseguenza che il riconoscimento sarebbe stato da questa concesso, per il tramite di un apposito provvedimento amministrativo⁹³, soltanto qualora avesse ritenuto opportuno⁹⁴, all'esito della ponderazione dei vari interessi coinvolti e in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico primario affidato alla sua cura, riconoscere il singolo ente di volta in volta coinvolto⁹⁵. In tale contesto si riteneva addirittura che all'autorità amministrativa spettasse anche il potere di integrare eventuali lacune dell'atto di fondazione, nonché quello di imporre la modificazione di talune disposizioni statutarie, subordinando a tale riforma la concessione della personalità giuridica⁹⁶.

Tale sistema di riconoscimento si contrapponeva a quello, di tipo "normativo", previsto per le società di capitali nel Libro V del Codice Civile, laddove l'attribuzione della personalità giuridica sarebbe avvenuta per legge, mediante l'iscrizione dell'ente nel registro delle imprese, a seguito della verifica da parte del giudice competente della sussistenza dei requisiti legislativamente prescritti. In un sistema di tal fatta, l'ente munito dei requisiti previsti dalla legge avrebbe goduto di un diritto soggettivo pieno ad ottenere il riconoscimento.

⁹³ Vi è chi, al riguardo, ha parlato di atto di concessione di *status*. In questi termini FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 61.

⁹⁴ In questi termini DE GIORGI M. V., *La riforma del procedimento di attribuzione della personalità giuridica per gli enti senza scopo di lucro*, in *Studium Iuris*, 2000, p. 499.

⁹⁵ Per Cons. Stato, 24 novembre 1954, n. 856, in *Cons. Stato*, 1954, p. 1139, l'autorità amministrativa avrebbe potuto liberamente valutare l'opportunità di concedere o meno il riconoscimento, nell'esercizio di una vera e propria discrezionalità politica. In questi termini, in dottrina, AURICCHIO A., voce "*Associazioni riconosciute*", in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958, p. 899.

⁹⁶ In tal senso FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 235, per il quale "*l'ordinamento dell'amministrazione, le modalità d'erogazione delle rendite, la forma di godimento dei destinatari, nell'atto di fondazione può mancare, senza che perciò l'atto sia nullo: a tali lacune può supplire l'autorità amministrativa*", nonché, in giurisprudenza, Cass. civ., 25 giugno 1953, in *Foro it.*, 1954, I, p. 1464. In senso contrario ROMANELLI V.M., *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, I, *Natura giuridica*, cit., p. 60, a detta del quale non vi sarebbe stata alcuna traccia di tale facoltà dell'autorità amministrativa. Tale problematica parrebbe essere riconducibile alla questione relativa all'esistenza di eventuali poteri impliciti in capo all'Amministrazione, su cui cfr. MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 4, 2007, pp. 703 e ss..

Si riteneva infatti che le organizzazioni sociali destinate esclusivamente allo svolgimento di attività di carattere economico non avrebbero in alcun modo interferito nel rapporto Stato – cittadini, sicché il loro riconoscimento non abbisognava della adozione di particolari cautele.

Fino a che la fondazione non avesse ottenuto il riconoscimento – ovvero, pure in difetto di questo, fino a che il fondatore non ne avesse fatto iniziare l'attività⁹⁷ –, al fondatore era riconosciuta, ai sensi dell'art. 15 c.c., la facoltà di revocare l'atto di fondazione⁹⁸. Tale circostanza aveva peraltro sollevato delicate questioni interpretative circa la condizione del patrimonio destinato alla fondazione in attesa che questa ottenesse il riconoscimento⁹⁹.

Ad ogni modo, una volta ottenuto il riconoscimento la fondazione sarebbe divenuta un autonomo soggetto di diritto, in quanto tale sottratto alla libera disponibilità da parte del suo fondatore.

⁹⁷ Per Cass. civ., 4 luglio 1959, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 1691, “*una volta che l'opera abbia iniziata la sua attività, non rimane più nella sfera del fondatore, ma, interessando ormai la generalità dei cittadini, non può essere distrutta ad arbitrio dei privati*”. Si è rilevato però come una simile ricostruzione non sembra del tutto soddisfacente, dal momento che l'interesse dei terzi risulterebbe comunque adeguatamente tutelato applicando, in presenza dei relativi presupposti, l'art. 1989 c.c.. In tal senso, secondo RESCIGNO P., voce “*Fondazione (diritto civile)*”, *cit.*, p. 790, l'inizio dell'attività, traducendosi in un comportamento incompatibile con la volontà di valersi della facoltà di revoca, andrebbe considerato alla stregua di una rinuncia tacita ad essa.

⁹⁸ Per GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, *cit.*, p. 211, natura strettamente personale avrebbe non già la facoltà di revoca, quanto, piuttosto, l'atto di fondazione stesso: non passando questo agli eredi, infatti, a costoro non si trasmette la facoltà di revocarlo. Sul punto, cfr. anche DE GIORGI M. V., *Le persone giuridiche in generale, le associazioni e le fondazioni*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di Rescigno P., 2, I, 2^a ed., U.T.E.T, Torino, 1999, p. 433.

⁹⁹ Secondo alcuni l'effetto traslativo della proprietà dei beni in favore della fondazione si verificherebbe soltanto con il riconoscimento, che diventa “*elemento perfezionativo dell'atto di fondazione*”. Per chi invece riconosca l'ammissibilità della fondazione non riconosciuta, è giocoforza affermare che il principio enunciato da tale articolo non opera rispetto ad essa: l'atto di fondazione sarebbe infatti in tal caso fin dal principio irrevocabile in ragione dell'immediato prodursi dell'effetto traslativo in favore della fondazione ovvero, a seconda della ricostruzione cui si intenda aderire, in favore degli amministratori della stessa. Su tale tematica, v. GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, *cit.*, p. 211.

1.7 L'organo amministrativo e i controlli governativi sulla vita dell'ente

Una volta divenuta, con il riconoscimento, una nuova persona giuridica, l'attività della fondazione sarebbe stata retta dall'unico organo normativamente previsto, l'organo amministrativo, deputato a gestire il patrimonio dell'ente al fine di dare attuazione allo scopo individuato dal fondatore. Non era infatti previsto, a differenza che per la associazione, un organo assembleare, così come la presenza di membri della fondazione¹⁰⁰.

L'organo amministrativo della fondazione si sarebbe dunque caratterizzato per essere, come pure è stato efficacemente detto in dottrina, un organo "servente"¹⁰¹, ovvero un organo deputato esclusivamente a dare

¹⁰⁰ Come rileva ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 102, la fondazione si risolve essenzialmente nella destinazione di una attività al raggiungimento di uno scopo, sicché risulta "incompatibile col codice partecipativo quale tipicamente si realizza nei contratti associativi". Tale assunto non sarebbe contraddetto nemmeno nei casi in cui la fondazione viene amministrata da un organo composto su base associativa o eletto da una assemblea, in quanto si tratterebbe sempre di una attività contrassegnata "dal rilievo meramente attuativo" del programma statutario, "implicante logica dell'altruità dell'interesse realizzato".

¹⁰¹ L'espressione è di FERRARA F. SR., *Teoria delle persone giuridiche*, cit., p. 732. Lo stesso A., in ID., *Le persone giuridiche*, cit., p. 131, afferma che l'organo amministrativo "deve attenersi alla volontà obbiettivata nell'atto di fondazione, ne può derogarvi od immutarla ... quindi, impossibilità di mutamento del fine, di trasformazione dell'amministrazione, di volontario scioglimento. Solo la volontà dello Stato può cambiare questo ordinamento di vita, mediante riforma o soppressione". In termini analoghi anche RESCIGNO P., voce "Fondazione (diritto civile)", cit., p. 790, per il quale la volontà del fondatore "rimane a indirizzare costantemente la vita della persona giuridica", anche se l'A. non manca di rilevare come nell'ordinamento tedesco fosse ravvisabile una tendenza ad attribuire agli organi della fondazione sempre più ampi poteri di modifica e di adattamento degli scopi dell'ente. Sul punto, si v. altresì le considerazioni di COSTI R., *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 8: "la fondazione non può modificare la destinazione del proprio patrimonio ... essa non può decidere la propria fine ... non può modificare il proprio oggetto e i propri scopi" e di TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 113: "gli organi direttivi, nelle associazioni, sono dominanti, nelle fondazioni sono sottoposti alla volontà di chi ha costituito l'ente". In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, 1 giugno 1960, in *Cons. Stato*, 1961, I, p. 644, per il quale il fondatore non può riservarsi con l'atto di fondazione la facoltà di modificare lo statuto della fondazione.

attuazione al programma individuato dal fondatore e a cui era radicalmente sottratta la disponibilità sulla vita dell'ente. Agli amministratori era dunque radicalmente precluso di modificare lo scopo originariamente individuato dal fondatore, così come di deliberare lo scioglimento anticipato dell'ente¹⁰².

Nell'ottica del legislatore dell'epoca, tale organo avrebbe dovuto semplicemente amministrare il patrimonio della fondazione, per poi erogare le rendite di esso ai beneficiari di volta in volta individuati in applicazione dei criteri statutariamente previsti.

Si sarebbe potuto indifferentemente trattare di un organo monocratico ovvero collegiale¹⁰³, secondo quanto previsto dal fondatore nell'atto costitutivo¹⁰⁴. Il fondatore avrebbe persino potuto riservare a sé l'incarico di provvedere alla amministrazione della fondazione, senza però che con ciò gli fossero riservati particolari poteri o facoltà¹⁰⁵, differenti rispetto a quelli ordinariamente spettanti agli amministratori.

¹⁰² Secondo GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 284, nella fondazione soltanto all'autorità amministrativa, come si evincerebbe dalla disciplina dettata rispettivamente agli artt. 26 e 28 c.c., sarebbe spettato di apportare simili rilevanti modificazioni statutarie.

¹⁰³ In questo senso anche GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 254. Secondo Cons. Stato, 17 dicembre 1957, in *Cons. Stato*, 1958, I, p. 937, "il consiglio direttivo di una fondazione, non essendo un organo rappresentativo, non deve essere composto da un numero di componenti così elevato da essere incompatibile con la funzionalità dell'ente".

¹⁰⁴ Le modalità di nomina degli amministratori, invece, sarebbero potute essere le più varie: la nomina può essere rimessa a terzi; la qualità di amministratore può essere fatta coincidere con la titolarità di determinate cariche, pubbliche o private; il fondatore può, già con l'atto di fondazione, designare chi per primo rivestirà la carica di amministratore. Sul punto, cfr. GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 256.

¹⁰⁵ Secondo GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 256, infatti, nella fondazione, a differenza che nella associazione, gli amministratori possono anche essere nominati a vita ed è altresì possibile che il fondatore riservi a sé stesso, e per l'epoca successiva alla sua morte ai suoi eredi, la qualità di amministratore o di membro del consiglio di amministrazione. In ogni caso, "la contemporanea qualità di fondatore, o di erede del fondatore, non attribuirà all'amministratore poteri maggiori di quelli spettanti ad ogni altro amministratore". In questo senso anche FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche, cit.*, p. 299, per il quale, salvo diversa previsione dello statuto, il fondatore sarebbe rimasto estraneo all'amministrazione della fondazione e, quand'anche si fosse riservato la carica di amministratore, i suoi poteri non si sarebbero distinti da quelli degli altri amministratori. Sul tema v. anche PREDIERI A., *Proposta per una disciplina legislativa delle fondazioni e degli*

Proprio a causa della assenza di un organo assembleare interno – con la conseguente impossibilità di esercitare un controllo costante sulla legittimità¹⁰⁶, oltre che sulla opportunità¹⁰⁷, dell'operato degli amministratori – che la fondazione veniva sottoposta alla supervisione dell'autorità governativa¹⁰⁸.

Così non solo, al pari che per l'associazione, occorre l'autorizzazione dell'autorità, secondo quanto previsto dall'art. 17 c.c., affinché la fondazione potesse efficacemente acquistare beni immobili ovvero accettare donazioni, eredità o legati al fine di scongiurare una eccessiva immobilizzazione della ricchezza immobiliare¹⁰⁹.

Essa infatti era altresì soggetta al controllo e alla vigilanza dell'autorità governativa¹¹⁰, la quale avrebbe persino potuto sciogliere l'amministrazione e

istituti privati di cultura, in *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali. Atti del convegno*, Roma, 1967, p. 130, il quale segnala come tale fenomeno ricorra tipicamente nelle fondazioni di famiglia.

¹⁰⁶ Per BIANCA C. M., *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 321, il controllo in materia di fondazioni si risolve in un controllo di mera legittimità, dal momento che, «trattandosi di un ente privato, ... la pubblica Amministrazione non potrebbe imporre direttive per la realizzazione dei fini pubblici». Secondo l'A., ciò che in tal caso rileva, al fine dell'intervento dell'autorità, è la violazione di disposizioni giuridiche.

¹⁰⁷ Secondo GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 394, un esame del merito della gestione può essere semmai ammesso solo per valutare la legittimità dell'operato dell'organo amministrativo.

¹⁰⁸ In questo senso FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche, cit.*, p. 353, a detta del quale nelle fondazioni manca l'assemblea e dunque non esiste un congegno interno alla struttura dell'ente che consenta una correzione o regolarizzazione della gestione, per cui il controllo spetta all'autorità governativa. Tale controllo si inquadra nell'ambito della c.d. "amministrazione pubblica del diritto privato": così COSTI R., *Fondazione e impresa, cit.*, p. 14. Per quanto riguarda il controllo sull'amministrazione delle fondazioni, cfr. DE GIORGI M. V., *Il controllo sull'amministrazione delle fondazioni*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1999, I, p. 786.

¹⁰⁹ GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 289.

¹¹⁰ Secondo quanto previsto dall'art. 25 c.c., l'autorità governativa esercita il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni; provvede alla nomina e alla sostituzione degli amministratori o dei rappresentanti, quando le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possono attuarsi; annulla, sentiti gli amministratori, con provvedimento definitivo, le deliberazioni contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico o al buon costume; può sciogliere l'amministrazione e

nominare un commissario straordinario nel caso in cui gli amministratori non avessero agito in conformità dello scopo della fondazione, dello statuto ovvero della legge (art. 25 c.c.)¹¹¹.

All'autorità era poi riconosciuto il potere di disporre il coordinamento dell'attività di più fondazioni ovvero l'unificazione della loro amministrazione¹¹², nonché quello di trasformare la fondazione allorché lo scopo fosse esaurito, divenuto impossibile o di scarsa utilità ovvero il patrimonio risultasse insufficiente per il perseguimento di esso (artt. 26 e 28 c.c.).

Così delineato il funzionamento, la fondazione avrebbe operato, sotto la guida degli amministratori, in funzione del perseguimento del suo scopo istituzionale, finché non fosse per ipotesi intervenuta una causa di estinzione prevista vuoi dalla legge, vuoi dallo statuto.

nominare un commissario straordinario, qualora gli amministratori non agiscano in conformità dello statuto o dello scopo della fondazione o della legge.

¹¹¹ Per Cons. St., 19 aprile 1974, n. 291, in *Cons. Stato*, 1974, I, p. 582, è legittimo il provvedimento che dispone lo scioglimento dell'organo amministrativo di una fondazione in ragione, alternativamente, i) degli elementi di irregolarità nella gestione amministrativa e patrimoniale; ii) della irregolare costituzione dell'organo; iii) della sussistenza di un conflitto di interessi tra i componenti dell'organo amministrativo e l'ente-fondazione; iv) dello svolgimento da parte dell'organo amministrativo di attività in difformità dello statuto ovvero in contrasto con lo scopo della fondazione.

¹¹² Secondo RESCIGNO P., voce "*Fondazione (diritto civile)*", *cit.*, p. 802, la *ratio* di tale disposizione – così come dell'art. 28 c.c. – va individuata nell'esigenza di correggere la rigidità che deriverebbe «dall'assoluto e invalicabile rispetto della volontà cristallizzata nell'atto di fondazione». Il coordinamento consiste nella modifica dei criteri e delle modalità di erogazioni delle rendite, attraverso, ad esempio, una diversa ripartizione della categoria dei beneficiari ovvero con la suddivisione dell'ambito di operatività di ciascun ente. L'unificazione avviene invece sostituendo un unico organo amministrativo ai precedenti organi delle singole fondazioni. In questi termini GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, *cit.*, p. 396.

Sarebbe allora sempre stato compito dell'autorità amministrativa, secondo quanto previsto dall'art. 30 c.c., dichiarare la sua estinzione¹¹³, così da consentire l'avvio del procedimento di liquidazione¹¹⁴.

¹¹³ Si discuteva se alla dichiarazione di estinzione dell'autorità andasse riconosciuto valore costitutivo ovvero soltanto dichiarativo. Secondo COVIELLO L. JR., *Osservazioni in tema di estinzione delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 804, una simile dichiarazione non sarebbe servita nel caso in cui gli associati avessero deliberato lo scioglimento dell'associazione, considerato che ai fini estintivi una tale delibera sarebbe risultata equipollente al provvedimento dell'autorità. Inoltre, a detta dell'A. l'intervento dell'autorità governativa non sarebbe stato in ogni caso vincolato, con la conseguenza che sarebbe risultato inesatto sostenere che il provvedimento estintivo rendeva operanti le cause di estinzione, le quali ultime andavano invece riguardate alla stregua di "*fatti che determinano il provvedimento che dichiara l'estinzione, provvedimento in alcuni casi vincolato, in altri discrezionale*". Secondo FERRARA F. JR., in FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche, cit.*, p. 364, così opinando si sarebbe introdotta nel sistema una duplice disarmonia: in primo luogo, vi sarebbe stata una causa di estinzione sottratta all'intervento da parte dello Stato, che pure è richiesto in relazione alle cause di estinzione indicate nell'atto costitutivo; inoltre, la delibera di scioglimento dell'associazione sarebbe stata sottratta a qualsivoglia controllo, in contrasto con quanto previsto anche rispetto alle modifiche statutarie. In tal senso, l'art. 29 c.c., terza ipotesi, si limiterebbe ad anticipare temporalmente, per ragioni di opportunità, il divieto di nuove operazioni, mentre l'art. 30 c.c., nella parte in cui recita "o disposto lo scioglimento", si riferirebbe al solo caso in cui lo scioglimento fosse disposto dall'autorità, ipotesi non più espressamente contemplata dal nostro codice, "*ma ... possibile anche oggi*". Infatti, se la persona giuridica sorge per creazione dello Stato, essa non può cessare che per soppressione dello Stato: il venir meno degli associati, del patrimonio si rivelerebbero solo circostanze apprezzate dall'autorità per revocare il riconoscimento. D'altronde, si sostiene, l'estinzione di un ente non può dipendere da momenti incerti e invalutabili, a tutela dei terzi che a vario titolo abbiano intrattenuto rapporti con esso. Secondo l'A., la necessità di un intervento statale per la nascita di una persona giuridica porta con sé, da un punto di vista teorico, la necessità di un analogo intervento in ordine alla scomparsa di essa, non anche, invece, che quest'ultima dipenda da una valutazione discrezionale dell'autorità. La questione si risolverebbe niente meno che in una questione di diritto positivo: la dichiarazione di estinzione presenterebbe carattere costitutivo poiché solo a seguito di essa si producono gli effetti relativi, secondo quanto previsto dagli artt. 29 e 30 c.c..

¹¹⁴ La persona giuridica, infatti, "*non si estingue di un colpo, ma persiste in uno stato transitorio, per lo scopo della liquidazione*". In altre parole, si assisterebbe ad una "*limitazione della sua capacità giuridica*", ristretta solo a quanto attiene alla liquidazione, come si desume dal divieto per gli amministratori di compiere nuove operazioni, previsto dall'art. 29 c.c., che in altro non consisterebbe se non in una "*limitazione dei loro poteri*". In questi termini FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche, cit.*, p. 375.

Una volta terminata la liquidazione, si poneva la questione relativa alla destinazione dei beni che fossero eventualmente residuati dopo il soddisfacimento dei creditori dell'ente.

Sul punto, nonostante l'art. 31 c.c. disponesse che i beni che fossero eventualmente residuati a seguito della liquidazione dovessero essere dovuti in conformità dell'atto costitutivo o dello statuto, e benché l'art. 28 c.c., in tema di trasformazione, menzionasse possibili "*cause di estinzione della persona giuridica e di devoluzione dei beni a terze persone*", era finita col prevalere l'impostazione per cui, così come in vita la fondazione non avrebbe potuto perseguire che uno scopo di pubblica utilità, così al tempo della sua estinzione l'eventuale residuo attivo si sarebbe dovuto di necessità devolvere ad altri enti con analoghe finalità.

Si riteneva infatti che, diversamente opinando, chi avrebbe beneficiato di tale devoluzione avrebbe conseguito non solo l'originaria dotazione patrimoniale della fondazione, bensì anche le liberalità che questa avesse successivamente ricevuto in ragione, esclusivamente, dello scopo di pubblica utilità da essa perseguito¹¹⁵.

¹¹⁵ GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 427.

1.8 La fondazione di famiglia e i dubbi sulla sua ammissibilità

Merita da ultimo di essere ricordato come, in tale contesto, l'art. 28, co. 3, c.c., facesse riferimento a “fondazioni destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate”, stabilendo che ad esse non si applicassero né le disposizioni sul coordinamento dell'attività ovvero sull'unificazione della amministrazione di più fondazioni, né quelle relative alla trasformazione della fondazione per opera dell'autorità¹¹⁶.

La ragione della sottrazione di fondazioni di tal fatta dalla disciplina generale si spiega agevolmente se solo si consideri che in esse, data la loro finalità, appare decisiva la volontà del fondatore di disporre dei propri beni con quelle determinate condizioni¹¹⁷.

Sembrerebbe dunque quasi che il legislatore, per il tramite di tale inciso, abbia voluto suggerire la non necessarietà, per la fondazione, del perseguimento di uno scopo di pubblica utilità, offrendo cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico alla c.d. “fondazione di famiglia”, ovvero a quella fondazione la cui attività ridondi esclusivamente a vantaggio dei membri di una determinata famiglia.

Risulta infatti evidente come possa anzi collidere con l'interesse generale – *prima facie*, per lo meno – un ente il quale si limiti ad erogare le rendite derivanti dalla gestione del suo patrimonio a chi, per ciò solo, appartenga ad una certa famiglia.

¹¹⁶ Per ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 145, la previsione dell'art. 28, co. 3, c.c., andrebbe applicata a tutti quei tipi di fondazione, come ad esempio le fondazioni previdenziali, caratterizzate dalla particolarità dello scopo perseguito.

¹¹⁷ Secondo GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 410, ciò denoterebbe invece lo sfavore con cui il legislatore si approccia alle fondazioni di famiglia: in particolare, la loro sottrazione dal campo di applicazione dell'art. 28 c.c. dimostrerebbe come esse siano senz'altro condannate all'estinzione al verificarsi di una causa di scioglimento dell'ente. BIANCA C. M., *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, cit., p. 322 rileva infatti come rispetto a fondazioni siffatte non sembra possa prospettarsi una concorrenza tale da richiedere un intervento dell'autorità.

Si è detto da parte di taluni che un ente siffatto ad altro non sarebbe servito se non a perpetuare nel tempo il nome di un casato, così eludendo peraltro i limiti della sostituzione fedecommissaria. In ragione di ciò si è ritenuto, se non addirittura di escluderne radicalmente l'ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico, che anche la fondazione di famiglia avrebbe dovuto necessariamente perseguire uno scopo di pubblica utilità¹¹⁸.

Di conseguenza, per beneficiare dell'attività della stessa non sarebbe stata sufficiente la mera appartenenza ad una determinata famiglia; a ciò sarebbe

¹¹⁸ Così, per tutti, GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 230. È questa peraltro la conclusione cui si è addivenuti nel noto caso relativo alla Fedecommissaria Strizoli, il cui unico fine era, per l'appunto, la distribuzione, in perpetuo, dei frutti del patrimonio del testatore fra tutti i discendenti del di lui cugino. Il primo grado fu deciso da Trib. Genova, 9 luglio 1971, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, p. 556, sottolineando come “*La disposizione testamentaria che istituisca, secondo le espressioni usate dal testatore, un «fedecommesso perpetuo» (o «azienda»), i cui redditi debbano essere distribuiti in perpetuo a tutti i discendenti per linea maschile del testatore, o, in caso di sua morte senza prole, di altra persona dal testatore stesso determinata, dà luogo non ad una sostituzione fedecommissaria, sibbene alla istituzione di una cosiddetta fondazione di famiglia. La fondazione, istituita in un testamento, il cui solo scopo sia la distribuzione in perpetuo dei frutti del patrimonio del testatore tra i discendenti di una determinata persona ad incremento e lucro dei medesimi e tal di fuori da ogni finalità di pubblica utilità, persegue il medesimo scopo di una sostituzione fedecommissaria vietata dalla legge e deve, perciò, essere sciolta dal giudice*”. Sul medesimo caso è successivamente intervenuta Cass. civ., 10 luglio 1979, n. 3969, in *Giur.it.*, 1980, I, 1, p. 882, con nota di DE GIORGI M. V., *Scopo della fondazione e fondazioni di famiglia*: “*La disposizione con la quale il testatore abbia stabilito la inalienabilità del suo patrimonio e ne abbia affidato la amministrazione ad alcuni esecutori, attribuendo nel contempo l'usufrutto dei beni che compongono il patrimonio stesso ai discendenti in ordine successivo di una determinata linea della sua famiglia (nella specie: discendenti di un cugino), non dà luogo a una fondazione avente personalità giuridica, facendo in tal caso difetto uno scopo che funga da elemento unificante dei detti beni, bensì dà vita a un ente di mero fatto, il quale, anche se sia stato validamente costituito sotto il vigore di leggi antecedenti, deve ritenersi incompatibile con l'attuale ordinamento giuridico, in quanto, oltre a perseguire finalità analoghe a quelle della sostituzione fedecommissaria, si pone, altresì, in contrasto con divieti sanciti da norme di ordine pubblico (art. 469, 692, 698, 699, 796, 979, 1379 c.c.) che fissano limiti all'autonomia privata*”. Le diverse esigenze emerse nel corso del tempo inducono invece oggi a rimeditare una simile conclusione e anzi a valorizzare l'istituto della fondazione di famiglia. La tematica, in particolare con riguardo al passaggio generazionale dell'azienda familiare, è infatti al centro delle attenzioni della dottrina e del legislatore, di recente intervenuto con la l. n. 155/2006 introducendo agli artt. 768–bis e ss. c.c. un nuovo strumento, il c.d. patto di famiglia, per la trasmissione dell'impresa. Sul punto, cfr. DELLE MONACHE S., *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Rivista del Notariato*, 2006, p. 889.

La fondazione privata

dovuto necessariamente accedere un *quid* – come, ad esempio, lo stato di indigenza del destinatario –, che rendesse lo scopo perseguito dalla fondazione, per quanto per definizione circoscritto, di pubblica utilità.

CAPITOLO II

LA STIFTUNG NELL'ESPERIENZA DEL DIRITTO AUSTRIACO E TEDESCO

SOMMARIO: 2.1 L'evoluzione del diritto delle fondazioni austriaco e tedesco – 2.2 Lo scopo della *Stiftung*. La *Familienstiftung* – 2.3 La *reine Stiftung für den Stifter* – 2.4 La *Selbstzweckstiftung* – 2.5 Il patrimonio – 2.6 L'organizzazione – 2.7 La revoca della *Stiftung* – 2.8 La modifica dell'atto costitutivo – 2.9 La *Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts* del 2021

2.1 L'evoluzione del diritto delle fondazioni austriaco e tedesco

Ci si potrebbe interrogare sulla – ed arrivare finanche a dubitare della – opportunità di dedicare una parte, anche consistente, del presente lavoro allo studio della evoluzione che l'istituto della fondazione ha conosciuto nell'ambito degli ordinamenti austriaco e tedesco.

A questo, pur legittimo, interrogativo occorre però recisamente rispondere che tale affaccio su esperienze giuridiche invero assai vicine alla nostra si rivela – a nostro avviso, certo – di estrema utilità per una molteplicità di ragioni.

Anzitutto perché, su un piano più generale, lo strumento comparatistico non si riduce – né mai dovrebbe ridursi – ad un mero esercizio di stile, sfoggio di una erudizione fine a se stessa, contribuendo invece l'analisi e lo studio delle *regulae iuris* che ordinamenti diversi dal nostro hanno apprestato per rispondere ad analoghe esigenze ad arricchire, da un punto di vista sia giuridico che culturale, l'attività interpretativa¹¹⁹.

Nello specifico, poi, tale opzione si rivela tanto più feconda se solo si ricordi che il legislatore del nostro codice civile, nel dettare la disciplina sulle

¹¹⁹ Sul tema, cfr. SACCO R., *Che cos'è il diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1992, nonché ID., *Introduzione al diritto comparato*, U.T.E.T., Torino, 1992; ALPA G. – CORAPI D. – BONELLI M. J., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Roma – Bari, 2012.

persone giuridiche, si è manifestamente ispirato ai principi in tale materia adottati dal BGB¹²⁰. Sicché, preso atto della analoga matrice, pare opportuno verificare se gli esiti e le conclusioni raggiunti in seno all'ordinamento tedesco – anche e soprattutto in ragione della profonda attenzione che *ivi* è stata dedicata alla nostra tematica –, possano essere replicati, *mutatis mutandis*, nell'ambito del nostro ordinamento giuridico.

Nell'ordinamento austriaco, invece, è stata approvata nel 1993 la *Privatstiftungsgesetz*, allo scopo di apprestare uno strumento attraverso il quale perseguire finalità di natura anche privata, con la possibilità per il disponente di riservarsi penetranti poteri di revoca o modifica dell'atto costitutivo pure dopo la nascita dell'ente.

Se fino al XIX secolo l'evoluzione della fondazione aveva seguito, in Germania e in Austria, un percorso praticamente parallelo – percorso che, per lo meno in parte, ricalca quello di cui sopra si è brevemente dato conto –, con l'entrata in vigore delle codificazioni – ovvero dell'ABGB del 1812 nell'ordinamento austriaco e del BGB del 1900 in quello tedesco, le due strade si divisero chiaramente¹²¹.

All'epoca in Austria il diritto delle fondazioni era considerato una partizione del diritto pubblico¹²². La succinta disciplina ad esso dedicata si rinveniva, pertanto, al di fuori dell'ABGB, in una serie di decreti, risoluzioni e altri simili atti risalenti al tempo della monarchia¹²³, ove la fondazione veniva definita alla stregua di un patrimonio autonomo che persegue in modo

¹²⁰ In questo senso RESCIGNO P., *Fondazione e impresa*, in *Riv. delle Società*, 1967, p. 815.

¹²¹ In questi termini OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, Bucerius Law School Press, Hamburg, 2014, p. 31.

¹²² Ciò a differenza del fedecommesso, istituto di diritto privato che ritrovava l'intera sua disciplina nell'ABGB. In particolare, secondo quanto previsto dal § 646 ABGB, il discrimine tra i due istituti sarebbe consistito nel fatto che le rendite della fondazione sarebbero state destinate ad un fine di pubblica utilità.

¹²³ STAMMER O., *Handbuch des österreichischen Stiftungs- und Fondswesens*, Eisenstadt, 1983, p. 280.

permanente uno scopo di pubblica utilità¹²⁴. Inoltre essa si caratterizzava per essere soggetta, per tutta la durata del suo operare, al controllo da parte dell'autorità: a partire dal riconoscimento, necessario ai fini della sua stessa esistenza, la fondazione era incaricata di gestire compiti di rilevanza pubblica¹²⁵, sotto la diretta vigilanza della autorità¹²⁶. Alla luce di ciò, si riteneva fosse assolutamente inammissibile una fondazione che si limitasse a destinare le rendite derivanti dalla amministrazione del suo patrimonio a chi, per ciò solo, appartenesse ad una certa famiglia¹²⁷. Ciò nonostante, il diritto delle fondazioni austriaco conobbe in tale contesto un periodo di profondo sviluppo, che terminò tuttavia con la fine della monarchia seguita dall'avvento del partito nazionalsocialista¹²⁸.

Per quanto riguarda, invece, l'ordinamento tedesco, all'interno del BGB erano rinvenibili – ai §§ da 80 a 88 – alcune norme in materia di fondazioni, le quali però non disciplinavano esaustivamente l'intera materia, ma si

¹²⁴ Così HERRNRITT R., *Das österreichische Stiftungsrecht*, Wien, Manz, 1896, p. 8.

¹²⁵ HERRNRITT R., *Das österreichische Stiftungsrecht*, cit., p. IV.

¹²⁶ STAMMER O., *Handbuch des österreichischen Stiftungs- und Fondswesens*, cit., p. 277.

¹²⁷ In tal senso HERRNRITT R., *Das österreichische Stiftungsrecht*, cit., p. 55, ove si afferma che “*dienen die sog. Familienstiftungen des österreichischen Verwaltungsrechts in erster Reihe gleich den allgemeinen Stiftungen einem bestimmten Verwaltungszwecke, welcher allerdings nur in einem bestimmten Kreise von Personen verfolgt wird.*”

¹²⁸ Ciò perché, come si legge in BEINHAUER, *Das österreichische Stiftungsrecht*, in *Österreichische Juristen-Zeitung*, 1972, p. 378, in un primo momento le autorità avevano cessato di applicare la normativa allora vigente in materia, mentre successivamente i nazionalsocialisti si erano scagliati contro le fondazioni, specie di origine ebraica. Se in Austria nel 1938 c'erano ben 5700 tra fondazioni e fondi, con l'annessione al *Reich* tedesco 3000 furono sciolte senza che il loro patrimonio venisse destinato ad altre fondazioni, mentre, delle rimanenti, 2400 furono parimenti soppresse, trasferendo il loro patrimonio alle fondazioni ancora in vita. Così SANDGRUBER R., *Die Bedeutung von Stiftungen in Österreich – Historische Entwicklung*, in *Jahrbuch Stiftungsrecht*, a cura di Eiselsberg M., NWV im Verlag Österreich GmbH, Wien et al., 2008, p. 33. Occorrerà attendere fino al 1975 affinché, con l'entrata in vigore della *Bundesstiftungs- und Fondsgesetz*, le fondazioni di pubblica utilità ricevano una disciplina organica a livello federale.

limitavano a regolare gli aspetti di diritto privato¹²⁹, dal momento che la materia del diritto pubblico rientrava nella sfera di competenza legislativa dei singoli *Länder*¹³⁰.

Il legislatore tedesco si era ispirato alla costruzione proposta dal Savigny, ritenendo pertanto necessario, ai fini della esistenza di una persona giuridica, l'intervenuto riconoscimento statale¹³¹. Per dare vita ad una fondazione, dunque, occorre, in aggiunta alla manifestazione di volontà privata da parte del fondatore, anche il riconoscimento da parte dell'autorità¹³².

Inoltre, in mancanza di un espresso obbligo per la fondazione di perseguire una finalità di interesse generale, la previsione del necessario riconoscimento statale era funzionale allo scopo di politica legislativa di evitare che ingenti ricchezze venissero vincolate in perpetuo – ciò che rappresentava un potenziale pericolo¹³³ – alla realizzazione di scopi non di pubblica utilità. Tuttavia, a causa della ripartizione di competenze tra legislatore federale e singoli stati federati, al primo era precluso dettare norme di dettaglio in materia di scopo della fondazione e di procedimento per il riconoscimento¹³⁴. Spettava infatti ai singoli *Länder* il compito di completare

¹²⁹ COING H., Vorb. §§ 80 – 88, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, a cura di Staudinger J. von, Erstes Buch – Allgemeiner Teil §§ 1 – 89, Verschollenheitsgesetz, 12. Bearbeitung, Berlin, 1980, Rn. 3.

¹³⁰ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 35.

¹³¹ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in STAUDINGER J. VON, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Buch 1 – Allgemeiner Teil, §§ 80 – 89, Sellier–de Gruyter, Berlin, 2011, Rn. 56.

¹³² PENNITZ M., §§ 80 – 89, in *Historisch–kritischer Kommentar zum BGB*, a cura di Schmoeckl M. – Rückert J. – Zimmermann R., Bd. 1: Allgemeiner Teil §§ 1 – 240, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, Rn. 26. La possibilità riconosciuta al singolo di costituire una fondazione non trovava però la propria ragione nel libero esplicarsi del suo potere di autonomia privata, bensì nel prospettato miglioramento, per mezzo di essa, delle condizioni di benessere generale.

¹³³ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in STAUDINGER J. VON, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 56, 57.

¹³⁴ Secondo HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in STAUDINGER J. VON, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 56, la disciplina del BGB implicherebbe in

con proprie regole la disciplina prevista dal BGB, che venivano così a disporre di un ampio potere discrezionale, sottratto ad ogni controllo giurisdizionale¹³⁵.

La normativa in materia differiva così da *Land* a *Land*, anche con riferimento, nello specifico, al requisito dello scopo della fondazione. In alcuni casi, addirittura, gli stati federati non avevano nemmeno provveduto ad integrare la disciplina dettata dal BGB¹³⁶.

Pare però appena il caso di rilevare come, nell'ambito delle discipline dettate dai singoli *Länder*, già da prima dell'entrata in vigore del BGB fosse previsto che la fondazione non dovesse necessariamente perseguire uno scopo pio o caritatevole, bensì che potesse essere utilizzata per realizzare qualsiasi scopo lecito, anche di utilità privata.

Il nazionalsocialismo portò in Germania alle medesime conseguenze registrate in seno all'ordinamento austriaco. Grazie alla possibilità per il regime di piegare a proprio piacimento il vigente sistema concessorio, non si rese necessario apportare alcuna modifica al diritto delle fondazioni¹³⁷. Dopo la Seconda Guerra Mondiale, mentre nella Germania occupata le fondazioni vennero quasi completamente eliminate¹³⁸, nella Repubblica Federale, invece, la crescente prosperità ha portato rapidamente ad un loro rinnovato sviluppo,

ogni caso la necessità di prevedere, nell'ambito del procedimento di riconoscimento, un controllo sulla opportunità dello scopo perseguito dalla fondazione.

¹³⁵ Cfr. RICHTER A., *Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation*, Duncker und Humblot, Berlin, 2001, p. 89.

¹³⁶ COING H., Vorb. §§ 80 – 89, in STAUDINGER J. VON, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Erstes Buch – Allgemeiner Teil §§ 1 – 89, Verschollenheitsgesetz, 11. Bearbeitung, Berlin, 1957, Rn. 3°, definisce la situazione come “*außerordentlich unübersichtlich*”.

¹³⁷ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in STAUDINGER J. VON, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 59

¹³⁸ Cfr. CAMPENHAUSEN A. F. VON, § 5, in *Stiftungsrechts-Handbuch*, a cura di Seifart W. – Campenhausen A. F. von, 3. Auflage, München, 2009, Rn. 5.

con la maggior parte delle fondazioni esistenti che perseguivano scopi di beneficenza¹³⁹.

Nell'ambito del 44° *Deutschen Juristentages*, tenutosi ad Hannover nel 1962, sorse un dibattito sulla opportunità di riformare il diritto delle fondazioni, che ebbe pure eco nel nostro ordinamento giuridico¹⁴⁰. La discussione poteva essere tradotta nei seguenti termini: “*Soll das Stiftungsrecht bundesrechtlich vereinheitlicht werden und reformiert werden, gegebenenfalls mit welchen Grundsätzen?*”¹⁴¹. In seno a tale dibattito venne criticata la possibilità di perseguire con la fondazione uno scopo di privata utilità, specie allorché beneficiari dell'attività di essa risultassero solamente i membri di una determinata famiglia¹⁴², sino al punto di revocare in dubbio – contrariamente all'opinione fino ad allora dominante – la stessa ammissibilità di una fondazione di famiglia.

Venne dunque istituita una apposita Commissione di Studio allo scopo di trovare una sintesi sul punto, la quale, se non sollevò obiezioni di principio rispetto alla ammissibilità della fondazione di famiglia, propose comunque di limitarne la durata ad un periodo massimo di 30 anni¹⁴³.

La discussione non condusse però ad una riforma del diritto delle fondazioni. All'opposto, negli anni '70 un gruppo di lavoro all'uopo costituito accertò invece la non necessarietà di una tale riforma¹⁴⁴, anche in ragione della adozione, da parte dei singoli Lander, di moderne leggi sulle fondazioni, attraverso le quali era stato possibile conseguire una ampia standardizzazione

¹³⁹ Cfr. MECKING F., in *Die Stiftung – Recht, Steuern, Wirtschaft*, a cura di Werner O. – Saenger I., Bd. 1: Stiftungsrecht, Berlin, 2008, Rn. 107 ff.

¹⁴⁰ RESCIGNO P., *Fondazione e impresa*, cit., p. 822.

¹⁴¹ Che tradotto significa: il diritto delle fondazioni deve essere riformato e unificato a livello federale, eventualmente alla luce di quali principi?

¹⁴² DUDEN K., *Für ein Bundesstiftungsgesetz*, in *JuristenZeitung*, 1968, p. 4: “*Die rechtsfähige Familienstiftung überflüssig erscheinen kann*”.

¹⁴³ *Studienkommission des Deutschen Juristentages. Vorschläge zur Reform des Stiftungsrechts*, p. 47.

¹⁴⁴ *Bericht der Arbeitsgruppe*, in *Deutsches Stiftungswesen 1966 – 1976*, p. 410.

di questa branca del diritto¹⁴⁵. Merita inoltre di essere segnalato come il gruppo di lavoro ritenne di non condividere le voci critiche che si erano sollevate con riguardo alla fondazione di famiglia.

Gli esiti cui pervenne il gruppo di lavoro non trovarono però accoglimento nella scienza giuridica e nella prassi, ove si riteneva ormai imprescindibile, allo scopo di contenere l'altrimenti illimitata discrezionalità di cui godeva l'autorità amministrativa, l'abbandono del sistema di riconoscimento di tipo concessorio in favore di uno di tipo normativo. In difetto di una volontà politica in tal senso, si decise di superare tale problematica sulla base di una nuova interpretazione del diritto allora vigente¹⁴⁶ e, in particolare, attraverso il riconoscimento di un "*Grundrechts auf Stiftung*", ovvero di un diritto fondamentale di fondare¹⁴⁷. Così facendo anche la prassi amministrativa si sarebbe dovuta allineare a tale mutato approccio, al punto che talvolta si arrivò addirittura a ritenere già esistente, per lo meno nella sostanza, un sistema di riconoscimento di tipo normativo.

Inoltre, nel 1972 in una importante decisione il *Bundesverwaltungsgericht* statuì che l'autonomia della fondazione non esclude la vigilanza statale su di essa, ma che quest'ultima non deve pregiudicare tale autonomia se non nella misura in cui ciò appaia necessario per garantire il rispetto, da parte della

¹⁴⁵ In particolare, nella *Bericht der Arbeitsgruppe, cit.*, p. 376 e ss., tale riforma viene giudicata "*überflüssig*".

¹⁴⁶ REUTER D., Vorb. § 80, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht*, a cura di Rixecker R. S. – Franz J., Bd. 3: Schuldrecht – Besonderer Teil, 6. Auflage, München, 2012, Rn. 7.

¹⁴⁷ FROHWEIN J., *Grundrecht auf Stiftung*, Baden–Baden, 1976, p. 11.

fondazione, dello statuto e della legge¹⁴⁸, ovvero, in altri termini, che si sarebbe dovuto trattare di un controllo di mera legalità¹⁴⁹.

Nel frattempo si erano venute a delineare in dottrina due diverse posizioni: da un lato vi era chi riteneva che la fondazione fosse una forma giuridica neutrale rispetto allo scopo perseguito¹⁵⁰; dall'altro chi, invece, con un approccio di tipo "sistematico", pur riconoscendo l'esistenza di un diritto fondamentale di fondare, sosteneva che la fondazione non potesse collidere con gli altri valori dell'ordinamento giuridico¹⁵¹. Questi ultimi autori, in particolare, instaurando una analogia con il diritto delle associazioni e con quello successorio, affermavano che la fondazione che perseguisse scopi economici e/o di privata utilità fosse incompatibile con i principi del diritto civile tedesco e che, dunque, fosse da ritenere inammissibile¹⁵².

Venne quindi istituito un nuovo gruppo di lavoro, composto questa volta di rappresentanti sia dello stato federale che dei singoli *Länder*, con il compito di valutare nuovamente l'opportunità di procedere ad una riforma del diritto delle fondazioni e, in caso di risposta affermativa, formulare una proposta in tal senso¹⁵³.

Il gruppo di lavoro accertò in primo luogo come il vigente sistema di riconoscimento, di tipo concessorio, si fosse rivelato in linea di principio

¹⁴⁸ BVerwG v. 22.9.1972 – Az. VII C 27.71, in *Stiftungen in der Rechtsprechung*, II, p. 90: "Die Handlungsfreiheit der Stiftung [...] schließt eine Stiftungsaufsicht nicht aus. Allerdings darf diese Aufsicht die erwähnte Gewährleistung der Klägerin nicht antasten und ihre Handlungsfreiheit nur insoweit einschränken, als das erforderlich ist, um sicherzustellen, daß die Angelegenheiten der Stiftung in Übereinstimmung mit dem Gesetz und der Stiftungssatzung besorgt werden".

¹⁴⁹ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in STAUDINGER J. VON, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 64.

¹⁵⁰ RAWERT P., *Entwicklungstendenzen im Stiftungsrecht – Laudatio zur Verleihung des Helmut-Schippel-Preises 2006 an Dominique Jakob*, in *Entwicklungstendenzen im Stiftungsrecht*, a cura di Hager J., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008, p. 22.

¹⁵¹ RAWERT P., *Entwicklungstendenzen im Stiftungsrecht – Laudatio zur Verleihung des Helmut-Schippel-Preises 2006 an Dominique Jakob*, cit., p. 23.

¹⁵² RAWERT P., *Entwicklungstendenzen im Stiftungsrecht – Laudatio zur Verleihung des Helmut-Schippel-Preises 2006 an Dominique Jakob*, cit., p. 21.

¹⁵³ *Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001*, p. 9.

efficiente, considerato che il procedimento si svolgeva per lo più in accordo tra fondatore e autorità amministrativa, concludendosi altresì in termini ragionevoli. In secondo luogo si pronunciò contro una possibile limitazione degli scopi perseguibili attraverso la fondazione, e quindi a favore del mantenimento del concetto di “*Allzweckstiftung*”, ovvero di fondazione conforme all’interesse generale¹⁵⁴. Con specifico riferimento alla fondazione di famiglia, poi, dopo aver mostrato di ritenere non condivisibili le opinioni di chi, *de lege lata*, la giudicava inammissibile, affermò come non vi fossero particolari ragioni per limitarne la sua ammissibilità, anche solo temporalmente, ovvero addirittura per vietarla¹⁵⁵.

Per quanto questi esiti non furono accolti positivamente in dottrina, tale lavoro costituì la base della nuova disciplina del diritto delle fondazioni tedesco di cui alla *Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts* del 2002¹⁵⁶. A seguito della sua promulgazione le condizioni per la costituzione di una fondazione trovarono finalmente una loro compiuta regolamentazione all’interno del BGB, ponendo così un termine alle discrasie che fino ad allora avevano caratterizzato il rapporto tra legge federale e discipline particolari dei singoli *Länder*. Il termine “*Genehmigung*” (autorizzazione) venne sostituito con quello di “*Anerkennung*” (riconoscimento), senza però che ciò conseguisse una modifica nella sostanza del sistema di riconoscimento, che rimase di tipo fondamentalmente concessorio¹⁵⁷. Con la nuova disciplina veniva espressamente riconosciuto al fondatore il diritto al riconoscimento della “sua” fondazione (“*seine*” *Stiftung*)¹⁵⁸: infatti, secondo quanto previsto dal § 80

¹⁵⁴ *Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht*, p. 38.

¹⁵⁵ *Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht*, p. 45.

¹⁵⁶ REUTER D., Vorb. §§ 80 ff., in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht*, cit., Rn. 25.

¹⁵⁷ HÜTTEMANN R., *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, in *Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2003, p. 39.

¹⁵⁸ HÜTTEMANN R., *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, cit., p. 36.

Abs. 2 BGB¹⁵⁹, la fondazione doveva essere riconosciuta se il negozio di fondazione avesse rispettato i requisiti di cui al § 81 Abs. 1 BGB, il perseguimento del suo scopo in via continuativa e sostenibile apparisse assicurato e lo scopo non fosse in contrasto con l'interesse generale. Non venne invece introdotta una disciplina speciale per la fondazione di famiglia, né implementato un registro delle fondazioni¹⁶⁰.

Nel frattempo in Austria iniziò ad essere denunciata, nella letteratura e nella prassi, la mancanza della possibilità di utilizzare la fondazione per il perseguimento di scopi di utilità privata, tra cui quello di assicurare finanziariamente i propri discendenti e scongiurare la disgregazione del patrimonio familiare. Proprio in ragione di ciò, infatti, numerosi imprenditori austriaci costituirono fondazioni di diritto straniero, con le conseguenti ripercussioni negative per l'economia del Paese¹⁶¹.

Per rispondere alla esigenza di dar vita ad un diritto delle fondazioni di stampo liberale, in grado di soddisfare le esigenze dei fondatori – in particolare per quel che riguarda gli aspetti legati all'impresa¹⁶² –, nel 1993 venne promulgata la *Privatstiftungsgesetz* (PSG), la quale non si limitava però a disciplinare i profili civilistici del nostro istituto, ma dettava altresì numerose disposizioni fiscali a favore di esso. La *Privatstiftung* austriaca era concepita allo stesso modo della *Stiftung* tedesca, ovvero come una persona giuridica a

¹⁵⁹ Il § 80 Abs. 2 BGB recita: “*Die Stiftung ist als rechtsfähig anzuerkennen, wenn das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Abs. 1 genügt, die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint und der Stiftungszweck das Gemeinwohl nicht gefährdet*”.

¹⁶⁰ Ciò che fece sollevare numerose voci critiche in dottrina, su cui v., tra gli altri, HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in STAUDINGER J. VON, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 73.

¹⁶¹ HELBICH F., *Steuerplanung und Unternehmensnachfolge*, in Steuer- und Wirtschaftskartei, 1994, p. 16.

¹⁶² *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 1.

sé stante, senza membri né proprietari, il cui scopo e ordinamento interno venivano stabiliti *ab initio* dal fondatore¹⁶³.

¹⁶³ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 1. Come si è visto, a differenza del legislatore austriaco quello tedesco non diede ampio seguito alle sollecitazioni provenienti dalla dottrina circa la necessità di riformare il diritto delle fondazioni. Infatti, soltanto alcune delle proposte di riforma furono attuate. Non fu però introdotto né un divieto né altra limitazione con riferimento alla fondazione che perseguisse uno scopo di privata utilità, ciò da cui secondo OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, *cit.*, p. 49, l'impostazione prevalente dedusse la generale ammissibilità della fondazione di famiglia e di impresa. Deve però essere segnalato come in Austria, all'epoca, non esisteva un panorama di fondazioni così vasto come in Germania. Nell'ordinamento tedesco, infatti, vi era un cospicuo numero di fondazioni di beneficenza, il che, verosimilmente, non ha potuto che condizionare il legislatore nella predisposizione del disegno di riforma, attento per l'appunto a rispondere alle esigenze, tutt'affatto peculiari, proprie di tale specie di fondazione. In tal senso cfr. ARNOLD N. – STANGL C. – TANZER M., *Privatstiftungs-Steuerrecht – Systematische Kommentierung*, 2. Auflage, LexisNexis-Verlag ARD Orac, Wien, 2010, Rn. I/59.

2.2 Lo scopo della Stiftung. La Familienstiftung

Il § 1 Abs. 1 PSG definisce la fondazione come un soggetto di diritto dotato di personalità giuridica cui il fondatore trasferisce alcuni beni e che attraverso l'utilizzo e l'amministrazione di tale patrimonio persegue uno scopo lecito individuato dal fondatore¹⁶⁴.

Nell'ordinamento tedesco manca una simile definizione legislativa, tuttavia si è concordi nel ritenere che la fondazione è un soggetto di diritto autonomo, privo di membri, che persegue stabilmente, attraverso il patrimonio ad essa trasferito dal fondatore, lo scopo da quest'ultimo stabilito nel negozio di fondazione¹⁶⁵.

Si può quindi affermare che elementi costitutivi della *Stiftung* sono in entrambi tali ordinamenti lo scopo, il patrimonio e l'organizzazione¹⁶⁶.

Nello specifico, poi lo scopo occuperebbe una posizione preminente¹⁶⁷, poiché è proprio la finalità che giustifica l'autonomia del patrimonio della persona giuridica¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Il § 1 Abs. 1 PSG prevede che “*Die Privatstiftung im Sinn dieses Bundesgesetzes ist ein Rechtsträger, dem vom Stifter ein Vermögen gewidmet ist, um durch dessen Nutzung, Verwaltung und Verwertung der Erfüllung eines erlaubten, vom Stifter bestimmten Zwecks zu dienen; sie genießt Rechtspersönlichkeit und muß ihren Sitz im Inland haben*”.

¹⁶⁵ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in STAUDINGER J. VON, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 1.

¹⁶⁶ In relazione alla *Stiftung* disciplinata dal BGB, cfr. STUMPF C. – SUERBAUM J. – SCHULTE M. – PAULI R., *Stiftungsrecht. Kommentar*, C.H. Beck, München, 2011, p. 40; per quella prevista dalla PSG, invece, si v. KALSS S., § 1, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, a cura di Doralt P. – Nowotny C. – Kalss S., Linde-Verlag, Wien, 1995, Rn. 1.

¹⁶⁷ In linea di principio dopo il riconoscimento (secondo la disciplina contenuta nel BGB) ovvero l'iscrizione nel registro delle imprese (secondo quanto previsto nella PSG) lo scopo della fondazione non può più essere liberamente modificato. Per il vero nella *PSG Stiftung* tale principio può essere agevolmente superato attraverso l'inserimento di apposite clausole nell'atto costitutivo. Sul punto, v. *infra*, sub 2.8.

¹⁶⁸ GUGGENBERGER F., in *Privatstiftungsgesetz – Kurzkomentar – Entscheidungssammlung*, a cura di Hasch & Partner Anwalts-gesellschaft, Wien, 2003, p. 27; STRICKRODT G., *Stiftungsrecht – Geltende Vorschriften und rechtspolitische Vorschläge*, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1977, p. 26.

Secondo quanto previsto dal § 80 Abs. 2 BGB¹⁶⁹, la fondazione può perseguire qualunque scopo purché questo non sia in contrasto con l'interesse pubblico (*Gemeinwohl*). Il legislatore tedesco ha dunque preso a proprio modello una *Allzweckstiftung* conforme all'interesse generale¹⁷⁰. Pertanto, in linea di principio la fondazione può mirare a realizzare qualunque finalità che non sia vietata dall'ordinamento giuridico¹⁷¹.

In maniera del tutto simile, in base al § 1 Abs. 1 PSG la fondazione può perseguire qualunque scopo lecito (*erlaubt*). Anche nell'ordinamento austriaco, dunque, è stato accolto il modello di una *Allzweckstiftung*¹⁷².

Ci si potrebbe dunque chiedere se, in tale contesto, risulti ammissibile il ricorso alla fondazione di famiglia (*Familienstiftung*), ovvero – almeno secondo quanto generalmente si ritiene¹⁷³ – ad una fondazione diretta a realizzare l'interesse di una o più famiglie determinate.

All'interno della categoria della *Familienstiftung* occorre poi distinguere la *Bedürftigkeitsstiftung* dalla *Unterhaltsstiftung* o *Versorgungstiftung*. La differenza tra le due specie di fondazioni consiste in ciò che Mentre la *Bedürftigkeitsstiftung* destina le rendite del suo patrimonio ai beneficiari soltanto al ricorrere di precise circostanze, come ad esempio, in caso di emergenza, di indigenza, ecc., la seconda le distribuisce invece a prescindere dalla ricorrenza di specifici presupposti, ovvero per il semplice fatto che i destinatari appartengono ad una determinata famiglia¹⁷⁴. Tradizionalmente la fondazione di famiglia,

¹⁶⁹ In particolare si richiede che “*der Stiftungszweck das Gemeinwohl nicht gefährdet*”.

¹⁷⁰ BT-Drs., 14/8765, p. 9.

¹⁷¹ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in STAUDINGER J. VON, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 7.

¹⁷² JUD W., *Die Privatstiftung zur Begünstigung der Allgemeinheit*, in *Juristische Blätter*, 2003, p. 771.

¹⁷³ Come evidenzia OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 56, non vi è infatti unanimità di vedute sulla definizione di fondazione di famiglia.

¹⁷⁴ SAENGER I., in *Die Stiftung – Recht, Steuern, Wirtschaft*, a cura di Werner O. – Saenger I., Bd. 1: Stiftungsrecht, Berlin, 2008, Rn. 186; BÖHLER E., *Die Stiftung in Österreich*, Verlag Österreich, Wien, 1986, p. 127.

allorché impiegata nell'ambito della trasmissione intergenerazionale della ricchezza, distribuisce le rendite del suo patrimonio ai beneficiari per il solo fatto che questi appartengano ad una certa famiglia, a prescindere quindi dalla presenza di specifiche e ulteriori circostanze.

Come detto, il BGB non contiene alcuna specifica disposizione dedicata alla *Familienstiftung*. Nonostante ciò, se non si è mai dubitato della ammissibilità della *Bedürftigkeitsstiftung*¹⁷⁵, la possibilità di ricorrere ad una *Unterhaltsstiftung* – per lo meno fino alla *Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts* del 2002 – è stata invece oggetto di un vivace dibattito.

Già da prima della riforma del diritto delle fondazioni tedesco nel BGB non era previsto – al di là della disciplina speciale dettata dai singoli *Länder* – che la fondazione dovesse necessariamente perseguire uno scopo di pubblica utilità. Al contrario, talune norme di diritto tributario, nonché la disciplina approntata da alcuni *Länder* sembravano invece suggerire che il legislatore avesse concepito il possibile uso della fondazione come fondazione di famiglia¹⁷⁶.

Tuttavia, in dottrina si levarono alcune voci critiche rispetto alla ammissibilità di tale ultimo istituto. Secondo una prima impostazione siffatta limitazione sarebbe derivata dal divieto del fedecommesso di famiglia: seppur in linea di principio ammissibile, da un punto di vista economico la fondazione di famiglia avrebbe condotto ad un risultato equivalente a quello del fedecommesso, con la conseguenza che essa avrebbe incontrato i medesimi limiti del primo a causa della sua inconciliabilità con i principi del diritto successorio, tra cui quello che impedisce un vincolo permanente sui beni¹⁷⁷.

¹⁷⁵ MIRBACH N., *Stiftungszweck und Gemeinwohlförderung*, Cuvillier, Göttingen, 2011, p. 107.

¹⁷⁶ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 57.

¹⁷⁷ DÄUBLER W., *Zur aktuellen Bedeutung des Fideikommißverbots*, in *JuristenZeitung*, 1969, p. 500.

Altri, invece, pur riconoscendo la tendenziale libertà in tema di scopi perseguibili attraverso l'istituto della fondazione, hanno cionondimeno suggerito di limitarne l'impiego laddove vi fosse il concreto rischio della venuta ad esistenza di vincoli successori di durata troppo lunga¹⁷⁸. Tali Autori hanno infatti contestato, sul presupposto che fondazione di famiglia e fedecommesso non siano sufficientemente comparabili, l'applicazione estensiva alla prima delle norme dettate con riferimento al secondo. Si è in primo luogo osservato come i beni trasferiti ad una fondazione, a differenza di quelli su cui insiste un vincolo fedecommissario, non sarebbero definitivamente sottratti al traffico giuridico¹⁷⁹. Inoltre, mentre nel caso del fedecommesso i beni farebbero capo al primo istituto soltanto in via provvisoria, in attesa di essere ulteriormente trasferiti, in occasione della sua morte, al secondo istituto, la fondazione diverrebbe invece titolare dei suoi beni in modo definitivo, senza limitazioni¹⁸⁰.

Ad ogni modo, tale dibattito è stato in larga parte superato con la riforma del diritto delle fondazioni del 2002, dal momento che, nonostante le numerose sollecitazioni pervenute in tal senso, il legislatore si è astenuto dall'introdurre una disciplina speciale per la fondazione di famiglia – in particolare nella sua configurazione di *Unterhaltsstiftung* –, limitandosi invece a prevedere, come regola di carattere generale, che lo scopo della fondazione non dovesse essere in contrasto con l'interesse generale¹⁸¹.

Con la *Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts* venivano finalmente regolate, in maniera uniforme, a livello federale le condizioni al ricorrere delle quali doveva ravvisata l'esistenza di un vero e proprio diritto ad ottenere il riconoscimento, con la conseguenza che le discipline speciali dei singoli

¹⁷⁸ RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in STAUDINGER J. VON, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Allgemeiner Teil, §§ 21 – 103, 13. Bearbeitung, Berlin, 1995, Rn. 133.

¹⁷⁹ BURGARD U., *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2006, p. 129.

¹⁸⁰ BURGARD U., *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht*, *cit.*, p. 131.

¹⁸¹ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, *cit.*, Rn. 186.

Länder che stabilissero delle limitazioni per la fondazione di famiglia divennero inapplicabili¹⁸².

Per la verità vi è però, ancora oggi, chi propende per la inammissibilità della *Unterhaltsstiftung*¹⁸³. Si sostiene infatti che essa violerebbe il dovere di protezione che il legislatore ha nei confronti dei discendenti del fondatore, i principi civilistici in materia di responsabilità patrimoniale nonché, da ultimo, il divieto del fedecommesso familiare.

Più nello specifico, secondo tale impostazione, la costituzione di una fondazione di privata utilità, a differenza di quella che persegue uno scopo di interesse generale, non sarebbe garantita dal riconosciuto diritto fondamentale di fondare¹⁸⁴. Si afferma anzi che, proprio ammettendo tale tipologia di fondazione, lo Stato violerebbe il suo dovere di protezione nei confronti dei successori del fondatore, il cui diritto di autodeterminarsi verrebbe ad essere fortemente conculcato in conseguenza delle disposizioni dettate dal fondatore¹⁸⁵.

A ciò si è però replicato come l'art. 14 Abs. 1 *Grundgesetz* (GG) riconosca al proprietario, salvi i limiti espressamente previsti dalla legge, il diritto di disporre a proprio piacimento dei suoi beni¹⁸⁶. La garanzia costituzionale della proprietà avrebbe dunque la funzione di assicurare tale libertà di disporre del proprio patrimonio¹⁸⁷, la quale si declina anche nel diritto di disporre

¹⁸² SCHWARZ C., *Zur Zulässigkeit landesrechtlicher Vorschriften über die Familien- und Unternehmensstiftung*, in *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2003, p. 306.

¹⁸³ REUTER D., § 22, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht*, cit., Rn. 6.

¹⁸⁴ Si noti che portata e fondamento dogmatico di tale diritto fondamentale di fondare risultano tutt'ora discussi. Sul tema, cfr. HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 20 ff.

¹⁸⁵ REUTER D., Vorb. § 80, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht*, cit., Rn. 34; ID., §§ 80 – 81, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht*, cit., Rn. 96.

¹⁸⁶ L'art. 14 Abs. 1 GG prevede che: „Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.“

¹⁸⁷ BVerfG v. 19.4.2005 – Az. 1 BvR 1644/00, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 1192.

liberamente dei propri beni per il tempo successivo alla propria morte¹⁸⁸. Inoltre, il diritto dei discendenti a ricevere una certa quota dell'eredità, che si ricava da una lettura congiunta degli art. 14 Abs. 1 e 6 Abs. 1 GG¹⁸⁹, risulterebbe sufficientemente garantito attraverso il riconoscimento del diritto ad una quota di legittima¹⁹⁰.

Si aggiunga che i potenziali beneficiari di una fondazione di utilità privata non necessariamente hanno un legame giuridico con il patrimonio del fondatore prima della costituzione della fondazione. Il futuro *de cuius* infatti, in virtù della libertà testamentaria riconosciutagli dall'ordinamento, potrebbe addirittura escluderli dalla successione, salvo sempre il rispetto del limite della quota di legittima¹⁹¹.

Infine, non si riesce a comprendere perché con la costituzione di una fondazione di utilità privata, che per definizione soddisfa gli interessi dei successori del *de cuius*, gli interessi di questi ultimi risulterebbero più gravemente lesi rispetto al caso in cui il fondatore decida di dare vita ad una fondazione di pubblica utilità, cui destini l'intero suo patrimonio. Se al fondatore è consentito di escludere *tout court* gli eredi legittimi dalla sua successione attraverso la costituzione di una fondazione di pubblica utilità, allora a maggior ragione deve essergli concesso di consentire loro di partecipare al suo asse ereditario, seppur secondo quanto stabilito nello statuto di una fondazione di famiglia¹⁹².

¹⁸⁸ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 61.

¹⁸⁹ L'art. 6 Abs. 1 GG prevede che: „*Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.*“

¹⁹⁰ BVerfG v. 19.4.2005 – Az. 1 BvR 1644/00, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 1561.

¹⁹¹ BVerfG v. 19.4.2005 – Az. 1 BvR 1644/00, cit., p. 1563.

¹⁹² SCHIFFER J. – PRUNS M., § 80, in *BGB – Kommentar – Allgemeiner Teil, EGBGB*, a cura di Heidel T. – Hüßtege R. – Mansel H. P. – Noack U., 2. Auflage, Baden–Baden, 2011, Rn. 43.

Sicché sarebbe quantomeno dubbio che riconoscendo l'ammissibilità della fondazione di famiglia lo Stato violerebbe il dovere di protezione che ha nei confronti dei successori del fondatore¹⁹³.

Quando si sostiene che l'art. 2 Abs. 1 GG tutela il diritto dell'individuo di disporre come crede dei propri beni, non può non riconoscersi come il soggetto che dia vita ad una fondazione –anche se di privata utilità– stia esattamente facendo questo.

Se, come pure è stato evidenziato, non si può certo sostenere che dal catalogo dei diritti fondamentali derivi un obbligo per il legislatore di apprestare una forma giuridica corrispondente a quella della fondazione¹⁹⁴, cionondimeno una volta che tale istituto è legislativamente previsto, i motivi per rifiutare il suo riconoscimento non possono che essere ricavati dalla legge, anche in ragione della riserva contenuta nel § 20 Abs. 3 GG. In tal senso, il legislatore ha deciso di non consentire la costituzione di una fondazione soltanto allorché lo scopo di questa contrasti con l'interesse generale¹⁹⁵.

In secondo luogo si è detto che la *Unterhaltsstiftung* risulterebbe inammissibile poiché violerebbe i principi civilistici in materia di responsabilità patrimoniale: in particolare, attraverso di essa il fondatore trasferirebbe i suoi beni ai destinatari senza però che i creditori di questi ultimi possano in qualche modo aggredirli. In altri termini, secondo questa dottrina accanto alla volontà di costituire una fondazione di tal fatta vi sarebbe sempre – e inevitabilmente – anche l'intenzione del fondatore di pregiudicare le posizioni dei creditori, attraverso una sorta di “immunizzazione” del patrimonio dei beneficiari¹⁹⁶.

¹⁹³ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 62.

¹⁹⁴ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 35.

¹⁹⁵ HOF H., § 4, in *Stiftungsrechts-Handbuch*, cit., Rn. 23.

¹⁹⁶ REUTER D., §§ 80, 81, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht*, cit., Rn. 96.

Se è pur vero che simili preoccupazioni non possono certo essere ignorate¹⁹⁷, questo modo di argomentare non può però – sulla base del diritto vigente, per lo meno – essere condiviso dal momento che altro è il patrimonio della fondazione, altro quello dei suoi beneficiari. A riprova di ciò si pensi all'ipotesi in cui il fondatore versi direttamente al beneficiario una rendita, ove non vi sarebbe motivo per ritenere che i beni del primo debbano essere a disposizione dei creditori del secondo¹⁹⁸.

Da ultimo, la fondazione di famiglia si porrebbe in contrasto – sempre secondo la dottrina in parola – con il divieto del fedecommesso. Sul punto però, al di là delle già evidenziate differenze strutturali intercorrenti tra tali due istituti, deve essere riconosciuto come la *Unterhaltsstiftung*, a differenza del fedecommesso, non forma oggetto di prescrizioni legislative restrittive. Piuttosto, con la riforma del diritto delle fondazioni si è ritenuto di non condividere le pur numerose proposte volte a limitare l'utilizzo dell'istituto qui commentato, con la conseguenza che anche la tesi secondo la quale il legislatore, nel sancire il divieto del fedecommesso, avrebbe tralasciato di considerare la fondazione di famiglia, alla quale tale divieto risulterebbe nondimeno applicabile in via analogica, non sarebbe più sostenibile¹⁹⁹.

Nell'ordinamento austriaco, invece, il legislatore ha espressamente perseguito lo scopo di apprestare uno strumento che consentisse di rendere autonomi patrimoni destinati al perseguimento di finalità private²⁰⁰. La *PSG Stiftung* è stata dunque concepita alla stregua di una *Allzweckstiftung*, e

¹⁹⁷ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 188.

¹⁹⁸ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 64.

¹⁹⁹ GANTENBRINK M., *Die hoheitliche Beendigung der Stiftung durch die Stiftungsbehörde*, Peter Lang, Frankfurt a. M. et al., 2011, p. 67.

²⁰⁰ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 7.

l'ammissibilità della fondazione di famiglia, anche nella sua forma di *Unterhaltsstiftungen*, risulta pacifica²⁰¹.

Ciò nonostante, il legislatore austriaco guarda con un poco di sospetto le *Unterhaltsstiftungen*, approcciandole, si è detto, con una “certa cautela”²⁰², anche al fine di scongiurare eventuali parallelismi con l'istituto del fedecommesso. In tale senso al § 35 Abs. 2 Nr. 3 PSG si prevede, con disposizione inderogabile²⁰³, che il consiglio di amministrazione di una *Privatstiftung*, il cui scopo principale sia quello di provvedere alla cura di persone fisiche, debba, trascorsi 100 anni dalla sua costituzione, deliberarne all'unanimità lo scioglimento, a meno che tutti i beneficiari finali, sempre all'unanimità, decidano di mantenerla ancora in vita, per non più di 100 anni²⁰⁴.

Tale limitazione risponde all'esigenza di tenere in considerazione il progressivo indebolimento del rapporto intercorrente tra il fondatore e i lontani discendenti delle persone a lui più vicine, la cui salvaguardia costituisce la ragione alla base della costituzione della fondazione²⁰⁵. In aggiunta a ciò si è ritenuto opportuno scongiurare una eccessiva immobilizzazione della

²⁰¹ KALSS S., § 1, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 23. La sua ammissibilità può essere altresì ricavata, a contrario, dal § 35 Abs. 2 Nr. 3 PSG, che sottopone la fondazione di famiglia a particolari restrizioni. Sul punto, v. *infra*.

²⁰² KALSS S., § 1, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 29.

²⁰³ RIEL, § 35, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 4, 26.

²⁰⁴ II § 35 Abs. 2 Nr. 3 PSG prevede espressamente che “*Der Stiftungsvorstand hat einen einstimmigen Auflösungsbeschluss zu fassen, sobald ... eine nicht gemeinnützige Privatstiftung, deren überwiegender Zweck die Versorgung von natürlichen Personen ist, 100 Jahre gedauert hat, es sei denn, daß alle Letztbegünstigten einstimmig beschließen, die Privatstiftung für einen weiteren Zeitraum, längstens jedoch jeweils für 100 Jahre, fortzusetzen*”.

²⁰⁵ Per il vero OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung, cit.*, p. 68 sottolinea come nella pratica non sia facilmente immaginabile il caso di un fondatore che destini le rendite del suo patrimonio per più di cento anni a persone con le quali non ha intrattenuto alcun rapporto.

ricchezza in capo alla fondazione, per certi versi paragonabile a quella che si realizza per effetto di una disposizione fedecommissaria²⁰⁶.

La disposizione in parola pone una serie di delicate questioni interpretative. In primo luogo non viene chiarito in cosa consista l'attività di "cura" di persone fisiche, anche se pare ragionevole ricondurvi tutte le prestazioni dirette ai beneficiari, anche se assolve in un'unica soluzione, aventi carattere alimentare ovvero di mantenimento²⁰⁷. Tipicamente si tratterà di prestazioni aventi carattere pecuniario, anche se non è escluso che possano rivestire diversa natura, come, ad esempio, la messa a disposizione di una dimora nella forma di un comodato. Ciò che invece pare non rilevare è se i beneficiari dipendano economicamente da tale erogazione, vale a dire se gli stessi non sarebbero in grado di sostenersi senza di essa²⁰⁸. Non è parimenti chiaro come sia possibile accertare che questo sia lo scopo perseguito in via "principale" dalla fondazione. Se per alcuni occorre fare riferimento al valore delle prestazioni erogate²⁰⁹, altri sottolineano come debba invece verificarsi se la fondazione persegua anche delle altre finalità, che non ne consentirebbero lo scioglimento²¹⁰.

La *PSG Stiftung* non soggiace alla limitazione anzidetta se è di pubblica utilità (*gemeinnützig*). La *Privatstiftungsgesetz* manca però di fornire una definizione di *Gemeinnützigkeit*.

Secondo l'impostazione prevalente si sarebbe dovuto avere riguardo alla definizione fornita dal § 2 Abs. 2 *Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetz* (BStFG) – legge speciale promulgata nel 1974 che consentiva la costituzione di fondazioni di pubblica utilità –, in base alla quale sarebbe *gemeinnützig* la fondazione il cui scopo realizza l'interesse generale, in particolare allorché le

²⁰⁶ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 8.

²⁰⁷ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, *cit.*, p. 66.

²⁰⁸ RIEL, § 35, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, *cit.*, Rn. 29

²⁰⁹ RIEL, § 35, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, *cit.*, Rn. 30.

²¹⁰ ARNOLD N., § 35, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, 3. Auflage, Wien, 2013, Rn. 14.

attività dell'ente si svolgano in ambito intellettuale, culturale, morale, sportivo o materiale. Nella stessa sede veniva poi chiarito che la circostanza per cui solo una determinata cerchia di persone avrebbe tratto vantaggio dall'attività della fondazione non avrebbe ostato alla assunzione di siffatta qualifica.

Tale opinione non è però condivisa da chi²¹¹, avuto riguardo alla *ratio* della limitazione di cui al § 35 Abs. 2 Nr. 3 PSG, ovvero la necessità di tenere conto del flebile legame intercorrente tra il fondatore e i lontani discendenti delle persone a lui care, la salvaguardia delle quali diede impulso alla costituzione della fondazione²¹², sottolinea come anche nella fondazione di famiglia di pubblica utilità questo legame può venire a mancare, eppure essa non sottostà alla restrizione del § 35 PSG. Se non ci si può dunque riferire alla definizione di pubblica utilità contenuta nella BStFG, la soluzione potrebbe forse essere quella di ricorrere alla distinzione di cui sopra si è dato conto tra *Bedürftigkeitsstiftung* e *Unterhaltsstiftung*. In quest'ottica, sarà soggetta alla durata massima di cento anni la fondazione che devolva le rendite del suo patrimonio a chi, e per ciò solo, appartenga ad una certa famiglia²¹³. Mentre, qualora per ottenere le erogazioni da parte della fondazione siano richieste, oltre alla semplice appartenenza ad una certa famiglia, delle ulteriori condizioni, di modo che per il tramite di esse sia anche possibile soddisfare l'interesse generale²¹⁴, la fondazione dovrà essere considerata *gemeinnützig* e non sarà di conseguenza soggetta alla limitazione di cui al § 35 PSG²¹⁵.

Come visto, però, trascorsi cento anni dalla costituzione della fondazione, i beneficiari finali possono, all'unanimità, anziché deliberarne lo scioglimento, decidere di prorogare la vita della stessa, per un massimo di cento anni per

²¹¹ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 67.

²¹² *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 8.

²¹³ RIEL, § 35, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 31

²¹⁴ RIEL, § 35, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 31.

²¹⁵ Si noti che a seguito della riforma della BStFG avvenuta nel 2015 occorre fare riferimento al nuovo § 2 Abs. 2, che rinvia al § 35 Abs. 2 *Bundesabgabenordnung* (BAO).

volta²¹⁶ (*Fortsetzungsbeschluss*). In tal modo, sebbene in linea teorica il patrimonio trasferito nella fondazione possa rimanere fermo in capo ad essa per un periodo di tempo anche molto lungo, non vi è però il rischio di collidere né con il divieto del fedecommesso, né con i principi alla base dell'ABGB, dal momento che sono i beneficiari finali, ovvero i soggetti titolari degli interessi coinvolti nella nostra vicenda a decidere se i beni di cui la fondazione risulta titolare debbano essere a loro trasferiti ovvero rimanere in capo alla stessa²¹⁷. In altri termini, a differenza che nel caso del fedecommesso, i beneficiari hanno il potere di disporre del patrimonio vincolato²¹⁸.

²¹⁶ L'utilizzo da parte del legislatore della PSG del termine "jeweils" (di volta in volta) evidenzia la possibilità per i beneficiari finali di adottare più decisioni di prosecuzione della fondazione.

²¹⁷ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 68.

²¹⁸ MÜLLER M., *Änderung, Widerruf, Beendigung, Auflösung und Abwicklung der Privatstiftung*, in *Handbuch zum Privatstiftungsgesetz*, a cura di Csoklich P. – Müller M. – Gröhs B. – Helbich F., Wien, 1994, p. 287. Si è visto dunque come il legislatore austriaco abbia ritenuto necessario, alla luce del divieto del fedecommesso, introdurre una limitazione temporale alla *Unterhaltsstiftung*, facendo così mostra di accogliere le perplessità rispetto a tale istituto sollevate anche dalla dottrina tedesca. Nel contesto della riforma del diritto delle fondazioni tedesco si è optato per non introdurre una simile limitazione, riconoscendo così al fondatore una maggiore autonomia. In Germania, infatti, il caso tipico è rappresentato dalla fondazione di famiglia di durata indeterminata. Deve però essere segnalato come il diritto delle fondazioni tedesco sia l'unico, insieme a quello del Liechtenstein, ad ammettere la *Unterhaltsstiftung* senza limitazioni temporali.

2.3 La reine Stiftung für den Stifter

Ci si potrebbe quindi chiedere se negli ordinamenti presi in considerazione sia anche ammissibile una fondazione il cui unico beneficiario risulti il fondatore (altrimenti nota come “*reine Stiftung für den Stifter*”). Tale interrogativo si iscrive nella più ampia questione relativa alla asserita necessità –al di là di una espressa previsione legislativa in tal senso– che la fondazione persegua uno scopo, per così dire, “esterno” al fondatore. Nell’ipotesi di “*reine Stiftung für den Stifter*” il patrimonio trasferito alla fondazione sarebbe sottratto alle aggressioni da parte dei creditori del fondatore pur risultandone costui l’unico beneficiario, anche se con un solo limitato potere di disposizione su di esso²¹⁹.

Per quanto il diritto delle fondazioni tedesco non preveda espressamente alcun divieto in tal senso, l’opinione maggioritaria ritiene comunque una *reine Stiftung für den Stifter* inammissibile²²⁰ per una molteplicità di ragioni: in particolare, si ritiene che i principi alla base del diritto civile ostino alla nascita di un patrimonio separato sottratto ad ogni esecuzione da parte dei creditori²²¹; che lo scopo della fondazione non possa essere esclusivamente egoistico, ovvero andare a vantaggio del solo fondatore²²²; e che proprio la nozione di fondazione presupponga il trasferimento dei beni dal fondatore destinati al perseguimento dello scopo di volta in volta individuato ad un soggetto diverso da esso²²³.

²¹⁹ MIRBACH N., *Stiftungszweck und Gemeinwohlgefährdung*, cit., p. 79.

²²⁰ Così RAWERT P., *Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale – Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation*, in *Stiftungsrecht in Europa*, a cura di Hopt K. – Reuter D., Carl Heymanns, Köln, 2001, p. 116.

²²¹ DUTTA A., *Von der pia causa zur privatnützigen Vermögensbindung: Funktionen der Stiftung in den heutigen Privatrechtskodifikationen*, in *Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2013, p. 838.

²²² REUTER D., Vorb. § 80, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht*, cit., Rn. 59.

²²³ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 8. A ciò SCHIFFER J. – PRUNS M., § 80, in *BGB – Kommentar –*

Secondo un'altra dottrina, invece, i motivi per rifiutare il riconoscimento di una fondazione non possono che essere ricavati dalla legge alla luce di quanto previsto dall'art. 20 Abs. 3 GG. In tal senso, come si è visto sopra, il legislatore ha deciso di ritenere inammissibile soltanto la fondazione il cui scopo fosse in contrasto con l'interesse generale²²⁴, ciò che non può dirsi a priori rispetto all'ipotesi di una fondazione che si limiti ad amministrare un certo patrimonio²²⁵, sicché anche la *reine Stiftung für den Stifter* non risulterebbe in ogni caso inammissibile. Verrebbe tuttavia fatto di chiedersi per quale motivo il fondatore decida di ricorrere ad una simile configurazione, invece di conservare i beni trasferiti nella sua sfera patrimoniale. Di conseguenza, nel caso in cui non sia possibile escludere che l'intenzione perseguita dal fondatore nel dare vita ad una *reine Stiftung für den Stifter* fosse proprio quella di recare pregiudizio ai suoi creditori²²⁶, la fondazione risulterà insanabilmente in contrasto con il § 138 BGB²²⁷, ai sensi del quale “[e]in Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig”. In altre parole, come pure si è detto, una siffatta fondazione altro non sarebbe che un “*einbruchsicheren Tresor*”²²⁸, ovvero una cassaforte a prova di scasso. In base a

Allgemeiner Teil, EGBGB, cit., Rn. 33 obietta che questo requisito risulterebbe sempre soddisfatto dal momento che la fondazione è un soggetto di diritto a sé stante, distinto dal fondatore. Vi è invece chi rileva come siffatta limitazione non risulta imposta dalla legge e anzi la possibilità di costituire una fondazione di tal fatta si inscriverebbe nell'autonomia statutaria riconosciuta al fondatore. In tal senso BEUTHIEN V., § 77, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 5: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts*, a cura di Beuthien V. – Gummert H., 3. Auflage, München, 2009, Rn. 27.

²²⁴ HOF H., § 4, in *Stiftungsrechts-Handbuch, cit.*, Rn. 23.

²²⁵ SCHIFFER J. – PRUNS M., § 80, in *BGB – Kommentar – Allgemeiner Teil, EGBGB, cit.*, Rn. 33.

²²⁶ BURGARD U., *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, cit.*, p. 135.

²²⁷ Il § 138 Abs. 1 BGB prevede che “*Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig*”. Secondo quanto rileva WENDTLAND W., § 138, in *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, a cura di Bamberger H. G. – Roth H., 26. Edition, 2013, München, Rn. 2, la *ratio* di quest'ultima previsione consisterebbe nel contrastare gli abusi dell'autonomia privata, impedendo l'applicazione di atti giuridici contrari ai valori etici e al buon costume della società.

²²⁸ REUTER D., Vorb. § 80, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht, cit.*, Rn. 66.

tale impostazione, si renderebbe dunque sempre necessaria una attenta valutazione caso per caso²²⁹.

Si discute se tale conclusione debba valere anche per quella fondazione che, nata come *reine Stiftung für den Stifter*, a partire dalla morte di quest'ultimo ovvero da altro diverso momento destini le rendite del suo patrimonio ad altri soggetti, come, ad esempio, i discendenti del fondatore (c.d. “*Stufenmodell*”, altrimenti noto come modello “a gradini”).

Se è vero che il limite di cui al § 138 BGB non si applica ad ogni *reine Stiftung für den Stifter*, bensì solamente nel caso in cui il fine ultimo perseguito dal fondatore, nel dar vita all'ente, fosse quello di pregiudicare i suoi creditori personali, ciò dovrebbe a maggior ragione valere rispetto a tale ultima ipotesi, specie considerato che con la previsione del successivo subentro di altri soggetti nella posizione di beneficiari della fondazione la sussistenza di un simile *animus nocendi* in capo al fondatore non potrebbe certo ritenersi presunta²³⁰.

Certamente ammissibile è invece la fondazione di famiglia che ricomprenda tra i suoi beneficiari, insieme ad altri soggetti, anche il fondatore stesso. Un forte argomento in tal senso può infatti essere tratto dal § 58 Nr. 7 AO, ai sensi del quale non osta alla concessione delle agevolazioni fiscali legate al perseguimento di scopi di pubblica utilità la circostanza che la *Stiftung* utilizzi una parte del proprio reddito – non più di un terzo – per provvedere al sostentamento del fondatore e dei suoi più prossimi parenti²³¹. In tal caso, d'altronde, il rischio che l'intenzione perseguita dal fondatore sia quella di svantaggiare i suoi creditori personali non è maggiore che nel caso in cui unici beneficiari della attività della fondazione risultino i membri della sua famiglia.

²²⁹ SCHIFFER J. – PRUNS M., § 80, in *BGB – Kommentar – Allgemeiner Teil, EGBGB, cit.*, Rn. 35. D'altro canto si sostiene che una adeguata tutela delle ragioni dei creditori sarebbe in ogni caso garantita dalle norme in tema di revocatoria.

²³⁰ BURGARD U., *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, cit.*, p. 135.

²³¹ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung, cit.*, p. 73.

Ad ogni modo, le ragioni dei suoi creditori personali risulterebbero sufficientemente garantite dalle norme dettate in tema di revocatoria²³².

Per quanto riguarda l'ordinamento austriaco, invece, nella relazione illustrativa alla *PSG* si afferma che la *Privatstiftung* – che, come detto, deve avere un “*erlaubten Zweck*”, ovvero uno scopo lecito – può avere anche uno scopo prettamente egoistico, compreso quello di provvedere all'esclusivo sostentamento del fondatore²³³. *Ivi* viene inoltre previsto espressamente che la fondazione privata possa assumere anche la configurazione di *reine Stiftung für den Stifter*, senza però fornire alcuna precisa indicazione circa le modalità di tutela dei creditori del fondatore²³⁴. Pare dunque doversi concludere nel senso che il legislatore austriaco abbia fatto affidamento sugli strumenti ordinariamente apprestati a tutela delle ragioni di questi ultimi, tra cui la responsabilità dell'acquirente di cui al § 1409 BGB²³⁵, l'azione revocatoria e l'esecuzione forzata sui beni del fondatore. A ciò si è però obiettato che la possibilità per i creditori del fondatore di aggredire il patrimonio della fondazione mediante il ricorso a tali strumenti è temporalmente limitata, sicché si porrebbe comunque un problema di limitazione della responsabilità del fondatore che ha suscitato molte critiche in seno alla letteratura tedesca²³⁶.

²³² Così OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 73.

²³³ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 8.

²³⁴ RIEDMANN H., *Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters*, Wien, 2004, p. 90.

²³⁵ Il § 1409 Abs. 1 ABGB prevede che: „Übernimmt jemand ein Vermögen oder ein Unternehmen, so ist er unbeschadet der fortdauernden Haftung des Veräußerers den Gläubigern aus den zum Vermögen oder Unternehmen gehörigen Schulden, die er bei der Übergabe kannte oder kennen mußte, unmittelbar verpflichtet. Er wird aber von der Haftung insoweit frei, als er an solchen Schulden schon so viel berichtet hat, wie der Wert des übernommenen Vermögens oder Unternehmens beträgt.“

²³⁶ Cfr., tra gli altri, REUTER D., Vorb. § 80, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht*, cit., Rn. 60.

2.4 La Selbstzweckstiftung

Un discorso a parte merita invece la *Selbstzweckstiftung*, la fondazione cioè che si limita alla gestione, alla conservazione e all'incremento del suo patrimonio e che, pertanto, risulta priva di uno scopo esterno²³⁷. Essa sarebbe, come pure è stato detto, lo scopo di sé stessa²³⁸.

Per lo meno secondo l'opinione maggioritaria una simile configurazione della fondazione risulterebbe inammissibile nell'ordinamento tedesco²³⁹: si è infatti sostenuto che tale ente deve necessariamente perseguire uno scopo rivolto al suo esterno, e non sarebbe invece consentita la mera conservazione, fine a sé stessa, di un certo patrimonio.

In senso contrario si è evidenziato come non sarebbe rinvenibile alcun divieto espresso di dar vita ad una *Selbstzweckstiftung* e, al contempo, sarebbe del tutto estranea al diritto tedesco qualsivoglia distinzione tra scopi interni ed esterni all'ente²⁴⁰.

A tale opinione si è però replicato che, sebbene non espressamente, un divieto in tal senso sarebbe proprio rinvenibile nella legge allorché questa, enucleando gli elementi costitutivi della fattispecie della fondazione, pone lo scopo in una posizione di preminenza rispetto agli altri²⁴¹: è infatti il patrimonio ad essere funzionale al perseguimento dello scopo, e non

²³⁷ In tema si v., con riguardo alla *BGB-Stiftung*, WERNER O., Vorb. § 80, in *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar Bd. 1*, a cura di Erman, 13. Auflage, Köln, 2011, Rn. 25; con riguardo invece alla *PSG-Stiftung*, ARNOLD N., § 1, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 13; KALSS S., § 1, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 34.

²³⁸ In questi termini REUTER D., Vorb. § 80, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht*, cit., Rn. 60.

²³⁹ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 8.

²⁴⁰ GUMMERT H., § 77, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 5: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts*, cit., Rn. 30.

²⁴¹ DUTTA A., *Von der pia causa zur privatnützigen Vermögensbindung: Funktionen der Stiftung in den heutigen Privatrechtskodifikationen*, cit., p. 830. Ciò si evincerebbe, in particolare, dai §§ 80 Abs. 2 e 81 Abs. 1 Satz 2 BGB.

viceversa²⁴². Con riguardo invece alla circostanza per cui risulterebbe estranea al diritto societario la distinzione tra scopi interni ed esterni all'ente, non può in primo luogo non rilevarsi come qui non di società si stia discorrendo. Inoltre, mentre nel caso di una società che persegue uno scopo interno, ciò, in ultima analisi, ridonda a vantaggio dei soci, lo stesso non può replicarsi rispetto ad un ente, quale la fondazione, strutturalmente privo di membri. Una fondazione il cui unico scopo sia quello di amministrare e incrementare il suo patrimonio si risolverebbe niente meno che in una forma giuridica priva di una qualsiasi funzione²⁴³.

Queste ultime considerazioni valgono anche con riguardo all'ordinamento austriaco. Sebbene anche qui manchi un divieto espresso di dar vita ad una *Selbstzweckstiftung*²⁴⁴, tale limite sarebbe cionondimeno ricavabile dalle intenzioni del legislatore, come chiarite nella relazione illustrativa alla PSG²⁴⁵, così come più volte confermato anche dalla stessa giurisprudenza²⁴⁶. Anche in base alla PSG, dunque, non è consentito dare vita ad una fondazione fine a sé stessa, senza individuare alcun beneficiario cui destinare le rendite del suo patrimonio.

Occorre quindi domandarsi se la conclusione cui si è pervenuti con riferimento alla *Selbstzweckstiftung* debba essere replicata anche rispetto alla

²⁴² HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 150.

²⁴³ DUTTA A., *Von der pia causa zur privatnützigen Vermögensbindung: Funktionen der Stiftung in den heutigen Privatrechtskodifikationen*, cit., p.837.

²⁴⁴ KALSS S., § 1, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 34.

²⁴⁵ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 7.

²⁴⁶ Si v., tra le altre, OLG Linz v. 13.1.2010 – Az. 6 R 195/09b, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 120; OLG Wien v. 28.2.2008 – Az. 28 R 253/07t, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 130. A tale conclusione perviene anche la dottrina unanime. Sul punto, cfr. le considerazioni di ARNOLD N., § 1, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 13 ff.; KALSS S., § 1, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 34.

Unternehmensselbstzweckstiftung, quella fondazione che abbia lo scopo di conservare un'impresa, da essa direttamente ovvero indirettamente gestita²⁴⁷.

Per taluni la *Unternehmensselbstzweckstiftung* risulterebbe ammissibile nella misura in cui i vantaggi derivanti dall'impresa esercitata dalla fondazione ricadano, anche indirettamente, a beneficio di altri²⁴⁸. Tale assunto viene giustificato introducendo una distinzione tra due diverse modalità di realizzazione dello scopo fondazionale: da un lato ci sarebbe la *Anstaltsstiftung*, che realizza direttamente il suo programma, attraverso l'utilizzo del suo patrimonio; dall'altro la *Kapitalstiftung*, la quale, invece, persegue in via indiretta la propria finalità, mediante l'erogazione di contributi in favore di quei soggetti che direttamente si prefiggono di realizzare il medesimo fine.

A ciò si è tuttavia replicato che anche la *Anstaltsstiftung* persegue uno scopo esterno ad essa, che non rappresenta solo una mera conseguenza mediata della amministrazione del suo patrimonio. In altre parole, scopo dell'impresa e scopo della fondazione verrebbero a coincidere²⁴⁹.

Parimenti inammissibile, si è detto, sarebbe una fondazione – riconducibile al modello della *Anstaltsstiftung* – il cui scopo fosse esclusivamente quello di conservare i posti di lavoro legati alla conduzione di una certa impresa²⁵⁰, dal momento che, al di là della esplicita enunciazione statutaria di siffatta finalità, tale beneficio non rappresenterebbe che una naturale esternalità conseguente all'esercizio di una qualsiasi attività economica.

²⁴⁷ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 151. Non vi sono dubbi, invece, riguardo alla ammissibilità di una *Unternehmensstiftung*, ovvero una fondazione cui è trasferita la titolarità di un'azienda. Sul punto, v. *infra*, sub 2.5.

²⁴⁸ SCHIFFER J. – PRUNS M., § 80, in *BGB – Kommentar – Allgemeiner Teil*, EGBGB, cit., Rn. 31, 55; SCHWARZ C., *Zur Zulässigkeit landesrechtlicher Vorschriften über die Familien- und Unternehmensstiftung*, cit., p. 312; IHLE J., *Stiftungen als Instrument der Unternehmens- und Vermögensnachfolge*, in *Rheinische Notar-Zeitschrift*, 2009, p. 623.

²⁴⁹ REUTER D., §§ 80, 81, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht*, cit., Rn. 105.

²⁵⁰ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 151.

In realtà, come per il caso della *Selbstzweckstiftung*, anche l'attività della *Unternehmensselbstzweckstiftung* non finirebbe che a giovare a sé stessa. D'altro canto, anche la stessa offerta, da parte della fondazione, di posti di lavoro non sarebbe dettata da puro altruismo: al contrario, essa si basa su di un rapporto di lavoro sinallagmatico, rapporto da cui originano obblighi in capo ad entrambe le parti, sicché anche sotto questo punto di vista chi presta la propria attività lavorativa a favore della fondazione non può essere certo assimilato ad un beneficiario di essa. Per queste ragioni si è dunque concluso nel senso di ritenere anche la *Unternehmensselbstzweckstiftung* inammissibile²⁵¹.

Si pone dunque il problema di individuare un criterio discrezionale tra la *Selbstzweckstiftung* e la *Familienstiftung*.

La questione è stata risolta nel senso di ritenere che, di regola, la fondazione non può trattenere le rendite andandole a sommare al suo patrimonio di base (*Admassierungsverbot*, ovvero divieto di ammassamento), ma deve utilizzarle per realizzare lo scopo statutario. Sono tuttavia consentite talune eccezioni se il fondatore lo ha statutariamente previsto ovvero nella misura in cui ciò si renda necessario per garantire il perseguimento dello scopo fondazionale in via continuativa e sostenibile²⁵². Sulla base di questo criterio deve essere tracciata la linea di demarcazione tra *Selbstzweckstiftung* – inammissibili – e *Familienstiftung* – ammissibili –. Ne deriva che, se anche *prima facie* l'atto costitutivo della fondazione sembri recare l'indicazione di uno scopo esterno, ma la realizzazione di quest'ultimo, per come conformato, risulti in concreto impossibile – con la conseguenza che l'attività della

²⁵¹ Questa è, peraltro, la conclusione cui si è giunti in seno all'ordinamento austriaco. In dottrina si è infatti evidenziato come la conduzione di un'impresa normalmente determini la creazione di posti di lavoro. Per OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 78, nella misura in cui ciò rappresenta un semplice riflesso dell'esercizio di una attività imprenditoriale, di regola lo scopo realmente perseguito è quello di incrementare il patrimonio della fondazione. Affinché lo scopo fondazionale risulti effettivamente rivolto verso l'esterno, occorrerebbe la previsione di condizioni ulteriori. Così ARNOLD N., § 1, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 13d.

²⁵² HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 54.

fondazione si limiterebbe, di fatto, alla mera amministrazione del suo patrimonio e ad incamerare le relative rendite—, una simile fondazione dovrà essere qualificata come *Selbstzweckstiftung* e, pertanto, ritenersi inammissibile²⁵³.

Passando ora ad analizzare la PSG *Stiftung*, rispetto ad essa si sostiene che lo scopo di essa non può consistere nel mero reinvestimento delle rendite²⁵⁴. Al contrario, è necessario che le erogazioni in favore dei beneficiari avvengano entro un periodo di tempo certo e prevedibile, se del caso anche a medio o lungo termine²⁵⁵, purché queste non assumano però – in senso assoluto ovvero in rapporto alle rendite – una portata irrisoria (*Alibizuwendungen*), che altrimenti pur in presenza di esse si tratterà comunque di una inammissibile *Selbstzweckstiftung*. In altre parole, come peraltro confermato anche dalla stessa giurisprudenza, non è ammissibile né una PSG *Stiftung* sprovvista di beneficiari, né una fondazione che eroghi le rendite del suo patrimonio soltanto in casi eccezionali²⁵⁶.

²⁵³ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 7 afferma che a fronte di una *Selbstzweckstiftung* – che, per quanto detto, si pone in contrasto con l'interesse generale – è possibile adottare un provvedimento di scioglimento secondo quanto previsto dal § 87 Abs. 1 BGB. In particolare, similmente a quanto previsto nell'ordinamento austriaco, si ritiene debba essere qualificata come *Selbstzweckstiftung* quella fondazione che, nell'arco di trent'anni, destini meno della metà delle sue rendite ai beneficiari.

²⁵⁴ Sul punto si v., in giurisprudenza, OLG Linz v. 13.1.2010 – Az. 6 R 195/09b, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 120; in dottrina, KALSS S., § 1, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 36.

²⁵⁵ ARNOLD N., *Anmerkung zu OLG Wien 22.2.2005*, 28 R 274/04A, in *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2005, p. 284; ID., § 1, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 13b.

²⁵⁶ OLG Wien v. 22.2.2005 – Az. 28 R 274/04a, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 148.

2.5 Il patrimonio. La Unternehmensstiftung

Il secondo elemento costitutivo della fondazione, come si è visto, è rappresentato dal patrimonio (*Stiftungsvermögen*). La fondazione persegue infatti lo scopo originariamente individuato dal fondatore nell'atto costitutivo attraverso l'utilizzo dei beni che le sono stati trasferiti.

Occorre però distinguere il *Grundstockvermögen*, noto anche come capitale di dotazione, che rappresenta il nucleo essenziale del patrimonio della fondazione e che, in linea di principio, non può essere né aggredito dai creditori, né erogato ai beneficiari²⁵⁷, dal restante patrimonio dell'ente, cui devono essere annoverate, tra le altre cose, le rendite derivanti dalla gestione del primo, che invece devono, di regola, essere destinate al perseguimento del programma fondazionale²⁵⁸.

Tale principio di conservazione del capitale di dotazione della fondazione (*Grundsatz der Vermögenserhaltung*) non viene espressamente sancito nelle disposizioni che il codice civile tedesco dedica alla *Stiftung*, ma si ricava dalla maggior parte delle *Landesstiftungsgesetzen*²⁵⁹, nonché, implicitamente, dal § 80 Abs. 2 BGB²⁶⁰, laddove viene previsto che la fondazione debba perseguire il suo scopo in via continuativa e sostenibile („*dauernd und nachhaltig*“).

Non si tratterebbe però di un principio inderogabile, sicché il fondatore potrebbe derogarvi attraverso la previsione di apposite disposizioni statutarie, consentendo in tal modo alla fondazione di ricorrere anche al suo

²⁵⁷ Cfr., con riguardo alla BGB-*Stiftung*, HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 10; ID., § 81, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 48.

²⁵⁸ HOF H., § 9, in *Stiftungsrechts-Handbuch*, cit., Rn. 5.

²⁵⁹ Eccezione fatta per il *Brandenburg* e il *Mecklenburg-Vorpommern*. Sul punto, cfr. HELIOS M. – FRIEDRICH T., § 95, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 5: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts*, cit., Rn. 22.

²⁶⁰ SCHIFFER J. – PRUNS M., § 81, in *BGB – Kommentar – Allgemeiner Teil, EGBGB*, cit., Rn. 21.

Grundstockvermögen al fine di perseguire il suo programma, fondazione che in tal caso assumerà le vesti di *Verbrauchsstiftung*²⁶¹.

Non si rinvencono invece, in nessuno degli ordinamenti presi qui in considerazione, disposizioni che prescrivono una certa e particolare composizione del patrimonio della fondazione. Ne deriva che la scelta in ordine alla tipologia di beni da trasferire all'ente è rimessa alla libera determinazione del fondatore, sempreché la fondazione sia messa nelle condizioni, attraverso l'impiego del suo patrimonio, di perseguire il suo scopo in via continuativa e sostenibile. La fondazione potrà quindi essere dotata sia di beni attraverso i quali generare delle rendite (*Kapitalstiftung*), sia di beni mediante i quali direttamente perseguire il suo scopo (*Anstaltsstiftung*). Si potrà trattare di beni di ogni genere, come ad esempio partecipazioni sociali, beni mobili o immobili, titoli di credito²⁶².

Secondo quanto previsto dal § 4 PSG, la *Privatstiftung* deve avere un patrimonio minimo di 70.000,00 euro. Sebbene questa previsione sembri richiamare la disciplina dettata a proposito delle società di capitali, non si tratta di una regola posta a tutela delle ragioni dei creditori, anche perché la PSG non contiene norme sulla raccolta e conservazione del capitale assimilabili a quelle del diritto societario. Tale previsione risponde piuttosto alla esigenza di scongiurare la proliferazione di forme giuridiche potenzialmente abusive – come, ad esempio, fondazioni private di dimensioni molto ridotte –, tanto che, in proposito si è pure parlato di una “*Seriösitätsschwelle*”²⁶³, ovvero di una soglia di serietà.

²⁶¹ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 57.

²⁶² GRUBER C., § 1, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 11 ff. Con riferimento alla PSG *Stiftung*, ciò si ricava espressamente dal § 11 Abs. 1 PSG, laddove si prevede che “*Wird das Mindestvermögen nicht in Geld aufgebracht, so ist zu prüfen, ob das gewidmete Vermögen den Wert des Mindestvermögens erreicht?*”.

²⁶³ ARNOLD N., § 4, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 2; RIEL, § 4, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 11.

Non esiste invece nell'ordinamento tedesco una disciplina corrispondente. Il legislatore non fissa qui un capitale minimo della fondazione, anche se, secondo quanto previsto dal § 80 Abs. 2 BGB, il patrimonio deve consentire all'ente di perseguire la sua finalità in via continuativa e sostenibile²⁶⁴.

Ci si deve chiedere ora se ad una fondazione possa essere trasferita la titolarità di un'azienda, ovvero, in altre parole, se la fondazione possa assumere la veste di *Unternehmensstiftung*²⁶⁵. Tale interrogativo nasce dalla circostanza per cui tale ente non è stato concepito dal legislatore per essere utilizzato in connessione con l'esercizio di una attività d'impresa²⁶⁶, con la conseguenza che tra le altre cose manca, pure, una disciplina che tuteli le ragioni dei creditori²⁶⁷.

A differenza della *Unternehmensselbstzweckstiftung*, in tal caso scopo della fondazione non è solo quello di condurre un'attività imprenditoriale, tanto che, come è stato rilevato, una *Unternehmensstiftung* può assumere anche la configurazione di fondazione di famiglia²⁶⁸. In una simile ipotesi la fondazione esercita l'attività imprenditoriale non tanto per il bene dell'impresa in sé considerato, quanto piuttosto perché essa rappresenta una possibile fonte di rendite, da destinare poi al perseguimento dello scopo fondazionale. Non esisterebbe dunque un rapporto diretto e immediato tra fondazione e impresa²⁶⁹, al punto che potrebbe pure essere ipotizzata una possibile separazione tra le due²⁷⁰.

²⁶⁴ HOF H., § 9, in *Stiftungsrechts-Handbuch*, cit., Rn. 42.

²⁶⁵ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 93.

²⁶⁶ PÖLLATH R. – RICHTER A., § 12, in *Stiftungsrechts-Handbuch*, cit., Rn. 5.

²⁶⁷ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 144 ff.

²⁶⁸ PÖLLATH R. – RICHTER A., § 12, in *Stiftungsrechts-Handbuch*, cit., Rn. 1. Il motivo alla base della costituzione di una fondazione di impresa familiare è spesso quello di voler sostituire agli eredi un altro soggetto nella futura conduzione della impresa.

²⁶⁹ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 138.

²⁷⁰ RICHTER A., § 12, in *Stiftungsrechts-Handbuch*, cit., Rn. 53.

Con riguardo, nello specifico, alla fondazione che esercita direttamente l'attività d'impresa – nota altrimenti come *Unternehmensträgerstiftung* –, nell'ordinamento tedesco i dubbi circa la sua ammissibilità sono stati definitivamente fugati in ragione della mancata previsione di un divieto espresso in tal senso in occasione della *Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*. Sul punto non risulta però possibile fornire una risposta valevole in generale, sicché occorrerà di volta in volta accertare che la singola fondazione, così come conformata dal fondatore, non contrasti con il *Gemeinwohl*, secondo quanto previsto dal § 80 Abs. 2 BGB²⁷¹.

Nell'ordinamento austriaco, invece, il legislatore della PSG ha chiarito espressamente che la fondazione privata può esercitare direttamente attività d'impresa. Il § 1 Abs. 2 Nr. 1 PSG prevede infatti che la *Privatstiftung* possa anche esercitare un'attività commerciale, sebbene non in via esclusiva o principale²⁷². La ragione di ciò sarebbe da rintracciare nella circostanza per cui, secondo quanto si legge nella relazione illustrativa alla PSG, la fondazione per lo meno tipicamente non svolgerebbe alcuna attività commerciale e in ogni caso alla base di essa difetterebbe un titolare in grado di accollarsi il rischio legato all'esercizio di una attività imprenditoriale²⁷³. La natura accessoria o secondaria dell'impresa esercitata dalla fondazione dovrà essere valutata in relazione alla portata della sua attività, alla sua connessione con lo scopo istituzionale, nonché in relazione all'ammontare del suo patrimonio²⁷⁴.

²⁷¹ HÜTTEMANN R., *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, cit., p. 60. Ci si chiede, in particolare, come conciliare il principio di conservazione del patrimonio della fondazione con la possibilità di registrare delle perdite in conseguenza dell'esercizio di una attività imprenditoriale.

²⁷² Inoltre, secondo quanto previsto dai nn. 2 e 3 dello stesso par., la PSG *Stiftung* non può “2. die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft übernehmen; 3. unbeschränkt haftender Gesellschafter einer eingetragenen Personengesellschaft sein”.

²⁷³ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 9.

²⁷⁴ Sul tema cfr. ARNOLD N., § 1, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 17. Nessun problema si pone, invece, per il caso di *Beteiligungsträgerstiftung*, ovvero rispetto alla fondazione cui siano trasferite le quote di partecipazione in una società, così OPPEL F.,

2.6 L'organizzazione della Stiftung

Venendo ora a trattare dell'ultimo elemento costitutivo della *Stiftung*, l'organizzazione, deve essere fin da subito rilevato come questa, in linea di principio, è determinata dal fondatore nell'atto costitutivo, mentre solo in via subordinata si applicano le disposizioni a tal proposito dettate vuoi dal BGB, vuoi dalla PSG.

Inoltre, va segnalato che al fondatore di una BGB *Stiftung* viene riconosciuta una maggiore autonomia statutaria rispetto a quella concessa in seno all'ordinamento austriaco: per quanto attiene a questo profilo, il codice civile tedesco detta soltanto alcune disposizioni inderogabili, mentre, all'opposto, la PSG disciplina minuziosamente – e per molti aspetti inderogabilmente – la struttura interna della fondazione privata²⁷⁵.

In tal senso, se è vero che ogni fondazione deve avere un consiglio di amministrazione²⁷⁶, la PSG prevede poi anche la presenza di ulteriori organi necessari. Il BGB, dal canto suo, rimette la scelta in ordine alla previsione di organi ulteriori alla libera determinazione del fondatore.

Procedendo ora con l'analisi dei profili di maggiore interesse attinenti della organizzazione della *Stiftung*, occorre in primo luogo sottolineare come, a differenza del BGB, la PSG prevede che il consiglio di amministrazione debba esse composto da almeno tre soggetti (§ 15 Abs. 1). Si tratta di una disposizione inderogabile funzionale a garantire – almeno nelle intenzioni del

Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung, cit., p. 93.

²⁷⁵ BRUCKNER K. E. – FRIES C. – FRIES R., *Die Familienstiftung im Zivil-, Steuer- und Handelsrecht*, Orac, Wien, 1994, p. 24.

²⁷⁶ Ciò si ricava, per la BGB *Stiftung*, dal rinvio contenuto nel § 86 BGB al § 26 BGB (ai sensi del quale “*Der Verein muss einen Vorstand haben*”), mentre, per la PSG *Stiftung*, dall'articolo 14 Abs. 1 PSG (secondo cui “*Organe der Privatstiftung sind der Stiftungsvorstand, [...]*”).

legislatore austriaco – la presenza di un organo amministrativo efficace, competente e al tempo stesso bilanciato²⁷⁷.

Mentre per il diritto tedesco la carica di amministratore di una fondazione può essere ricoperta sia da persone fisiche che da persone giuridiche²⁷⁸, il § 15 Abs. 2 PSG stabilisce invece che tale carica può essere assunta soltanto da persone fisiche²⁷⁹. Inoltre, al dichiarato fine di scongiurare l'insorgere di potenziali conflitti di interesse, quest'ultima norma prevede anche che non possano essere membri del consiglio di amministrazione i beneficiari della fondazione, il loro coniuge o convivente *more uxorio*, nonché i loro parenti in linea retta o fino al terzo grado in linea collaterale²⁸⁰.

Il fondatore di una PSG *Stiftung* può quindi riservarsi di ricoprire la carica di amministratore della fondazione, a condizione però di non figurare, insieme ai suoi più prossimi parenti, tra i beneficiari di essa²⁸¹, ciò che tipicamente avverrà nel caso di fondazione di famiglia, la quale, come detto,

²⁷⁷ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 45.

²⁷⁸ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., § 86, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 5.

²⁷⁹ Sebbene ciò non emerga chiaramente dalla formulazione della disposizione, anche le società di persone non possono rivestire la carica di membro del consiglio di amministrazione di una fondazione. In tal senso ARNOLD N., § 15, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 16.

²⁸⁰ In particolare, il § 15 Abs. 2 PSG prevede che: „*Ein Begünstigter, dessen Ehegatte, dessen Lebensgefährtin sowie Personen, die mit dem Begünstigten in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, sowie juristische Personen können nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein können nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein*“. I commi 3 e 3a dello stesso § contengono invece delle previsioni volte a impedire l'elusione di tale divieto previsto dal secondo comma vuoi attraverso l'intermediazione di una persona giuridica, vuoi mediante il conferimento all'amministratore della fondazione, da parte del beneficiario, di un incarico finalizzato alla salvaguardia degli interessi di quest'ultimo nell'ambito dell'espletamento della sua carica. Su quest'ultima problematica, cfr. OGH v. 05.08.2009 – Az. 6 Ob. 42/09, in *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2009, p. 300ff. (c.d. „*Beirats*“ – Entscheidung), nonché OGH v. 16.10.2009 – Az. 6 Ob 145/09, in *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2009, p. 336 ff. (c.d. „*Rechtsanwalts*“ – Entscheidung).

²⁸¹ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 45.

ha proprio lo scopo di destinare le rendite del suo patrimonio ai membri di una certa famiglia²⁸².

Simili previsioni di incompatibilità non si rinvengono invece nel diritto delle fondazioni tedesco, con la conseguenza che *ivi* sia i beneficiari che il fondatore, anche se, a sua volta, beneficiario della *Stiftung*, possono far parte del consiglio di amministrazione ovvero assumere l'incarico di amministratore unico²⁸³.

Secondo quanto disposto dal § 81 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 BGB, lo statuto deve, tra le altre cose, disciplinare il procedimento di formazione del consiglio di amministrazione²⁸⁴. Nel fare ciò il fondatore cercherà di assicurarsi che i suoi interessi ovvero, nel caso di fondazione di famiglia, quelli delle persone a lui più strette siano salvaguardati, ad esempio attribuendo ad esse il potere di nomina degli amministratori oppure riconoscendo loro un diritto di veto²⁸⁵.

È parimenti rimessa al fondatore la definizione del procedimento di revoca degli amministratori. Egli potrà così stabilire a quale organo spetti il potere di revocare gli amministratori, oltre che individuare le possibili cause di revoca. Qualora lo statuto nulla disponga in proposito, occorrerà chiedersi attraverso l'interpretazione di esso, se una revoca sia possibile ed, eventualmente, per quali ragioni²⁸⁶. È invece da ritenere sempre possibile revocare gli

²⁸² STRASSER R., *Gedanken zu einem aus Begünstigten zusammengesetzten Beirat einer Familienstiftung*, in *Juristische Blätter*, 2000, p. 492.

²⁸³ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, *cit.*, p. 97.

²⁸⁴ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., § 81, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, *cit.*, Rn. 61 rileva invece come di regola il primo consiglio di amministrazione venga nominato direttamente dal fondatore.

²⁸⁵ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, *cit.*, p. 98.

²⁸⁶ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., § 81, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, *cit.*, Rn. 65. In una ipotesi siffatta si ritiene che il potere spetti all'organo competente per la nomina, HOF H., § 8, in *Stiftungsrechts-Handbuch*, *cit.*, Rn. 170.

amministratori se ricorre una giusta causa²⁸⁷; mentre questo potere non potrebbe essere rimesso alla libera volontà del fondatore, poiché per tale via la fondazione verrebbe a trovarsi soggetta ad un'inammissibile ingerenza ad opera di un soggetto esterno ad essa²⁸⁸.

Nell'ordinamento austriaco il § 15 Abs. 4 PSG demanda al fondatore il compito di nominare i componenti del primo consiglio di amministrazione. In ordine, invece, alle nomine successive, lo statuto può attribuire il potere di nomina degli amministratori ad un organo della fondazione ovvero ad altri enti²⁸⁹.

Nel § 27 PSG sono contenute alcune disposizioni in materia di nomina e revoca giudiziaria degli organi della fondazione: in particolare, ai sensi del § 27 Abs. 2 PSG la revoca è possibile quando sia prevista dallo statuto ovvero al ricorrere di una giusta causa, come, ad esempio, una grave violazione dei doveri inerenti alla carica. Allo stesso modo che per la BGB *Stiftung*, non risulta ammissibile un potere di revoca *ad nutum* al fine di salvaguardare l'indipendenza del consiglio di amministrazione, scongiurando la sua soggezione alla volontà di soggetti esterni²⁹⁰.

Agli amministratori della BGB *Stiftung* si applica, in virtù del rinvio contenuto nei §§ 86 e 27 Abs. 3 BGB, la disciplina sul mandato (di cui ai §§ da 664 a 670 BGB). Tale rinvio si rivela però, per lo meno in parte, infruttuoso nella misura in cui l'atto costitutivo della fondazione non contempli un organo incaricato di impartire istruzioni al consiglio di

²⁸⁷ HOF H., § 8, in *Stiftungsrechts-Handbuch*, *cit.*, Rn. 171.

²⁸⁸ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., § 81, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, *cit.*, Rn. 65.

²⁸⁹ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 46. In tal senso il § 9 Abs. 2 Nr. 2 PSG prevede espressamente la possibilità di disciplinare nello statuto la nomina, la revoca e la durata in carica degli amministratori, nonché di stabilire a quali di essi spetti il potere di rappresentanza. Deve essere segnalato come occorra, in ogni caso, rispettare quanto previsto dal § 14 Abs. 3 e 4 PSG.

²⁹⁰ ARNOLD N., § 15, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, *cit.*, Rn. 120; MICHELER E. M., §§ 15, 16, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, *cit.*, Rn. 20.

amministrazione ovvero, in alternativa, dinanzi al quale quest'ultimo sia chiamato a rendere conto del proprio operato²⁹¹.

Il consiglio di amministrazione della fondazione deve dunque agire alla stregua di un fiduciario, “*sein Handeln muss so sein wie das der Stiftung, wenn sie eine natürliche Person wäre und ihre Interessen selbst wahrnehmen könnte*”²⁹². Ne consegue, sulla falsariga del diritto societario, il divieto di perseguire interessi propri o di terzi a danno della fondazione (dovere di lealtà), oltre che l'obbligo di perseguire nel modo più efficace possibile lo scopo della fondazione (dovere di diligenza)²⁹³. Ciò che peraltro si ricava anche dallo stesso § 80 Abs. 2 BGB, ai sensi del quale la fondazione deve essere amministrata in modo da consentire il perseguimento in via continuativa e sostenibile del suo scopo istituzionale.

Nello statuto possono poi essere previste specifiche limitazioni al potere di gestione dell'ente da parte degli amministratori, le quali però non possono in ogni caso spingersi fino al punto di compromettere completamente la capacità di funzionamento della *Stiftung* ovvero l'indipendenza del consiglio di amministrazione²⁹⁴.

Nell'ordinamento austriaco, invece, il § 17 Abs. 1 PSG si limita a disporre che lo *Stiftungsvorstand* amministra la fondazione. Nonostante la brevità della formulazione adoperata dal legislatore, essa sta a significare che il consiglio di amministrazione ha il compito di dare attuazione al programma fondazionale attraverso la gestione del patrimonio dell'ente, che dovrà essere, per quanto possibile, conservato ovvero incrementato²⁹⁵.

²⁹¹ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., § 86, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 20.

²⁹² REUTER D., § 86, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht*, cit., Rn. 15.

²⁹³ REUTER D., § 86, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht*, cit., Rn. 16.

²⁹⁴ HOF H., § 8, in *Stiftungsrechts-Handbuch*, a cura di Seifart W. – Campenhausen A. F. von, 3. Auflage, München, 2009, Rn. 30.

²⁹⁵ FISCHER M., *Die Organisationsstruktur der Privatstiftung*, Springer Vienna, Wien et. al., 2004, p. 40.

Inoltre, anche in questo ordinamento si ritiene possibile attribuire determinate competenze normalmente spettanti al consiglio di amministrazione ad altri organi o persone, sempre che ciò non abbia quale conseguenza quella di declassare l'organo amministrativo a mero organo esecutivo²⁹⁶.

Il § 17 Abs. 2 PSG prevede poi che ogni componente del consiglio di amministrazione debba svolgere le proprie funzioni con parsimonia e con la diligenza del buon padre di famiglia. Viene quindi chiarito che il consiglio di amministrazione può effettuare erogazioni in favore dei beneficiari solo in funzione del perseguimento dello scopo dell'ente e nella misura in cui ciò non pregiudichi i diritti vantati dai creditori della fondazione. La violazione di tale obbligo – gravante sugli amministratori nei confronti della fondazione –, determina l'insorgenza in capo alla fondazione del diritto ad ottenere il risarcimento del danno patito²⁹⁷.

Secondo il combinato disposto dei §§ 86 Satz 1 e 26 Abs. 1 Satz 2 BGB, il consiglio di amministrazione rappresenta la fondazione alla stregua di un rappresentante legale. Ai sensi del § 26 Abs. 1 Satz 3 BGB, lo statuto può limitare il potere di rappresentanza degli amministratori, con effetti nei confronti dei terzi²⁹⁸. Come si è già visto per il potere di gestione, anche quello di rappresentanza non può però essere arbitrariamente limitato: in

²⁹⁶ FISCHER M., *Die Organisationsstruktur der Privatstiftung*, cit., p. 40. Nello specifico, la contabilità e il rispetto delle disposizioni poste a tutela dei creditori della fondazione sono inderogabilmente di competenza del consiglio di amministrazione.

²⁹⁷ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 50

²⁹⁸ Sebbene non manchi anche chi, come EBERSBACH H., *Handbuch des deutschen Stiftungsrechts*, Schwartz, Göttingen, 1972, p. 108, ritiene che in alcuni casi una limitazione al potere di rappresentanza spettante agli amministratori consegua già dallo stesso scopo perseguito dalla fondazione, si tende oggi a concordare sul fatto che eventuali limitazioni devono necessariamente risultare da una espressa disposizione statutaria. Così HÜTTEMANN R. – RAWERT P., § 86, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 14. Si discute invece se tali limitazioni, per essere opponibili, devono essere note ai terzi ovvero si applicano anche ai terzi in buona fede. Sul punto, cfr. HOF H., § 8, in *Stiftungsrechts-Handbuch*, cit., Rn. 24.

particolare, eventuali limitazioni non possono giungere sino al punto di privare, di fatto, gli organi della fondazione della capacità di agire, impedendo così loro di perseguire in via continuativa e sostenibile lo scopo della fondazione²⁹⁹.

In maniera del tutto simile, il § 17 Abs. 1 Fall 2 PSG, prevede che il consiglio di amministrazione rappresenta la *Privatstiftung*. A differenza che nell'ordinamento tedesco però – e sebbene manchi una disciplina espressa analoga a quella dettata in materia di società di capitali³⁰⁰– l'opinione prevalente ritiene che il potere di rappresentanza di cui è munito il consiglio di amministrazione sia generale. Nei rapporti interni, invece, il consiglio di amministrazione è vincolato a quanto previsto dallo statuto³⁰¹.

I membri del consiglio di amministrazione sono responsabili nei confronti della *Stiftung*, ai sensi del § 280 Abs. 1 BGB in combinato disposto con i §§ 86, 27 Abs. 3 e 664 ff. BGB, per la violazione degli obblighi su di essi gravanti dovuta a dolo ovvero a negligenza (§ 276 BGB). Deve essere loro riconosciuto, nell'espletamento delle funzioni, un certo margine di discrezionalità, esente da responsabilità³⁰². In ogni caso, secondo l'opinione prevalente lo *standard* di responsabilità può essere modificato attraverso una corrispondente previsione statutaria³⁰³.

Anche sulla scorta delle previsioni della *Privatstiftungsgesetz* i membri del consiglio di amministrazione sono responsabili nei confronti della fondazione per i danni derivanti da una violazione colposa dei loro doveri (§

²⁹⁹ BURGARD U., *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht*, cit., p. 248.

³⁰⁰ ARNOLD N., § 17, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 5 f.

³⁰¹ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 51.

³⁰² HÜTTEMANN R. – RAWERT P., § 86, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 33, 24.

³⁰³ BURGARD U., *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht*, cit., p. 597.

29 PSG). Non è però qui prevista un'inversione dell'onere della prova, né la misura della responsabilità può essere statutariamente modificata³⁰⁴.

Accanto al consiglio di amministrazione possono – nell'ordinamento tedesco – ovvero devono essere previsti – in quello austriaco – degli altri organi.

Nello specifico, la PSG prevede quali ulteriori organi necessari della *Privatstiftung* il revisore nonché, al ricorrere dei presupposti di cui al § 22 PSG, il consiglio di sorveglianza (§ 14 Abs 1 PSG). Il § 14 Abs. 2 PSG stabilisce inoltre che il fondatore può prevedere anche la presenza di altri organi al fine di salvaguardare lo scopo della fondazione.

Il revisore della fondazione esamina il bilancio annuale, compresa la contabilità e la relazione sulla gestione (§ 21 Abs 1 PSG).

Dall'angolo prospettico del diritto societario la circostanza che il revisore costituisca un organo necessario della fondazione rappresenta una singolarità legata al tentativo del legislatore di colmare il *deficit* di controllo che tradizionalmente caratterizza la fondazione³⁰⁵.

Il revisore deve verificare da un punto di vista formale la correttezza delle informazioni fornite dal consiglio di amministrazione in merito alla attuazione del programma fondazionale³⁰⁶; può richiedere al tribunale, ai sensi del § 31 Abs. 1 PSG, un controllo speciale (*Sonderprüfung*), ed ha anzi l'obbligo di ordinarlo qualora sia dimostrato che si sono verificate scorrettezze o gravi violazioni della legge o dello statuto (§ 31 Abs. 2 PSG). Inoltre, secondo quanto previsto dal § 27 Abs. 2 PSG, il revisore può chiedere la revoca per giusta causa di un membro di un organo della fondazione.

Per quanto riguarda, invece, il consiglio di sorveglianza (*Aufsichtsrat*), si è detto che la nomina di tale organo risulta necessaria soltanto allorché

³⁰⁴ ARNOLD N., § 17, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 56; MICHELER E. M., §§ 16, 17, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 24.

³⁰⁵ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 39.

³⁰⁶ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 39.

ricorrano le condizioni previste dal § 22 PSG, e quindi, in particolare, se il numero dei lavoratori dipendenti della fondazione superi le trecento unità e nel caso in cui la fondazione diriga ovvero controlli in ragione di una partecipazione diretta superiore al 50 % società di capitali ovvero cooperative nazionali e il numero dei lavoratori dipendenti di queste società superi una media di trecento unità e l'attività della fondazione non si limiti alla mera gestione delle quote detenute nelle società controllate³⁰⁷.

Il consiglio di sorveglianza deve essere composto da almeno tre persone fisiche. I membri del consiglio di sorveglianza e i loro parenti non possono far parte del consiglio di amministrazione ovvero ricoprire la carica di revisore della fondazione. Inoltre, viene previsto che i beneficiari e i loro più prossimi parenti non possano rappresentare la maggioranza dei membri del consiglio di sorveglianza (§ 23 PSG).

Secondo quanto previsto dal § 25 Abs. 1 PSG, l'*Aufsichtsrat* vigila sulla amministrazione della fondazione. A tal fine gli viene riconosciuto un apposito diritto all'informazione (*Anskunftsrechts*) e all'ispezione (*Einsicht-srecht*), sulla falsariga dei corrispondenti diritti previsti in materia di società per azioni³⁰⁸. È inoltre previsto che per il compimento da parte della fondazione di taluni negozi è necessaria la preventiva approvazione del consiglio di sorveglianza.

Il fondatore è in ogni caso libero di accrescere le competenze del consiglio di sorveglianza, ad esempio attribuendogli il compito di tutelare gli interessi dei creditori della fondazione³⁰⁹.

³⁰⁷ Per ARNOLD N., § 22, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 1 f. da tale disposizione si evince che il divieto di assumere la conduzione di una società commerciale ex § 1 Abs. 2 PSG non esclude la possibilità per la fondazione di rivestire il ruolo di capogruppo.

³⁰⁸ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 105.

³⁰⁹ WESSELY, § 25, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, cit., Rn. 1. Si noti tuttavia come nella pratica il consiglio di sorveglianza svolga un ruolo affatto marginale. Al 31 dicembre 2006, infatti, solo 29 delle 2.875 *Privatstiftungen* avevano un consiglio di sorveglianza.

Come anticipato più sopra, il fondatore di una PSG *Stiftung* è poi libero di prevedere degli organi ulteriori “zur Wahrung des Stiftungszwecks”, ovvero a tutela dello scopo della fondazione³¹⁰. Per mezzo di ciò risulta possibile coinvolgere nella gestione della fondazione coloro che invece non potrebbero, per lo meno direttamente, prendervi parte – primi tra tutti i beneficiari – in ragione della predetta incompatibilità. Ciò potrebbe rivelarsi utile specialmente nel caso di fondazione di famiglia, dal momento che il fondatore sarà spesso riluttante a consentire che i beni trasferiti alla fondazione vengano gestiti esclusivamente da soggetti indipendenti, del tutto estranei alla cerchia familiare³¹¹. Non si può però non evidenziare come questo rischi di porsi in contrasto con il disegno alla base della *Privatstiftungsgesetz* che, per rendere superflua la supervisione statale sulla fondazione, ha delineato un delicato ed equilibrato sistema di rapporti tra i vari organi della *Privatstiftung*, consentendo ai beneficiari di esercitare soltanto una minima influenza sulla amministrazione di essa³¹².

La PSG non precisa quali siano le attività riconducibili al compito di tutelare lo scopo della fondazione. Vi è concordia però nel ritenere che

³¹⁰ ARNOLD N., § 14, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 14a segnala come circa il 75% delle *Privatstiftungen* presenti organi ulteriori rispetto a quelli legislativamente previsti. Si ritiene che non tutti i soggetti ai quali siano delegati compiti attinenti alla gestione della fondazione sono, per ciò solo, qualificabili come organi. Deve essere in ogni caso segnalato che il § 9 Abs. 2 Nr. 4 PSG distingue infatti tra “weiterer Organe zur Wahrung des Stiftungszwecks” e “die Benennung von Personen, denen besondere Aufgaben zu kommen”. Non si tratta di una distinzione scevra da conseguenze pratiche, dal momento che come sottolinea ARNOLD N., § 14, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 14c, taluni diritti sono riconosciuti solamente agli organi. Si ritiene che anche nel contesto della *Privatstiftungsgesetz* risulti applicabile la nozione di “materielle Organbegriff”, per cui un organo deve avere il potere, sulla base delle previsioni contenute nell’atto costitutivo, di influenzare il processo decisionale, la gestione o la vigilanza della fondazione³¹⁰. Sul punto, cfr. NOWOTNY C., *Die Organisation der Privatstiftung, in Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, cit.*, p. 149.

³¹¹ Cfr. ARNOLD N., *Einschränkungen für Begünstigte, begünstigtendominierte Beiräte und Stifter*, in *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2009, p. 354.

³¹² *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 39, 45.

l'autonomia del fondatore incontri un limite laddove la legge attribuisca inderogabilmente ad un certo organo una determinata competenza³¹³.

Di conseguenza, se risulta certamente inammissibile un generale vincolo del consiglio di amministrazione, quale organo centrale della *Privatstiftung*, alle decisioni di un altro organo³¹⁴, si ritiene invece possibile prevedere un, seppur limitato³¹⁵, potere direttivo nei suoi confronti³¹⁶.

Il BGB non contiene invece una così articolata disciplina in materia di organizzazione della *Stiftung*: come si è visto, infatti, la legge non prevede altri organi accanto al consiglio di amministrazione. Ciò non esclude tuttavia che il fondatore, nell'esercizio dell'autonomia statutaria che gli viene riconosciuta, possa prevederne di ulteriori³¹⁷, anche qui però nel rispetto delle competenze che la legge inderogabilmente assegna al consiglio di amministrazione³¹⁸.

Si rivela anzi opportuno, tenuto conto del deficit di controllo che caratterizza la fondazione – deficit che pure si acuisce nella *Familienstiftung*, in molti *Länder* esentata dalla vigilanza statale sulle fondazioni – istituire un organo di controllo cui affidare il compito di tutelare gli interessi dei beneficiari e di vigilare sul rispetto da parte del consiglio di amministrazione

³¹³ MICHELER E. M., § 14, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 4, 5.

³¹⁴ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 44

³¹⁵ Si tenga infatti presente che, ai sensi del § 17 Abs. 1 PSG, il consiglio di amministrazione “*sorgt für die Erfüllung des Stiftungszwecks*”, sicché è da escludere l'ammissibilità di un generale potere di impartire istruzioni. Così MICHELER E. M., § 14, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 9.

³¹⁶ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 45.

³¹⁷ OLG Hamburg v. 4.1.1979 – Az. 4 U 37/78, in *Stiftungen in der Rechtsprechung*, III, p. 106; HOF H., § 8, in *Stiftungsrechts-Handbuch, cit.*, Rn. 77.

³¹⁸ A tali organi viene tipicamente affidato il compito di nominare e revocare il consiglio di amministrazione, rappresentare la fondazione nei confronti degli amministratori, partecipare alle decisioni più significative per la vita dell'ente, quali, ad esempio, le modifiche statutarie, l'approvazione del bilancio. Si può anche ipotizzare un suo intervento nella decisione relativa alla distribuzione delle rendite ai beneficiari. Sul punto, cfr. HOF H., § 8, in *Stiftungsrechts-Handbuch, cit.*, Rn. 80.

della volontà del fondatore³¹⁹; organo che, se del caso, potrà anche essere composto esclusivamente da beneficiari della fondazione³²⁰.

³¹⁹ Si potrà così, ad esempio, assicurare un controllo “anticipato”, richiedendo il preventivo consenso dell’organo di controllo per il compimento delle operazioni di maggiore momento. Sul punto, cfr. LÜCK W., § 91, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 5: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts*, cit., Rn. 19.

³²⁰ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 112. Si può quindi notare come nel caso della Privatstiftung austriaca la possibile influenza del fondatore e dei suoi parenti sulla gestione dell’ente è molto limitata, in modo da garantire l’attuazione della volontà del fondatore, così come scolpita nell’atto costitutivo. All’opposto, nell’ordinamento tedesco, proprio al fine di porre rimedio ai problemi legati al deficit di controllo che tipicamente caratterizza la fondazione, viene invece suggerito di rafforzare il ruolo del fondatore e dei beneficiari, correndo però così il rischio che il consiglio di amministrazione si discosti dal suo fondamentale compito di perseguire lo scopo della fondazione.

2.7 La *Widerruf* dell'atto costitutivo

Proseguendo nella disamina dei tratti salienti della *Stiftung* tedesca e austriaca, conviene ora soffermarsi sull'analisi della fattispecie della revoca dell'atto costitutivo (*Widerruf*). Sia nell'ordinamento tedesco che in quello austriaco viene prevista espressamente la possibilità per il fondatore di revocare l'atto costitutivo. Diversi sono però, nei due ordinamenti, i presupposti e le conseguenze che ne derivano.

Nello specifico, il § 81 Abs. 2 BGB prevede la possibilità per il fondatore – attraverso una manifestazione unilaterale di volontà non recettizia³²¹ – di revocare anche solo parzialmente l'atto costitutivo *inter vivos* fino a quando la fondazione non abbia ottenuto il riconoscimento³²².

Questo potere di revoca non può essere esteso, neppure in forza di una corrispondente disposizione statutaria, al di là di quanto previsto dalla norma³²³, con la conseguenza che, una volta riconosciuta la fondazione, la revoca non sarà più possibile.

La *Privatstiftungsgesetz* disciplina invece due diversi tipi di revoca: anche qui è prevista una possibile revoca prima della nascita. Tuttavia in base ad essa il fondatore può, a determinate condizioni – e a differenza che nella maggior parte degli altri ordinamenti giuridici –, revocare la fondazione pure dopo la sua venuta ad esistenza.

³²¹ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 117. Se vi sono più fondatori, tale potere compete a ciascuno individualmente e non è ammessa una sua eventuale esclusione per via contrattuale. In tal senso HÜTTEMANN R. – RAWERT P., § 81, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 69 ff.

³²² All'atto di fondazione *mortis causa* si applicano invece i consueti principi di diritto successorio, sicché esso è revocabile fino al momento della morte del fondatore. La facoltà di revocare l'atto di fondazione è invece preclusa agli eredi del fondatore. Sul punto, cfr. HÜTTEMANN R. – RAWERT P., § 83, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 21 ff.

³²³ HOF H., § 6, in *Stiftungsrechts-Handbuch*, cit., Rn. 55.

Con riguardo, in particolare, alla prima ipotesi di revoca, il § 33 Abs. 1 Satz. 1 PSG, in maniera del tutto simile a quanto previsto in seno all'ordinamento tedesco, stabilisce che prima della nascita della *Privatstiftung*, il fondatore può, in qualsiasi momento, revocare³²⁴ o modificare l'atto di fondazione³²⁵. Prima della sua nascita, dunque, la fondazione è liberamente revocabile, senza necessità che il fondatore si sia riservato un apposito diritto di revoca attraverso una corrispondente disposizione statutaria.

Per quanto attiene, invece, la seconda ipotesi di revoca, il § 34 PSG prevede che il fondatore possa revocare la fondazione anche dopo la sua nascita se si è riservato un corrispondente diritto di revoca nell'atto di fondazione³²⁶. L'esercizio di questo diritto non è soggetto ad alcun vincolo, sicché al fondatore è concesso valersene in piena libertà³²⁷. Di conseguenza, il fondatore di una PSG *Stiftung* non destina necessariamente in via definitiva i beni che trasferisce alla fondazione al perseguimento dello scopo enunciato nell'atto costitutivo, essendo egli invece libero di riservarsi la possibilità di recuperarli attraverso l'esercizio di questo diritto di revoca³²⁸. È infatti

³²⁴ Per BERGER K., § 33, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 38 ff., la revoca consiste in una manifestazione unilaterale di volontà che deve pervenire al primo consiglio di amministrazione prima della iscrizione della fondazione nel registro delle imprese e che deve essere autenticata.

³²⁵ SCHAUER M., *Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung*, in *Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, cit.*, p. 108, dopo aver rilevato come la disposizione non distingua tra fondazione per atto tra vivi e *mortis causa*, afferma che essa si applica indistintamente ad entrambe le ipotesi. Se invece prima della nascita della fondazione muore uno dei più fondatori, l'atto di fondazione non può essere più revocato (§ 33 Abs. 1 Satz 2 PSG).

³²⁶ Non sarebbe invece possibile introdurre tale diritto di revoca attraverso una successiva modificazione dello statuto della fondazione. Così ARNOLD N., § 34, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 5. Se vi sono più fondatori, il diritto di revoca può essere da questi esercitato – in mancanza di diverse disposizioni statutarie – solo congiuntamente (§ 3 Abs. 2 PSG).

³²⁷ Così BERGER K., § 34, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 5, anche se è certo possibile limitarlo nei contenuti e nel tempo mediante una corrispondente previsione statutaria.

³²⁸ BAUER D. C., *Vermögensverwaltung mittels Privatstiftungen und anderer Strukturen – Eine rechtsvergleichende steuer- und zivilrechtliche Analyse am Beispiel von Deutschland, Österreich, Luxemburg und Liechtenstein*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2013, p. 171.

previsto che la dichiarazione di revoca debba essere indirizzata al consiglio di amministrazione, al quale spetta di deliberare lo scioglimento della fondazione (§ 35 Abs. 2 Nr. 1 PSG). Ai sensi del § 36 Abs. 4 PSG, se lo statuto non dispone diversamente, i beni che dovessero eventualmente residuare all'esito del procedimento di liquidazione torneranno in capo al fondatore, in qualità di beneficiario finale della fondazione. Si è sottolineato come ciò consentirebbe a quest'ultimo di dare vita ad un patrimonio separato, sottratto ad eventuali azioni esecutive promosse dai suoi creditori, le cui ragioni risulterebbero in grave pregiudizio³²⁹. Allo stesso tempo, però, tale facoltà di revoca permetterebbe al fondatore che lo ritenesse opportuno di non rinunciare definitivamente ad esercitare la sua influenza sulla vita dell'ente, consentendogli anche, qualora ve ne fosse la necessità, di riorganizzare la devoluzione del suo patrimonio prima della sua dipartita.

È evidente come attraverso tale disciplina il legislatore austriaco della *Privatstiftungsgesetz* si sia definitivamente affrancato dal dogma della indisponibilità della fondazione da parte del fondatore: la *Privatstiftung* viene concepita alla stregua di una forma giuridica “neutra”, che non deve dunque necessariamente perseguire uno scopo di pubblico interesse, ma che può prestarsi pure al raggiungimento di finalità di natura egoistica; uno strumento, allo stesso tempo, a disposizione del fondatore che, se lo ritiene, può revocarla anche dopo la sua nascita, eventualmente riottenendo la proprietà dei beni *medio tempore* trasferiti alla fondazione. In altre parole la *Privatstiftung*, nella sua configurazione di *Familienstiftung*, si presta ad essere utilizzata come strumento per la conservazione e la trasmissione della ricchezza familiare.

Questa possibilità si riferisce tuttavia alla sola fondazione nata per atto tra vivi poiché, nel caso di fondazione *mortis causa* –che secondo quanto previsto dal § 3 Abs. 1 Satz 2 PSG, può avere un solo fondatore– il fondatore non è già più in vita dopo la nascita della fondazione. Per BERGER K., § 34, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 6 e ARNOLD N., § 34, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 6, 15, la revoca consiste in una manifestazione unilaterale di volontà che deve essere autenticata.

³²⁹ BERGER K., § 34, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 7.

2.8 La modifica dello statuto della Stiftung

Di regola una fondazione viene costituita per il perseguimento di un certo scopo fino a che questo non venga realizzato o non sia altrimenti possibile realizzarlo. Se solo si consideri la genericità con cui viene individuato il programma fondazionale, ciò implica che spesso la fondazione sarà una forma giuridica destinata ad operare per un lungo tempo.

Se a ciò si aggiungesse che, per lo meno tradizionalmente, così lo scopo come l'organizzazione della fondazione non fossero più modificabili dopo la sua nascita, è evidente come un eventuale quanto fisiologico mutamento delle originarie circostanze possa quantomeno rendere difficoltosa l'operatività del nostro istituto. Proprio tale rigidità dello schema fondazionale viene spesso percepita come un elemento negativo, per la necessità che talora può sorgere di adeguare lo statuto della fondazione agli intervenuti mutamenti giuridici, economici e sociali al fine di meglio consentire la realizzazione del suo scopo istituzionale³³⁰.

Il codice civile tedesco non disciplina espressamente la fattispecie della modifica dello statuto di una fondazione. In esso si rinvengono solo disposizioni sul contenuto dell'atto di fondazione (§ 81 Abs. 1 Satz 3 BGB), oltre che sulla modifica dello scopo ovvero sullo scioglimento della fondazione da parte dell'autorità (§ 87 BGB).

Il § 85 BGB stabilisce invece che lo statuto di una fondazione viene stabilito nell'atto di fondazione, salvo che esso non sia basato su leggi dello Stato federale o dei *Länder*. Sulla base di tale ultima disposizione si ritiene che al fondatore sia concesso di disciplinare convenzionalmente la fattispecie

³³⁰ Sul punto cfr., con riguardo alla BGB–*Stiftung*, MECKING F., § 89, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 5: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts*, cit., Rn. 1; con riguardo, invece, alla PSG–*Stiftung*, si v. MÜLLER M., *Änderung, Widerruf, Beendigung, Auflösung und Abwicklung der Privatstiftung*, cit., p. 268.

della modifica dello statuto della fondazione, mentre le norme di diritto federale e regionale si applicherebbero soltanto in via sussidiaria³³¹.

Ai sensi del § 87 BGB, l'autorità può modificare lo scopo di una fondazione ovvero scioglierla se lo scopo è diventato impossibile ovvero metta in pericolo l'interesse generale. Viene inoltre previsto che, nel caso in cui ritenga di modificare lo scopo di una fondazione, essa debba in ogni caso rispettare la volontà del fondatore, così come scolpita nell'atto costitutivo³³².

Non si tratta, come pure *prima facie* si possa essere orientati a pensare, di un potere discrezionale, essendo piuttosto l'autorità vincolata ad intervenire al ricorrere dei presupposti indicati dalla norma³³³. È però una fattispecie di scarsa applicazione nella pratica, limitata per lo più a casi eccezionali³³⁴.

Con riguardo invece all'ipotesi di modifica dello statuto da parte del fondatore ovvero di altro organo della fondazione, occorre anzitutto chiedersi in che misura questi siano eventualmente legittimati *ex lege* a procedere in tal senso ovvero se a ciò essi debbano essere preventivamente autorizzati in virtù di una corrispondente previsione statutaria. Tale questione si lega alla nota problematica concernente la possibilità per gli organi della fondazione ovvero dei terzi di influenzare il processo decisionale dell'ente, ovvero, in altri termini, circa l'ammissibilità, rispetto allo schema fondazionale, di strutture corporative³³⁵.

³³¹ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 123.

³³² In particolare, il § 87 Abs. 2 BGB prevede che nella trasformazione dello scopo deve essere rispettata la volontà del fondatore, in particolare si deve aver cura che il reddito del patrimonio della fondazione rimanga conservato nel senso dato dal fondatore, per quella cerchia di persone, a vantaggio della quale dovrebbe andare. L'autorità può modificare lo statuto della fondazione nella misura in cui la trasformazione dello scopo la richieda.

³³³ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., § 85, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 17.

³³⁴ OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 124.

³³⁵ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., Vorb. §§ 80 ff, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 2.

Sebbene non manchi anche chi propende per una risposta positiva³³⁶, l'opinione prevalente ritiene che la fondazione non possa essere soggetta alla mutevole volontà dei suoi membri, ma debba invece sempre operare sulla base della volontà storica espressa dal fondatore. In tal senso, il § 85 BGB sancisce il primato assoluto della volontà del fondatore³³⁷, ciò che pare difficilmente conciliabile con la previsione della libera modificabilità dello statuto della fondazione da parte dei suoi organi.

Dovrà dunque essere il fondatore stesso, attraverso una corrispondente previsione statutaria, ad attribuire agli organi della fondazione il potere di modificare lo statuto, stabilendo altresì presupposti e conseguenze³³⁸.

Ci si potrebbe quindi chiedere se agli organi della fondazione sia concesso di procedere ad una modifica dello scopo anche al di fuori dei rigidi presupposti fissati dal § 87 BGB.

Secondo l'opinione prevalente non si pongono problemi particolari se il fondatore lo ha espressamente previsto nello statuto. Si ritiene tuttavia che una tale modifica non possa essere rimessa alla piena discrezionalità degli organi della fondazione, dovendo il fondatore quantomeno indicare, nell'atto costitutivo, presupposti e criteri alla luce dei quali essa deve essere operata³³⁹.

Diverso è invece il caso in cui manchi una disposizione statutaria che attribuisca agli organi della fondazione il potere di modifica dello scopo.

Da taluni si è detto che in una siffatta ipotesi una modificazione dello scopo dovrebbe risultare ammissibile, per lo meno allorché la necessità di procedere ad un tale adeguamento derivi da un imprevedibile mutamento

³³⁶ BURGARD U., *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht*, cit., p. 382.

³³⁷ In particolare si prevede che „Die Verfassung der Stiftung wird [...] durch das Stiftungsgeschäft bestimmt“.

³³⁸ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., § 85, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 14.

³³⁹ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., § 87, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 17; ID., § 85, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 30.

delle originarie circostanze, in virtù della applicazione del § 313 BGB³⁴⁰. A ciò si è però replicato che il § 87 BGB conterrebbe una disciplina affatto esaustiva e che dunque non vi sarebbe alcuna valida ragione per ritenere che il consiglio di amministrazione possa procedere ad una modifica dello scopo a condizioni meno rigorose rispetto a quelle prescritte all'autorità³⁴¹.

Si ritiene, invece, senz'altro ammissibile – a condizione, certo, che lo statuto non disponga diversamente – una modifica delle altre disposizioni statutarie. Ciò anche in ragione del fatto che già lo stesso legislatore sembra distinguere tra la modifica dello scopo della fondazione e la modifica delle altre previsioni statutarie inerenti alla organizzazione dell'ente: infatti, se da un lato si prevede che l'autorità possa integrare eventuali lacune presenti nello statuto, dall'altro si stabilisce che il fondatore è l'unico soggetto legittimato a individuare lo scopo che la fondazione dovrà perseguire (§§ 81 Abs. 1 Satz 4, 83 Abs. 2 BGB)³⁴².

Non vi è però unanimità di vedute sulla individuazione della base giuridica e, di conseguenza, sui presupposti il cui verificarsi obbligherebbe gli organi della fondazione ad adeguare lo statuto alle mutate circostanze, in modo da

³⁴⁰ HAPP A., *Stifterwille und Zweckänderung*, Nomos Verlagsgesellschaft, Köln et al., 2007, p. 149.

³⁴¹ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., § 85, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 18. Si consideri però che anche chi ritiene possibile una modifica dello scopo della fondazione ad opera del consiglio di amministrazione pur in assenza di una corrispondente previsione statutaria professa l'applicabilità del § 313 BGB solo in casi eccezionali che forse già ricadrebbero già nel campo di applicazione dell'impossibilità di cui al § 275 Abs. 2 BGB. Sul punto, cfr. REUTER D., § 87, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht*, cit., Rn. 6.

³⁴² Anche nel § 87 Abs. 2 Satz 2 BGB si distingue chiaramente tra la modifica dello scopo e la modifica delle altre disposizioni statutarie. In particolare si prevede che “*Bei der Umwandlung des Zweckes soll der Wille des Stifters berücksichtigt, insbesondere dafür gesorgt werden, dass die Erträge des Stiftungsvermögens dem Personenkreis, dem sie zustatten kommen sollten, im Sinne des Stifters erhalten bleiben. Die Behörde kann die Verfassung der Stiftung ändern, soweit die Umwandlung des Zweckes es erfordert?*”.

consentire in via continuativa e sostenibile il perseguimento dello scopo della fondazione³⁴³.

Nell'ordinamento austriaco, invece, il § 33 PSG disciplina espressamente la fattispecie della modifica dello statuto della fondazione, distinguendo tre diverse ipotesi.

La prima ipotesi riguarda la modifica ad opera del fondatore prima della nascita della fondazione: in particolare, il § 33 Abs. 1 PSG consente al fondatore, prima della nascita della fondazione, di modificare senza limiti lo

³⁴³ HÜTTEMANN R. – RAWERT P., § 85, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 19 ff. È appena il caso di rilevare come tutte le *Landesstiftungsgesetze* contengano al loro interno disposizioni sulla modifica dello statuto della fondazione. Nella maggior parte dei casi, esse autorizzano gli organi della fondazione a modificare lo statuto e lo scopo solo in presenza di una corrispondente previsione statutaria ovvero nel caso in cui sia intervenuto un significativo mutamento delle originarie circostanze. Si v., ad esempio, il § 5 Abs. 1, 2 StiftG Berlin; § 10 StiftG Brandenburg; § 8 Abs. 1 StiftG Bremen; § 7 Abs. 1, 2 StiftG Hamburg. Talune, tra cui il § 6 Satz 2 StiftG Baden–Württemberg; § 9 Abs. 1, 2 StiftG Hessen (su domanda della fondazione); § 9 Abs. 1 Satz 2 StiftG Mecklenburg–Vorpommern, autorizzano anche l'autorità di vigilanza sulle fondazioni ad apportare corrispondenti modifiche. Al riguardo HAPP A., *Stifterville und Zweckänderung*, cit., p. 138, ha però segnalato come il § 87 BGB contenga, con riferimento alla fattispecie della modifica dello scopo della fondazione, una disciplina da considerarsi come speciale rispetto a quella generale dettata dal § 85 BGB, il quale ultimo autorizza i singoli *Länder* a disciplinare esclusivamente le materie che non risultino già esaustivamente regolate a livello federale. In tal senso, alla luce degli art. 70 Abs. 1, 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 GG, il § 85 BGB presenterebbe una funzione meramente chiarificatrice, sicché per OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 127, le disposizioni dei singoli stati federati sulla modifica della fondazione potrebbero addirittura presentare profili di incostituzionalità.

Inoltre, nella maggior parte delle *Landesstiftungsgesetze* la modifica dello statuto della fondazione è soggetta alla approvazione da parte dell'autorità. Cfr. il § 6 Satz 1 StiftG Baden–Württemberg; Art. 5 Abs. 4 StiftG Bayern; § 5 Abs. 1 Satz 3 StiftG Berlin; § 10 StiftG Brandenburg; § 8 Abs. 1 StiftG Bremen; § 7 Abs. 3 StiftG Hamburg; § 9 Abs. 1 StiftG Mecklenburg–Vorpommern. Per HÜTTEMANN R. – RAWERT P., § 85, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 29, si tratta di una misura di controllo preventiva, cui anche le fondazioni di famiglia sono soggette. In tal senso anche OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, cit., p. 127, a detta del quale ciò risulterebbe anche dalla stessa sistematica delle leggi sulle fondazioni, dal momento che, diversamente opinando, le *Familienstiftungen* risulterebbero sottratte a qualsivoglia tipo di controllo.

statuto, senza necessità di riservarsi un corrispondente diritto di modifica nell'atto di fondazione. Il fondatore non è nemmeno vincolato al rispetto dello scopo precedentemente individuato, essendo egli altresì libero di inserire una riserva di revoca *ex* § 34 PSG³⁴⁴.

La seconda ipotesi riguarda invece la modifica sempre ad opera del fondatore, ma che intervenga dopo la nascita della fondazione.

Come si è già detto più volte, tradizionalmente la fondazione, venuta ad esistenza, è in linea di principio soggetta alla volontà storica del fondatore, così come espressa nello statuto. Il diritto delle fondazioni austriaco introduce però una significativa eccezione: ai sensi del § 33 Abs. 2 Satz 1 PSG, infatti, il fondatore può modificare lo statuto della fondazione anche dopo la sua nascita se si è riservato un corrispondente diritto nell'atto di fondazione³⁴⁵. In presenza di una tale riserva, dunque, il fondatore è libero di esercitare sulla fondazione un'influenza per certi versi riconducibile al modello proprietario pure dopo la nascita di essa.

Si tratta, com'è agevole intuire, di una prerogativa di per sé estranea al diritto della fondazione, che pare piuttosto riconducibile agli schemi propri delle società, sempre soggette alla mutevole volontà dei loro membri³⁴⁶.

Nella relazione illustrativa alla PSG si legge che attraverso l'esercizio di tale diritto il fondatore può apportare qualsiasi modifica allo statuto, se del

³⁴⁴ ARNOLD N., § 33, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 20 ff. Se vi sono più fondatori, questi, salvo diversa previsione dello statuto, possono effettuare una tale modifica solo all'unanimità (§ 3 cpv. 2 PSG). In caso di morte di uno dei più fondatori, l'atto di fondazione può essere modificato soltanto nel rispetto dello scopo della fondazione (§ 33 par. 1 frase 2 PSG). Se il fondatore – o l'ultimo dei più fondatori – è venuto a mancare, il consiglio di amministrazione può apportare le modifiche necessarie per far fronte agli ostacoli alla registrazione che nel frattempo fossero eventualmente sorti a causa di un intervenuto mutamento delle circostanze (§ 33 Abs. 1 Satz. 3 PSG), nel rispetto però dello scopo della fondazione e salva l'approvazione del tribunale.

³⁴⁵ Per BERGER K., § 33, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 18, si tratta di un diritto personalissimo, che non si trasmette agli eredi del fondatore.

³⁴⁶ BERGER K., § 33, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar, cit.*, Rn. 2.

caso mutando anche radicalmente lo scopo della fondazione³⁴⁷. Sulla scia di ciò anche l'opinione prevalente è orientata nel senso che si tratti di un potere di modifica senza vincoli³⁴⁸, che può pure riguardare lo *status* dei beneficiari, il patrimonio della fondazione ovvero la sua struttura organizzativa³⁴⁹. Il fondatore è pure libero di inserire nello statuto delle c.d. "*Sukzessivbestimmungen*", stabilendo i presupposti al verificarsi dei quali le modifiche statutarie entreranno automaticamente in vigore³⁵⁰.

Da ultimo, il § 33 Abs. 2 PSG disciplina l'ipotesi della modifica statutaria ad opera del consiglio di amministrazione della fondazione.

In particolare si prevede che il consiglio di amministrazione può, nel rispetto dello scopo della fondazione, modificare lo statuto per adeguarlo alle mutate circostanze sempreché una tale modifica non risulti altrimenti possibile³⁵¹. Emerge, dunque, come il consiglio di amministrazione possa procedere ad una tale modifica soltanto se non vi sia altra possibilità di adeguare lo statuto alle mutate circostanze³⁵².

Si tratta di un potere che compete *ex lege* al consiglio di amministrazione; esso però – a differenza di quello riconosciuto al fondatore – è limitato nei fini, nel senso che deve essere necessariamente volto a salvaguardare lo scopo della fondazione. Infatti, se lo scopo della fondazione è stato raggiunto ovvero è diventato impossibile, al consiglio di amministrazione resta altro che

³⁴⁷ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 83: „Unter dieser Voraussetzung [gemeint ist der Änderungsvorbehalt in der Satzung] kann der Stifter jede Änderung erklären, sogar den Stiftungszweck grundlegend ändern.“

³⁴⁸ MÜLLER M., *Änderung, Widerruf, Beendigung, Auflösung und Abwicklung der Privatstiftung*, *cit.*, p. 269.

³⁴⁹ BERGER K., § 33, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, *cit.*, Rn. 21 ff.

³⁵⁰ MÜLLER M., *Änderung, Widerruf, Beendigung, Auflösung und Abwicklung der Privatstiftung*, *cit.*, p. 274.

³⁵¹ Ad esempio a causa della morte del fondatore, del mancato raggiungimento di un accordo tra più fondatori o perché il fondatore non si è riservato il diritto di apportare modifiche allo statuto dopo la nascita dell'ente.

³⁵² *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 83.

sciogliere la fondazione secondo quanto previsto dal § 35 Abs. 2 Nr. 2 PSG³⁵³.

In dottrina si è sostenuto che il potere di modifica dello statuto riconosciuto al consiglio di amministrazione della fondazione possa essere statutariamente esteso ovvero trasferito ad altri organi³⁵⁴. A ciò si è però replicato che i *Gestaltungsrechte* riconosciuti dalla PSG al fondatore sono concepiti alla stregua di diritti personalissimi, non trasferibili, i quali riflettono l'esistenza di un perdurante interesse patrimoniale del fondatore rispetto alla eretta fondazione che, durante la vita di quest'ultimo, supera il principio di impersonalità tipico del diritto delle fondazioni e persino l'interesse alla continuità della vita dell'ente. Ne consegue che risulterebbe inammissibile la previsione di poteri di modifica dello statuto eccedenti rispetto alla impostazione accolta dalla PSG³⁵⁵.

³⁵³ *Erläuterungen zur Regierungsvorlage des PSG*, in EISELSBERG – HASLWANTER (a cura di), *Privatstiftungsgesetz*, p. 82.

³⁵⁴ Così MÜLLER M., *Änderung, Widerruf, Beendigung, Auflösung und Abwicklung der Privatstiftung*, *cit.*, p. 275.

³⁵⁵ ARNOLD N., § 33, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, *cit.*, Rn. 30.

2.9 La Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts del 2021

Benché il diritto delle fondazioni tedesco fosse stato riformato soltanto nel 2002, da più parti si segnalava come le disposizioni delle varie *Landesstiftungsgesetze* non fossero formulate tutte allo stesso modo, con la conseguenza che, se anche i principi erano gli stessi, la fondazione si era sviluppata in modo diverso nei singoli Stati federali³⁵⁶.

Ciò comportava, tra l'altro, una disomogenea applicazione del diritto delle fondazioni da parte delle singole autorità di vigilanza, a cui doveva pure aggiungersi l'incertezza derivante dal fatto che talune disposizioni delle leggi statali sulle fondazioni fossero invalide in quanto incompatibili con le disposizioni contenute all'interno del BGB.

Per queste ragioni, nel 2021 è stata approvata la *Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts*³⁵⁷: con essa il diritto delle fondazioni, in precedenza contenuto nel codice civile tedesco e in ben altre 16 *Landesstiftungsgesetze*, viene finalmente e integralmente riunito nel BGB³⁵⁸.

La nuova legge è entrata in vigore però soltanto a partire dal 1° luglio 2023, mentre, per quanto attiene alle norme sul registro delle fondazioni, queste acquisteranno efficacia, secondo quanto previsto dall'art. 11 della legge summenzionata, solo dal 1° gennaio 2026.

Secondo la relazione esplicativa alla *Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts*, la nuova normativa rifletterebbe il diritto vivente delle fondazioni³⁵⁹.

³⁵⁶ Cfr. *Deutscher Bundestag, Drucksache 19/28173, Gesetzentwurf der Bundesregierung*, p. 28.

³⁵⁷ Per un commento, cfr. SCHAUHOFF S. – MEHREN J., *Die Reform des Stiftungsrechts*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2021, p. 2993.

³⁵⁸ Va segnalato come si rivela particolarmente interessante la lettura della *Deutscher Bundestag, Drucksache 19/31118, Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz*, p. 7. Si tratta, infatti, nella sostanza, di un commento al contenuto delle norme giuridiche, attraverso il quale il legislatore chiarisce il senso da attribuire alle singole disposizioni.

³⁵⁹ BT–Drs. 19/28173, p. 29.

Nel passare ora brevemente in rassegna le disposizioni più significative di essa, occorre in primo luogo rilevare come il § 83 Abs. 2 BGB *neue Fassung* (ovvero secondo la nuova formulazione, d'ora in poi anche solo “nF”) prevede che gli organi della fondazione e le autorità di vigilanza su di esse devono tenere conto della volontà espressa dal fondatore al momento della costituzione dell'ente ovvero, in alternativa, della presunta volontà di esso. La volontà del fondatore, dunque, espressa o presunta che sia, rimane il tratto caratteristico del nostro istituto.

Il BGB contiene solo alcune norme su come determinare tale volontà del fondatore. Occorre in ogni caso segnalare che, in risposta alle critiche sempre più diffuse, è stato abbandonato il riferimento all'atto di fondazione redatto dal fondatore al momento della costituzione dell'ente³⁶⁰.

Il legislatore ha infatti finalmente preso atto di come, generalmente, il fondatore desideri che la volontà storica da egli calata in quest'atto venga via via adeguata – se del caso, apportando le necessarie modifiche statutarie – affinché la fondazione possa continuare a operare per un lungo tempo³⁶¹.

Punto centrale del nostro istituto rimane tutt'ora lo scopo perseguito dalla fondazione. Come visto *supra*³⁶², infatti, la conservazione del patrimonio della fondazione non deve essere fine a sé stessa.

Nel § 80 Abs. 1 Satz 2 BGB nF viene espressamente chiarito che una fondazione può essere costituita sia per un periodo di tempo indeterminato (*Ewigkeitsstiftung*), fino alla realizzazione dello scopo, sia per un periodo di tempo determinato, tempo entro il quale tutto il patrimonio della *Stiftung* deve essere utilizzato per raggiungere lo scopo (*Verbrauchstiftung*). In ogni caso, ai

³⁶⁰ BT-Drs. 19/31118, p. 8. Per un commento alla *Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts*, cfr. BURGARD U., *Die Kritik an dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts im Überblick mit Fallstudien*, in *Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen*, 2021, 1, p. 2; GOLLAN K. – RICHTER A., *Der Referentenentwurf zur Stiftungsrechtsreform – So nicht, bitte!*, in *Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen*, 2021, p. 30.

³⁶¹ SCHAUHOFF S. – MEHREN J., *Die Reform des Stiftungsrechts*, cit., p. 2996.

³⁶² Cfr. *supra*, sub 2.4.

sensi del § 82 Satz 2 BGB nF, la fondazione deve avere una durata minima di dieci anni.

Il legislatore tedesco riconosce dunque solo una forma particolare di fondazione di durata, ovvero quella fondazione nella quale il patrimonio viene completamente esaurito entro un determinato periodo di tempo³⁶³.

Nel § 83b Abs. 1 BGB nF, viene fatta ora una chiara distinzione tra il *Grundstockvermögen* e il restante patrimonio della fondazione. Soltanto il primo, secondo quanto prescritto dal § 83c Abs. 1 BGB nF, deve essere conservato intatto.

Il legislatore della riforma ha poi disciplinato in dettaglio, nel § 85 BGB nF, le condizioni in presenza delle quali lo statuto di una fondazione può essere modificato.

Ai sensi del § 85 Abs. 1 BGB, lo scopo della fondazione può essere modificato solo se non può più essere perseguito in via continuativa e sostenibile, ovvero – come chiarito dallo stesso legislatore – nel caso in cui la *Stiftung* non disponga di fondi sufficienti per realizzare il suo scopo e non si prevede che possa acquisirli entro un periodo di tempo ragionevole, ovvero nel caso in cui contrasti con l'interesse generale. In un simile caso, è pure concesso di trasformare la fondazione in una *Verbrauchstiftung*³⁶⁴.

Nel caso in cui dovesse intervenire un significativo mutamento delle originarie circostanze è inoltre possibile procedere ad una modifica delle altre disposizioni fondamentali dello statuto (la disposizione parla di “*andere prägende Bestimmungen der Stiftungsverfassung*”), nella misura in cui una tale modifica appaia come necessaria per adeguare il funzionamento della fondazione ad esse. Secondo quanto previsto dal § 85 Abs. 2 Satz 2 BGB, sono disposizioni fondamentali dello statuto la denominazione, la sede, le modalità attraverso le quali perseguire lo scopo, nonché quelle relative alla gestione del *Grundstockvermögen*. Il fondatore è tuttavia libero di considerare

³⁶³ BT – Drs. 19/28173, p. 46.

³⁶⁴ Per SCHAUHOF S. – MEHREN J., *Die Reform des Stiftungsrechts*, cit., p. 2997, anche secondo la disciplina ante riforma una fondazione il cui scopo non fosse più realizzabile avrebbe potuto procedere ad una modifica di esso.

come fondamentali anche altre disposizioni statutarie, come, ad esempio, quelle relative alla organizzazione dell'ente.

Le altre disposizioni statutarie possono invece essere modificate nella misura in cui ciò risulti necessario alla realizzazione degli scopi della fondazione.

In ogni caso, gli organi della fondazione devono di volta in volta indicare i presupposti per i quali intendono procedere ad una modifica dello statuto.

Ai sensi del § 85 Abs. 4, BGB nF, al fondatore è consentito ampliare ovvero limitare tale potere di modifica dello statuto. Egli deve però, a pena di inefficacia di tali disposizioni statutarie, indicare in modo sufficientemente dettagliato il contenuto, lo scopo e l'entità del potere di apportare modifiche³⁶⁵.

Un altro aspetto di interesse della riforma è rappresentato dalla prevista introduzione, a partire dal 1° gennaio 2026, di un registro delle fondazioni a tutela dell'affidamento dei terzi. In particolare, secondo quanto previsto dal § 82d BGB nF, un fatto da iscrivere nel registro può essere opposto dalla fondazione ai terzi soltanto se iscritto o altrimenti noto al terzo. Se un fatto da iscrivere nel registro risulta iscritto, questo si reputa conosciuto dal terzo nei confronti della fondazione, salvo il caso in cui costui non avrebbe né potuto né dovuto esserne a conoscenza (c.d. “*negative Publizitätswirkung*”)³⁶⁶.

Finora infatti le fondazioni erano le uniche persone giuridiche di diritto privato sprovviste di un registro pubblico. Gli organi della fondazione devono infatti dimostrare la propria legittimazione mediante la presentazione di informazioni scritte prodotte dall'autorità di vigilanza³⁶⁷, secondo una

³⁶⁵ BT–Drs. 19/28173, p. 68; LORENZ K. – MEHREN J., *Das neue Stiftungsrecht ist da – Kernpunkte der gesetzlichen Neuregelungen und deren Bedeutung für bestehende und noch zu errichtende Stiftungen*, in *Deutsches Steuerrecht*, 2021, p. 1777.

³⁶⁶ Per una critica, cfr. RAWERT P., *Fallstricke des Stiftungs föderalismus (gemeinsam mit Kämmerer)*, in *Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen*, 2020, p. 273; nonché MAYEN T., *Öffentliches Recht als Bestandteil des Zivilrechts? Der Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts des BMJV*, in *Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2020, p. 691.

³⁶⁷ BT–Drs. 19/28173, p. 28.

procedura ormai superata e che non ispira molta fiducia, soprattutto all'estero.

Si prevede, in particolare, che le fondazioni costituite prima del 1° gennaio 2026 dovranno iscriversi nel registro entro il 31 dicembre 2026. Inoltre, ai sensi del § 82c BGB nF, ciascuna fondazione dovrà accompagnare il proprio nome con il suffisso della forma giuridica prescelta – “fondazione registrata” ovvero “e. S.” per le fondazioni a tempo indeterminato; “fondazione di consumo registrata” o “e. VS.” per le *Verbrauchstiftungen*.

In dottrina la *Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts* è stata salutata con favore, rilevandosi come, nel complesso, rappresenti un passo in avanti il fatto che ora all'interno del BGB sia contenuta una legge federale uniforme in materia di fondazioni³⁶⁸.

Non sono mancate, però, anche talune critiche: quella relativa, ad esempio, alla mancata introduzione della possibilità, per i fondatori, di adeguare lo statuto pure dopo la costituzione della fondazione³⁶⁹, così come la mancata previsione di un reclamo avverso le decisioni dell'autorità di vigilanza³⁷⁰.

³⁶⁸ SCHAUHOFF S. – MEHREN J., *Die Reform des Stiftungsrechts, cit.*, p. 2998.

³⁶⁹ BT–Drs. 19/28173, p. 30.

³⁷⁰ In base all'attuale disciplina, infatti, gli organi di una fondazione possono sì impugnare una decisione dell'autorità di vigilanza ritenuta illegittima. Il problema, però, è che ciò richiede sempre una decisione a maggioranza. Sul punto, cfr. SCHAUHOFF S. – MEHREN J., *Die Reform des Stiftungsrechts, cit.*, p. 2998.

CAPITOLO III

L'EVOLUZIONE DELLA FONDAZIONE NEL DIRITTO ITALIANO

SOMMARIO: 3.1 Le 'comunità intermedie' nel nuovo assetto delineato dalla Costituzione – 3.2 Il principio di sussidiarietà c.d. orizzontale *ex art.* 118, co. 4, Cost. – 3.3 La previsione di organi ulteriori. La c.d. fondazione di partecipazione – 3.4 Fondazione ed esercizio di attività d'impresa – 3.5 Il (nuovo) procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica: il d.P.R. n. 361/00 – 3.6 L'attenuazione della strumentalità dell'organo amministrativo – 3.7 Il d.lgs. n. 117 del 2017 (c.d. "Codice del Terzo Settore") – 3.8 La Fondazione del Terzo Settore

3.1 Le 'comunità intermedie' nel nuovo assetto delineato dalla Costituzione

Com'è noto, la realtà ha smentito clamorosamente le aspettative del legislatore del 1942, comportando un radicale superamento delle scelte codificate³⁷¹.

Si è detto infatti che nelle intenzioni di quest'ultimo soltanto le persone giuridiche, ovvero gli enti dotati di riconoscimento, avrebbero dovuto assumere primaria importanza, mentre gli enti che ne fossero sprovvisti sarebbero stati relegati a svolgere un ruolo tutt'affatto marginale³⁷². Per il vero, il fenomeno associativo ha decisamente optato per la forma giuridica della associazione non riconosciuta, con la conseguenza che hanno assunto tale veste non solo organizzazioni minori, di rilevanza esclusivamente locale, bensì anche le maggiori organizzazioni collettive del Paese, come partiti, sindacati e organizzazioni di categoria³⁷³.

³⁷¹ In tal senso BASILE M., *Le persone giuridiche, cit.*, p. 19.

³⁷² Cfr. *supra*, sub 1.3.

³⁷³ TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 156

Una tale scelta fu dettata, perlomeno in origine, dalla volontà di evitare intrusioni da parte dell'autorità nella vita interna dell'ente³⁷⁴. Infatti, secondo il disegno del legislatore gli enti riconosciuti avrebbero sì potuto godere di taluni privilegi, ma in compenso sarebbero stati assoggettati al controllo dei pubblici poteri. Con riguardo agli enti privi di riconoscimento, invece, ci si limitava invece a disciplinare i loro rapporti con i terzi, rimettendo integralmente all'autonomia degli associati, secondo il disposto dell'art. 36, co. 1, c.c., la regolamentazione dell'organizzazione interna e dei rapporti c.d. endoassociativi³⁷⁵.

In questo contesto si inserisce l'entrata in vigore nel 1948 della Costituzione repubblicana, espressione di una società pluralista, fondata su un radicale mutamento di prospettiva per quel che attiene i rapporti tra lo Stato e i corpi intermedi³⁷⁶.

Tra le disposizioni costituzionali maggiormente significative in tal senso deve essere in primo luogo menzionato l'art. 2 Cost.³⁷⁷, il quale solennemente enuncia che “*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*”³⁷⁸.

³⁷⁴ TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, cit., p. 156.

³⁷⁵ Emblematico al riguardo è il caso dei sindacati che, pur di sottrarsi al controllo da parte dei pubblici poteri in tema di democraticità del loro ordinamento interno, hanno rinunciato alla “registrazione” e con essa alla possibilità di stipulare contratti collettivi efficaci nei confronti di tutti gli appartenenti alla categoria secondo il meccanismo delineato dall'art. 39 Cost.. Sul punto, cfr. MANCINI F., *Libertà sindacale e contratto collettivo «erga omnes»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 570.

³⁷⁶ BASILE M., *Le persone giuridiche*, cit., p. 20.

³⁷⁷ Sull'art. 2 Cost., si v. ROSSI E., *Commento all'art. 2 Cost.*, in BIFULCO R. – CELOTTO A. – OLIVETTI M., *Commento alla Costituzione*, U.T.E.T., Torino, 2006, p. 38.

³⁷⁸ Per PONZANELLI G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., p. 16, l'art. 2 Cost. sintetizza la concezione di fondo che pone in relazione individuo, comunità intermedie e Stato. In base a tale impostazione, il tessuto sociale preesiste allo Stato, con la conseguente “immunità sostanziale” delle attività umane, in forma individuale o di gruppo, rispetto all'ordinamento statale.

Per il tramite di esso l'ordinamento enuncia, oltre al principio personalista³⁷⁹, anche quello c.d. del pluralismo sociale³⁸⁰, riconoscendo il ruolo da attribuire e garantire alle “formazioni sociali” nelle quali si esprime la dignità e la libertà dell'uomo secondo le parole utilizzate da Moro in sede di Assemblea Costituente³⁸¹.

I corpi intermedi cessano di essere visti come un fenomeno da sottoporre ad un rigido controllo per diventare organismi da proteggere e sostenere in vista di un loro possibile concorso, in uno con i pubblici poteri, al perseguimento dell'interesse generale³⁸².

Si assiste inoltre ad un forte ridimensionamento delle differenze intercorrenti tra persone giuridiche ed enti di fatto. La personalità giuridica perde infatti il suo ruolo di condizione di rilevanza, per il diritto, degli organismi sociali e di connotato esclusivo della loro soggettività, con la conseguenza che nell'ambito dell'ordinamento è possibile rinvenire sempre più enti non personificati dotati di una soggettività paragonabile a quella delle persone giuridiche³⁸³.

Ci si potrebbe dunque chiedere se anche la fondazione, pur se sfornita di un substrato sociale assimilabile a quello proprio del fenomeno associativo,

³⁷⁹ Sul punto, cfr. PISANESCHI A., *Diritto costituzionale*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2022, p. 481. Tale principio, definito da TOSATO E., *Rapporti tra persona, società intermedie e Stato*, in AA.VV., *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Editrice AVE, Roma, 1982, p. 695 come “*il primo dei principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali del mondo occidentale*”, starebbe ad indicare, in netta controtendenza rispetto ai precedenti totalitarismi, il forte finalismo delle disposizioni costituzionali verso i diritti della persona.

³⁸⁰ ROSSI E., *Commento all'art. 2 Cost.*, cit., p. 38.

³⁸¹ Per CONSORTI P. – GORI L. – ROSSI E., *Diritto del terzo settore*, 2ª ed., Il Mulino, Bologna, 2021, p. 44, in questo senso può essere letto anche l'art. 20 Cost. che, nel sancire il principio di non discriminazione rispetto alle associazioni e istituzioni di carattere ecclesiastico con finalità di religione o di culto, concorre alla costruzione del disegno pluralista delineato dalla carta costituzionale.

³⁸² TAMPONI M., *Persone giuridiche*, in Schlesinger P. (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, diretto da Busnelli F.D., Giuffrè, Milano, 2018, p. 26. Può quindi ritenersi esaurito, secondo le parole dell'A., “*il rapporto paternalistico tra Stato e formazioni sociali che aveva contrassegnato una lunga stagione, anche successiva al crollo del littorio*”.

³⁸³ BASILE M., *Le persone giuridiche*, cit., p. 27.

possa essere ricompresa tra le “formazioni sociali” ove l’individuo sviluppa la sua personalità richiamate dall’art. 2 Cost.³⁸⁴.

Sul punto, specie in passato, era rinvenibile una pluralità di diverse opinioni. Molti sono stati infatti i dibattiti che hanno attraversato la dottrina, non solo costituzionalistica, senza peraltro giungere a conclusioni unanimemente condivise³⁸⁵.

A chi escludeva radicalmente che tale ente potesse essere ricondotto alla nozione di formazione sociale di cui all’art. 2 Cost.³⁸⁶, si contrapponeva invece chi era disposto a ravvisare un collegamento tra le due nozioni, per lo meno laddove la fondazione, nel perseguire il suo scopo istituzionale, avesse avuto l’effetto di catalizzare una comunità di soggetti³⁸⁷.

Si tratta cioè di comprendere se la *ratio* della disposizione sia quella di promuovere le formazioni sociali in quanto tali, ovvero solamente quelle tra esse che abbiano l’effettiva capacità di favorire lo sviluppo della personalità umana.

A questo proposito si è sottolineato come all’espressione “*nelle quali si svolge la sua personalità*” non possa essere riconosciuto un valore meramente

³⁸⁴ In senso affermativo GUARINO G., *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in *Le fondazioni in Italia e all'estero, cit.*, p. 11. Invero, manca nella nostra Costituzione una espressa previsione sulla libertà di fondare. Si è visto *supra, sub* par. 2.1, come la dottrina tedesca abbia individuato in via ermeneutica un apposito diritto fondamentale di fondare allo scopo di contenere l’altrimenti illimitata discrezionalità di cui disponeva l’autorità in sede di riconoscimento della personalità giuridica, con la conseguenza che un eventuale diniego al riconoscimento sarebbe stato legittimo soltanto ove l’attività della fondazione avesse comportato il sacrificio di un altro diritto costituzionale almeno equoordinato. In Spagna, invece, il diritto di fondare è espressamente riconosciuto dall’art. 34 della carta fondamentale. Sul tema, cfr. BADENES GASSET R., *Las fundaciones de derecho privado. Doctrina y textos legales*, Ediciones Acervo, Barcellona, 1977, p. 196.

³⁸⁵ Al punto che NIGRO M., *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Politica del diritto*, 1975, p. 581 ha sottolineato come “*nella inesistenza di un concetto unitario e pacifico e nella confessata impossibilità teorica di costruirlo, è il contesto che governa l’ambito del concetto*”.

³⁸⁶ Così PALADIN L., *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 210: “*per quanto interpretata in senso largo [...] la previsione dell’art. 18 I comma Cost. non è certo applicabile alle fondazioni*”.

³⁸⁷ Così PONZANELLI G., *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 44.

descrittivo, degradando la norma a mero giudizio complessivo sul fondamento pluralista della forma di stato³⁸⁸. Pare invece più opportuno attribuire ad essa il significato di formula prescrittiva, facendolo così fungere da elemento di delimitazione della categoria. Ciò permetterebbe di individuare un primo criterio identificativo della nozione di formazione sociale – ovvero il necessario sviluppo della personalità del singolo nella dimensione del gruppo – di carattere teleologico³⁸⁹.

Accanto e in aggiunta ad esso sarebbe inoltre necessario, oltre all'elemento materiale, ovvero la presenza di una pluralità di soggetti, anche un requisito di carattere soggettivo, consistente nella volontà di tali soggetti di far parte di una determinata formazione sociale³⁹⁰. Sulla scorta di tale impostazione si è ritenuto che rientrassero in questa categoria la famiglia, la scuola, le confessioni religiose, i partiti politici, le varie forme di associazioni, le cooperative, così come gli altri "tipi" organizzativi che, sebbene non espressamente previsti dalla Costituzione, sono venuti affermandosi nella realtà sociale e legislativa³⁹¹.

Da parte di taluno non si è però mancato di sottolineare come una simile lettura lascerebbe insoddisfatti sol che si consideri che la stessa tutela costituzionale dell'autonomia privata è apparso problema di "mediocre importanza"³⁹², dal momento che essa riceverebbe protezione soltanto in quanto veicolo di altri valori costituzionalmente tutelati³⁹³. In tale ottica

³⁸⁸ In tal senso PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, 3^a ed., Padova, 2003, p. 14–15.

³⁸⁹ BARBERA A., *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca G., Zanichelli, Bologna–Roma, 1975, pp. 50 e ss., 113 ss.; RIDOLA P., *Democrazia pluralista e libertà associative*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 207 e ss..

³⁹⁰ DE SIERVO U., *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Vita e pensiero, Milano, 1980, p. 72.

³⁹¹ ROSSI E., *Commento all'art. 2 Cost.*, cit., p. 38.

³⁹² L'espressione è di MENGONI L., *Programmazione e diritto*, in *Jus*, 1966, p. 1.

³⁹³ In senso contrario alla tutela diretta dell'autonomia privata a livello costituzionale, cfr., tra gli altri, GIORGIANNI M., *La crisi del contratto nella società contemporanea*, in *Riv. dir.*

risulterebbe maggiormente appagante riguardare il momento funzionale del nostro istituto, alla luce dei contenuti di cui esso di volta in volta può riempirsi³⁹⁴.

Deve in ogni caso rilevarsi come ad oggi si tenda generalmente a guardare alla fondazione secondo una logica di autonomia e libertà dei corpi intermedi, nel contesto delle eterogenee formazioni sociali e delle tutele loro riservate dall'art. 2 Cost³⁹⁵.

Il riconoscimento del ruolo proprio delle formazioni sociali si traduce nell'esigenza di garantire la necessaria autonomia agli enti che costellano la società civile sul piano delle finalità perseguibili, dei mezzi con cui realizzarle e, infine, con riguardo alla struttura organizzativa³⁹⁶.

Questa esigenza risulterebbe soddisfatta attraverso la previsione dell'art. 18 Cost., che riconosce la libertà dei cittadini di associarsi liberamente, senza necessità di autorizzazione alcuna, purché non intendano perseguire scopi vietati dalla legge penale³⁹⁷.

Viene così a delinearsi un principio di non ingerenza da parte dei pubblici poteri per quel che attiene alle vicende interne delle organizzazioni sociali³⁹⁸, che altro non rappresenta che la stessa garanzia del pluralismo, intesa come condizione per la sua esistenza.

agr., 1972, p. 381 e RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 45.

³⁹⁴ Così ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 138.

³⁹⁵ TAMPONI M., *Persone giuridiche*, cit., p. 25.

³⁹⁶ CONSORTI P – GORI L. – ROSSI E., *Diritto del terzo settore*, cit., p. 45.

³⁹⁷ *Ex multis* BARILE A., voce “*Associazione (diritto di)*”, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958, p. 837.

³⁹⁸ CONSORTI P – GORI L. – ROSSI E., *Diritto del terzo settore*, cit., p. 45.

**3.2 Il principio di sussidiarietà c.d. orizzontale
ex art. 118, co. 4, Cost.**

Alla base del riconoscimento del pluralismo sociale vi è la presa d'atto circa la indispensabilità delle formazioni sociali in vista della piena realizzazione della personalità del soggetto³⁹⁹.

In uno con la tendenza alla privatizzazione del pubblico ed alla pubblicizzazione del privato – di cui il fenomeno che appresso si dirà costituisce anzi una delle espressioni più rilevanti –, alcune di queste formazioni sociali pur avendo natura privata, hanno cominciato a dedicarsi alla cura di interessi generali⁴⁰⁰. Si tratta di un fenomeno da ricollegare alla intervenuta rimodulazione, a causa del susseguirsi di crisi di carattere economico nel contesto delle avanzate democrazie occidentali, dei precedenti sistemi di *welfare state*, tradottasi nello spostamento della erogazione dei servizi dalla mano pubblica a quella privata⁴⁰¹.

Tutto ciò ha portato, da un lato, a partire dall'inizio degli anni novanta, ad un rinnovato atteggiamento di interesse del legislatore nei confronti delle comunità intermedie, sfociato nella regolamentazione normativa dei vari "tipi" di formazione sociale⁴⁰² e in un sempre più stretto coinvolgimento di esse in attività e servizi prima di esclusiva pertinenza degli enti pubblici.

³⁹⁹ Per RESCIGNO P., *Le società intermedie*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, p. 58, il riconoscimento delle formazioni sociali cerca di offrire una risposta alle "ragioni opposte di angoscia in cui si muove la condizione umana, sospesa tra la paura dello Stato e il deserto della solitudine".

⁴⁰⁰ LEONDINI G., *Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione*, I, Cedam, Padova, 1998, p. 6 ss..

⁴⁰¹ In questo senso ROSSI E., *Commento all'art. 2 Cost., cit.*, p. 38, il quale sottolinea altresì come alla base di tale mutamento di prospettiva non vi siano soltanto ragioni di ordine economico, quanto invece anche considerazioni legate alla valutazione della qualità nell'erogazione dei servizi, se non persino motivazioni di natura ideologica, volte a rivendicare uno spazio a favore dell'autonoma iniziativa delle organizzazioni private a fronte del ruolo, ritenuto eccessivo, delle istituzioni pubbliche.

⁴⁰² Tra le altre, la legge sulle organizzazioni di volontariato (l. n. 266/1991), quella sulle cooperative sociali (l. n. 381/1991), sulle organizzazioni non lucrative di utilità sociale

Dall'altro, alla introduzione, nel novellato art. 118 Cost.⁴⁰³, del principio di sussidiarietà c.d. orizzontale⁴⁰⁴, ove il ruolo delle formazioni sociali trova affermazione proprio in relazione allo svolgimento da parte di queste di attività di interesse generale⁴⁰⁵.

L'introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale sembra destinata ad incidere direttamente sui rapporti intercorrenti tra società e istituzioni pubbliche: considerare queste ultime alla stregua di entità sussidiarie riflette una visione dello Stato e dei suoi rapporti con la comunità in base alla quale viene assegnato un ruolo primario alle dinamiche sociali, mentre i pubblici poteri rimarrebbero solamente sullo sfondo⁴⁰⁶. In tal senso si è pure parlato di Stato 'comunitario'⁴⁰⁷.

(d. l. n. 460/1998), quella concernente le associazioni di promozione sociale (l. n. 383/2000).

⁴⁰³ Nello specifico, il Titolo V della Costituzione è stato riformato con la l. cost. n. 3 del 2001, dando piena attuazione al dettato dell'art. 5 Cost., che riconosce le autonomie locali quali enti esponenziali preesistenti alla formazione della Repubblica.

⁴⁰⁴ Da contrapporre alla sussidiarietà c.d. verticale, di cui all'art. 118, co. 1, Cost., che attiene invece alla ripartizione delle funzioni amministrative tra i diversi livelli di Governo. Vi è anche chi, come PASTORI G., *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 85, preferisce distinguere tra sussidiarietà 'istituzionale' e sussidiarietà 'sociale'. Propende invece per una concezione unitaria PIZZETTI F., *L'ordinamento costituzionale italiano tra riforme da attuare e riforme da completare*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 153 e ss.. Per un commento sull'art. 118 Cost., si v. CAMERLENGO Q., *Commento all'art. 118 Cost.*, in BIFULCO R. – CELOTTO A. – OLIVETTI M., *Commento alla Costituzione*, U.T.E.T., Torino, 2006, pp. 2521 e ss..

⁴⁰⁵ ROSSI E., *Commento all'art. 2 Cost.*, *cit.*, p. 38.

⁴⁰⁶ CAMERLENGO Q., *Commento all'art. 118 Cost.*, *cit.*, p. 2521.

⁴⁰⁷ L'espressione è di LOMBARDI G. – ANTONINI L., *Principio di sussidiarietà e democrazia sostanziale: profili costituzionali della libertà di scelta*, in *Diritto e società*, 2003, p. 162 ss.. Si è fatto però notare come una simile evoluzione non potrebbe prescindere da una puntuale e coerente collocazione della sussidiarietà orizzontale nel testo costituzionale, attraverso la sua inclusione tra i principi fondamentali o, per lo meno, nella Parte I, dedicata ai rapporti fondamentali tra i pubblici poteri e i consociati. Mentre, ad oggi, il principio in parola è rinvenibile solo nel Titolo V della Parte II, e, in particolare, nell'art. 118 Cost., dedicato alla razionalizzazione della allocazione delle funzioni amministrative. A ciò PIZZOLATO F., *Il principio di sussidiarietà*, in *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di Groppi T. – Olivetti M., 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2003, pp. 198 e ss., ha obiettato che il principio di sussidiarietà orizzontale affiorerebbe da una

L'art. 118, co. 4, Cost. mira dunque a valorizzare il ruolo delle comunità intermedie⁴⁰⁸. Per quanto, infatti, la disposizione miri indistintamente a promuovere l'autonoma iniziativa dei cittadini, sia come singoli, che in forma associata, la dimensione generale degli interessi coinvolti è tale da favorire primariamente la costituzione di entità collettive, a questo scopo ritenute più idonee rispetto al soggetto singolo⁴⁰⁹.

Merita inoltre di essere segnalata l'ampia varietà di collettività organizzate abbracciate dalla disposizione in oggetto: considerata la genericità della formulazione utilizzata dal legislatore costituzionale, i corpi intermedi presi in considerazione devono essere identificati con qualsiasi realtà aggregativa in grado di provvedere al soddisfacimento di interessi generali⁴¹⁰.

lettura complessiva del sistema costituzionale, così che la revisione dell'art. 118 avrebbe semplicemente esplicitato un principio già incluso nel nostro panorama costituzionale. Sul tema si v., in generale, D'ATENA A., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, p. 14 e ss..

⁴⁰⁸ Evidenzia l'“importante missione” affidata alla c.d. cittadinanza attiva con l'introduzione del canone di sussidiarietà orizzontale TAMPONI M., *Persone giuridiche*, cit., p. 26.

⁴⁰⁹ CAMERLENGO Q., *Commento all'art. 118 Cost.*, cit., p. 2521. D'altro canto, l'inserimento nel dettato costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale risponde proprio al bisogno di enfatizzare il crescente ruolo del cd. Terzo settore, ovvero di quel complesso di organizzazioni private che si prefiggono il soddisfacimento di bisogni imputabili all'intera collettività. Così PIZZOLATO F., *Il principio di sussidiarietà*, cit., p. 203.

⁴¹⁰ Così CAMERLENGO Q., *Commento all'art. 118 Cost.*, cit., p. 2521.

3.3 La previsione di organi ulteriori. La c.d. fondazione di partecipazione

Tale mutato approccio nei confronti dei corpi intermedi, reso in massima misura manifesto dalle disposizioni costituzionali di cui si è appena dato conto, non è rimasto scevro da ricadute, come ora si vedrà, a livello sia legislativo che di prassi.

Si è detto, infatti, che il legislatore del codice ha avuto a proprio modello di riferimento la fondazione di mera erogazione, ovvero una fondazione destinata unicamente a erogare le rendite derivanti dalla amministrazione del suo patrimonio ai soggetti individuati nell'atto costitutivo; il cui unico organo era rappresentato dagli amministratori; organo che si è anche definito come "servente" in quanto vincolato a dare attuazione al programma fondazionale così come individuato dal fondatore nell'atto di fondazione e del tutto sfornito del potere di influenzare la vita dell'ente, attraverso l'adeguamento dello statuto alle mutate circostanze⁴¹¹.

In realtà l'evoluzione del nostro istituto si è significativamente discostata, sotto molteplici aspetti, dallo schema delineato dal legislatore⁴¹².

Per quanto riguarda, in primo luogo, l'elemento organizzativo, la disciplina codicistica si limitava a prevedere unicamente un organo amministrativo, che poteva essere, a seconda della volontà del fondatore, monocratico ovvero collegiale.

Ben presto ci si rese conto però della insufficienza di tale modello a rappresentare compiutamente gli interessi di tutti i soggetti a vario titolo coinvolti nell'attività della fondazione.

⁴¹¹ Cfr. *supra*, sub 1.4

⁴¹² Mette in luce come la prassi statutaria delle fondazioni abbia evidenziato una profonda "metamorfosi" dell'istituto, nel senso sia di ibridazione della struttura fondazionale, sia di "decolorazione" dello scopo, PONZANELLI G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., p. 130. Sul punto, si v. altresì le considerazioni di VITTORIA D., *Gli enti del libro primo del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, cit., p. 70.

Per rispondere a tale esigenza si cominciò ad assistere, nella prassi statutaria, alla previsione, accanto e in aggiunta al consiglio di amministrazione, di organi ulteriori come, ad esempio, assemblee, consigli generali, comitati d'indirizzo o esecutivi⁴¹³. All'organo assembleare – cui appartenevano, per lo meno di regola, coloro i quali avevano contribuito a dotare la fondazione del suo patrimonio –, veniva poi spesso attribuito il compito di nominare e di revocare gli amministratori, riconoscendo ai membri di esso, analogamente a quanto previsto dalla disciplina dettata in materia di società, un diritto di voto parametrato all'entità dei loro conferimenti⁴¹⁴.

D'altro canto è lo stesso legislatore che, nel dettare, con il d.lgs. n. 153/1999⁴¹⁵, la disciplina delle fondazioni di origine bancaria, ha previsto una struttura organizzativa decisamente più articolata rispetto a quella desumibile dal codice civile, caratterizzata per la necessaria presenza, accanto e in aggiunta al consiglio di amministrazione, di un organo di indirizzo e di uno di controllo⁴¹⁶.

Più precisamente, sebbene anche all'organo amministrativo della fondazione di origine bancaria spetti il compito, in maniera non dissimile da

⁴¹³ PONZANELLI G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., p. 130, rileva come negli statuti delle fondazioni abbia acquisito sempre maggiore importanza la divisione delle competenze deliberative ed esecutive tra differenti organi collegiali.

⁴¹⁴ Lo rileva VITTORIA D., *Gli enti del libro primo del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, cit., p. 70.

⁴¹⁵ Si tratta, come noto, degli enti risultanti dal lungo e articolato processo di scorporo dagli enti pubblici creditizi dell'azienda bancaria, attuato attraverso il conferimento di quest'ultima in una s.p.a. all'uopo costituita da parte degli enti medesimi. Sulla vicenda delle fondazioni di origine bancaria, cfr., tra gli altri, MAZZINI F., *Fondazioni bancarie*, in *Commentario del Codice civile. Delle Persone – Vol. III: Leggi collegate*, diretto da Gabrielli E., U.T.E.T., Torino, 2013, p. 445; GENTILI A., *La riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 401; CLARICH M. – PISANESCHI A., *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non profit*, Il Mulino, Bologna, 2001.

⁴¹⁶ L'art. 4, co. 1, d.lgs. n. 153/1999 prevede infatti che, nel definire il loro assetto organizzativo – in virtù della “*piena autonomia statutaria*” loro riconosciuta –, le fondazioni di origine bancaria devono necessariamente prevedere “*organi distinti per le funzioni di indirizzo, di amministrazione e di controllo*”.

quanto previsto per la fondazione disciplinata dal codice civile, di gestire la fondazione, questa attività deve però essere svolta dagli amministratori nel rispetto delle linee programmatiche e delle priorità di volta in volta delineate dall'organo di indirizzo, organo a cui, tra l'altro – secondo quanto previsto dall'art. 4, co. 1, d.lgs. n. 153/1999 – è riconosciuto anche il potere di deliberare eventuali modificazioni dello statuto, oltre che quello di nominare e revocare gli amministratori.

Tale commistione tra elementi tipici della fondazione, da un lato, e tratti caratteristici del fenomeno più propriamente associativo, dall'altro, consentirebbe addirittura di individuare, a detta di taluni, un nuovo modello di fondazione, noto come fondazione di partecipazione⁴¹⁷.

Tale fondazione si caratterizzerebbe pur sempre per essere costituita da un patrimonio destinato al perseguimento dello scopo individuato nell'atto costitutivo. Tuttavia, a differenza del modello tradizionale, essa presenterebbe una struttura 'aperta' e a formazione progressiva, al punto che l'elemento personale e patrimoniale darebbero vita ad un *unicum*, caratterizzato da una base associativa potenzialmente molto ampia. I soggetti che partecipano alla fondazione, sostenendone l'attività attraverso

⁴¹⁷ Così BELLEZZA E. – FLORIAN F., *Le fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non-profit*, Passigli, Firenze, 1998, p. 16. Sul punto, si v. anche BELLEZZA E., *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità*, in AA.VV., *Fondazioni di partecipazione. Atti del Convegno tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006*, Milano, 2007, p. 10; SICCHIERO G., *Le fondazioni di partecipazione*, in *Contr. e impr.*, 2020, p. 19; MALTONI M., *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in AA.VV., *Fondazioni di partecipazione, cit.*, p. 25; CHITI M. P., *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazione di partecipazione, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, p. 32; FUSARO A., *Trasformazione da e in fondazione di partecipazione*, in *Fondazione di partecipazione, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, cit.*, p. 45; FLORIAN F., *La fondazione di partecipazione, le fondazioni tradizionali, le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi*, in *Fondazione di partecipazione, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, cit.*, p. 67; RESCIGNO P., *Conclusioni*, in *Fondazione di partecipazione, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, cit.*, p. 84; PONZANELLI G., *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 419; ZOPPINI A., *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 365. In giur., cfr. Trib. Belluno, 15 febbraio 2018, in *Nuova giur. civ.*, 2018, p. 1039.

l'effettuazione di elargizioni sarebbero poi adeguatamente rappresentati in essa mediante il riconoscimento di appositi diritti, dando così vita a quello che è stato anche definito come una sorta di “azionariato culturale diffuso”⁴¹⁸.

Si è infatti sostenuto che, nell'ambito del mutato contesto socio-economico, associazione e fondazione risulterebbero ormai istituti poco adatti ad un agire concreto nella società, le prime perché necessariamente rette dal principio plebiscitario, le altre perché ritenute ormai antiquate. Si assisterebbe invece oggi alla sempre più impellente necessità di disporre di istituti senza scopo di lucro agili e pienamente conformi con il sistema di diritto positivo italiano, a livello sia di normazione primaria, che costituzionale⁴¹⁹.

In quest'ottica la fondazione di partecipazione si inserirebbe a pieno titolo nel nostro *corpus* normativo⁴²⁰, senza che si renda necessaria la promulgazione di leggi speciali per ammetterne l'esistenza⁴²¹.

⁴¹⁸ BELLEZZA E. – FLORIAN F., *Le fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non-profit*, cit., p. 40. Nonostante tale peculiarità, in dottrina si tende a ritenere che la fondazione di partecipazione non rappresenti un'ipotesi di fondazione “atipica”, con la conseguenza che essa risulterebbe soggetta a tutti i principi stabiliti dalla legge in materia di fondazioni. In tal senso MALTONI M., *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, cit., p. 25.

⁴¹⁹ BELLEZZA E. – FLORIAN F., *Le fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non-profit*, cit., p. 38.

⁴²⁰ In particolare la fondazione di partecipazione risulterebbe ammissibile alla luce del combinato disposto degli artt. 12 c.c. – peraltro ora sostituito dal d.P.R. n. 361/2000 –, laddove si riferisce alle “*altre istituzioni di diritto privato*”, e 1332 c.c.. Così BELLEZZA E. – FLORIAN F., *Le fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non-profit*, cit., p. 61.

⁴²¹ D'altro canto, come si vedrà meglio *infra*, sub 3.8, anche il d.lgs. n. 117/2017 (c.d. Codice del Terzo Settore), nel dettare lo statuto della Fondazione del Terzo Settore, consente la previsione di un organo assembleare o di indirizzo.

3.4 Fondazione ed esercizio di attività d'impresa

Un altro elemento che denota il distacco che l'evoluzione del nostro istituto ha registrato rispetto al modello della fondazione di mera erogazione attiene all'eventuale esercizio di attività d'impresa da parte della fondazione⁴²².

Infatti, sebbene il legislatore non abbia certo pensato agli enti del Libro I come strutture organizzative adeguate rispetto allo svolgimento di attività economica in forma collettiva, il fenomeno degli enti senza scopo di lucro che esercitano attività d'impresa in via accessoria o finanche principale è in forte crescita⁴²³.

La questione relativa alla ammissibilità dell'esercizio di un'attività di produzione o scambio di beni o servizi da parte degli enti del Libro I nasce dal silenzio serbato dal legislatore sul punto.

Specie in passato parte della dottrina riteneva che agli enti *non profit* fosse radicalmente precluso di esercitare un'attività imprenditoriale poiché questa si sarebbe basata su di un sistema di pubblicità e di responsabilità incompatibile con quello delineato per tali enti⁴²⁴. In tal senso, la società sarebbe stata l'unica forma di impresa collettiva ammessa nel nostro ordinamento⁴²⁵.

⁴²² Sul punto, cfr. GALGANO F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., p. 74; PONZANELLI G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., p. 163.

⁴²³ Così PONZANELLI G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., p. 163.

⁴²⁴ Così BIANCA C. M., *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, cit., p. 315. Per l'A. nel caso in cui un ente associativo ovvero fondazionale avesse esercitato attività d'impresa il rapporto si sarebbe dovuto semmai qualificare in termini di società di fatto.

⁴²⁵ Vi era però già anche chi, sul presupposto della assoluta neutralità delle forme giuridiche, riteneva ammissibile anche la c.d. "fondazione di impresa", senza limitazione alcuna. In tal senso, tra gli altri, COSTI R., *Fondazione e impresa*, cit., p. 11. Più di recente RONDINONE N., *Il caso della fondazione "abusiva" d'impresa quale paradigma di applicazione della teoria dell'impresa agli enti del Libro I del codice civile*, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 855, rileva l'esistenza di altre tipologie di imprese collettive non societarie quali le associazioni

Secondo un'altra opinione, invece, se posta in essere in via puramente accessoria una tale attività non si sarebbe potuta qualificare come imprenditoriale, dal momento che avrebbe fatto difetto il requisito della professionalità richiesto dall'art. 2082 c.c.⁴²⁶.

Si è però osservato, con riguardo a quest'ultima impostazione, come il requisito della professionalità non presuppone necessariamente il carattere esclusivo o principale dell'attività imprenditoriale svolta, sicché anche un ente morale che svolga attività economica soltanto in via strumentale potrà e dovrà essere qualificato come imprenditore, con tutte le conseguenze che ne derivano⁴²⁷.

In realtà, sia in dottrina che in giurisprudenza tende oggi a prevalere la tesi secondo cui il carattere non lucrativo di associazioni e fondazioni non sia incompatibile con l'esercizio da parte di tali enti di attività d'impresa⁴²⁸.

Si è infatti sempre più venuto affermando, in questo contesto, il principio di "neutralità delle forme giuridiche", principio in base al quale la scelta della

agricole, l'associazione in partecipazione nell'impresa, la comunione di impresa, l'impresa coniugale ed alcune tipologie di consorzio con attività esterna.

⁴²⁶ Così ZANELLI E., *La nozione di oggetto sociale*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 108.

⁴²⁷ Sul punto, v. Cass. civ., 17 marzo 1997, n. 2321, in *Giur. it.*, 1998, p. 1190, secondo cui, al fine di attribuire la qualifica di imprenditore commerciale, è necessario che concorrano i tre requisiti consistenti: i) nell'organizzazione, intesa come coordinamento e predisposizione di tutti i fattori necessari allo svolgimento dell'attività; ii) nella professionalità, "intesa come sistematicità ed abitudine nello svolgimento dell'impresa economica, ma non come esclusività e preminenza dell'impresa stessa rispetto ad altre"; iii) nel fine di lucro, inteso come finalità di commercializzazione e vendita del risultato dell'attività.

⁴²⁸ Definisce ormai "scontata [...] la compatibilità tipologica di associazioni e fondazioni con l'impresa" SPADA P., *Note sull'argomentazione giuridica in tema di impresa*, in *Giust. civ.*, I, 1980, p. 2274. Vi è poi chi, come BIGIAMI W., *La professionalità dell'imprenditore*, Cedam, Padova, 1948, p. 86 e MINERVINI G., *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Morano Editore, Napoli, 1966, p. 112, ammette l'esercizio di tale attività soltanto in via strumentale e sussidiaria rispetto all'attività principale dell'ente e chi, invece, ne ammette l'esercizio anche in via principale o esclusiva. Che un ente *non profit* possa esercitare attività d'impresa risulta inoltre oggi confermato anche dall'art. 4, d.lgs. n. 117/2017 (c.d. "Codice del Terzo Settore"), ove si prevede che un ente del terzo settore (ETS) persegue, senza scopo di lucro, finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale, anche "in forma di [...] produzione o scambio di beni o servizi?". Sul punto, v. *infra*, sub 3.7

tipologia di ente risulta insensibile, per l'appunto "neutra", rispetto alle finalità che attraverso di esso ci si prefigga di realizzare salvo in ogni caso il limite, per quel che riguarda gli enti del Libro I del c.c., della distribuzione degli utili eventualmente realizzati⁴²⁹.

È stato poi messo in luce come occorra tenere ben distinti i concetti di 'scopo' e di 'attività' dell'ente⁴³⁰: è stato infatti efficacemente dimostrato come tali due concetti si pongano infatti su piani affatto differenti, ben potendosi immaginare un ente che destina i risultati derivanti dall'esercizio di una attività imprenditoriale tanto ad una finalità egoistica, quanto ad uno scopo altruistico⁴³¹.

Inoltre con il tempo si è venuta a delineare una nozione più ristretta di imprenditore, che, prescindendo dal necessario perseguimento del lucro c.d. soggettivo⁴³², si limita a richiedere che l'attività venga condotta secondo un criterio di economicità⁴³³.

⁴²⁹ TAMPONI M., *Persone giuridiche*, cit., p. 55. Sul punto, cfr. anche le riflessioni di CIRILLO G.P., *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, p. 575.

⁴³⁰ Sulla necessità di distinguere produzione e destinazione del risultato si v. anche le considerazioni di ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 164. L'A. rileva infatti come pur individuando entrambe momenti coerenti all'autonomia funzionale rappresentata dalla conformità al programma fondazionale, produzione e destinazione rimangano comunque tra loro logicamente e temporalmente distinte e quindi suscettibili di autonoma considerazione.

⁴³¹ Come osserva PONZANELLI G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., p. 101, è la specifica natura dello scopo perseguito – e non già quella dell'attività svolta per realizzarlo – l'elemento causale idoneo a distinguere gli enti *non profit* rispetto al fenomeno societario.

⁴³² Secondo parte della dottrina, invece, lo scopo di lucro sarebbe insito nella definizione di imprenditore. In questo senso, tra gli altri, ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, p. 189; FERRARA F. JR. – CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 41; FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2001, p. 43; GALGANO F., *Diritto commerciale*, I, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 10.

⁴³³ Sul punto, cfr. CAMPOBASSO G. F., *Associazioni e attività d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 584; GALGANO F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., p. 84; ID., *Diritto commerciale. I. L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1994, p. 16.

Alla luce di ciò dovrà dunque essere qualificata come imprenditoriale non soltanto l'attività svolta con metodo lucrativo, con modalità volte cioè alla realizzazione di ricavi in misura superiore ai costi sostenuti, bensì anche quella posta in essere al solo scopo di coprire i costi con i ricavi. Sicché la qualifica di imprenditore spetterà anche a quell'ente che svolga un'attività di produzione ovvero scambio di beni o servizi allo scopo non già di distribuire gli utili eventuali realizzati, bensì per meglio contribuire al perseguimento delle sue finalità istituzionali⁴³⁴.

Un'associazione o una fondazione potrà dunque esercitare attività d'impresa non solo in via strumentale, al fine di procurarsi per mezzo di essa risorse da destinare poi al perseguimento del suo scopo istituzionale, ma anche in via principale ovvero esclusiva, realizzando direttamente e immediatamente, proprio attraverso l'esercizio di una certa attività imprenditoriale, la finalità enunciata nello statuto⁴³⁵. Ciò che si verificherà, ad esempio, nel caso di una fondazione che, allo scopo di contribuire alla diffusione della cultura musicale, gestisca un teatro organizzando attività concertistiche⁴³⁶.

⁴³⁴ Ciò pone il problema relativo alla applicabilità o meno a tali enti della disciplina dettata per l'impresa. In proposito si è soliti distinguere tra statuto generale dell'impresa e statuto speciale dell'imprenditore commerciale. Per quanto riguarda il primo, si applicano anche agli enti in questione – in quanto compatibili – le disposizioni sull'azienda, la disciplina dei segni distintivi e quella sulla concorrenza. Più problemi ha invece suscitato l'applicabilità dello statuto speciale dell'imprenditore commerciale. Sul punto, cfr. PONZANELLI G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., p. 166.

⁴³⁵ Non colgono dunque nel segno le osservazioni di FERRO LUZZI P., *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 264, laddove afferma che negli enti *non profit* non può essere riconosciuta una posizione centrale all'impresa poiché in tale contesto essa dovrebbe rivestire un ruolo soltanto ancillare rispetto alla attività principale oggetto dell'ente. Come rileva ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 168, infatti, si tratta solo di una affermazione rappresentativa del dato statisticamente più rilevante, che non esaurisce la varietà empirica e la possibilità giuridica degli enti senza scopo di lucro.

⁴³⁶ In tal senso anche ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 169.

3.5 Il (nuovo) procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica: il d.P.R. n. 361 del 2000

Si è visto sopra come il legislatore del 1942, nel solco della tradizione giuridica precedente, avesse optato per gli enti del Libro I del codice civile per un sistema di riconoscimento della personalità giuridica di tipo concessorio. Di conseguenza si è detto che l'ente che aspirava ad ottenere il riconoscimento non era titolare, nei confronti dell'autorità governativa, di una pretesa qualificabile in termini di pieno diritto soggettivo. Al contrario, in capo all'autorità amministrativa era ravvisabile un potere di natura propriamente discrezionale, sicché la posizione del privato era più correttamente riconducibile allo schema dell'interesse legittimo, nella specie di tipo pretensivo. L'autorità avrebbe dunque concesso il riconoscimento soltanto nel caso in cui avesse ritenuto opportuno, in vista del perseguimento dell'interesse pubblico affidato alle sue cure⁴³⁷, assumere una determinazione in tal senso. Se a ciò si aggiunge che all'epoca si riteneva che una fondazione dovesse necessariamente perseguire uno scopo di pubblica utilità⁴³⁸, ne deriva che avrebbe potuto aspirare ad ottenere il riconoscimento della personalità giuridica soltanto quella fondazione il cui scopo avesse presentato, agli occhi dell'autorità, una ricaduta positiva per la collettività.

Nel tempo però tale sistema di riconoscimento ricevette sempre più critiche dalla dottrina, al punto che da più parti veniva sottolineata la necessità di procedere ad una riforma di esso, con il passaggio ad un sistema di tipo 'normativo'⁴³⁹.

⁴³⁷ Cfr *supra*, sub 1.6.

⁴³⁸ Cfr *supra*, sub 1.5.

⁴³⁹ In tal senso, tra gli altri, PREDIERI A., *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 1169 e RESCIGNO P., *Le fondazioni. Prospettive e linee di riforma*, 1989, ora in ID., *Persona e comunità*, III (1988–1999), Padova, 1999, pp. 257 e ss..

Quest'ultimo sistema appariva infatti come storicamente informato alla garanzia e al rispetto della libertà dei privati dal momento che in esso l'acquisto della personalità giuridica consegue automaticamente all'adempimento delle formalità previste dalla legge, eliminando così ogni residua discrezionalità in capo all'autorità amministrativa⁴⁴⁰. In altri termini, in presenza delle condizioni di volta in volta prescritte dalla legge l'ente vanterebbe un vero e proprio diritto soggettivo ad ottenere il riconoscimento.

Per il vero non mancava anche chi, muovendo dalla esaminata tutela costituzionale diretta del fenomeno associativo e quantomeno indiretta di quello fondazionale, proponeva di rimeditare la tesi circa la asserita opposizione ontologica tra riconoscimento di tipo normativo e riconoscimento di tipo concessorio.

Secondo tale impostazione se letti alla luce dei dettami costituzionali i due sistemi esprimerebbero non già una diversa ragione della personificazione, quanto piuttosto due differenti modalità di controllo: se infatti in un sistema di tipo normativo l'attribuzione della personalità avviene secondo una procedura di tipo schematico, che passa attraverso la predeterminazione delle condizioni e dunque la preventiva definizione di un modello che si caratterizza per l'individuazione di punti di resistenza sul piano sia causale che strutturale, anche in un sistema di tipo concessorio il riconoscimento dovrebbe costituire un atto dovuto da parte dell'autorità⁴⁴¹.

D'altro canto non si può non rilevare come, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana il riconoscimento abbia perduto l'originario carattere politico, di atto attributivo di rilevanza per il diritto dello Stato⁴⁴².

⁴⁴⁰ ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 161.

⁴⁴¹ Così ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 162, a detta del quale sarebbe stato anzi preferibile mantenere un sistema di controllo affidato caso per caso alla pubblica amministrazione, in modo da garantire una maggiore libertà alla autonomia del singolo fondatore.

⁴⁴² GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 171. In altre parole, al potere politico venne sottratta la facoltà di decidere a quali istituzioni accordare rilevanza e, dunque, tutela giuridica L'A. evidenza infatti come per effetto dell'art. 2 Cost. sia venuta meno ogni forma di discriminazione tra formazioni riconosciute e formazioni non riconosciute per

Senonché il legislatore, nell'ottica della semplificazione dei procedimenti amministrativi volti al riconoscimento delle persone giuridiche private, ha riformato integralmente la disciplina previgente per mezzo del d.P.R., 10 febbraio 2000, n. 361.

In particolare, all'art. 1 di detto regolamento viene testualmente previsto che “*le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento determinato dall'iscrizione nel registro delle persone giuridiche*”. Inoltre al terzo comma del medesimo articolo, si stabilisce che ai fini dell'ottenimento del riconoscimento è solamente necessario – oltre che il soddisfacimento delle condizioni previste da norme di legge o regolamentari per la costituzione dell'ente – che lo scopo perseguito dall'ente sia “*possibile e lecito*” e che il patrimonio ad esso conferito risulti “*adeguato*” alla realizzazione dello scopo⁴⁴³.

Con la nuova formulazione della norma è mutata la natura giuridica da riconoscere all'iscrizione: da dichiarativa che era, ai sensi del combinato disposto degli artt. 33 e 34 c.c. – articoli ora abrogati, per effetto dell'art. 11 d.P.R. cit. –, essa presenta ora natura costitutiva, analogamente a quanto previsto in tema di società dall'art. 2331 c.c.. Secondo l'attuale disciplina, infatti, l'ente acquista la personalità giuridica mediante l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche⁴⁴⁴, sicché è venuta meno la precedente scomposizione bifasica della vicenda, atto amministrativo di riconoscimento con effetti costitutivi prima e successiva iscrizione nel registro con finalità meramente dichiarativa.

ciò che attiene alla rilevanza, rispetto allo Stato, delle situazioni giuridiche interne alle formazioni stesse.

⁴⁴³ Rimane invece controverso se, nella perdurante mancata attuazione del dettato di cui all'art. 39 Cost., i sindacati possano ottenere il riconoscimento della personalità giuridica secondo i meccanismi delineati dal diritto comune. GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 158 rileva come in dottrina tenda a prevalere l'impostazione negativa, con la conseguenza che ad essi viene riconosciuta natura di associazioni non riconosciute. In tale ultimo senso, si v., tra gli altri, GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 187.

⁴⁴⁴ BASILE M., *Le persone giuridiche, cit.*, p. 83.

In dottrina è stato rilevato come la disciplina di cui al d.P.R. n. 361/2000 rappresenti una soluzione intermedia tra un sistema di riconoscimento di tipo normativo e uno, al contrario, volto a conservare un penetrante controllo da parte dell'autorità⁴⁴⁵.

La domanda per il riconoscimento della personalità giuridica, sottoscritta dal fondatore ovvero dai soggetti cui sia stata attribuita la rappresentanza dell'ente, deve essere presentata alla Prefettura – Ufficio Territoriale del Governo competente, dando così avvio ad un procedimento amministrativo che, in caso di esito favorevole, si conclude con l'iscrizione della fondazione nel registro delle persone giuridiche.

All'autorità amministrativa spetta il compito di verificare l'assenza di ragioni ostative all'iscrizione, la liceità e possibilità dello scopo, nonché l'adeguatezza del patrimonio dell'ente al raggiungimento di quest'ultimo.

Sotto questo profilo si potrebbe forse sostenere che, in realtà, la natura concessoria del riconoscimento sia rimasta immutata. In assenza di una precisa indicazione normativa dei limiti del controllo demandato all'autorità, l'acquisto della personalità giuridica sembrerebbe dunque rimanere nell'area della discrezionalità riservata alla pubblica amministrazione.

In altre parole, residuerebbe tutt'ora una sorta di 'colorazione elargitiva' del riconoscimento, che non consentirebbe di discorrere di mera autorizzazione⁴⁴⁶. Infatti, nonostante l'apertura verso un sistema ispirato ad un principio di libertà, la perdurante valutazione dell'autorità circa l'adeguatezza del patrimonio dell'ente al raggiungimento del suo scopo non consente di ravvisare alcun automatismo in ordine all'acquisto della personalità giuridica.

⁴⁴⁵ In questo senso TAMPONI M., *Persone giuridiche, cit.*, p. 78. Secondo BASILE M., *Le persone giuridiche, cit.*, p. 208, il d.P.R. n. 361/2000, più che aver semplificato il procedimento concessorio, ne avrebbe introdotto uno di tipo dichiarativo, "inquinato" da residui di quello anteriore. Per GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 159, la nuova disciplina generalizza per associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato il sistema del riconoscimento normativo, sicché può dirsi "ripristinato l'antico principio della libertà corporativa".

⁴⁴⁶ TAMPONI M., *Persone giuridiche, cit.*, p. 80.

Quest'ultimo controllo, funzionale ad assicurare la concreta raggiungibilità dello scopo dell'ente nonché a garantire i diritti di coloro i quali a vario titolo entreranno in contatto con l'organizzazione, presenta infatti un notevole margine di opinabilità allorché l'ente, come spesso accade nella prassi, si prefigga di perseguire una finalità formulata in termini del tutto generici. E ciò, a maggior ragione, se solo si consideri l'ampia libertà riconosciuta ai privati nella formazione e nella attuazione dei loro programmi⁴⁴⁷.

In realtà vi è concordia nel ritenere che l'ampia discrezionalità prima riconosciuta all'amministrazione, – che si estendeva, come detto, sino alla valutazione dell'utilità sociale dello scopo perseguito dall'ente – ha subito un drastico ridimensionamento.

Alla luce della nuova disciplina, infatti, la verifica demandata all'autorità si riduce ad un controllo che l'attività non sia *contra legem* e che il patrimonio risulti congruo, senza che in ciò assuma rilevanza alcuna la presenza o meno di interessi pubblici ovvero la rilevanza o irrilevanza sociale del fine⁴⁴⁸. Ne consegue che risulterebbe oggi illegittimo un eventuale diniego al riconoscimento in ragione della ridotta utilità sociale dello scopo perseguito dall'ente ovvero della pretesa coincidenza di esso con la finalità propria di un altro ente pubblico⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ BASILE M., *Le persone giuridiche*, cit., p. 206.

⁴⁴⁸ TAMPONI M., *Persone giuridiche*, cit., p. 81.

⁴⁴⁹ D'altro canto, come si è visto *supra*, sub 3.2., l'art. 118, co. 4, Cost. non solo ammette, ma anzi favorisce espressamente lo svolgimento di attività di interesse generale da parte dei cittadini, singoli e associati.

3.6 L'attenuazione della strumentalità dell'organo amministrativo

Un altro aspetto su cui vale la pena per un momento soffermare la nostra attenzione attiene al ruolo rivestito dall'organo amministrativo.

Si è visto come a tale organo – che, lo si ricorda, è l'unico organo normativamente previsto –, nell'ambito del modello di fondazione delineato dal legislatore codicistico, fosse riservata una posizione del tutto subalterna, ovvero, come anche si è detto, “servente”. In altri termini, agli amministratori della fondazione era del tutto sottratta la disponibilità sulla vita dell'ente, con la conseguenza che ad essi era radicalmente precluso di modificare non solo un tratto caratterizzante del nostro istituto come la finalità originariamente individuata dal fondatore, bensì, in generale, ogni elemento dell'atto costitutivo e dello statuto. Parimenti l'organo amministrativo non aveva il potere di deliberare lo scioglimento anticipato della fondazione⁴⁵⁰. Secondo il disegno del legislatore, infatti, tale organo avrebbe dovuto unicamente amministrare con la necessaria diligenza il patrimonio dell'ente, per procedere poi ad erogarne le rendite ai beneficiari di volta in volta individuati in applicazione dei criteri statutariamente previsti.

Senonché tale posizione di subalternità dell'organo amministrativo delle fondazioni è stata messa in discussione a seguito della introduzione, in occasione della riforma della disciplina relativa al procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica degli enti *non profit*, di una disposizione che pare ammettere una modifica dell'atto costitutivo ad opera degli amministratori.

Infatti, l'art. 2 d.P.R. n. 361/2000, nel disciplinare la fattispecie della modifica dell'atto costitutivo e dello statuto di associazioni e fondazioni, prevede al suo primo comma che queste devono essere approvate con le modalità e nei termini previsti per l'acquisto della personalità giuridica. Inoltre, lo stesso articolo al terzo comma aggiunge che “*per le fondazioni, alla*

⁴⁵⁰ Cfr *supra*, sub 1.7.

domanda è allegata la documentazione necessaria a comprovare il rispetto delle disposizioni statutarie inerenti al procedimento di modifica dello statuto”.

Tale ultima disposizione ammette dunque, anche con riguardo alle fondazioni, la possibile previsione di clausole statutarie che disciplinano il procedimento di modifica dello statuto⁴⁵¹. E poiché la fondazione, almeno secondo quella che è la sua configurazione legislativa, presenta come unico organo l'organo amministrativo, ne deriva che la domanda volta ad ottenere l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche della modifica statutaria sarà di necessità presentata dagli amministratori⁴⁵².

Si potrebbe quindi ad esempio immaginare una clausola statutaria per mezzo della quale il fondatore attribuisca agli amministratori il potere di adeguare lo statuto in caso di mutamento delle originarie circostanze⁴⁵³.

Amnesso che attraverso l'art. 2 d.P.R. 361/00 il legislatore abbia voluto riconoscere anche agli amministratori di un ente fondazionale il potere di modificare lo statuto, viene ora da chiedersi se questi ultimi siano liberi di esercitare siffatto potere come meglio credono ovvero se, al contrario, questo

⁴⁵¹ Per il vero in dottrina vi era già anche chi, come ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie, cit.*, p. 220, prima ancora della entrata in vigore del d.P.R. n. 361/2000, sosteneva che l'irrevocabilità del programma e il carattere necessitato dell'attività tipologicamente propri della fondazione non avrebbero necessariamente comportato la 'pietrificazione' delle norme statutarie, come peraltro testimoniato anche dagli artt. 16, co. 3 e 25, co. 1, c.c., "*che sostanziano il procedimento di modifica ... nella delibera maggioritaria dell'organo amministrativo unito al placet dell'autorità governativa*".

⁴⁵² D'altronde, che pure nella fondazione possa ipotizzarsi una modifica dello statuto ad opera di un organo interno alla stessa, si ricava dall'art. 4, co. 1, d. lgs. n. 153/1999, che, nell'elencare le competenze che devono in ogni caso spettare al consiglio di indirizzo di una f.o.b., prevede, al n. 1, l'"*approvazione e modifica dello statuto e dei regolamenti interni*". Sul tema, cfr. AMOROSINO S. – CAPRIGLIONE F., *Le fondazioni bancarie*, Cedam, Padova, 1999; CLARICH M., *La riforma delle fondazioni bancarie*, in *Banca, impr. soc.*, 2000, pp. 125 e ss.; CLARICH M. – PISANESCHI A., *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit, cit.*, pp. 19 e ss..

⁴⁵³ Sul punto è appena il caso di segnalare Cass. civ., 19 ottobre 1964, in *Foro it.*, 1965, I, 666, laddove si è ritenuto che la trasformazione della fondazione ex art. 28 c.c. dovesse essere deliberata dagli amministratori e poi soltanto approvata dall'autorità governativa.

debba intendersi come sottoposto a taluni limiti connaturati all'istituto – la fondazione, dunque – rispetto al quale viene in rilievo⁴⁵⁴.

Il problema si pone in particolar modo, com'è agevole intuire, con riguardo alla eventuale possibilità da riconoscersi agli amministratori di arrivare, nell'esercizio del potere di modifica, sino al punto di intaccare la fondazione nel suo nucleo primigenio, modificando la finalità ad essa originariamente assegnata dal fondatore.

Sembra però ragionevole escludere una simile eventualità, dal momento che, come si è visto più sopra, la fondazione, a differenza della associazione – sempre soggetta, quest'ultima, alla volontà sovrana degli associati, espressa nella forma della deliberazione assembleare –, si risolve nientemeno che in una massa di beni necessariamente vincolata al perseguimento dello scopo originariamente individuato dal fondatore⁴⁵⁵. Ciò che risulterebbe peraltro confermato dalla circostanza per cui anche il potere espressamente riconosciuto all'autorità di trasformare la fondazione è vincolato al rispetto, per quanto possibile, della originaria volontà del fondatore.

Esclusa dunque la possibilità per gli amministratori di modificare lo scopo assegnato alla fondazione dal fondatore, si ritiene invece debba essere loro riconosciuta la facoltà di apportare quelle modifiche statutarie che di volta in

⁴⁵⁴ A tale riguardo SCHÖNENBERGER W., *Abänderung von Stiftungssatzungen nach schweizerischem Recht*, in *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 66, 1947, p. 41, ha proposto di distinguere tra “scopo–fine”, che identifica il momento teleologico dell'ente, ossia la finalità della fondazione, insuscettibile di modifica, e “scopo–mezzo”, ovvero lo scopo materiale, l'attività idonea a raggiungere lo scopo–fine, quest'ultimo invece modificabile. Si è però obiettato, da parte di ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 221, che, sebbene tale teorica offra un indubbio contributo alla comprensione del fenomeno e presenti il pregio della ricerca di una formula operativa, essa nondimeno cadrebbe in un “concettualismo superfluo” laddove postula la duplicazione dello scopo per valutare la modificabilità o meno dello statuto.

⁴⁵⁵ Anche secondo GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 159 il tema della modifica dello statuto assume una diversa portata nelle associazioni rispetto alle fondazioni in ragione della diversa natura, dominante nelle prime e servente nelle seconde, dei rispettivi organi. Nella associazione l'assemblea può infatti sempre deliberare – sia pure con le maggioranze qualificate di volta in volta richieste dalla legge – qualsiasi modificazione statutaria, compresa anche la modifica della finalità dell'ente ovvero il suo scioglimento anticipato.

volta si presentino come funzionali a consentire il miglior perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente⁴⁵⁶.

In tal senso si potrebbe forse discorrere di 'attenuazione' della strumentalità dell'organo amministrativo⁴⁵⁷, giacché, se è vero che gli amministratori devono tutt'ora necessariamente perseguire lo scopo originariamente individuato dal fondatore senza possibilità alcuna di modificarlo, ciò non si traduce però più in un ossequioso e pedissequo rispetto delle volontà calate da quest'ultimo nell'atto costitutivo, ma si ammette la ricerca della via di volta in volta più funzionale alla migliore realizzazione delle finalità dell'ente⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Ritiene che potranno formare oggetto di "deliberazioni dispositive, e non solo propositive", degli organi della fondazione, solo modifiche dello statuto marginali, che in ogni caso non ineriscano alle materie di cui gli artt. 26, 28 e 2500–octies c.c., GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 285.

⁴⁵⁷ D'altronde, come si vedrà meglio *infra, sub* 4.1, il ruolo di amministratore di fondazione non si limita certo ad una gestione meramente 'passiva' del patrimonio di essa, rientrando nei poteri di questi – per lo meno riguardo ai beni che non risultino direttamente strumentali alla realizzazione dello scopo della fondazione – la possibilità di disporne, se del caso anche alienandoli, in funzione della migliore valorizzazione del patrimonio dell'ente.

⁴⁵⁸ Per ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie, cit.*, p. 222, occorrerebbe attribuire "autonomo rilievo al momento costitutivo del precetto", così da individuare le norme 'di secondo grado' regolative dell'attuazione e pertanto suscettibili di adattamento. Sarebbe, in altri termini, necessario distinguere quella parte del negozio di fondazione che descrive l'interesse che si vuole realizzare rispetto alle disposizioni statutarie che, pure se oggetto di modifica, non pregiudicano il perseguimento dello scopo programmato. Devono dunque ritenersi ammissibili modifiche organizzative anche profonde "se e in quanto coerenti all'attuazione dello scopo". In questo senso, la modifica dello statuto della fondazione può essere ricondotta agli 'atti esecutivi innovativi', che si caratterizzano per il fatto di esplicitare un'attività negoziale in un contesto finalisticamente orientato. Su tale ultima tematica, cfr. ROMANO S., *L'atto esecutivo nel diritto privato. Appunti*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 646. In adesione a quest'ordine di idee, Cons. Stato, 23 marzo 1996, n. 123, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 154, ha ammesso la possibilità di operare le modificazioni statutarie «sempre che siano giustificate e, fermo l'interesse che il fondatore ha inteso realizzare, non siano tali da pregiudicare lo scopo programmato e da travolgere i connotati inderogabili della fattispecie, quali voluti dal fondatore».

3.7 Il d.lgs. n. 117 del 2017 (c.d. “Codice del Terzo Settore”)

La rivalutazione dei rapporti tra Stato e comunità intermedie ha portato, a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, alla proliferazione di una serie di leggi speciali destinate a favorire e incentivare l'autonoma iniziativa dei cittadini nel perseguimento di finalità altruistiche e di utilità sociale.

Si trattava, per l'appunto, di discipline di settore destinate a regolare specifiche figure organizzative, talune aventi carattere associativo, altre invece di differente natura⁴⁵⁹.

Nel tempo si era dunque venuto a creare un insieme del tutto frastagliato di discipline, caratterizzate dall'assenza di qualsivoglia disegno unitario se non addirittura dalla reciproca contraddittorietà, al punto che da più parti si iniziò a sostenere la necessità di un intervento organico da parte del legislatore. Questa eterogenea categoria di enti si caratterizzava non solo per l'assenza, normativamente prescritta, di una finalità lucrativa –da intendersi in senso come sopra precisato–, bensì anche per il fatto di operare nei settori più vari della realtà sociale, fenomeno per il quale è da tempo invalsa la denominazione di “terzo settore”⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ TAMPONI M., *Persone giuridiche*, cit., p. 52. Ci si riferisce, tra le altre, alle organizzazioni di volontariato, disciplinate dalla l. 11 agosto 1991, n. 266, cui, tra l'altro, era concessa la facoltà di accettare donazioni e lasciti prima ancora della intervenuta abrogazione per effetto della l. n. 127/1997 degli artt. 600 e 786 c.c., per gli enti del Libro I, condizionavano tali acquisti al preventivo riconoscimento da parte dell'autorità governativa; alla l. 8 novembre 1991, n. 381 sulle cooperative sociali; alle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, alle associazioni di promozione sociale, all'impresa sociale. Per LEONDINI G., *Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione*, cit., p. 32, per mezzo di tali discipline il legislatore manifestava la precisa presa di coscienza circa l'insufficienza di una disciplina dei corpi intermedi affidata esclusivamente alla normativa generale di diritto privato.

⁴⁶⁰ Fino alla approvazione del d. lgs. n. 117/2017 si riteneva che quella di “terzo settore” fosse una nozione sostanzialmente di tipo sociologico o, tutt'al più, delle scienze economiche. In tema si v. DE CARLI P., *Enti del terzo settore: una nozione innovativa e la necessità di alcune correzioni*, in *Iustitia*, 2018, p. 156.

Con tale ultima espressione ci si riferisce in particolare a tutta quella serie di attività di rilievo sociale, slegate sia dagli schemi prettamente pubblicistici che dall'alveo speculativo tipico dell'impresa commerciale, poste in essere da organizzazioni di carattere privato che perseguono finalità di pubblico interesse, eventualmente anche attraverso l'esercizio di una intrapresa economica⁴⁶¹.

Il tanto atteso intervento di riordino della materia da parte del legislatore è arrivato con la legge 6 giugno 2016, n. 106, recante *Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale*. Per mezzo di tale provvedimento il Governo veniva delegato ad adottare uno o più decreti legislativi “*in materia di riforma del Terzo settore*”, per tale intendendosi – come specificato dallo stesso art. 1, legge n. 106/2016 – “*il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi.*”

Più nello specifico al Governo veniva richiesto di procedere ad una revisione “*della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro*”, sia riconosciute come persone giuridiche che sprovviste di riconoscimento, nonché di provvedere al riordino della eterogenea normativa concernente “*gli enti del Terzo settore*” attraverso la predisposizione di un apposito codice che si sarebbe dovuto ispirare ad una serie di principi elencati all'art. 4, legge n. 106/2016.

Lo scopo dichiaratamente attribuito a detto codice sarebbe stato quello di “*sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a*

⁴⁶¹ TAMPONI M., *Persone giuridiche*, cit., p. 54.

valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione?

La delega legislativa è stata esercitata dal Governo – solo in parte, per il vero⁴⁶² – con la approvazione del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, altresì noto come “Codice del Terzo settore” (d’ora in avanti anche “CTS”)⁴⁶³. Il CTS non disciplina in maniera organica ogni aspetto che può interessare la vita di un Ente del Terzo Settore, prevedendo anzi espressamente che, per quanto da esso non regolato, si applichino agli ETS, in quanto compatibili, le norme del codice civile e le relative disposizioni di attuazione (art. 3, co. 2, CTS).

Dopo aver premesso, all’art. 2 CTS, che “è riconosciuto il valore e la funzione sociale degli enti del Terzo settore ... ne è promosso lo sviluppo salvaguardandone la spontaneità ed autonomia” in vista del perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, il CTS passa subito a fornire la definizione di “Ente del Terzo Settore”.

In particolare, all’art 4 CTS si prevede che “sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità

⁴⁶² In effetti, come anticipato appena sopra, la legge delega aveva anche previsto che venissero introdotti nel Titolo II del Libro I del codice civile forme di pubblicità dei bilanci e degli altri atti fondamentali dell’ente, una disciplina sulla conservazione del patrimonio degli enti, un regime di responsabilità limitata degli enti riconosciuti come persone giuridiche e di responsabilità degli amministratori che tenesse conto del rapporto tra il patrimonio netto e il complessivo indebitamento dell’ente nonché la disciplina della trasformazione diretta e della fusione tra associazioni e fondazioni (art. 3, co. 1, lett. e). In realtà il Governo si è limitato ad introdurre un nuovo art. 42 *bis* in tema di trasformazione, fusione e scissione di associazioni e fondazioni, rinviando integralmente alla disciplina dettata dagli artt. da 2498 a 2500–*novies* c.c.. Sul punto, cfr. FUSARO A., *Trasformazioni, fusioni, scissioni degli enti del Libro primo del Codice civile e del Terzo settore*, in *La riforma del Terzo settore e dell’impresa sociale*, a cura di Fici A., Editoriale scientifica, Napoli, 2018, pp. 447 e ss..

⁴⁶³ Per un’analisi della nuova disciplina si v., FUSARO A., *Gli enti del Terzo Settore. Profili civilistici*, Giuffrè, Milano, 2022, nonché, da ultimo, CEOLIN M., *Codice del Terzo settore a norma dell’articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106*, Zanichelli, Bologna, 2023.

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”.

Alla luce di tale norma si è da più parti ritenuto che gli ETS, rispetto agli enti *non profit* già disciplinati dal legislatore, costituiscano non già un *tertium genus*, né un nuovo “tipo” con autonoma rilevanza giuridica⁴⁶⁴, quanto piuttosto una “categoria con rilevanza normativa”: quella di “ETS” sarebbe dunque una ‘qualifica’ che può essere assunta da una molteplicità di enti di diversa natura e tipologia e che, se assunta, determina l’applicazione della disciplina speciale, derogatoria rispetto a quella di diritto comune, contenuta nel CTS⁴⁶⁵.

Se ne è ricavato che l’assunzione della qualifica di “ETS” presenta il carattere della ‘facoltatività’⁴⁶⁶: in altre parole è ben possibile che una associazione o fondazione, pur munita di tutti i requisiti necessari, decida ciononostante di non richiedere l’iscrizione nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (altresi noto come R.U.N.T.S.), preferendo operare come ente “non-ETS”, sicché ad esso continueranno ad applicarsi solo le norme dettate dal codice civile in materia di persone giuridiche private⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ Una simile impostazione è fatta propria da MAZZULLO A., *Il nuovo Codice del Terzo Settore: Profili civilistici e tributari (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117)*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 134; GORGONI M., *Il codice del Terzo Settore tra luci ed ombre, in Il codice del Terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di Gorgoni M., Pacini, Pisa, 2018, p. 59.

⁴⁶⁵ In questi termini BUSANI A. – CORSICO D., *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, p. 15.

⁴⁶⁶ Discorre di “qualifica di Ente del Terzo Settore” anche LOFFREDO F., *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 385.

⁴⁶⁷ Così POLETTI D., *Costituzione e forme organizzative*, in *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di Gorgoni M., Pacini, Pisa, 2018, p. 204; MARCELLI V. M., *L’ente del Terzo Settore e l’esercizio di attività d’impresa*, in *La riforma del Terzo Settore e dell’impresa sociale*, a cura di Fici A., Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 126.

Da tale norma è inoltre possibile evincere che un ETS potrà assumere vuoi una forma ‘tipica’, vuoi una forma ‘atipica’, purché però sia stato costituito allo scopo di perseguire finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, mediante lo svolgimento – anche in forma imprenditoriale, se del caso⁴⁶⁸ – di attività di interesse generale o risultare iscritto nel Registro Unico Nazionale del Terzo settore⁴⁶⁹.

Per gli ETS è dunque espressamente prescritto – a differenza che per gli enti del Libro I del codice civile – il necessario perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, finalità che per lo meno *prima facie* paiono in qualche misura riconducibili al tradizionale concetto di pubblica utilità dello scopo perseguibile dalla fondazione.

Ciò anche se, per il vero, nel CTS si assiste ad una svalutazione del criterio teleologico in favore di quello relativo all’oggetto dell’attività posta in essere dall’ente⁴⁷⁰. È infatti lo stesso legislatore che, all’art. 5, co. 1, CTS, provvede a definire quali sono le attività di interesse generale che un ETS deve svolgere in via esclusiva o principale al fine di realizzare quegli scopi di utilità sociale cui deve essere indirizzato. Si tratta di un elenco formulato in termini particolarmente ampi ed elastici, tale da ricomprendere le più diverse e disparate attività. Così, esemplificando, un ETS potrà occuparsi di interventi

⁴⁶⁸ Ed è proprio questa rinnovata attenzione alle attività imprenditoriali poste in essere dagli enti non profit, secondo TAMPONI M., *Persone giuridiche, cit.*, p. 117, la vera novità tracciata dal CTS. Si apre così la strada “a soggetti chiamati bensì ad operare sul mercato con logica imprenditoriale, ma perseguiti un obiettivo diverso dal lucro soggettivo”, ciò che, per l’A., consentirebbe di discorrere di ‘imprenditorialità sociale’.

⁴⁶⁹ Il legislatore si preoccupa di delimitare l’area in parola all’art. 4, co. 2, CTS, chiarendo che non ne fanno parte le amministrazioni pubbliche, le formazioni e associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche. Le disposizioni del CTS non si applicano neppure, secondo quanto previsto dall’art. 3, co. 3, CTS, alle fondazioni di origine bancaria, nonostante che queste – secondo la dizione dell’art. 2, d.lgs. n. 153/1999 – siano espressamente qualificate come persone giuridiche private, senza fine di lucro, che perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico.

⁴⁷⁰ A differenza che nel decreto O.n.l.u.s., ad esempio, il legislatore non chiarisce quando debba ritenersi integrato il requisito finalistico, ma procede invece a elencare puntualmente quali sono le attività di interesse generale, attraverso le quali realizzare le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

e prestazioni sanitarie, di educazione, istruzione e formazione professionale, di organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso ovvero, ancora, di riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata⁴⁷¹.

Inoltre, non è escluso che un ETS possa anche svolgere attività diverse da quelle appena menzionate, a condizione però che l'atto costitutivo ovvero lo statuto lo consentano e purché tali attività assumano una rilevanza solo "secondaria e strumentale" rispetto a quelle di interesse generale secondo criteri definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, tenuto conto dell'insieme delle risorse impiegate in tali attività in relazione a quelle investite nelle attività di interesse generale⁴⁷².

Viene espressamente previsto, all'art. 8 CTS, rubricato "Destinazione del patrimonio ed assenza di scopo di lucro", che il patrimonio degli ETS deve essere utilizzato esclusivamente per lo svolgimento dell'attività statutaria di interesse generale, con la conseguenza che è assolutamente vietata qualunque distribuzione, anche indiretta⁴⁷³, di utili e avanzi di gestione a fondatori, associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali. In altre parole, con riguardo agli ETS il legislatore ha *expressis verbis* sancito – a differenza che per gli enti del Libro I, laddove una tale conclusione può essere raggiunta soltanto a seguito di uno sforzo interpretativo – la necessità di prevedere l'inserimento della clausola relativa al *non distribution constraint*, ovvero circa il divieto del lucro soggettivo.

⁴⁷¹ È appena da segnalare come l'elenco delle attività di interesse generale possa sempre essere aggiornato, secondo quanto previsto dall'art. 5, co. 2, CTS, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

⁴⁷² Tali criteri sono ora definiti dal d.m., 19 maggio 2021, n. 107.

⁴⁷³ In particolare, ai sensi del co. 3 dell'art. 2 CTS si considerano in ogni caso distribuzione indiretta di utili, tra le altre, la corresponsione a chi rivesta cariche sociali di compensi individuali non proporzionati alle attività svolte, alle responsabilità assunte e alle specifiche competenze, l'acquisto di beni o servizi per corrispettivi che, senza valide ragioni economiche, siano superiori al loro valore normale.

Infine, come già anticipato, per acquisire la qualifica di ETS occorre che l'ente risulti iscritto nel R.U.N.T.S.. L'iscrizione nel R.U.N.T.S. consente ad associazioni e fondazioni del Terzo settore di acquistare la personalità giuridica – e, dunque, correlativamente, di conseguire l'autonomia patrimoniale perfetta – in deroga al procedimento disciplinato dal d.P.R. n. 361 del 2000. Il legislatore ha dunque dettato per gli ETS un procedimento per l'ottenimento della personalità giuridica alternativo rispetto a quello previsto per gli enti del Libro I.

In particolare, secondo quanto recita l'art. 22 CTS, il notaio che abbia ricevuto l'atto costitutivo di una associazione ovvero di una fondazione del Terzo settore, dopo aver verificata la sussistenza delle condizioni previste dalla legge, nonché del patrimonio minimo⁴⁷⁴ – secondo lo schema tipico del controllo di 'mera legittimità' –, procederà al deposito dello stesso presso il competente ufficio del R.U.N.T.S., che, controllata la regolarità formale della documentazione, procederà ad iscrivere l'ente nel registro, con il conseguente acquisto da parte di quest'ultimo della personalità giuridica.

Sempre a mente dell'art. 22 CTS, viene previsto che per le associazioni e fondazioni già in possesso della personalità giuridica ai sensi del d.P.R. n. 361/2000, che, cionondimeno, richiedano e ottengano l'iscrizione nel R.U.N.T.S., in costanza dell'iscrizione a quest'ultimo, l'efficacia dell'iscrizione nel registro delle persone giuridiche risulta 'sospesa'⁴⁷⁵. Ciò comporta, secondo la lettera della norma, che esse non perdano la personalità giuridica acquisita con la precedente iscrizione – che, quindi, tornerà a spiegare i propri effetti nel caso di successiva cancellazione dell'ente dal R.U.N.T.S. – e che a

⁴⁷⁴ Diversamente dall'art. 1, co. 3, d.P.R. n. 361/2000, che si limita a prescrivere l'adeguatezza del patrimonio al raggiungimento dello scopo statutario, senza ulteriori specificazioni, per gli enti del Libro I che intendano acquisire la personalità giuridica, l'art. 22, co. 4, CTS introduce una soglia minima – pari a 15.000 euro per le associazioni e 30.000 euro per le fondazioni – per il conseguimento della personalità giuridica, eliminando così il margine di opinabilità del giudizio in precedenza riservato all'autorità amministrativa.

⁴⁷⁵ Sul punto, v. *amplius* CEOLIN M., *Codice del Terzo settore a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106, cit.*, p. 170.

tali enti, le disposizioni di cui al predetto regolamento non si applichino, fintanto che rimangano iscritti al R.U.N.T.S.

3.8 La Fondazione del Terzo settore

Ai sensi dell'art. 4 CTS, può assumere la qualifica di ETS, tra gli altri, la fondazione, che in tal caso prenderà il nome di Fondazione del Terzo settore ("FTS").

Come anticipato più sopra, il CTS non contiene una disciplina organica per la FTS, limitandosi a prevedere, per gli aspetti non regolati, che ad essa si applichino, in quanto compatibili, le norme del codice civile. Alla FTS risultano pertanto applicabili sia le norme di cui al Titolo II del Libro I del codice civile, sia le norme del CTS appositamente dettate per essa (agli artt. da 20 a 31)⁴⁷⁶.

Vale dunque ora la pena soffermarsi per un momento sugli aspetti che contraddistinguono la FTS rispetto alla fondazione disciplinata nel Libro I del codice civile.

Giova anzitutto premettere come il CTS non detti una disciplina differenziata per associazioni e fondazioni del Terzo settore. Molte infatti sono le disposizioni che, dopo aver disciplinato taluni aspetti rilevanti della associazione, sanciscono la loro integrale o parziale applicabilità, talvolta solo nei limiti della compatibilità, anche alla fondazione del Terzo settore. La disciplina dettata dal CTS si caratterizza, inoltre, per un forte orientamento verso gli schemi tipici degli enti commerciali⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ In questo senso anche BUSANI A. – CORSICO D., *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., p. 17.

⁴⁷⁷ Anche TAMPONI M., *Persone giuridiche*, cit., p. 117 rileva come, nonostante la scelta governativa di non valersi della delega legislativa per procedere ad una profonda rivisitazione della disciplina codicistica relativa agli enti *non profit*, il CTS si caratterizza per l'adozione dei canoni di trasparenza, tutela dei creditori e dei terzi, nonché di organizzazione, propri degli enti votati al profitto. Segnali in tal senso sono rappresentati ad esempio dalla possibilità per gli ETS di costituire patrimoni destinati a uno specifico affare ai sensi e per gli effetti degli artt. 2447-*bis* e seguenti c.c.; dalle regole di funzionamento dell'assemblea delle associazioni con intenso richiamo alla disciplina assembleare societaria.

L'art. 21, co. 1, CTS prevede che l'atto costitutivo della FTS debba indicare l'assenza di scopo di lucro, le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale che l'ente intende perseguire e l'attività di interesse generale che costituisce l'oggetto sociale.

Viene poi definitivamente sancita, anche a livello normativo, la possibilità per lo statuto di una FTS di prevedere la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, secondo lo schema proprio della fondazione di partecipazione. L'art. 24, co. 6, CTS dispone, infatti, che le norme sul funzionamento dell'assemblea delle associazioni del Terzo settore si applichino anche, in quanto compatibili e ove non derogate dallo statuto, alle “fondazioni del Terzo settore il cui statuto prevede la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato”⁴⁷⁸.

L'art. 25, co. 3, CTS dispone invece che all'organo assembleare o di indirizzo eventualmente previsto possano essere attribuite talune delle competenze tipiche dell'assemblea delle associazioni.

Tale disposizione suscita però una serie di delicate questioni interpretative dal momento che una simile attribuzione di competenze all'assemblea di una FTS è ammessa solo nei limiti in cui ciò “sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione” e purché venga rispettata la volontà storica del fondatore. Così, se potrebbe forse apparire legittima l'attribuzione all'assemblea di una FTS della competenza a nominare e revocare i componenti degli altri organi sociali, compreso l'organo amministrativo⁴⁷⁹, maggiormente problematica risulterebbe invece l'eventuale attribuzione ad

⁴⁷⁸ Così anche BUSANI A. – CORSICO D., *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit., p. 77.

⁴⁷⁹ Maggiormente problematica risulterebbe invece, per lo meno a parere di chi scrive, l'attribuzione all'assemblea di una FTS del potere di revocare *ad nutum* i componenti dell'organo amministrativo, dal momento che nello schema fondazionale l'unico metro di giudizio dell'attività degli amministratori attiene alla conformità o meno del loro operato rispetto al programma fondazionale. In questo senso si potrebbe ipotizzare che risulti ammissibile soltanto la previsione di una revoca per giusta causa.

essa del potere di deliberare, senza limite alcuno, eventuali modificazioni dello statuto, ovvero lo scioglimento anticipato dell'ente⁴⁸⁰.

Per quanto attiene invece alla organizzazione della FTS, anche qui è prevista la presenza di un organo amministrativo, organo cui risultano applicabili molteplici disposizioni dettate per gli amministratori di società – si pensi, tra le altre, alle norme in tema di conflitto di interessi ovvero a quelle in materia di responsabilità, laddove si prevede che gli amministratori rispondono nei confronti dell'ente, dei creditori sociali, del fondatore, degli associati e dei terzi ai sensi degli artt. 2392 e seguenti c.c..

In aggiunta ad esso si prevede però che nella FTS debba essere necessariamente nominato un organo di controllo, anche monocratico. A differenza della fondazione disciplinata nel codice civile, dunque, la FTS presenta anche un organo interno alla sua struttura deputato a vigilare, secondo quanto previsto dall'art. 30, co. 6, CTS, sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, oltre che il concreto funzionamento dell'ente. All'organo di controllo spetta inoltre il compito di monitorare l'osservanza delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, avuto particolare riguardo alle disposizioni di cui agli artt. 5, 6, 7 e 8 CTS, e di attestare che il bilancio sociale sia stato redatto in conformità alle linee guida adottate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

Quando però si passi ad analizzare quali siano i poteri che spettano a tale organo di controllo, è facile avvedersi di come esso disponga di strumenti piuttosto 'spuntati', dal momento che, secondo la previsione dell'art. 30, co. 8, CTS, i componenti dell'organo di controllo possono soltanto procedere ad atti di ispezione, se del caso chiedendo agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su affari determinati.

⁴⁸⁰ In senso analogo anche CEOLIN M., *Codice del Terzo settore a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106, cit.*, p. 193.

Per sopperire a tale mancanza viene però prevista, all'art. 29 CTS, la possibilità per l'organo di controllo di richiedere l'intervento del tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c.⁴⁸¹.

Inoltre, forse proprio in ragione di ciò, nonostante la presenza nella FTS di un organo di controllo interno, anche ad essa risultano applicabili gli artt. 25, 26 e 28 c.c. sui controlli esercitati dall'autorità governativa sulla fondazione di cui al Libro I del codice civile. Rispetto alla FTS, però, tali poteri sono esercitati dal competente Ufficio del R.U.N.T.S. secondo quanto previsto dall'art. 90 CTS.

Infine, avuto sempre riguardo alla struttura della FTS, deve essere segnalato che, ai sensi dell'art. 31, co. 1, CTS, è altresì prescritta la nomina di un revisore legale dei conti allorché, per due esercizi consecutivi, risultino superati due dei seguenti limiti: attivo dello stato patrimoniale superiore a 1.100.000 euro; entrate, comunque denominate, superiori a 2.200.000 euro e numero di dipendenti occupati in media durante l'esercizio superiore a 12 unità.

⁴⁸¹ Si v., sul punto, le considerazioni di CEOLIN M., *Codice del Terzo settore a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106, cit.*, p. 205.

CAPITOLO IV

LA FONDAZIONE “DI DIRITTO COMUNE” COME STRUMENTO PER LA TRASMISSIONE DELLA RICCHEZZA FAMILIARE.

SOMMARIO: 4.1 La tesi sulla necessaria ‘pubblica utilità’ dello scopo della fondazione disciplinata dal Libro I del codice civile: critica – 4.2 I riflessi della disciplina del CTS sulla fondazione di diritto comune. Un possibile esito interpretativo – 4.3 La devoluzione del patrimonio residuo – 4.4 La successione necessaria e la quota di legittima ‘in natura’ – 4.5 L’assoggettabilità dell’atto di dotazione all’azione di riduzione – 4.6 La tutela dei legittimari nell’attuale quadro di valori costituzionali – 4.7 Un possibile spunto: la disciplina dell’*Erbrecht* tedesco

4.1 La tesi sulla necessaria ‘pubblica utilità’ dello scopo della fondazione disciplinata nel Libro I del codice civile: critica

Si è visto sopra come nel tempo sia andata consolidandosi l’impostazione secondo cui la fondazione disciplinata nel Libro I del codice civile non solo non avrebbe dovuto perseguire – al pari della associazione – uno scopo lucrativo, bensì avrebbe dovuto necessariamente realizzare uno scopo di pubblica utilità.

Ciò perché si riteneva che la nascita di una fondazione – del tipo di quella avuta in mente dal legislatore del codice civile del 1942, ovvero di una fondazione di mera erogazione – avrebbe comportato la conseguente immobilizzazione della ricchezza, tipicamente di natura immobiliare, ad essa trasferita, in spregio ai dettami dell’ideologia liberale allora imperante, al punto che un simile pregiudizio al libero scambio dei beni si reputava giustificabile soltanto nella misura in cui la fondazione avesse avuto come scopo statutario quello di realizzare un fine di interesse generale.

Come detto, tale impostazione era andata consolidandosi nonostante l’assenza di una norma che imponesse espressamente alla fondazione che diremmo “di diritto comune” di perseguire uno scopo che ridondasse a vantaggio dell’intera collettività.

Senonché pare qui opportuno vagliare l'attualità e la correttezza di siffatta impostazione, alla luce del mutato contesto socio-economico, oltre che dell'evoluzione che – come si è cercato di dimostrare nel terzo capitolo – l'istituto della fondazione ha registrato nell'ambito del nostro ordinamento giuridico.

A detta di taluni, come si è visto, il requisito del necessario perseguimento da parte della fondazione di diritto comune di uno scopo di pubblica utilità si sarebbe potuto e dovuto ricavare dalla previsione di cui all'art. 28, co. 1, c.c.. Tale norma attribuisce all'autorità governativa il potere di trasformare la fondazione, tra l'altro, nel caso in cui lo scopo da essa perseguito fosse divenuto "di scarsa utilità". Se ne deduceva che la fondazione avrebbe potuto operare soltanto nella misura in cui avesse perseguito un fine "di non-scarsa utilità", e, dunque – di riflesso –, di "pubblica utilità".

Ad avviso di chi scrive una simile impostazione non sembra però cogliere nel segno. Se è certo indubbio che, così come previsto dall'art. 28, co. 1, c.c., l'attività della fondazione debba concorrere alla realizzazione di uno scopo "di non-scarsa utilità", non si capisce però perché tale requisito debba essere necessariamente identificato con il perseguimento di uno scopo di pubblico interesse⁴⁸².

⁴⁸² Anche secondo CARRABBA A. A., *Lo scopo delle associazioni e delle fondazioni (art. 1, co. 3, D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361)*, in *Rivista del Notariato*, 2001, p. 779, appare difficile con la disposizione da ultimo richiamata giustificare una limitazione degli scopi perseguibili ai soli fini di pubblica, generale o collettiva utilità. L'A. prosegue infatti affermando che "la 'scarsa utilità' non deve per forza essere pubblica, generale o collettiva, potendovi essere infatti anche una 'scarsa utilità' privata". In questo senso anche GUARINO G., *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, cit., p. 235: «una utilità di un qualche rilievo non va infatti individuata nella sola utilità sociale, collettiva o generale. Se la legge avesse voluto introdurre questa limitazione lo avrebbe detto in modo esplicito. L'art. 16 tace invece al riguardo e l'espressione dell'art. 28, 1° comma, non consente da sola di pervenire a tale risultato restrittivo». Si oppone invece a questa lettura SENIGAGLIA R., voce "Fondazione", in *Digesto civ.*, Torino, 2012: "è evidente che il legislatore richiede un apprezzamento della meritevolezza degli interessi perseguiti dalla fondazione, tale da giustificare il conferimento della personalità giuridica. Il giudizio di meritevolezza deve essere condotto sul piano della liceità del senso che orienta la specifica fondazione, rispetto ai principi e alle altre regole con cui, per sua natura, essa entra in conflitto".

In altre parole, si ritiene qui – già anche su di un piano letterale–terminologico –, che il requisito in parola nulla dica sulla “estensione”, necessariamente pubblica o anche solo privata, del fine, imponendo invece esso soltanto che lo scopo perseguito dalla fondazione – se nel frattempo non ancora realizzato o divenuto impossibile – presenti una qualche utilità. A riprova di ciò, si consideri solo per un momento la circostanza per cui anche uno scopo non di pubblico interesse, ovvero privato, potrebbe in concreto rivelarsi “scarsamente utile” laddove, pur non essendo questo ancora stato realizzato ovvero divenuto impossibile, non vi siano soggetti in qualche modo interessati alla sua realizzazione.

Altri invece – ed è la tesi che potremmo definire “tradizionale” – hanno ritenuto di evincere il requisito in parola istituendo una sorta di parallelo tra la fondazione e l’istituto del fedecommesso.

Si tratta, com’è noto, di una disposizione *mortis causa* per il tramite della quale il *de cuius* istituisce suo erede un certo soggetto, l’istituito, imponendogli però l’obbligo di conservare i beni a tale titolo ricevuti, che in occasione della morte di quest’ultimo saranno automaticamente devoluti ad un altro soggetto, il sostituito, *ab initio* individuato dal testatore. Con il fedecommesso, dunque, veniva a crearsi un ostacolo alla libera circolazione dei beni, dal momento che questi rimanevano immobilizzati nelle mani del primo istituito, al quale era per l’appunto fatto divieto di liberamente disporne⁴⁸³.

Il dato normativo cui si è ritenuto di fare riferimento è rappresentato dall’art. 699 c.c.. Tale norma prevede che la disposizione testamentaria avente ad oggetto l’erogazione periodica di somme di danaro risulta valida nella misura in cui sia destinata al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità.

⁴⁸³ TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 1326. L’istituto del fedecommesso, vietato dal codice civile del 1865, fu invece entro precisi limiti soggettivi e oggettivi ammesso dal codice civile del 1942. Tuttavia, con la riforma del diritto di famiglia del 1975 il contenuto dell’art. 692 c.c. è stato interamente modificato, con la conseguenza che oggi la sostituzione fedecommissaria è vietata in ogni caso, con la sola eccezione del caso in cui sia disposta a favore di un primo istituito interdetto o minore di età in condizione di abituale infermità di mente.

Benché si riconosca l'impossibilità di applicare in via diretta detta norma alla fattispecie della fondazione, cionondimeno si afferma che anche quest'ultima, alla pari del fedecommesso, avrebbe il medesimo effetto di vincolare determinati beni in via tendenzialmente perpetua al perseguimento di un certo scopo. Di conseguenza, in applicazione del medesimo principio ispiratore dell'art. 699 c.c., anche la fondazione risulterebbe ammissibile soltanto nella misura in cui sia rivolta alla realizzazione di uno scopo di pubblico interesse⁴⁸⁴.

Senonché – almeno secondo quanto si ritiene qui –, sembra che ad oggi vi siano degli indici sufficienti a suggerire una rimeditazione di tale impostazione.

Si è visto come la tesi tradizionale poggi sull'assunto che fondazione e fedecommesso producano entrambi lo stesso risultato di vincolare in via tendenzialmente irreversibile determinati beni al perseguimento di un certo scopo, sicché alla prima dovrebbero pure ritenersi applicabili le regole dal legislatore espressamente dettate a disciplina dell'istituto del fedecommesso.

Non mancava però anche chi, già in passato, contestava una simile conclusione, evidenziando la differenza quasi ontologica che, se non altro da un punto di vista strutturale, intercorre tra questi due istituti.

Si è infatti rilevato come l'art. 699 c.c. si riferisca ad una disposizione a titolo particolare, ovvero ad un legato, che abbia per oggetto l'erogazione di prestazioni per un tempo determinato ovvero in perpetuo, a favore di persone determinabili secondo i criteri fissati dalla norma. Tale ipotesi deve essere tenuta *“nettamente distinta, sul piano teorico, dalla fattispecie in cui il testatore disponga, direttamente o come obbligo dell'erede, l'erezione di una fondazione, quale soggetto*

⁴⁸⁴ Per CARRABBA A. A., *Scopo di lucro e autonomia privata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, p. 318 *«il pericolo [di arrivare ad un risultato analogo a quello del fedecommesso] c'è, la valutazione però andrà fatta concretamente, e solo in presenza di un'ipotesi di frode alla legge si dovrà sanzionare la relativa fattispecie negoziale»*.

*di diritto a sé stante, che debba provvedere alle prestazioni dal testatore stesso determinate*⁴⁸⁵.

D'altro canto, si tratta di un accostamento, quello tra fondazione e fedecommesso, che, come si è già visto più sopra, è stato criticato anche in seno alla dottrina civilistica tedesca⁴⁸⁶.

Se nel caso del fedecommesso i beni farebbero capo al primo istituito soltanto in via provvisoria, in attesa di essere trasferiti, al tempo della sua morte, al sostituto, la fondazione diviene proprietaria dei beni ad essa trasferiti in modo definitivo e senza limitazioni.

In definitiva, mentre il fedecommesso è una disposizione testamentaria a titolo particolare con effetti obbligatori a carico dell'erede, l'atto di fondazione imprime invece un vincolo reale di destinazione sui beni che ad essa vengono trasferiti.

Né pare qui condivisibile l'assunto secondo il quale i beni trasferiti ad una fondazione risulterebbero per ciò solo immobilizzati in via tendenzialmente perpetua alla realizzazione del programma fondazionale, con conseguente inevitabile nocimento al libero sfruttamento della ricchezza⁴⁸⁷.

In primo luogo perché una simile considerazione poteva forse avere una sua ragione in epoche ormai passate, quando la principale fonte di ricchezza era rappresentata dai cespiti di natura immobiliare. È di tutta evidenza come oggi, invece, sia la ricchezza mobiliare ad avere assunto un ruolo preminente, relegando i beni immobili ad una funzione per molti versi secondaria⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ In questi termini TALAMANCA M., *Successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja A. – Branca G., *Libro Secondo – Delle successioni* (artt. 679–712), Zanichelli, Bologna – Roma, 1965, p. 424.

⁴⁸⁶ Cfr. *supra*, sub 2.2..

⁴⁸⁷ Anche secondo CARRABBA A. A., *Destinazione, scopo e autonomia privata nelle fondazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 45, non è possibile giustificare una limitazione degli scopi perseguibili attraverso l'impiego del modello organizzativo della fondazione con i principi relativi allo sfruttamento delle risorse e alla libera circolazione dei beni o con i divieti in tema di sostituzione fedecommissaria.

⁴⁸⁸ Tanto che oggi si discute sulla ammissibilità o meno, nel nostro ordinamento, di una rinuncia ai diritti reali immobiliari e, nello specifico, al diritto di proprietà su di un bene immobile. Se ne sono occupati, tra gli altri, PERLINGIERI P., *Appunti sulla rinunzia*, in

A riprova di ciò si tenga a mente come già da tempo il legislatore ha abrogato quelle disposizioni che miravano a ostacolare l'accumulo di ricchezza immobiliare in capo agli enti *non profit*.

Ci si riferisce, in particolare, all'art. 17 c.c.: con esso si prevedeva che le persone giuridiche – da intendersi qui come associazioni riconosciute e fondazioni – non potessero acquistare beni immobili, accettare donazioni o eredità e conseguire legati in assenza della previa autorizzazione governativa⁴⁸⁹.

Rivista del Notariato, 1968, pp. 345 e ss.; MACIOCE F., voce “*Rinuncia (diritto privato)*”, in *Enc. del dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 923 e ss.; QUADRI R., *La rinunzia al diritto reale immobiliare*, Napoli, 2018, pp. 1 e ss.. Si tratta di una tematica che, fino a poco tempo fa, si era soliti ritenere rivestisse un interesse puramente teorico e dottrinale, ma che, con l'avvento di quello che è stato definito anche come ‘diritto civile della crisi economica’ – l'espressione è di D'AMICO G., *Il 'rent to buy': profili tipologici*, in *I Contratti*, 2015, pp. 1030 e ss. –, sembra acquistare una sempre maggiore rilevanza anche da un punto di vista pratico. Sono infatti numerose le ragioni che possono spingere un soggetto a rinunciare al proprio diritto di proprietà su un bene immobile. Si pensi, a titolo esemplificativo, a chi si ritrovi nell'impossibilità di continuare a sostenere gli oneri tributari collegati alla proprietà immobiliare; a chi non riesca a far fronte a ingenti spese di manutenzione straordinaria ormai non più rinviabili a causa dello stato di degrado e pericolo in cui versa un immobile; allo scarso interesse che immobili poco appetibili sul mercato possono presentare per il loro proprietario; ovvero, ancora, alla frequente litigiosità tra comproprietari che rende difficoltosa e problematica l'amministrazione di un certo bene. Il rilievo più che mai pratico della tematica che forma oggetto delle presenti riflessioni è testimoniato anche dal fatto che ad essa è stato dedicato un apposito studio del Consiglio Nazionale del Notariato (BELLIN VIA M., *La rinunzia alla proprietà ed ai diritti reali di godimento*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio 216–2014/C, 2014), in ragione dei molteplici quesiti indirizzati all'Ufficio studi del notariato circa la possibilità, da parte del notaio, di ricevere atti di rinunzia ai diritti reali, nonché sulla disciplina e gli effetti dei medesimi. Sul punto, ci si permette di rinviare alle considerazioni contenute in CUNIAL L., *Tra rinunzia abdicativa e derelictio delle res immobiles*, in *Atti del Convegno AntaRes: Roman Taxonomies in the Futures of Goods*, a cura di Falcon M. – Milani M., Jovene, Napoli, 2022, pp. 167 e ss..

⁴⁸⁹ Riconducibili alla medesima *ratio* dell'art. 17 c.c. citato erano poi gli artt. 600 e 786 c.c., anch'essi abrogati. Tali articoli, dettati con riferimento agli “enti non riconosciuti” – da intendersi qui come associazioni non riconosciute e comitati –, disponevano invece che le disposizioni testamentarie e le donazioni fatte a favore di tali enti non avessero efficacia se entro un anno da esse non fosse stata presentata istanza per ottenere il riconoscimento.

In secondo luogo perché se è certo vero che sui beni trasferiti ad una fondazione viene ad insistere un vincolo reale di destinazione al perseguimento dello scopo istituzionale dell'ente, ciò non sembra però di necessità implicare una loro definitiva sottrazione al traffico giuridico.

Anzitutto perché è ormai pacifico che una fondazione possa essere costituita anche soltanto per un tempo determinato. D'altro canto, in tal senso milita l'inequivoca lettera dell'art. 4, co.1, d.P.R. n. 361/2000, laddove, nella elencazione delle informazioni che devono essere iscritte nel registro delle persone giuridiche, viene fatta espressa menzione della “durata, qualora sia stata determinata”⁴⁹⁰.

Inoltre, avuto riguardo alla condizione del patrimonio della fondazione, non pare di potersi semplicemente concludere, come pure è stato fatto, nel senso di una sua assoluta inalienabilità. Si tratterebbe infatti, si è sottolineato da parte di taluno, di una conclusione affrettatamente tratta dalla concezione del patrimonio destinato al perseguimento di uno scopo⁴⁹¹.

Per il vero, si potrebbe distinguere tra i beni che risultano direttamente funzionali alla realizzazione dello scopo istituzionale della fondazione e quelli invece che vengono trasferiti ad essa solamente per il valore che incorporano⁴⁹².

Con riguardo ai primi, si pensi, ad esempio, al teatro ovvero all'edificio di interesse storico–artistico che vengono trasferiti ad una fondazione il cui scopo statutario sia proprio quello di provvedere alla loro conservazione, gestione e valorizzazione⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Né varrebbe obiettare, per le ragioni di cui si dirà appresso, che, con l'estinzione della fondazione, i beni che dovessero eventualmente residuare a seguito della liquidazione devono necessariamente essere destinati ad altri enti con finalità analoghe.

⁴⁹¹ Così FUSARO A., *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 102.

⁴⁹² In termini analoghi FUSARO A., *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica, cit.*, p. 102.

⁴⁹³ BUSANI A. – CORSICO D., *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore, cit.*, p. 22, sottolinea inoltre come non necessariamente dal vincolo che grava sul patrimonio di una fondazione deriva un pregiudizio per gli interessi della collettività.

È evidente infatti come, in un'ipotesi siffatta, la cessione del bene la cui gestione identifica *tout court* la finalità dell'ente deve ritenersi, stante la natura servente dell'organo amministrativo della fondazione, radicalmente preclusa.

Altro è a dirsi, invece, in relazione a quei beni che vengono trasferiti alla fondazione esclusivamente in ragione del valore che incorporano, e che non risultano dunque direttamente funzionali al perseguimento dello scopo dell'ente. Tali beni, infatti, non rilevano nella loro individualità; al contrario, essi presentano il carattere della 'fungibilità', con la conseguenza che risulterà del tutto ininfluyente se ad essi gli amministratori ne sostituissero degli altri, al fine di meglio realizzare il programma fondazionale.

In senso contrario potrebbe certo obiettarsi che, laddove le rendite risultino sufficienti al perseguimento dello scopo dell'ente, varrebbe per gli amministratori un'implicita preclusione ad intaccare il capitale.

Questo però non impedirebbe, secondo una prassi ben nota alle fondazioni di origine bancaria, di sostituire i beni inizialmente conferiti, acquistandone di nuovi con il ricavato dalla vendita di quelli precedenti, nella misura in cui ciò consenta un migliore e più razionale sfruttamento delle risorse a disposizione⁴⁹⁴.

D'altro canto, ben potrebbe darsi anche il caso di una fondazione che, sulla scorta del modello della *Verbrauchstiftung* tedesca, impieghi anche il suo capitale al fine di realizzare il suo scopo istituzionale⁴⁹⁵.

Secondo l'A., anzi, ben potrebbero darsi dei casi – tra cui, quello di beni di importanza storico-artistica – in cui tali interessi sono meglio soddisfatti dal fatto che un dato patrimonio sia “protetto” in una fondazione, piuttosto che assoggettato al potere di “godere e disporre” “in modo pieno ed esclusivo” della persona fisica che ne abbia la proprietà.

⁴⁹⁴ Sicché non si può nemmeno condividere l'opinione espressa da ZOPPINI A., *Le fondazioni, Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 153, secondo cui l'analogia tra fondazione e fedecommesso potrebbe al più valere per la sola fondazione di mera erogazione.

⁴⁹⁵ Si è visto inoltre *supra*, sub 2.5, come nella *Enigkeitsstiftung* un vero e proprio obbligo di conservazione del capitale sussista soltanto in relazione al *Grundstockvermögen*, e non, invece, rispetto al restante patrimonio della *Stiftung*. D'altronde, come non manca di rilevare SCHAUHOFF S. – MEHREN J., *Die Reform des Stiftungsrechts*, cit., p. 2993, di regola la fondazione viene dotata di denaro, che viene poi utilizzato per realizzare il programma

Non ci si dimentichi, infine, che quand'anche si dovesse correre il rischio di assistere ad un'eccessiva immobilizzazione di ricchezza, la fondazione rimane comunque sempre soggetta al controllo da parte dell'autorità governativa, la quale ultima – in casi certo estremi – ben potrebbe, attraverso l'esercizio dei poteri ad essa riconosciuti, porre rimedio alla situazione *medio tempore* venutasi a creare.

fondazionale. In mancanza di una diversa previsione del fondatore, il patrimonio della *Stiftung* non deve essere preservato in natura, bensì solamente nel suo valore nominale.

4.2 I riflessi della disciplina del CTS sulla fondazione di diritto comune. Un possibile esito interpretativo

Si è visto come, a dispetto dell'impostazione prevalsa nel tempo, manchi nel nostro ordinamento giuridico una norma che faccia divieto di dare vita ad una fondazione di diritto comune sprovvista di uno scopo di pubblica utilità. È anzi rinvenibile una norma, ovvero l'art. 1, co. 3, d.P.R. n. 361/2000, la quale, nel dettare la disciplina per il riconoscimento delle persone giuridiche private, si limita a prescrivere che lo scopo della fondazione sia (possibile e) "lecito"⁴⁹⁶.

Con riguardo alla FTS, invece, viene espressamente previsto che questa deve svolgere una o più attività di interesse generale, in vista della realizzazione di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

Si potrebbe allora forse ipotizzare – alla luce anche delle considerazioni sopra svolte –, che, con l'entrata in vigore del CTS, la fondazione di diritto comune si sia definitivamente affrancata dalla necessità di perseguire uno scopo di interesse generale. Per il tramite di essa sarà dunque possibile per il

⁴⁹⁶ Così anche SICCHIERO G., *Lo scopo delle fondazioni*, in *Le fondazioni di partecipazione*, a cura di Sicchiero G., Wolters Kluwer, Milano, 2021, p. 29: "Come spesso succede, alle molte e contrapposte letture degli studiosi pone fine la mano del legislatore e questo è accaduto proprio con riferimento al tema dello scopo della fondazione. Infatti al silenzio del codice ha supplito poi e nella direzione opposta alla tesi dello scopo necessario di pubblica utilità, la riforma del 2000, perché quanto viene chiesto alle fondazioni, al fine di ottenere la personalità giuridica con l'iscrizione nell'apposito registro, è solo che "siano state soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo" (art. 1, 3° comma, D.P.R. n. 361/ 2000)". Per NUZZO M., *Il principio di indivisibilità del patrimonio*, in *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, a cura di Doria G., Giappichelli, Torino, 2010, p. 35, il nuovo sistema di riconoscimento delle persone giuridiche private segna l'abbandono dell'impostazione secondo cui il privilegio della limitazione della responsabilità patrimoniale era giustificato solo dall'interesse pubblico all'attuazione della finalità di utilità sociale dell'ente. Discorre invece di "perdita di fattispecie" GUASTALLA E. L., *Le fondazioni*, in *Gli enti no profit tra Codice civile e legislazione speciale*, a cura di Visintini G., Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2003, p. 121, il quale sottolinea come la fondazione da mera erogazione "diventa un istituto giuridico posto al servizio degli interessi di volta in volta perseguiti".

fondatore perseguire qualunque finalità lecita, privata o pubblica che sia⁴⁹⁷, con il limite, però, del lucro soggettivo⁴⁹⁸.

In altre parole il fondatore ben potrebbe dare vita ad una fondazione con finalità prettamente egoistiche nella misura in cui questo non si traduca nella concentrazione del risultato dell'attività della fondazione in capo ad esso, laddove ciò rappresenti la retribuzione del conferimento⁴⁹⁹. Per conseguire un simile risultato, non resterà a disposizione del soggetto che il modello societario, nella declinazione di volta in volta maggiormente rispondente agli interessi perseguiti.

Allo stesso modo si potrebbe forse dubitare della ammissibilità di una fondazione che presenti quale unico scopo quello di amministrare e accrescere il patrimonio di cui essa venga inizialmente dotata.

Già su un piano ontologico, pare infatti necessario che la fondazione persegua una finalità – per così dire – ‘esterna’ rispetto ad essa, non spiegandosi altrimenti quale utilità potrebbe presentare una entità fine a sé stessa, volta ad accrescere all’infinito la sua massa patrimoniale che verrebbe ad essere in qualche misura ‘oggettivizzata’. D’altro canto, rappresenterebbe

⁴⁹⁷ In questo senso già FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche, cit.*, p. 235: “Qualunque scopo, di privata o generale utilità, può essere assunto come nucleo della fondazione”.

⁴⁹⁸ Anche DE GIORGI M. V., *La scelta degli enti: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, pp. 83 e ss., ritiene che il modello fondazionale sia “adattabile ad ogni tipo di attività e di scopo, purché non di lucro”. ZOPPINI A., *Riformato il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche*, in *Corriere giur.*, 2001, p. 296, rileva come, a seguito della riforma del sistema di riconoscimento delle persone giuridiche private, il «rispetto del divieto di distribuzione degli utili e la liceità dello scopo sono (...) i requisiti necessari e sufficienti ad identificare sul piano causale la fattispecie associativa o fondazionale e, quindi, sufficienti anche ai fini di accedere alla personificazione».

⁴⁹⁹ Così ZOPPINI A., *Le fondazioni, Dalla tipicità alle tipologie, cit.*, p. 152, il quale prosegue evidenziando come, ove non sussista la retribuzione del conferimento, “nulla vieta – e la stessa dizione letterale dell’art. 16 c. civ. lo consente – d’inserire il fondatore nella classe dei beneficiari ovvero di destinare l’attività della fondazione in favore di uno o più soggetti determinati?”. Per l’A. una simile conclusione troverebbe conferma nel caso della fondazione previdenziale e nella possibilità di destinare le rendite ad un unico beneficiario. Secondo COSTI R., *Fondazione e impresa, cit.*, p. 13, invece, la fondazione non incontrerebbe nemmeno il limite del lucro soggettivo, dal momento che nessuna norma “esclude che i fondatori riservino a sé stessi (o ai propri aventi causa) il diritto ai vantaggi realizzati attraverso la fondazione”.

questo un esito concorde con la conclusione cui è giunta la dottrina tedesca in materia di *Selbstzweckstiftung*⁵⁰⁰.

Laddove si intenda condividere una simile impostazione – ovvero ritenere che la fondazione di diritto comune possa essere utilizzata per il perseguimento di qualsiasi finalità lecita, pubblica o privata che sia, seppur con il limite anzidetto –, risulterebbe possibile tornare a valorizzare la previsione di cui all'art. 28, co. 3, c.c., aprendo la via all'impiego della fondazione quale strumento per la conservazione e la trasmissione della ricchezza all'interno del nucleo familiare.

D'altronde, se solo si ponga mente al fatto che la stessa Costituzione, all'art. 29, si preoccupa di tutelare la famiglia, quale “società naturale” che per prima contribuisce allo sviluppo e alla crescita della personalità dell'individuo⁵⁰¹, la bontà dell'ipotesi ne risulta suffragata.

Se si passino brevemente a considerare le ragioni per le quali un soggetto possa preferire in luogo dello strumento testamentario il ricorso ad una fondazione, basti pensare al fatto che spesso il frazionamento tra più successibili di un patrimonio ereditario comporta un inevitabile depauperamento dello stesso. Ancora, potrebbe non esservi tra i potenziali successibili un soggetto provvisto delle capacità e delle competenze necessarie per provvedere proficuamente alla gestione e direzione di un complesso compendio imprenditoriale.

In questo come in simili altri casi il futuro ereditando potrebbe forse preferire trasferire i suoi beni ad una erigenda fondazione che provvederà a destinare le rendite ai suoi successori, così da poter individuare egli stesso i soggetti che saranno chiamati a provvedere alla amministrazione del compendio e al tempo stesso disciplinare, come appresso si vedrà, la futura devoluzione dello stesso.

⁵⁰⁰ Cfr. *supra*, sub 2.4.

⁵⁰¹ RESCIGNO P., *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, pp. 301 e ss..

4.3 La devoluzione del patrimonio residuo

È evidente – per quel che qui maggiormente interessa –, che in tanto un soggetto valuterà di utilizzare la fondazione quale strumento per la trasmissione ai suoi discendenti del patrimonio familiare in quanto questi sia messo *ab initio* nella condizione di poter stabilire quale sarà la destinazione dei suoi beni in caso di estinzione dell'ente.

Non ci si può quindi esimere dall'interrogarsi sulla destinazione dei beni che dovessero eventualmente residuare a seguito del procedimento di liquidazione instauratosi per effetto del verificarsi di una causa di estinzione dell'ente.

L'art. 31 c.c. prevede che i beni che restano esaurita la liquidazione “*sono devoluti in conformità dell'atto costitutivo o dello statuto*”. Qualora questi nulla dispongano sul punto, provvederà l'autorità governativa, devolvendo tali beni ad altri enti che perseguono finalità analoghe.

Sul presupposto che alla forma giuridica della fondazione si potesse fare ricorso soltanto per il perseguimento di uno scopo di pubblica utilità, si è ritenuto che l'atto di fondazione non potesse prevedere il ritorno dei beni residui al fondatore ovvero ai suoi eredi, dal momento che in tal caso costoro riceverebbero, non solo l'originaria dotazione patrimoniale, ma anche le liberalità che la fondazione avesse eventualmente ottenuto esclusivamente in ragione del fine di interesse generale perseguito⁵⁰².

Né in senso contrario si sarebbe potuto obiettare, secondo la presente impostazione, che l'art. 28, co. 2, c.c. sembra consentire al fondatore di inserire nell'atto di fondazione la previsione di “*cause di estinzione della persona giuridica e di devoluzione dei beni a terze persone*”: se solo si consideri l’“accentuato antropomorfismo” che caratterizza il linguaggio del legislatore in questo

⁵⁰² È la tesi di GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 427.

titolo del codice civile – si sostiene –, una tale espressione cesserebbe di presentarsi come necessariamente indicante persone fisiche⁵⁰³.

Anzi, la norma sulla devoluzione del patrimonio residuo ad enti che perseguono finalità analoghe si applicherebbe anche alle fondazioni di famiglia, con ciò determinando la “*definitiva sottrazione del patrimonio al vantaggio della famiglia*”⁵⁰⁴.

Sotto tale profilo, d'altronde, la fondazione risulterebbe accomunabile alla associazione, dal momento che pure con riguardo a questa l'autonomia concessa allo statuto sarebbe circoscritta alla possibilità di designare l'ente – con fini analoghi – cui devolvere i beni residui, senza che sia ammesso di prevedere la loro ripartizione tra gli associati superstiti⁵⁰⁵.

Si è però avuto modo di constatare *supra* come alla fondazione di diritto comune possa essere fatto ricorso per il perseguimento di qualunque finalità lecita, privata o pubblica che sia – con il solo limite, si è detto, del lucro soggettivo, riservato quest'ultimo alle società disciplinate nel libro V del codice civile –, sicché pare quanto mai opportuno verificare la perdurante bontà dell'impostazione di cui si è appena dato conto, e se non vi siano anzi degli indici normativi a favore di una più ampia autonomia statutaria in materia di devoluzione del patrimonio residuo.

Per il vero, già nella stessa Relazione al codice civile – ispirata, come si è visto, ad una visione tradizionale del nostro istituto – non si escludeva, in linea di principio, una possibile devoluzione ‘interessata’ dei beni che fossero eventualmente residuati a seguito del procedimento di liquidazione dell'ente. In essa si legge infatti che “[n]on è stata neppure accolta la proposta di consentire la trasformazione della fondazione anche quando vi siano clausole di reversibilità, le quali resterebbero così inefficaci. A prescindere dalla considerazione che in queste fondazioni, data la loro natura e la loro finalità, appare decisiva la volontà di chi le ha costituite, disponendo con quelle determinate condizioni dei propri beni, è da tenere presente soprattutto, dal lato

⁵⁰³ GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 428.

⁵⁰⁴ GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 428.

⁵⁰⁵ In questi termini GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 426.

*politico–sociale, che una disposizione di carattere generale, la quale escludesse il rispetto della volontà del testatore in ordine alla destinazione ulteriore dei beni, potrebbe essere pericolosa e in ogni caso sarebbe poco conveniente, perché eserciterebbe una spinta contraria allo spirito di beneficenza, al quale va lasciato, quanto più è possibile, libero campo di manifestarsi*⁵⁰⁶.

Già dunque sulla base dell'interpretazione della volontà storica del legislatore pare doversi ammettere la possibilità per il fondatore di inserire nell'atto di fondazione una c.d. clausola di reversibilità, per mezzo della quale disporre in ordine alla destinazione ulteriore dei beni che dovessero eventualmente residuare a seguito del procedimento di liquidazione dell'ente.

Ma, almeno ad avviso di chi scrive, tale opinione risulterebbe viepiù suffragata da una pluralità di indici normativi espressivi di una più ampia libertà di disporre in ordine alla destinazione del residuo attivo vuoi nella associazione⁵⁰⁷, vuoi nella fondazione.

Si prendano a riferimento, ad esempio, gli artt. 24 e 37 c.c., laddove viene prevista l'impossibilità per gli associati receduti o esclusi di ottenere il rimborso dei contributi versati. Secondo la tesi qui esaminata, tali articoli imporrebbero, se letti in combinato disposto, di procedere ad una devoluzione disinteressata del residuo attivo di liquidazione: si sostiene infatti che, poiché non è ammessa la liquidazione della quota dell'associato uscente, risulterebbe incongruo consentire una disparità di trattamento con gli associati superstiti⁵⁰⁸.

Di là del fatto che la norma volta a vietare la ripartizione tra gli associati superstiti dei beni residui è stata espunta dalla versione definitiva del codice civile, stante l'acclarata esistenza di associazioni che si propongono di

⁵⁰⁶ *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, n. 53.

⁵⁰⁷ Tra gli altri, sono favorevoli alla divisibilità del fondo comune dopo lo scioglimento dell'associazione RESCIGNO P., *Associazioni non riconosciute e capacità di testimoniare*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, II, p. 170; RUBINO D., *Le associazioni non riconosciute*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 227; VOLPE PUTZOLU G., *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 259.

⁵⁰⁸ GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 212.

perseguire scopi ad esclusivo vantaggio degli associati⁵⁰⁹, pare qui di potersi replicare che tale paventata disparità di trattamento non lede l'affidamento degli associati, sia perché questi sono *ab initio* consapevoli della disciplina cui saranno soggetti⁵¹⁰, sia perché la normativa qui commentata è espressione della risoluzione *ex lege* del conflitto tra, da un lato, l'interesse dell'associato uscente a vedersi liquidare la sua quota e, dall'altro, quello degli altri associati a non vedere pregiudicata, in ragione della decurtazione del patrimonio della associazione, la realizzazione delle finalità istituzionali dell'ente⁵¹¹, conflitto che non ha più ragione di essere una volta intervenuto lo scioglimento e la conseguente liquidazione dell'ente⁵¹².

Un altro elemento in tal senso è rappresentato, poi, dall'art. 2500 *octies* c.c., laddove si ammette la trasformazione eterogenea in società di capitali, tra le altre, di associazioni riconosciute e fondazioni.

Nello specifico, con riguardo alle associazioni riconosciute si prevede che la delibera di trasformazione debba essere assunta con la maggioranza richiesta dalla legge o dall'atto costitutivo per lo scioglimento anticipato, salvo che questa sia esclusa dall'atto costitutivo ovvero, per determinate categorie di associazioni, dalla legge. In ogni caso, non è ammessa la trasformazione in società di capitali di associazioni che abbiano ricevuto contributi pubblici ovvero liberalità e oblazioni dal pubblico. Inoltre, ai sensi del terzo comma,

⁵⁰⁹ AURICCHIO A., voce “*Associazioni riconosciute*”, *cit.*, p. 915.

⁵¹⁰ PREITE D., *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 331.

⁵¹¹ Così CARRABBA A. A., *Lo scopo delle associazioni e delle fondazioni (art. 1, co. 3, D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361)*, *cit.*, p. 775. Secondo BASILE M., *Gli enti “di fatto”*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno P., 2, I, 1982, p. 313, invece, non verrebbe affatto violato il principio di parità, considerata la sostanziale diversità delle posizioni soggettive degli uni e degli altri associati.

⁵¹² A detta di PREITE D., *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, *cit.*, p. 329, d'altronde, tale disciplina, anziché espressione di un presunto interesse non patrimoniale degli associati, ben potrebbe essere spiegata alla luce della necessità di assicurare adeguata tutela ai terzi, rispetto ad un tipo organizzativo in cui i controlli sull'adeguatezza dei mezzi patrimoniali e il grado di pubblicità dei bilanci risultano di gran lunga meno efficaci a confronto della disciplina societaria.

il capitale della società risultante dalla trasformazione dovrà essere diviso in parti uguali tra gli associati, salvo diverso accordo tra questi ultimi.

Salvo il caso in cui l'associazione abbia ricevuto contributi pubblici ovvero liberalità e oblazioni dal pubblico, agli associati è dunque espressamente riconosciuto il potere di deliberare la trasformazione della associazione in una società di capitali e, per tale via, di entrare nella piena disponibilità del patrimonio dell'ente.

Se si conviene su ciò, non si vede il motivo per cui agli associati dovrebbe essere negata la possibilità di rientrare nella disponibilità dei beni prima destinati alla realizzazione dello scopo comune una volta esaurita la liquidazione della associazione, con ciò valorizzando, tra l'altro, l'autonomia loro espressamente riconosciuta dagli artt. 16, 28 e 31 c.c..

Tale principio potrebbe quindi essere esteso anche alle fondazioni, riguardo alle quali l'art. 2500 *octies*, co. 4, c.c., stabilisce che la trasformazione in società di capitali è disposta dall'autorità governativa su proposta dell'organo competente e che le partecipazioni da essa risultanti sono assegnate secondo le disposizioni dell'atto di fondazione o, in mancanza, dell'art. 31 c.c.⁵¹³.

Per il vero, già in passato in dottrina non si è mancato di rilevare come, salva sempre “*la destinazione statutaria fissata al momento della costituzione della persona giuridica*”, la presente materia è retta dal principio della destinazione del patrimonio allo scopo, sicché, se questo ridonda a favore di una cerchia determinata di persone – come nel caso di una fondazione di famiglia –, il patrimonio relitto deve essere senz'altro devoluto ad esse⁵¹⁴.

Alla luce delle considerazioni che precedono, l'art. 31 c.c. potrebbe dunque essere interpretato nel senso che sia al fondatore che agli associati è concesso di stabilire, mediante l'inserimento di una corrispondente clausola statutaria,

⁵¹³ Una trasformazione siffatta deve in ogni caso ritenersi preclusa anche per le fondazioni che abbiano ricevuto contributi pubblici ovvero liberalità e oblazioni dal pubblico. È inoltre da ritenere possibile, sulla falsariga di quanto previsto per la associazione dal comma terzo, che il fondatore escluda *ab initio* la trasformazione della fondazione in società di capitali.

⁵¹⁴ Così FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche, cit.*, p. 381.

quale sarà, a seguito dello scioglimento dell'ente, la destinazione del residuo attivo, se del caso anche prevedendo la sua devoluzione a “terze persone [fisiche]”⁵¹⁵. Nell'ipotesi in cui l'atto costitutivo – e, nell'associazione, l'eventuale delibera di scioglimento anticipato – nulla disponga sul punto, provvederà l'autorità governativa, attribuendo i beni ad altri soggetti che perseguono finalità – pubbliche o private, a seconda del caso – analoghe, in base al principio della destinazione del patrimonio allo scopo⁵¹⁶.

Si potrebbe così immaginare, sul modello della *Privatstiftung* austriaca, una fondazione di famiglia, di durata determinata⁵¹⁷, cui il futuro *de cuius* trasferisca una parte ovvero la totalità dei suoi beni – eventualmente ricomprendendo anche il complesso imprenditoriale di cui dovesse essere titolare, la cui conduzione *medio tempore* verrebbe affidata alla fondazione, gestita da soggetti muniti della necessaria professionalità e delle competenze tecniche e specialistiche di volta in volta richieste –, che destini le rendite derivanti dalla amministrazione del suo patrimonio a favore dei discendenti del *de cuius*, con la previsione della devoluzione del patrimonio che dovesse residuare a seguito del procedimento di liquidazione, in occasione dello scioglimento dell'ente, in capo a questi ultimi – e nel rispetto delle quote di riserva previste dalla legge a favore dei legittimari, in presenza di costoro⁵¹⁸.

⁵¹⁵ In questo senso già COSTI R., *Fondazione e impresa, cit.*, p. 14.

⁵¹⁶ Ciò che pare qui senz'altro ragionevole, nella misura in cui attraverso tale previsione viene limitata la discrezionalità di cui dispone l'autorità amministrativa nella determinazione del contenuto del provvedimento.

⁵¹⁷ Per far fronte al problema relativo al passaggio generazionale della ricchezza e, in ogni caso, in ragione del fatto che le stirpi familiari nel medio–termine si estinguono.

⁵¹⁸ Sul punto, v. *infra, sub* 4.5.

4.4 La successione necessaria e la quota di legittima ‘in natura’

Resta da ultimo la necessità di verificare la compatibilità di un eventuale utilizzo della fondazione come strumento per la trasmissione della ricchezza familiare con i principi di diritto successorio accolti dal nostro ordinamento.

È noto infatti che il nostro sistema, sebbene riconosca al soggetto, in linea di principio, la libertà di disporre, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, delle proprie sostanze, mediante il ricorso allo strumento testamentario, allo stesso tempo disciplina, agli artt. 536 e seguenti c.c., la successione necessaria⁵¹⁹.

Si tratta non già di un *tertium genus* di delazione⁵²⁰, accanto a quella legittima e a quella testamentaria – che rimangono così le uniche due fonti della successione *mortis causa* –, né di un’ipotesi particolare di successione a titolo particolare⁵²¹, bensì di una ‘specie’ di successione legittima – pur se caratterizzata da una peculiare e autonoma disciplina –, in certo qual modo ‘potenziata’⁵²² in quanto eccezionalmente prevalente sulla successione testamentaria secondo quanto previsto dall’art. 457, co. 3, c.c..

Per il tramite di essa il legislatore riserva una quota di eredità, la c.d. quota di riserva, a favore dei più stretti congiunti del *de cuius* – ovvero il coniuge, la

⁵¹⁹ Sul tema, cfr. DELLE MONACHE S., *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁵²⁰ In tal senso CASULLI V. R., voce “*Successioni (dir. civ.): Successione necessaria*”, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 787; GROSSO G – BURDESE A., *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli F., vol. XII, Torino, 1977, p. 355.

⁵²¹ È la tesi di FERRI L., *Dei legittimari*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja A. – Branca G., *Libro secondo – Delle successioni* (artt. 536–564), Zanichelli, Bologna–Roma, 1981, p. 7.

⁵²² In questi termini la dottrina prevalente, tra cui BARASSI L., *Le successioni a causa di morte, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 37; CARIOTA FERRARA L., *Le successioni a causa di morte, Parte generale*, Morano Editore, Napoli, 1977, p. 168; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 388. Si dice infatti che il diritto a ottenere la quota di riserva è riconosciuto ai legittimari dalla legge stessa e che le uniche due forme di delazione previste nel nostro ordinamento sono quella testamentaria e quella legittima.

persona unita civilmente, i figli e, in mancanza di questi ultimi, gli ascendenti –, altrimenti noti come legittimari.

A sostegno di ciò si rileva come ripugnerebbe alla coscienza collettiva se tutti i beni del defunto fossero lasciati ovvero donati ad un soggetto estraneo al nucleo familiare ovvero ancora ad uno soltanto dei congiunti più stretti, a discapito degli altri⁵²³.

Il legislatore ha accolto in materia il principio c.d. della intangibilità – in senso ‘quantitativo’⁵²⁴ – della legittima⁵²⁵, in forza del quale ai legittimari viene riconosciuto un diritto inviolabile a ottenere una certa quota del patrimonio del proprio congiunto, anche nel caso in cui il *de cuius* ne abbia diversamente disposto per testamento ovvero per donazione⁵²⁶.

In conseguenza di ciò, secondo quanto disposto dall’art. 549 c.c., al testatore è vietato, a pena di nullità, imporre pesi e condizioni sulla quota spettante ai legittimari.

Inoltre, nel caso in cui il *de cuius* leda i diritti dei legittimari mediante disposizioni testamentarie ovvero a mezzo di donazioni poste in essere durante la sua vita, questi ultimi possono esperire l’azione di riduzione, disciplinata agli artt. 553 e seguenti c.c., al fine di vedersi reintegrati nella quota loro riservata dalla legge.

Infatti, le donazioni e le disposizioni testamentarie lesive dei diritti dei legittimari, pur essendo valide e produttive di effetti, sono riducibili a seguito dell’esercizio vittorioso da parte dei legittimari lesi ovvero pretermessi della “azione di riduzione”.

⁵²³ TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 1352.

⁵²⁴ Ovvero il diritto a ottenere una certa quota del patrimonio del defunto, e non, invece, in senso ‘qualitativo’, consistente nel diritto di vedersi attribuita una quota su ciascuno dei beni che compongono l’asse ereditario.

⁵²⁵ BUSANI A., *La successione mortis causa*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano – Padova, 2020, p. 523.

⁵²⁶ Tale principio è sancito dall’art. 457, co. 3, c.c., il quale prevede espressamente che: «Le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari».

Al passaggio in giudicato di tale sentenza di accertamento costitutivo⁵²⁷ consegue l'inefficacia nei confronti dei legittimari degli atti dispositivi per mezzo dei quali il *de cuius* ha leso i loro diritti, con la conseguenza che i beni che ne formano oggetto tornano nel patrimonio ereditario, come se l'atto fosse *tamquam non esset*, per poi essere devoluti, *ex lege*, a favore dei legittimari stessi⁵²⁸.

Si noti inoltre che, secondo quanto previsto dall'art. 809 c.c., sono passibili di riduzione non solo le donazioni “formali”, ovvero quelle attuate mediante il ricorso al contratto di donazione vero e proprio, disciplinato agli artt. 769 e seguenti c.c., bensì anche tutte le altre liberalità – note come liberalità “indirette” o atipiche – che pure risultino da atti diversi rispetto a quest'ultimo⁵²⁹.

⁵²⁷ MENGONI L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu A. – Messineo F. e continuato da Mengoni L., Giuffrè, Milano, 2000, p. 232.

⁵²⁸ MENGONI L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, *cit.*, p. 236.

⁵²⁹ Sul punto, v. *infra*, sub 4.5.

4.5 L'assoggettabilità dell'atto di dotazione all'azione di riduzione

Occorre passare ora ad analizzare il problema relativo alla eventuale assoggettabilità dell'atto di dotazione della fondazione all'azione di riduzione esperita da parte del legittimario leso ovvero pretermesso.

Si è visto *supra* come, in punto di costituzione della fondazione, sia invalsa la tradizionale distinzione tra atto di fondazione, con cui un soggetto manifestava la volontà di destinare parte del suo patrimonio al perseguimento di un certo scopo da lui stesso individuato, disciplinando altresì la struttura organizzativa dell'erigenda fondazione, e atto di dotazione, per mezzo del quale il fondatore trasferiva all'ente così costituito taluni suoi beni, affinché questo potesse concretamente realizzare il suo programma.

Così atomisticamente considerato l'atto di dotazione veniva ricondotto alla figura vuoi della donazione, vuoi della istituzione di erede ovvero del legato, con la conseguenza che esso avrebbe potuto formare oggetto, al pari di questi, dell'azione di riduzione eventualmente esperita da parte dei legittimari lesi ovvero pretermessi⁵³⁰.

È stato però da tempo messo in luce in dottrina come tale distinzione fosse frutto di un 'artificio di costruzione teorica', altro non rispondendo che ad un'esigenza di "economia del pensiero" tipica del giurista, ovvero quella di ricondurre alla tipologia giuridica tradizionale le figure da essa difformi, e, nella specie, l'effetto traslativo del negozio di fondazione alle figure dell'istituzione di erede o del legato ovvero della donazione⁵³¹.

⁵³⁰ GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 205

⁵³¹ GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 205. In effetti, la distinzione tra atto di fondazione e atto di dotazione è stata per la prima volta proposta da NICOLÒ R., *Negoziio di fondazione. Istituzione di erede*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, p. 386, allo scopo di ovviare allo stato di incertezza in cui si sarebbero altrimenti venuti a trovare i beni da trasferire all'erigendo ente in caso di fondazione disposta per testamento. Così opinando, infatti, l'atto di dotazione sarebbe stato attratto nell'ambito di applicazione dell'art. 600 c.c., con la conseguenza che tale disposizione avrebbe perso efficacia [*rectius*: non la avrebbe mai acquistata] se entro un anno dal giorno in cui il testamento fosse divenuto eseguibile non fosse stata presentata istanza per ottenere il riconoscimento della fondazione.

D'altronde, si è segnalato come una simile qualificazione dell'atto di dotazione si rivelerebbe puramente nominale, dal momento che ad esso non risulterebbero comunque applicabili tutte quelle norme sulle successioni o sulle donazioni – la maggior parte, per la verità – che presuppongono la qualificazione dei beni come eredità o della vicenda traslativa come successione a titolo universale⁵³².

In effetti, l'atto di dotazione della fondazione non trova in sé la propria giustificazione causale; esso si spiega soltanto se letto in uno con l'atto di fondazione, sicché parrebbe preferibile discorrere di un unitario negozio di fondazione, preordinato alla destinazione di beni per lo svolgimento, in forma organizzata, di un'attività diretta al perseguimento di uno scopo specifico⁵³³.

Del resto, anche la giurisprudenza più recente ha rilevato come la netta bipartizione, operata nella dottrina e nella giurisprudenza risalenti, tra atto di fondazione, diretto alla creazione di un nuovo soggetto di diritto, e atto di dotazione patrimoniale in favore dello stesso ha lasciato spazio, nelle elaborazioni successive, ad una diversa ricostruzione del fenomeno,

⁵³² GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 206. Come, ad esempio, quelle sull'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario, come statuito da Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24813, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 4, 2009, pp. 416 e ss..

⁵³³ PALAZZO A., *Le donazioni indirette*, in *La donazione*, I, diretto da Bonilini G., U.T.E.T., Torino 2001, p. 75, rileva che «[l'] attività negoziale dalla quale prende vita la fondazione è un evidente caso in cui un atto di disposizione patrimoniale, effettuato per spontaneità, determina la destinazione di beni alla realizzazione di uno scopo determinato, con l'ulteriore specificazione di una organizzazione, per la quale il fondatore detta una serie di precetti. [...] è il profilo della costituzione dell'ente che qualifica la volontà del disponente. [...] l'autore dell'atto deve in ogni caso enunciare lo scopo della fondazione, e destinarvi un patrimonio in grado di realizzarlo. L'attività di disposizione patrimoniale e quella di organizzazione sono pertanto legate fra di loro [...]. In tal senso, il negozio di fondazione è unico, e la dotazione, a differenza delle donazioni non ha causa autonoma, ma la ritrova nella stessa fondazione dell'ente». In senso analogo anche IACCARINO G., *Le principali ipotesi di donazioni indirette*, in *Successioni e donazioni*, diretto da Iaccarino G., U.T.E.T., Milano, 2017, p. 2586: «Nell'attività negoziale dalla quale prende vita una fondazione, il momento della disposizione patrimoniale e quello dell'organizzazione sono intimamente legati tra di loro: in particolare, la dottrina più moderna ha da ciò desunto che l'atto di dotazione con il quale si conferiscono i beni alla fondazione è parte del negozio di fondazione e non ha causa autonoma, rinvenendo la sua giustificazione nella creazione del nuovo ente»; nonché già GALGANO F., *Delle persone giuridiche, cit.*, p. 207 e FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche, cit.*, p. 241.

caratterizzata da una sostanziale inscindibilità fra i due momenti. Così ricondotto ad unità, l'atto di fondazione “*si compone attraverso una compenetrazione dei due momenti, quello della volontà di erezione dell'ente e quello dell'attribuzione patrimoniale – dell'atto di costituzione e di quello proprio di fondazione, in cui trova causa il primo*”⁵³⁴.

A questo punto però, ritornando alla questione da cui siamo partiti, occorre domandarsi se l'attribuzione patrimoniale che il fondatore effettua a favore della costituenda fondazione attraverso il negozio di fondazione rientri o meno tra le disposizioni patrimoniali rilevanti ai fini del calcolo della quota di riserva, ovvero se in essa debba essere necessariamente ravvisata una liberalità indiretta ai sensi dell'art. 809 c.c. – posto che, come appena visto, di donazione diretta e formale non si tratta –, con la conseguente sua potenziale riducibilità in caso di lesione dei diritti dei legittimari.

Al riguardo la dottrina tradizionale è orientata nel senso di ritenere l'atto in questione, in quanto atto a titolo gratuito, senz'altro riducibile⁵³⁵.

In questo caso, però, al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione conseguirebbe non già, come tipicamente accade, l'immediata dichiarazione di inefficacia, nei confronti dei legittimari, dell'atto lesivo e la conseguente devoluzione *ex lege* a loro favore dei beni che ne formavano oggetto.

Il negozio di fondazione si caratterizza infatti per essere un negozio l'esecuzione del quale implica lo svolgimento di un'attività esterna, volta a intrattenere rapporti con i terzi, da cui l'esigenza di salvaguardare quanti,

⁵³⁴ In questo senso, Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24813, *cit.*, poi seguita da Cass. civ., 4 luglio 2017, n. 16409, in *Corriere giur.*, 2018, p. 942, ove peraltro si rileva che l'atto di fondazione è un “*negozio unilaterale mediante il quale il fondatore enuncia un determinato scopo, predispone la struttura organizzativa che dovrà provvedere alla sua realizzazione, e fornisce i mezzi patrimoniali necessari al conseguimento dello scopo enunciato. Si intende perciò superata la ricostruzione che propende per la distinzione tra atto di fondazione e atto di dotazione, intesi come negozio principale e negozio accessorio, distinzione che aveva altresì indotto a considerare il trasferimento patrimoniale attuato con l'atto di dotazione come un'istituzione di erede, o un legato, se l'atto di fondazione sia contenuto in un testamento, ovvero quale donazione, se la fondazione venga costituita per atto tra vivi*”.

⁵³⁵ Così TORRENTE A., *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu A. – Messineo F., Giuffrè, Milano, 1956, p. 167; GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, *cit.*, p. 207.

prima dell'accertamento dell'invalidità di esso, abbiano instaurato rapporti con la fondazione⁵³⁶.

Ne deriva che anche al negozio di fondazione dovrebbe ritenersi applicabile il principio enunciato dall'art. 2332 c.c. in tema di nullità di s.p.a.⁵³⁷, con la conseguenza che il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione non determinerà l'originaria inefficacia del negozio, bensì l'estinzione della fondazione: in particolare, la sentenza che accoglie l'azione di riduzione dichiara estinta la fondazione e i legittimari eserciteranno l'azione di restituzione sui beni che residuano dopo l'esaurimento della liquidazione⁵³⁸.

Pare però appena il caso di rilevare come l'art. 809 c.c. non assume a proprio termine di riferimento, genericamente, gli atti a titolo gratuito, bensì, più specificamente, le "liberalità", anche se risultanti da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c., ovvero dal contratto di donazione.

Occorre dunque comprendere che cosa debba intendersi per "liberalità", come categoria solo in parte coincidente con quella, più ampia,

⁵³⁶ GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, cit., p. 210.

⁵³⁷ Come rilevato da CAMPOBASSO G. F., *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, U.T.E.T., Torino, 2003, p. 29, la disciplina di cui all'art. 2332 c.c. opera un bilanciamento tra, da un lato, l'interesse a sanzionare i vizi strutturali, che non giustificano la continuazione dell'organizzazione societaria, e, dall'altro, l'interesse a tutelare i terzi che a vario titolo abbiano intrattenuto rapporti con la società, e quindi, in ultima analisi, alla salvaguardia della sicurezza dei traffici e della certezza dei rapporti. Si tratta di una disciplina affatto speciale rispetto al sistema dell'invalidità negoziale, sia per quanto riguarda gli effetti che scaturiscono dalla dichiarazione di nullità, sia – soprattutto dopo l'integrazione del testo originario ad opera del d.P.R. 29 dicembre 1969, n. 1127, emanato in attuazione della prima direttiva CEE di armonizzazione della disciplina societaria – in relazione alla individuazione delle cause di nullità. Infatti, in applicazione dei principi di pubblicità e di affidamento, l'iscrizione dell'atto costitutivo della società nel registro delle imprese rende inopponibile ai terzi la nullità dello stesso.

⁵³⁸ Secondo la dottrina precedente, invece, in caso di vittorioso esperimento avverso l'atto di dotazione della fondazione vuoi dell'azione revocatoria da parte dei creditori, vuoi dell'azione di riduzione da parte dei legittimari, l'ente avrebbe continuato a vivere "non dotato" e ne sarebbe solo eventualmente conseguito, in presenza dei presupposti prescritti dalla legge, lo scioglimento per impossibilità di funzionamento. In questo senso FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, cit., p. 246.

di “gratuità”: se infatti ogni atto liberale è anche, necessariamente, a titolo gratuito, non è sempre vero il contrario, dal momento che ben può essere ipotizzato un atto a titolo gratuito che non costituisca però una liberalità⁵³⁹.

Com'è noto, in un primo momento si è suggerito di concepire la liberalità come causa della donazione⁵⁴⁰. Tale impostazione finirebbe però per rivelarsi tautologica, nella misura in cui propone di identificare lo spirito di liberalità con la volontà di donare. Inoltre, così ragionando si corre il rischio di confondere lo spirito di liberalità con la motivazione subiettiva che spinge il soggetto ad effettuare la donazione⁵⁴¹.

È stata allora avanzata l'idea di concepire la liberalità non più come causa, bensì come “effetto economico del contratto”⁵⁴², ovvero quale risultato degli atti posti in essere con la volontà di realizzare un oggettivo incremento del patrimonio del beneficiario⁵⁴³.

In senso contrario si è replicato che, sebbene l'arricchimento del donatario rappresenti un *naturale negotii*, esso non costituisce tuttavia un carattere indefettibile della donazione: ben potrebbe darsi il caso, ad esempio, in cui l'adempimento del *modus* apposto alla donazione esaurisca per intero il valore della cosa donata (art. 793 c.c.).

Oltre a ciò non ci si deve dimenticare che la donazione non è il contratto che semplicemente arricchisce il donatario, ma quello che lo arricchisce in virtù dello «*spirito di liberalità*» del donante (art. 769 c.c.), che altrimenti non sarebbe possibile distinguere l'atto liberale da quello gratuito⁵⁴⁴.

⁵³⁹ In tema, si v. le considerazioni di GAROFALO L., *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di Garofalo L., Cedam, Padova, 2011, pp. 1 e ss..

⁵⁴⁰ OPPO G., *Adempimento e liberalità*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 76.

⁵⁴¹ BUSANI A., *Il patto di famiglia. L'accordo di famiglia – La fondazione di famiglia*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano – Padova, 2019, p. 694.

⁵⁴² CATAUDELLA A., *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone M., V, Giappichelli, Torino, 2005, p. 6.

⁵⁴³ In questo senso CARNEVALI U., voce “*Liberalità (atti di)*”, in *Enc. del dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 215.

⁵⁴⁴ BUSANI A., *Il patto di famiglia. L'accordo di famiglia – La fondazione di famiglia*, cit., p. 695.

Si è quindi suggerito di identificare la liberalità bensì con un'attribuzione patrimoniale in assenza di corrispettivo, la quale tuttavia deve essere preordinata a soddisfare un interesse di natura non patrimoniale del disponente⁵⁴⁵. Si ritorna così all'idea della liberalità come causa del contratto, da intendersi però ora – alla luce delle più recenti acquisizioni in materia di causa del contratto – non più come “funzione economico sociale” del negozio liberale⁵⁴⁶, ma come “funzione economico individuale” – ovvero come causa in concreto⁵⁴⁷ – dell'atto specificamente posto in essere⁵⁴⁸.

Del resto in dottrina non si è mancato di rilevare come la costituzione di un fondo patrimoniale non rappresenta, per sua essenza, una liberalità, ma può divenirlo se il diritto sui beni viene attribuito solo per beneficiare i coniugi – o un singolo coniuge – in assenza di un obbligo giuridico. Nulla

⁵⁴⁵ CECCHINI A., *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 262.

⁵⁴⁶ Come si legge in TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, cit., p. 581, “per i contratti tipici ... l'esistenza e la liceità della «causa», ossia della giustificazione di quel tipo o modello di accordo, di una sua funzione che lo rende meritevole di tutela giuridica, è già valutata positivamente, in linea di principio, dalla legge; ma resta da valutare se anche in concreto un certo contratto sia meritevole di approvazione”. In questo senso, in giurisprudenza, v. Cass. civ., 14 settembre 2012, n. 15449, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 6, p. 2063; nonché Cass. civ., 29 maggio 2014, n. 12061, in *Iusexplorer*.

⁵⁴⁷ Il tema è ampiamente noto in dottrina e in giurisprudenza. *Ex multis*, cfr., in dottrina, ROPPO V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 957 e ss.; BIANCA C. M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 256 e ss.; SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato sul contratto*, diretto da Roppo V., II, *Il regolamento*, a cura di Vettori G., Milano, 2006, pp. 86 e ss.; ID., *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 588 e ss.; in giurisprudenza, Cass. civ., SS. UU., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Giur. comm.*, 2019, 6, II, pp. 1362 e ss., nonché Cass. civ., SS. UU., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Rivista del Notariato*, 2015, 1, pp. 192 e ss..

⁵⁴⁸ Sul punto, cfr. anche AMADIO G., *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, in AA.VV., *Liberalità non donative e attività notarile*, I *Quaderni della Fondazione del Notariato*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2008, p. 18, a detta del quale la nozione di liberalità “atipica” dovrebbe ritenersi «comprensiva di tutte le fattispecie negoziali volte a procurare al beneficiario un vantaggio economico, in vista della realizzazione di un interesse non patrimoniale del disponente, mediante strutture precettive diverse dalla diretta disposizione di un proprio diritto e dall'assunzione di un obbligo da parte del secondo nei confronti del primo».

esclude però che per il tramite di esso si adempia al dovere di contribuzione o a un obbligo di mantenimento nel caso di separazione⁵⁴⁹.

Anche in punto di revocatoria dell'atto istitutivo di *trust* non si è mancato di rilevare come per determinare la natura onerosa ovvero gratuita dell'atto di dotazione risulti indispensabile procedere ad un esame del complesso degli interessi di volta in volta coinvolti nella singola fattispecie concreta: infatti, laddove il *settlor* intenda arricchire i beneficiari, l'atto sarà a titolo gratuito; se invece il *settlor* dà vita ad un *trust* al fine di adempiere una sua obbligazione nei confronti di tali soggetti, allora l'atto in parola presenterà natura onerosa⁵⁵⁰.

Calando le considerazioni che precedono con riguardo al negozio di fondazione, se è indubbio che sia ravvisabile una attribuzione patrimoniale in assenza di corrispettivo, pare invece di non potersi affermare a priori che esso miri sempre ed indefettibilmente a realizzare un interesse di natura non patrimoniale del disponente.

Infatti, mentre mira senz'altro a soddisfare un interesse di natura non patrimoniale del fondatore l'erezione di una fondazione destinata a perseguire uno scopo di beneficenza, un interesse di tal fatta potrebbe invero mancare nel caso in cui un soggetto intenda dare vita ad una fondazione al fine di conservare e trasmettere il suo patrimonio in favore dei suoi discendenti. In una simile ipotesi, come pure si è detto, pare piuttosto che il negozio di fondazione miri a realizzare l'interesse del fondatore, tutt'affatto egoistico e

⁵⁴⁹ In questi termini MAGGIOLO M., *Il fondo patrimoniale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza. La famiglia*, a cura di Cendon P., II, U.T.E.T., Torino, 2000, p. 367. Quanto invece alla costituzione da parte di un terzo, essa sarà, per lo meno tendenzialmente, animata da spirito liberale, ma non si può escludere di potere ravvisare l'adempimento di un dovere morale nella costituzione da parte di parenti prossimi dei coniugi. In effetti in dottrina è stato efficacemente dimostrato che solo accedendo alla tesi della causa in concreto anche in relazione agli atti unilaterali risulta possibile cogliere appieno il significato del singolo atto di autonomia, anche e soprattutto al fine della individuazione della disciplina di volta in volta applicabile. In tema, cfr. QUADRI R., *La rinunzia al diritto reale immobiliare*, cit., p. 58.

⁵⁵⁰ GALLARATI A., *L'azione revocatoria degli atti dispositivi in trust*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 776 e ss..

di natura senz'altro patrimoniale, a sottrarre parte dei suoi beni alla sorte cui sarebbero altrimenti destinati⁵⁵¹.

Si potrebbe certo obiettare che così opinando verrebbe ad essere del tutto vanificata la disciplina dettata dal legislatore a tutela delle ragioni dei più stretti congiunti del futuro ereditando.

Ad una simile obiezione verrebbe però fatto di replicare che, nonostante l'inderogabilità della disciplina sulla successione necessaria, i legittimari, fino al momento della apertura della successione del futuro *de cuius*, non vantano alcuna pretesa giuridicamente tutelata rispetto ai beni che compongono il patrimonio di tale soggetto⁵⁵²; soggetto cui, peraltro, nulla vieta di dilapidare a suo piacimento le proprie ricchezze, senza lasciare alcunché da devolvere in successione.

Inoltre, nella misura in cui un soggetto ritenesse di ricorrere alla fondazione di famiglia allo scopo di devolvere il suo patrimonio ai propri discendenti – in ipotesi legittimari – senza rispettare le quote di riserva loro riservate dalla legge – ad esempio, prevedendo una distribuzione delle rendite ovvero del patrimonio relitto non corrispondente alla quota di legittima altrimenti loro spettante –, l'eventuale presenza in capo al fondatore della volontà di arricchire uno o più legittimari a discapito di uno o degli altri consentirebbe di ravvisare, alla base della erezione della fondazione, la presenza di un interesse di natura non patrimoniale del disponente, con la conseguente sua potenziale riducibilità ai sensi dell'art. 809 c.c..

⁵⁵¹ BUSANI A., *Il patto di famiglia. L'accordo di famiglia – La fondazione di famiglia*, cit., p. 697. Aderendo all'impostazione suggerita nel testo si potrebbe pure sostenere, sulla scorta delle considerazioni svolte *supra*, *sub* nt. 549, che in taluni casi l'erezione di una fondazione possa costituire adempimento di un dovere morale o sociale gravante sul fondatore, con la conseguenza che anche il negozio di fondazione che desse vita ad una fondazione siffatta dovrà ritenersi escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 809 c.c..

⁵⁵² Su tale tematica v. però *infra*, *sub* nt. 556.

4.6 La tutela dei legittimari nell'attuale quadro di valori costituzionali

Quand'anche si ritenesse di non condividere le considerazioni che precedono, ritenendo che il negozio di fondazione, in quanto sempre diretto a soddisfare un interesse di natura non patrimoniale del fondatore, risulti senz'altro riducibile, con tutte le conseguenze che ne derivano e di cui si è dato conto, ci si potrebbe invece interrogare, sulla scia di autorevole dottrina, sulla opportunità di procedere ad una riforma del diritto delle successioni, mutando natura al diritto riservato ai legittimari e convertendolo, in particolare, in un credito ad un valore⁵⁵³.

In effetti, da più parti si è segnalato come, a seguito del mutamento della realtà socio-economica oggetto di regolazione, le norme sulla successione necessaria avrebbero definitivamente perduto la loro giustificazione assiologica: in tal senso, basti pensare, in primo luogo, alla mutata configurazione del modello familiare assunto a base della disciplina, tramutato da quello allargato, tipico della famiglia patriarcale a quello nucleare e ristretto, caratteristico della comunità genitori-figli. Il nucleo familiare avrebbe poi perduto quella funzione produttiva e, in senso lato, “politica” che gli era propria, per passare ora a svolgere invece un ruolo di natura prettamente “affettivo-assistenziale”. Inoltre, non può non sottolinearsi il nuovo e via via più crescente ruolo riconosciuto al coniuge⁵⁵⁴.

Ma ad essere mutato, come peraltro si è già visto *supra*, sarebbe pure il dato economico-patrimoniale di riferimento: sia nella natura dei beni, dal momento che, con sempre maggiore frequenza, i patrimoni più significativi

⁵⁵³ Per un commento alla recente proposta di riforma contenuta nel disegno di legge delega per la revisione del codice civile, cfr. DELLE MONACHE S., *La legittima come diritto di credito nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, 3, p. 37. Sul tema, v. *amplius* DELLE MONACHE S., *Abolizione della successione necessaria?*, in *Rivista del Notariato*, 2007, pp. 815 e ss..

⁵⁵⁴ AMADIO G., *Lezioni di diritto civile*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. 345.

sono in prevalenza costituiti da una ricchezza finanziaria e di impresa⁵⁵⁵; sia negli strumenti di accumulazione della ricchezza, rappresentati non più dalla sola provenienza successoria, bensì dal reddito risparmiato ovvero variamente investito; sia, da ultimo, per l'emersione di nuovi statuti proprietari, i quali suggeriscono l'impiego di strumenti alternativi di trasmissione.

D'altro canto, non sono neppure mancati taluni interventi di riforma: ci si riferisce, in particolare, all'introduzione, agli artt. 561 e 563 c.c., dell'opposizione alla donazione⁵⁵⁶, disciplinata in termini di onere per conservare l'azione di restituzione nei confronti dei terzi aventi causa dal donatario e che, per espressa previsione legislativa, risulta rinunziabile; oltre che del patto di famiglia, disciplinato agli artt. 768 *bis* e ss.⁵⁵⁷.

In tal senso si potrebbe dunque ipotizzare che, nel nostro caso, a fronte di una lesione dei diritti riservati dalla legge ai legittimari, sorga in capo a questi ultimi un diritto di credito nei confronti della fondazione, con la conseguenza che si correrebbe il rischio di assistere allo scioglimento di essa non già in ogni caso – come accadeva prima, con una tutela di tipo reale dei diritti dei legittimari –, bensì soltanto nell'ipotesi in cui, per reintegrare le ragioni di costoro, l'ente verrebbe a disporre di un patrimonio del tutto insufficiente in vista della realizzazione del suo scopo istituzionale.

⁵⁵⁵ PADOVINI F., *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Rivista del Notariato*, 2008, V, p. 1007.

⁵⁵⁶ Nello specifico è stato introdotto un termine ventennale decorso il quale, senza che venga promossa l'azione di riduzione, la proprietà del bene donato, così come i pesi su di esso gravanti, si consolidano in capo al terzo avente causa dal donatario. Il decorso di tale termine è però sospeso nei confronti del coniuge e dei parenti in linea retta del donante i quali abbiano notificato e trascritto, nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa, un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione. È previsto inoltre che l'opposizione perde effetto se non viene rinnovata prima che siano trascorsi venti anni dalla sua trascrizione. Il legislatore ha così scelto di attribuire rilevanza giuridica a situazioni ereditarie prima della formale apertura della successione. In tema, v. le considerazioni di CAPRIOLI R., *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563 c.c.. Conseguenze sulla circolazione dei beni immobili donati*, in *Rivista del Notariato*, 2005, p. 1028.

⁵⁵⁷ Per un commento al nuovo istituto, v. DELLE MONACHE S., *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, *cit.*, pp. 889 e ss..

Ad ogni modo, occorre dare atto *de iure condito* di quell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, inaugurato fin dal 2010, che, in caso di liberalità indirette, esclude la possibilità per i legittimari lesi ovvero pretermessi di esperire l'azione di restituzione: in casi simili, si dice, il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta dev'essere ottenuto dal legittimario leso con le modalità tipiche del diritto di credito⁵⁵⁸.

Per il vero, tale orientamento giurisprudenziale sembra far propri gli esiti cui è giunta la dottrina che recentemente si è occupata degli effetti derivanti dall'esercizio dell'azione di riduzione in caso di liberalità atipiche⁵⁵⁹.

In casi simili vi è concordia sul fatto che l'oggetto della liberalità vada individuato non tanto nel depauperamento del patrimonio del beneficiante, quanto piuttosto nel bene di cui si arricchisce il patrimonio del beneficiario; bene al recupero del quale dovrebbe quindi essere volta l'azione di riduzione.

Tuttavia, se solo si consideri il procedimento attraverso il quale il beneficiario acquisisce tale bene al proprio patrimonio, è dato riscontrare come tra quest'ultimo e l'autore della liberalità non intercorre alcun rapporto negoziale diretto, rapporto che invece si instaura solamente tra beneficiario e terzo dante causa della situazione giuridica considerata.

In un'ipotesi siffatta all'azione di riduzione non potrà riconoscersi l'effetto di fare rientrare nel patrimonio del *de cuius* un bene che non ha mai fatto parte del medesimo, con la conseguenza che risulta impossibile affermare «*che la sentenza di riduzione rende inefficace ex tunc con retroattività reale il titolo di acquisto del donatario*»⁵⁶⁰.

Si è quindi suggerito di riconoscere alla sentenza che accoglie l'azione di riduzione, in caso di liberalità atipiche, una peculiare natura costitutiva,

⁵⁵⁸ Cass. civ., 12 maggio 2010, n. 11496, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, I, p. 1238, con nota di TODESCHINI PREMUDA A., *Liberalità atipiche ed azione di riduzione: dalla legittima in natura alla legittima come diritto di credito*.

⁵⁵⁹ AMADIO G., *Azione di riduzione liberalità non donative (sulla legittima «per equivalente»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 691 e ss..

⁵⁶⁰ CARNEVALI U., *Riduzione delle donazioni indirette*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni – I – Le ragioni del diritto*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 137.

individuando direttamente in essa il titolo per la retrocessione del bene in oggetto dal beneficiario al legittimario vittorioso.

Si disconoscerebbe però così il meccanismo alla base dell'azione di riduzione, ovvero l'operare della vocazione necessaria ed il conseguente acquisto della quota di riserva da parte del legittimario in qualità di erede e, quindi, direttamente come successore del *de cuius*.

Per altri, invece, in omaggio al principio di unitarietà dell'azione di riduzione, che «non può non essere in ogni caso identica a se stessa», l'azione di riduzione deve essere in ogni caso concepita in termini di impugnativa negoziale, dirigendosi in particolare in ipotesi di liberalità indirette contro quell'accordo 'configurativo' che intercorrerebbe necessariamente tra disponente e beneficiario, qualificando come liberale la complessa fattispecie posta in essere e che rappresenterebbe la causa dell'arricchimento del beneficiario⁵⁶¹.

Senonché, da ultimo, si è segnalato come in caso di liberalità atipiche la pretesa del legittimario non può che essere diretta ad acquisire per equivalente il valore dell'oggetto della liberalità. In tal senso, l'azione di riduzione fungerebbe da presupposto per la costituzione di un diritto di credito in favore del legittimario, commisurato al valore della liberalità⁵⁶².

Dunque, all'azione di riduzione può esser riconosciuta quella peculiare valenza, di cui agli artt. 561 e 563 cod. civ., di recupero di carattere reale del bene riattrato nella massa caduta in successione solo in presenza di una liberalità tipica⁵⁶³.

D'altronde, si è detto che l'attenuarsi della tutela per il legittimario in presenza di liberalità non donative risulterebbe giustificata dal diverso

⁵⁶¹ MENGONI L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, cit., p. 256.

⁵⁶² AMADIO G., *Azione di riduzione liberalità non donative (sulla legittima «per equivalente»)*, cit., p. 701.

⁵⁶³ AMADIO G., *Azione di riduzione liberalità non donative (sulla legittima «per equivalente»)*, cit., p. 702.

affidamento che ingenererebbe nei terzi un titolo di provenienza da cui non sarebbe possibile formalmente ricavare l'esistenza di una funzione liberale⁵⁶⁴.

⁵⁶⁴ AMADIO G., *Azione di riduzione liberalità non donative (sulla legittima «per equivalente»)*, cit., p. 710.

4.7 Uno sguardo alla disciplina dell'Erbrecht (cenni)

Svolgendo per un momento lo sguardo oltralpe, anche in area germanica il diritto alla legittima garantisce al suo titolare una quota minima del valore dell'eredità.

Per il diritto tedesco sono legittimari il coniuge del testatore, i discendenti di costui, nonché, in mancanza di questi ultimi, gli ascendenti (§§ 2303, 2307 BGB). Se un legittimario è stato pretermesso, egli può esigere dagli eredi la sua porzione di legittima, la cui misura è pari alla metà della quota spettantegli *ab intestato* (§ 2303 BGB)⁵⁶⁵. Se invece un legittimario è stato solamente leso, nel senso che il valore della quota a lui devoluta risulta inferiore alla quota di riserva, egli può chiedere ai coeredi la differenza tra ciò che gli è stato riconosciuto e la quota di legittima che gli spetta per legge (§ 2305 BGB)⁵⁶⁶.

Al fine di evitare uno svuotamento delle norme sulla legittima attraverso il ricorso a donazioni poste in essere in vita dal *de cuius*, il § 2325 BGB prevede il diritto al supplemento della legittima (*Pflichtteilsergänzungsanspruch*). Il legittimario può quindi esigere dal donatario il maggior valore di legittima che gli spetterebbe se la cosa donata venisse conteggiata nel calcolo dell'attivo ereditario. Non si tiene però conto delle donazioni intervenute da più di dieci anni dal momento dell'apertura della successione. Inoltre, fino a quel momento l'importo di cui dovrà tenersi conto ai fini del calcolo del valore del compendio ereditario diminuirà di un decimo al passare di ogni anno.

Il BGB non detta una disciplina speciale per le fondazioni, sicché anche i trasferimenti di beni effettuati in loro favore risultano soggetti alle norme ordinarie in materia di legittima⁵⁶⁷. Per il vero, la dotazione in favore di una fondazione non costituisce una donazione vera e propria ai sensi del § 2325

⁵⁶⁵ Cfr., sul punto, MÜLLER E., in *Erbrecht*, a cura di Burandt W. – Rojahn D., § 2303.

⁵⁶⁶ MÜLLER E., in *Erbrecht*, *cit.*, § 2305.

⁵⁶⁷ BGH v. 10.12.2003 – Az. IV ZR 249/0, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 1384; RAWERT P., *Stiftungserrichtung und Pflichtteilsergänzung*, in *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 1999, p. 153.

BGB, ma, ciononostante, si ritiene che ad essa tale norma si applichi per analogia⁵⁶⁸.

Di conseguenza, in caso di lesione dei diritti dei legittimari, la fondazione sarà obbligata a versare a questi ultimi la quota loro riservata dalla legge⁵⁶⁹.

Per taluni ciò non dovrebbe valere rispetto alle fondazioni di famiglia. Sul punto prevale tuttavia l'orientamento secondo cui se una fondazione siffatta è stata costituita in vita dal fondatore e non è ancora trascorso il termine di dieci anni dal momento della sua costituzione, essa sarà debitrice nei confronti dei legittimari per il diritto al supplemento di legittima a costoro spettante⁵⁷⁰.

In tale contesto, per scongiurare che la necessità di reintegrare i diritti spettanti ai legittimari possa determinare lo scioglimento della fondazione è possibile addivenire ad un accordo di rinuncia alla legittima ex § 2346 BGB⁵⁷¹.

Nell'ordinamento austriaco, invece, a seguito della riforma del diritto delle successioni intervenuta nel 2017, hanno diritto alla legittima coloro che in assenza di testamento sarebbero stati eredi (§ 758 Abs. 1 ABGB). In caso di lesione dei diritti dalla legge riservati ai legittimari, nasce in favore di costoro un diritto di credito a ottenere in denaro la loro porzione di legittima (§§ 761 f. ABGB).

Ai fini del calcolo della quota di riserva spettante ai legittimari occorre computare anche le donazioni effettuate in vita dal *de cuius* (*Schenkungsanrechnung*). Non vengono però prese in considerazione né le donazioni effettuate senza intaccare il capitale a fini di pubblica utilità, in adempimento di un obbligo morale ovvero per motivi di decenza (§ 784 ABGB), nonché quelle intervenute da più di due anni rispetto al momento

⁵⁶⁸ SCHWAKE J., § 79, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, cit., Rn. 173.

⁵⁶⁹ SCHWAKE J., § 79, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, a cura di Beuthien V. – Gummert H., Bd. 5, Rn. 173.

⁵⁷⁰ Cfr., sul punto, LANGE K. W., *Zur Pflichtteilsfestigkeit von Zuwendungen an Stiftungen*, in *Festschrift für Sebastian Spiegelberger zum 70. Geburtstag – Vertragsgestaltung im Zivil- und Steuerrecht*, a cura di Wachter T., Zerb, Bonn, 2009, p. 1324.

⁵⁷¹ SCHWAKE J., § 79, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, cit., Rn. 173.

dell'apertura della successione a persone non aventi diritto alla quota obbligatoria (§ 792 ABGB)⁵⁷².

In ogni caso, ai sensi del § 780 ABGB, il legittimario deve tenere conto di tutto ciò che riceve in eredità, a titolo di legato ovvero in qualità di beneficiario di una fondazione privata eretta dal defunto. In particolare, le donazioni che il legittimario o un terzo abbiano ricevuto dal defunto durante la sua vita o in occasione della sua morte devono essere computate ai fini del calcolo della massa ereditaria e compensate con la quota di legittima eventualmente spettante. A tal fine si considera donazione anche la destinazione del patrimonio a una fondazione privata, così come la concessione dello *status* di beneficiario di una fondazione privata nella misura in cui il defunto vi abbia trasferito i suoi beni (§ 781 ABGB).

Se il *relictum* non è sufficiente a soddisfare le pretese dei legittimari, questi possono esigere il pagamento della differenza dai beneficiari delle donazioni. In caso di inadempimento del donatario, costui risponde solo con la cosa donata (§ 789 ABGB)

Anche per le fondazioni private valgono dunque le norme ordinarie in materia di legittima⁵⁷³. Inoltre, secondo l'opinione prevalente, il termine di due anni di cui *supra* inizia a decorrere soltanto con l'estinzione della facoltà di *Widerruf* eventualmente prevista, poiché i beni vengono trasferiti definitivamente alla fondazione solo a partire da questo momento⁵⁷⁴.

Di conseguenza, anche nell'ordinamento austriaco per evitare il rischio di dover procedere allo scioglimento della fondazione al fine di soddisfare le pretese dei legittimari non resta che addivenire ad una rinuncia da parte dei legittimari ai diritti loro riservati dalla legge⁵⁷⁵.

⁵⁷² HAUNSCHMIDT F., *Erbrecht in Österreich*, in *Erbrecht in Europa*, a cura di Süß R., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, p. 1099.

⁵⁷³ HAUNSCHMIDT F., *Erbrecht in Österreich*, *cit.*, p. 1101.

⁵⁷⁴ ARNOLD N., *Einkl.*, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, *cit.*, Rn. 23b.

⁵⁷⁵ ARNOLD N., *Einkl.*, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, *cit.*, Rn. 25.

CONCLUSIONI

Nel corso della presente trattazione si è avuto modo di constatare come l'atteggiamento del legislatore nei confronti dei corpi intermedi a carattere non esclusivamente economico – e, per quel che qui maggiormente interessa, nei confronti della fondazione – sia profondamente mutato nel corso del tempo.

In particolare, nel primo capitolo si è visto come il legislatore del codice civile del 1942 abbia assunto a proprio modello di riferimento la fondazione di mera erogazione, una fondazione che si caratterizzava cioè per perseguire in via – per lo meno tendenzialmente – perpetua lo scopo una volta per tutte individuato dal fondatore al momento della costituzione dell'ente – e, in quanto tale, indisponibile sia agli amministratori, che allo stesso fondatore – mediante l'esclusivo svolgimento di attività devolutiva, ovvero attraverso l'erogazione delle rendite derivanti dalla mera gestione “passiva” del suo patrimonio ai beneficiari individuati nell'atto costitutivo.

All'epoca si riteneva che tali corpi intermedi rappresentassero un ostacolo all'altrimenti diretto rapporto Stato–sudditi, e che anzi contribuissero a provocare la progressiva immobilizzazione di patrimoni via via più consistenti – di natura specialmente immobiliare –, finendo per pregiudicare il libero sfruttamento della ricchezza propugnato dall'ideologia liberista allora imperante.

Per questa ragione, non solo la fondazione aveva finito per essere equiparata al fedecommesso, risultando di conseguenza ammissibile – al pari di quest'ultimo – soltanto nella misura in cui fosse rivolta al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità, ma anzi lo stesso sistema di riconoscimento della personalità giuridica presentava carattere “concessorio”: in tal senso l'ente non vantava nei confronti della autorità una pretesa qualificabile in termini di pieno diritto soggettivo al riconoscimento; quest'ultima risultava infatti titolare di un potere discrezionale, con la conseguenza che sarebbe stata libera di concedere il riconoscimento soltanto nella misura in cui avesse

ritenuto opportuno, all'esito della ponderazione dei vari interessi coinvolti e in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico primario affidato alla sua cura, attribuire personalità giuridica al singolo ente di volta in volta coinvolto.

In tale contesto, sebbene l'art. 28, co. 3, c.c. sembrasse ammettere la fondazione di famiglia, ovvero quella fondazione destinata al vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate, si sosteneva che essa ad altro non sarebbe servita se non a perpetuare nel tempo il nome di un casato, per tale via peraltro eludendo i limiti della sostituzione fedecommissaria.

Sicché anche quest'ultima – se non, addirittura, radicalmente inammissibile – avrebbe dovuto necessariamente perseguire uno scopo di interesse generale, con la conseguenza che per beneficiare dell'attività della stessa non sarebbe stata sufficiente la mera appartenenza ad una certa famiglia, ma a ciò sarebbe dovuto necessariamente accedere un *quid* – come, ad esempio, lo stato di indigenza –, che rendesse lo scopo perseguito dalla fondazione, per quanto, per definizione, circoscritto, di pubblica utilità.

Nel secondo capitolo è stata analizzata l'esperienza che il nostro istituto (*Stiftung*) ha registrato in seno all'ordinamento tedesco e austriaco.

In particolare, nell'ordinamento tedesco il § 80 Abs. 2 BGB prevede che la fondazione possa perseguire qualunque scopo, purché questo non sia in contrasto il *Gemeinwohl*.

Nonostante talune voci critiche, con la *Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts* del 2002 non è stata introdotta alcuna limitazione in ordine agli scopi perseguibili attraverso la fondazione, sicché qui si ritiene generalmente ammissibile il ricorso alla fondazione di famiglia, nella sua configurazione di *Unterhaltstiftung*, dal momento che non potrebbe più propendersi per una applicazione analogica del divieto previsto invece per il fedecommesso.

Nell'ordinamento austriaco, invece, il § 1 Abs. 1 PSG prevede che la fondazione possa perseguire qualunque scopo lecito (*erlaubt*).

Anche la *Privatstiftung* è stata dunque concepita alla stregua di una *Allzweckstiftung*, sicché pure qui l'ammissibilità della fondazione di famiglia, nella sua configurazione di *Unterhaltstiftung*, risulta pacifica.

Si è visto però come *ini*, per scongiurare ogni parallelismo con l'istituto del fedecommesso, è espressamente previsto che il consiglio di amministrazione di una *Privatstiftung*, il cui scopo principale sia quello di provvedere alla cura di persone fisiche, debba, trascorsi 100 anni dalla costituzione dell'ente, deliberarne all'unanimità lo scioglimento, salvo che tutti i beneficiari finali, sempre all'unanimità, non decidano di mantenerla ancora in vita, per non più di 100 anni per volta.

Si è dunque visto, nel terzo capitolo, come anche nel nostro ordinamento giuridico – sullo sfondo di un ribaltamento di prospettiva nei confronti dei corpi intermedi in generale registratosi già a livello costituzionale – la fondazione si sia profondamente evoluta rispetto al modello della fondazione di mera erogazione.

Ben presto è stata infatti avvertita l'insufficienza di tale modello a rappresentare compiutamente gli interessi a vario titolo coinvolti nell'attività della fondazione.

Si è così cominciato ad assistere, nella prassi, al proliferare – accanto e in aggiunta al consiglio di amministrazione – di organi ulteriori, come assemblee, consigli generali, comitati d'indirizzo o esecutivi, modellati sulla falsariga del fenomeno associativo, al punto che tale 'ibridazione' avrebbe pure dato vita a quella che è stata anche definita 'fondazione di partecipazione'.

All'esercizio da parte della fondazione, invece che di attività meramente devolutiva, di attività volta alla produzione ovvero allo scambio di beni e servizi allo scopo, alternativamente, o di procurarsi delle rendite da destinare poi al perseguimento dello scopo istituzionale ovvero al fine di realizzare direttamente, proprio attraverso il compimento di una simile attività, il programma fondazionale.

Ma – ciò che, ai nostri fini, pare ancora più significativo –, si è addivenuti alla riforma del procedimento relativo al riconoscimento delle persone giuridiche private, con la previsione di un sistema di riconoscimento di tipo 'normativo', nell'ambito del quale si stabilisce che lo scopo della fondazione debba solamente essere – secondo la lettera dell'art. 1, co. 3, d.P.R. n.

361/2000 – “possibile e lecito”, e non, necessariamente, di interesse generale; oltre che all’introduzione, per effetto del Codice del Terzo Settore, della Fondazione del Terzo Settore, ente rispetto al quale viene invece previsto espressamente il necessario perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale attraverso lo svolgimento di attività d’interesse generale.

Si è dunque ipotizzato, nel quarto capitolo, che, per effetto di tutto ciò, la fondazione di diritto comune si sia definitivamente affrancata dalla necessità di perseguire uno scopo di pubblica utilità, per poter essere utilizzata per la realizzazione di qualunque finalità lecita, pubblica o privata che sia, sempre con il limite, però, del lucro soggettivo, da intendersi nel senso che non potrà procedersi alla concentrazione del risultato dell’attività della fondazione in capo al fondatore, laddove ciò rappresenti la retribuzione del suo conferimento.

Per il vero, l’art. 28 c.c. nulla dice sulla estensione – necessariamente pubblica o anche solo privata – dello scopo della fondazione, imponendo tale disposizione soltanto, per contro, che esso presenti una qualche utilità, ovvero che vi siano dei soggetti in qualche misura interessati alla sua realizzazione.

Quanto invece allo stesso parallelo operato tra fondazione e fedecommesso, al di là delle differenze di tipo strutturale – l’art. 699 c.c. si riferisce infatti ad una disposizione testamentaria a titolo particolare, con effetti obbligatori a carico dell’erede, mentre la fondazione è un soggetto di diritto a sé stante, con la nascita del quale viene ad imprimersi un vincolo reale di destinazione alla scopo sui beni che ad essa vengono trasferiti –, non pare potersi sostenere che i beni trasferiti ad una fondazione risultino, per ciò solo, immobilizzati, in via tendenzialmente perpetua, alla realizzazione dello scopo di essa.

Tale preoccupazione poteva forse avere una sua ragione quando la principale fonte di ricchezza era rappresentata dai cespiti di natura immobiliare. È evidente però come oggi sia la ricchezza mobiliare ad avere assunto un ruolo del tutto preminente, ciò che risulta peraltro confermato anche dalla stessa intervenuta abrogazione dell’art. 17 c.c., che imponeva di

volta in volta l'autorizzazione governativa affinché le persone giuridiche – da intendersi qui come associazioni riconosciute e fondazioni – potessero acquistare beni immobili, accettare donazioni o eredità e conseguire legati.

Inoltre, si potrebbe distinguere tra i beni che risultano direttamente funzionali alla realizzazione dello scopo della fondazione – come, ad esempio, un certo monumento che la fondazione abbia lo scopo di gestire, conservare e valorizzare e che, in tal senso, risulta indispensabile in vista del perseguimento della finalità dell'ente – e quei beni che rilevano, invece, solamente per il valore che incorporano. Questi ultimi presentano infatti carattere della 'fungibilità', sicché risulterebbe del tutto ininfluenza se ad essi gli amministratori ne sostituissero degli altri al fine di meglio realizzare il programma fondazionale.

D'altro canto, una conferma in tal senso proviene anche dall'esperienza d'oltralpe, ove è pacificamente ammesso il ricorso alla *Verbrauchstiftung*, la quale, al fine di realizzare il suo scopo, è libera di impiegare anche il suo *Grundstockvermögen*, ovvero il capitale di dotazione.

Risulta dunque possibile tornare a valorizzare l'art. 28, co. 3, c.c., ipotizzando un impiego della fondazione quale strumento per la conservazione e la trasmissione della ricchezza all'interno del nucleo familiare.

Si potrebbe così immaginare, sul modello della *Privatstiftung* austriaca, una fondazione di famiglia, di durata determinata, cui il futuro *de cuius* trasferisca una parte ovvero la totalità dei suoi beni – eventualmente ricomprendendo anche il complesso imprenditoriale di cui dovesse essere titolare, la cui conduzione *medio tempore* verrebbe affidata alla fondazione, gestita da soggetti muniti della necessaria professionalità e delle competenze tecniche e specialistiche di volta in volta richieste –, che destini le rendite derivanti dalla amministrazione del suo patrimonio a favore dei discendenti del *de cuius*, con la previsione della devoluzione del residuo attivo – nel rispetto delle quote di riserva previste dalla legge a favore dei legittimari, in presenza di costoro – in capo a questi ultimi.

Ciò perché, come è noto, spesso il frazionamento tra più successibili di un patrimonio ereditario comporta un inevitabile depauperamento dello stesso. Ovvero, ancora, potrebbe non esservi tra i potenziali successibili un soggetto provvisto delle capacità e delle competenze necessarie per provvedere proficuamente alla gestione e direzione di un complesso compendio imprenditoriale.

Si è visto, infatti, come i beni che dovessero residuare a seguito del procedimento di liquidazione della fondazione non devono essere necessariamente devoluti ad altri enti che perseguono analoghe finalità di pubblico interesse.

Invero, già la stessa dottrina classica evidenziava come la materia della devoluzione del patrimonio residuo della fondazione fosse retta dal principio della destinazione del patrimonio allo scopo, sicché, nella misura in cui si ammette che tal ente possa essere utilizzato pure nella sua configurazione di fondazione di famiglia, allora non si può che concludere nel senso che l'eventuale residuo attivo dovrà essere devoluto alle persone fisiche beneficiare.

Nel sistema sono anzi rinvenibili degli indici normativi a favore di una più ampia autonomia statutaria in materia di devoluzione del patrimonio residuo.

Si pensi, ad esempio, in materia di associazione, da sempre accomunata, sotto questo profilo, alla fondazione, alle norme – prima tra tutte quelle relative alla trasformazione eterogenea in società di capitali – che consentono agli associati di rientrare nella disponibilità dei beni prima destinati alla realizzazione dello scopo comune.

Con riguardo invece alla questione relativa alla eventuale riducibilità da parte dei legittimari del negozio che dia vita ad una fondazione di tal fatta – preso atto di come la tradizionale scissione tra atto di fondazione e atto di dotazione altro non sia che il frutto di un “artificio di costruzione teorica” – non può non rilevarsi come l'art. 809 c.c. si riferisca non già, semplicemente, agli atti a titolo gratuito, bensì, più specificamente, alle liberalità, anche se risultanti da atti diversi dal contratto di donazione.

Occorre dunque verificare in concreto se tale atto è preordinato al soddisfacimento di un interesse di natura non patrimoniale del fondatore, ciò che forse potrebbe essere revocato in dubbio allorché questi ricorra alla fondazione allo scopo di conservare e trasmettere il suo patrimonio in favore dei suoi discendenti.

Ad ogni modo, quand'anche si ritenesse di non condividere la considerazione che precede, ritenendo il negozio di fondazione invariabilmente destinato a realizzare un interesse non patrimoniale del disponente, occorre prendere atto di quel consolidato orientamento giurisprudenziale che in caso di liberalità indirette esclude la possibilità, per i legittimari, di esperire l'azione di restituzione.

A tutela delle ragioni di questi ultimi, in casi simili, nascerebbe soltanto un diritto di credito, sicché si correrebbe il rischio di assistere allo scioglimento della fondazione non già in ogni caso – come accadeva prima, con una tutela di tipo reale dei diritti riservati ai legittimari –, bensì soltanto nell'ipotesi in cui, per reintegrare le ragioni di costoro, l'ente verrebbe a disporre di un patrimonio del tutto insufficiente in vista della realizzazione del suo scopo istituzionale.

E, al di là dell'orientamento da ultimo menzionato, un simile risultato sarebbe in ogni caso conseguibile procedendo finalmente – sulla scia, peraltro, della raccomandazione della Commissione europea del 1994 – a trasformare la legittima in un credito ad un valore.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTARIO E., *Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica*, in ID., *Studi di diritto romano, I, Persone e famiglia*, Giuffrè, Milano, 1933, pp. 7 e ss.
- ALPA G. – CORAPI D. – BONELL M. J., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Roma – Bari, 2012
- ALPA G., *Sulla validità della clausola di inalienabilità perpetua contenuta in un atto di fondazione*, in *Foro pad.*, 1980, II, pp. 10 e ss.
- AMADIO G., *Azione di riduzione liberalità non donative (sulla legittima «per equivalente»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, pp. 683 e ss.
- AMADIO G., *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, in AA.VV., *Liberalità non donative e attività notarile, I Quaderni della Fondazione del Notariato*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2008, pp. 10 e ss.
- AMADIO G., *Lezioni di diritto civile*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, 2020
- AMOROSINO S. – CAPRIGLIONE F., *Le fondazioni bancarie*, Cedam, Padova, 1999
- ARNOLD N. – STANGL C. – TANZER M., *Privatstiftungs–Steuerrecht – Systematische Kommentierung*, 2. Auflage, LexisNexis –Verlag ARD Orac, Wien, 2010
- ARNOLD N., *Einschränkungen für Begünstigte, begünstigtendominierte Beiräte und Stifter*, in *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2009, p. 348
- ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1962,
- AUBRY G. – RAU G., *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Marchal & Billard, Paris, 4^a ed., VI, 1873
- AURICCHIO A., voce “*Associazioni riconosciute*”, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958, p. 899
- BADENES GASSET R., *Las fundaciones de derecho privado. Doctrina y textos legales*, Ediciones Acervo, Barcellona, 1977
- BARASSI L., *Le successioni a causa di morte, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1947

- BARBERA A., *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca G., Zanichelli, Bologna–Roma, 1975, pp. 50 e ss.
- BARILE A., voce “*Associazione (diritto di)*”, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958, p. 837
- BASILE M., *Le persone giuridiche*, 2^a ed., in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica G. e Zatti P., Giuffrè, Milano, 2014
- BAUER D. C., *Vermögensverwaltung mittels Privatstiftungen und anderer Strukturen – Eine rechtsvergleichende steuer- und zivilrechtliche Analyse am Beispiel von Deutschland, Österreich, Luxemburg und Liechtenstein*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden, 2013
- BEINHAUER, *Das österreichische Stiftungsrecht*, in *Österreichische Juristen–Zeitung*, 1972, p. 378
- BELLEZZA E. – FLORIAN F., *Le fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non–profit*, Passigli, Firenze, 1998
- BELLEZZA E., *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità*, in AA.VV., *Fondazioni di partecipazione. Atti del Convegno tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006, I Quaderni della Fondazione del Notariato*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, p. 10
- BELLIN VIA M., *La rinunzia alla proprietà ed ai diritti reali di godimento*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio 216–2014/C, 2014
- BETTETINI A. – PEREGO A., *Diritto ecclesiastico*, Cedam, Padova, 2023
- BIANCA C. M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 256 e ss.
- BIANCA C. M., *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, Milano, 1990
- BIGI AVI W., *La professionalità dell'imprenditore*, Cedam, Padova, 1948
- BÖHLER E., *Die Stiftung in Österreich*, Verlag Österreich, Wien, 1986
- BRUCKNER K. E. – FRIES C. – FRIES R., *Die Familienstiftung im Zivil-, Steuer- und Handelsrecht*, Orac, Wien, 1994
- BRYCE J., *Costituzioni flessibili e rigide*, traduzione italiana di Niro R., a cura di Pace A., Giuffrè, Milano, 1998
- BURGARD U., *Die Kritik an dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts im Überblick mit Fallstudien*, in *Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen*, 2021, 1, p. 1

- BURGARD U., *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2006
- BUSANI A. – CORSICO D., *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, Wolters Kluwer, Milano, 2021
- BUSANI A., *Il patto di famiglia. L'accordo di famiglia – La fondazione di famiglia*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano – Padova, 2019
- BUSANI A., *La successione mortis causa*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano – Padova, 2020
- CAMERLENGO Q., *Commento all'art. 118 Cost.*, in Bifulco R. – Celotto A. – Olivetti M., *Commento alla Costituzione*, U.T.E.T., Torino, 2006, pp. 2521 e ss.
- CAMPOBASSO G. F., *Associazioni e attività d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, pp. 581 e ss.
- CAMPOBASSO G. F., *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, U.T.E.T., Torino, 2003, p. 29
- CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, I, Giuffrè, Milano, 2009
- CAPRIOLI R., *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563 c.c.. Conseguenze sulla circolazione dei beni immobili donati*, in *Rivista del Notariato*, 2005, p. 1019
- CARIOTA FERRARA L., *Le successioni a causa di morte, Parte generale*, Morano Editore, Napoli, 1977
- CARNEVALI U., *Riduzione delle donazioni indirette*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni – I – Le ragioni del diritto*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 131 e ss.
- CARNEVALI U., voce “*Liberalità (atti di)*”, in *Enc. del dir.*, XXIV, Milano, 1974, pp. 215 e ss.
- CARRABBA A. A., *Destinazione, scopo e autonomia privata nelle fondazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 35
- CARRABBA A. A., *Lo scopo delle associazioni e delle fondazioni (art. 1, co. 3, D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361)*, in *Rivista del Notariato*, 2001, pp. 763 e ss.
- CARRABBA A. A., *Scopo di lucro e autonomia privata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994
- CASULLI V. R., voce “*Successioni (dir. civ.): Successione necessaria*”, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, pp. 787 e ss.
- CATAUDELLA A., *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone M., V, Giappichelli, Torino, 2005

- CECCHINI A., *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, pp. 254 e ss.
- CEOLIN M., *Codice del Terzo settore a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106*, Zanichelli, Bologna, 2023
- CEOLIN M., *Fondazioni e fondazioni non riconosciute anche alla luce dell'art. 2645-ter c-c.*, in *Rivista del Notariato*, 2009, 6, p. 1427
- CHITTI M. P., *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazione di partecipazione, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, p. 32
- CIAN M., *Società di mero godimento tra azione in simulazione e Durchgriff*, in *Giur. Comm.*, 1998, II, pp. 452 e ss.
- CIRILLO G.P., *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, pp. 575 e ss.
- CLARICH M. – PISANESCHI A., *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 19 e ss.
- CLARICH M., *La riforma delle fondazioni bancarie*, in *Banca, impr. soc.*, 2000, pp. 125 e ss.
- COING H., *Vorb. §§ 80 – 88*, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, a cura di Staudinger J. von, Erstes Buch – Allgemeiner Teil §§ 1 – 89, Verschollenheitsgesetz, 12. Bearbeitung, Berlin, 1980
- COING H., *Vorb. §§ 80 – 89*, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, a cura di Staudinger J. von, Erstes Buch – Allgemeiner Teil §§ 1 – 89, Verschollenheitsgesetz, 11. Bearbeitung, Berlin, 1957
- CONSORTI P – GORI L. – ROSSI E., *Diritto del terzo settore*, 2^a ed., Il Mulino, Bologna, 2021
- COSTI R., *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, pp. 1 e ss.
- COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 4^a ed., Soc. ed. libraria, Milano, 1929
- COVIELLO L. JR., *Osservazioni in tema di estinzione delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 804
- CUNIAL L., *Tra rinunzia abdicativa e derelictio delle res immobiles*, in *Atti del Convegno AntaRes: Roman Taxonomies in the Futures of Goods*, a cura di Falcon M. – Milani M., Jovene, Napoli, 2022, pp. 167 e ss.
- D'ALESSANDRO F., *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Cedam, Padova, 1989

- D'AMICO G., *Il 'rent to buy': profili tipologici*, in *I Contratti*, 2015, pp. 1030 e ss.
- D'ATENA A., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, pp. 13 e ss.
- DÄUBLER W., *Zur aktuellen Bedeutung des Fideikommisßverbots*, in *JuristenZeitung*, 1969, p. 499
- DE CARLI P., *Enti del terzo settore: una nozione innovativa e la necessità di alcune correzioni*, in *Iustitia*, 2018, p. 156
- DE GIORGI M. V., *Il controllo sull'amministrazione delle fondazioni*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1999, I, p. 786
- DE GIORGI M. V., *La riforma del procedimento di attribuzione della personalità giuridica per gli enti senza scopo di lucro*, in *Studium Iuris*, 2000, p. 499
- DE GIORGI M. V., *La scelta degli enti: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, pp. 83 e ss.
- DE GIORGI M. V., *Le persone giuridiche in generale, le associazioni e le fondazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Rescigno P., 2, I, 2^a ed., U.T.E.T., Torino, 1999, pp. 271 e ss.
- DE SIERVO U., *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Vita e pensiero, Milano, 1980, p. 72
- DEL PRATO E., *I regolamenti privati*, Giuffrè, Milano, 1988
- DELLE MONACHE S., *Abolizione della successione necessaria?*, in *Rivista del Notariato*, 2007, pp. 815 e ss.
- DELLE MONACHE S., *La legittima come diritto di credito nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, 3, p. 37
- DELLE MONACHE S., *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Rivista del Notariato*, 2006, pp. 889 e ss.
- DELLE MONACHE S., *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Giuffrè, Milano, 2008
- DELLE MONACHE S., *Testamento. Disposizioni generali. Artt. 587–590*, in Schlesinger P. (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, diretto da Busnelli F.D., Giuffrè, Milano, 2005
- DUTTA A., *Von der pia causa zur privatnützigen Vermögensbindung: Funktionen der Stiftung in den heutigen Privatrechtskodifikationen*, in *Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2013, p. 828

- EBERSBACH H., *Handbuch des deutschen Stiftungsrechts*, Schwartz, Göttingen, 1972
- FALCO M., *Corso di diritto ecclesiastico*, II, Cedam, Padova, 1938
- FERRARA F. JR. – CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 2001
- FERRARA F. SR., *Le persone giuridiche*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civ. italiano*, diretto da Vassalli F., U.T.E.T., Torino, 1956 (con note di Ferrara F. Jr.)
- FERRARA F. SR., *Teoria delle persone giuridiche*, 2^a ed., in *Il Diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Fiore P. – Brugi B., Marghieri e U.T.E.T., Napoli –Torino, 1923
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, U.T.E.T., Torino, 2001
- FERRI L., *Dei legittimari*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja A. – Branca G., *Libro secondo – Delle successioni* (artt. 536–564), Zanichelli, Bologna–Roma, 1981
- FERRO LUZZI P., *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 2001
- FISCHER M., *Die Organisationsstruktur der Privatstiftung*, Springer Vienna, Wien et. al., 2004
- FLORIAN F., *La fondazione di partecipazione, le fondazioni tradizionali, le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi*, in *Fondazione di partecipazione, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, p. 67
- FUSARO A., *Gli enti del Terzo Settore. Profili civilistici*, Giuffrè, Milano, 2022
- FUSARO A., *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2020
- FUSARO A., *Trasformazione da e in fondazione di partecipazione*, in *Fondazione di partecipazione, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, p. 45
- FUSARO A., *Trasformazioni, fusioni, scissioni degli enti del Libro primo del Codice civile e del Terzo settore*, in *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, a cura di Fici A., Editoriale scientifica, Napoli, 2018, pp. 447 e ss.
- FUSARO A., voce “Fondazione”, in *Digesto disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, pp. 359 e ss.
- GALGANO F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, 2^a ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja A. – Branca G., *Libro primo – Delle persone e della famiglia* (artt. 36–42), Zanichelli, Bologna – Roma, 1976

- GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, 2^a ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja A. – Branca G., *Libro primo – Delle persone e della famiglia* (artt. 11–35), Zanichelli, Bologna – Roma, 2006
- GALGANO F., *Diritto commerciale*, I, Zanichelli, Bologna, 2004
- GALGANO F., *Diritto commerciale. I. L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1994
- GALGANO F., *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Cedam, Padova, 1960
- GALLARATI A., *L'azione revocatoria degli atti dispositivi in trust*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 776 e ss.
- GANTENBRINK M., *Die hoheitliche Beendigung der Stiftung durch die Stiftungsbehörde*, Peter Lang, Frankfurt a. M. et al., 2011
- GAROFALO L., *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di Garofalo L., Cedam, Padova, 2011, pp. 1 e ss.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 19^a ed., Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2021
- GENTILI A., *La riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 401
- GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^a ed., Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1919
- GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Giuffrè, Milano, 1963
- GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffrè, Milano, 1954
- GIERKE O. VON, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, III, *Die Staats und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Akademische Drück und Verlagsanstalt, Graz, 1954
- GIERKE O. VON, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Reschtsprechung*, Wiedmannische Buchhandlung Berlin, 1887
- GIORGI G., *Dottrina delle persone giuridiche esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*, I, 3^a ed., Cammelli, Firenze, 1919
- GIORGIANNI M., *La crisi del contratto nella società contemporanea*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, pp. 381 e ss.

- GOLLAN K. – RICHTER A., *Der Referentenentwurf zur Stiftungsrechtsreform – So nicht, bitte!*, in *Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen*, 2021, p. 29
- GORGONI M., *Il codice del Terzo Settore tra luci ed ombre*, in *Il codice del Terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di Gorgoni M., Pacini, Pisa, 2018
- GRECO F., *Le fondazioni non riconosciute*, Giuffrè, Milano, 1980
- GROSSI P., *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012
- GROSSO G – BURDESE A., *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli F., vol. XII, U.T.E.T., Torino, 1977
- GUARINO G., *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in *Le fondazioni in Italia e all'estero*, a cura di Rescigno P., Cedam, Padova, 1989, p. 11
- GUASTALLA E. L., *Le fondazioni*, in *Gli enti no profit tra Codice civile e legislazione speciale*, a cura di Visintini G., Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2003, p. 119
- HAPP A., *Stifterwille und Zweckänderung*, Nomos Verlagsgesellschaft, Köln et al., 2007
- HAUNSCHMIDT F., *Erbrecht in Österreich*, in *Erbrecht in Europa*, a cura di Süß R., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, p. 1089
- HELBICH F., *Steuerplanung und Unternehmensnachfolge*, in *Steuer- und Wirtschaftskartei*, 1994, p. 9
- HERRNRITT R., *Das österreichische Stiftungsrecht*, Wien, Manz, 1896
- HIPPEL T. VON, *Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007
- HÜTTEMANN R. – RAWERT P., *Vorb. §§ 80 ff.*, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, a cura di Staudinger J. von, Buch 1 – Allgemeiner Teil, §§ 80 – 89, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2011
- HÜTTEMANN R., *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, in *Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2003, p. 35
- IACCARINO G., *Le principali ipotesi di donazioni indirette*, in *Successioni e donazioni*, diretto da Iaccarino G., U.T.E.T., Milano, 2017, p. 2586
- IHLE J., *Stiftungen als Instrument der Unternehmens- und Vermögensnachfolge*, in *Rheinische Notar-Zeitschrift*, 2009, p. 621

- IORIO G., *Le fondazioni*, Giuffrè, Milano, 1997
- JUD W., *Die Privatstiftung zur Begünstigung der Allgemeinheit*, in *Juristische Blätter*, 2003, p. 771
- KALSS S., § 1, in *Privatstiftungsgesetz – Kommentar*, a cura di Doralt P. – Nowotny C. – Kalss S., Linde-Verlag, Wien, 1995
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, traduzione italiana curata da Treves G., Edizioni di Comunità, Milano, 1952
- LANGE K. W., *Zur Pflichtteilsfestigkeit von Zuwendungen an Stiftungen*, in *Festschrift für Sebastian Spiegelberger zum 70. Geburtstag – Vertragsgestaltung im Zivil- und Steuerrecht*, a cura di Wachter T., Zerb, Bonn, 2009, p. 1321
- LAURENT F., *Cours de droit civil*, I, 3^a ed., Bruylant – Christophe – Maresq, Bruxelles – Paris, 1886
- LEONDINI G., *Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione*, I, Cedam, Padova, 1998
- LOFFREDO F., *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica*, Giuffrè, Milano, 2022
- LOMBARDI G. – ANTONINI L., *Principio di sussidiarietà e democrazia sostanziale: profili costituzionali della libertà di scelta*, in *Diritto e società*, 2003, pp. 155 ss.
- LORENZ K. – MEHREN J., *Das neue Stiftungsrecht ist da – Kernpunkte der gesetzlichen Neuregelungen und deren Bedeutung für bestehende und noch zu errichtende Stiftungen*, in *Deutsches Steuerrecht*, 2021, p. 1774
- MACIOCE F., voce “*Rinuncia (diritto privato)*”, in *Enc. del dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 923 e ss.
- MAGGIOLO M., *Il fondo patrimoniale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza. La famiglia*, a cura di Cendon P., II, U.T.E.T., Torino, 2000, p. 367
- MAGGIOLO M., *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 2007, p. 1155
- MALTONI M., *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Fondazione di partecipazione, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, p. 25
- MANCINI F., *Libertà sindacale e contratto collettivo «erga omnes»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 570

- MARCELLI V. M., *L'ente del Terzo Settore e l'esercizio di attività d'impresa*, in *La riforma del Terzo Settore e dell'impresa sociale*, a cura di Fici A., Editoriale Scientifica, Napoli, 2018
- MAYEN T., *Öffentliches Recht als Bestandteil des Zivilrechts? Der Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts des BMJV*, in *Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2020, p. 691
- MAZZINI F., *Fondazioni bancarie*, in *Commentario del Codice civile. Delle Persone – Vol. III: Leggi collegate*, diretto da Gabrielli E., U.T.E.T., Torino, 2013, p. 445
- MAZZULLO A., *Il nuovo Codice del Terzo Settore: Profili civilistici e tributari (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117)*, Giappichelli, Torino, 2017
- MENGONI L., *Programmazione e diritto*, in *Jus*, 1966, p. 1
- MENGONI L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu A. – Messineo F. e continuato da Mengoni L., Giuffrè, Milano, 2000, pp. 225 e ss.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, 9^a ed., Giuffrè, Milano, 1959
- MINERVINI G., *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Morano Editore, Napoli, 1966
- MIRBACH N., *Stiftungszweck und Gemeinwohlgefährdung*, Cuvillier, Göttingen, 2011
- MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 4, 2007, pp. 703 e ss
- NICOLÒ R., *Negoziato di fondazione – Istituzione di erede*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, pp. 386 e ss.
- NIGRO M., *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Politica del diritto*, 1975, pp. 579 e ss.
- NOWOTNY C., *Die Organisation der Privatstiftung*, in *Handbuch zum Privatstiftungsgesetz*, a cura di Csoklich P. – Müller M. – Gröhs B. – Helbich F., Orac, Wien, 1994, p. 145
- NUZZO M., *Il principio di indivisibilità del patrimonio*, in *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, a cura di Doria G., Giappichelli, Torino, 2010, p. 35

- OPPEL F., *Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgegestaltung*, Bucerius Law School Press, Hamburg, 2014
- OPPO G., *Adempimento e liberalità*, Giuffrè, Milano, 1947
- ORESTANO R., *Il “problema delle persone giuridiche” in diritto romano*, I, Giappichelli, Torino, 1959
- ORESTANO R., *Il problema delle fondazioni in diritto romano. Parte I, Appunti delle lezioni tenute nell’Università di Genova*, Giappichelli, Torino, 1959
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, 3^a ed., Cedam, Padova, 2003
- PALADIN L., *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965
- PALAZZO A., *Le donazioni indirette*, in *La donazione*, I, diretto da Bonilini G., U.T.E.T., Torino, 2001, p. 75
- PASTORI G., *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 85
- PENNITZ M., §§ 80 – 89, in *Historisch–kritischer Kommentar zum BGB*, a cura di Schmoeckl M. – Rückert J. – Zimmermann R., Bd. 1: Allgemeiner Teil §§ 1 – 240, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003
- PERLINGIERI P., *Appunti sulla rinunzia*, in *Rivista del Notariato*, 1968, pp. 345 e ss.
- PISANESCHI A., *Diritto costituzionale*, 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2022
- PIZZETTI F., *L’ordinamento costituzionale italiano tra riforme da attuare e riforme da completare*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 153 e ss.
- PIZZOLATO F., *Il principio di sussidiarietà*, in *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di Groppi T. – Olivetti M., 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2003, pp. 197 e ss.
- POLETTI D., *Costituzione e forme organizzative*, in *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di Gorgoni M., Pacini, Pisa, 2018
- PONZANELLI G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Giappichelli, Torino, 1996
- PONZANELLI G., *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 419
- PONZANELLI G., *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 23

- PREDIERI A., *Proposta per una disciplina legislativa delle fondazioni e degli istituti privati di cultura*, in *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali. Atti del convegno*, Roma, 1967, p. 130
- PREDIERI A., *Sull'ammmodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 1117 e ss.
- PREITE D., *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 1988
- QUADRI R., *La rinunzia al diritto reale immobiliare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018
- RAWERT P., *Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale – Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation*, in *Stiftungsrecht in Europa*, a cura di Hopt K. – Reuter D., Carl Heymanns, Köln, 2001, p. 109
- RAWERT P., *Entwicklungstendenzen im Stiftungsrecht – Laudatio zur Verleihung des Helmut-Schippel-Preises 2006 an Dominique Jakob*, in *Entwicklungstendenzen im Stiftungsrecht*, a cura di Hager J., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008, p. 18
- RAWERT P., *Fallstricke des Stiftungsföderalismus (gemeinsam mit Kämmerer)*, in *Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen*, 2020, p. 273
- RESCIGNO P., *Associazione non riconosciuta e capacità di testimoniare*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, II, pp. 157 e ss.
- RESCIGNO P., *Conclusioni*, in *Fondazione di partecipazione, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, p. 84
- RESCIGNO P., *Fondazione e impresa*, in *Riv. delle Società*, 1967, pp. 812 e ss.
- RESCIGNO P., *Le fondazioni. Prospettive e linee di riforma*, 1989, in ID., *Persona e comunità*, III (1988–1999), Cedam, Padova, 1999, pp. 257 e ss.
- RESCIGNO P., *Negoziato privato di fondazione e atto amministrativo di riconoscimento*, in *Giur. it.*, 1968, I, I, p. 1353
- RESCIGNO P., voce “*Capacità giuridica (dir. civ.)*”, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 873
- RESCIGNO P., voce “*Fondazione (diritto civile)*”, in *Enc. del dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 790 e ss.
- RESCIGNO P., *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 301 ss.
- RICHTER A., *Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation*, Duncker und Humblot, Berlin, 2001

- RIDOLA P., *Democrazia pluralista e libertà associative*, Giuffrè, Milano, 1987
- RIEDMANN H., *Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters*, Manz, Wien, 2004
- RIPERT G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1936
- RODOTÀ S., *Dal soggetto alla persona*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970
- ROMANELLI V.M., *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico, I, Natura giuridica*, Jovene, Napoli, 1935
- ROMANO S., *L'atto esecutivo nel diritto privato. Appunti*, Giuffrè, Milano, 1958
- ROMANO S., voce "Organi", in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 145
- RONDINONE N., *Il caso della fondazione "abusiva" d'impresa quale paradigma di applicazione della teoria dell'impresa agli enti del Libro I del codice civile*, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 843
- ROPPO V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 957 e ss.
- ROSSI E., *Commento all'art. 2 Cost.*, in Bifulco R. – Celotto A. – Olivetti M., *Commento alla Costituzione*, U.T.E.T., Torino, 2006, p. 38
- ROSSI G., *Enti pubblici e formazioni sociali*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di Cerulli Irelli V. – Morbidelli G., Giappichelli, Torino, 1994, p. 109
- ROSSI G., *Gli enti pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1991
- RUBINO D., *Le associazioni non riconosciute*, Giuffrè, Milano, 1952
- SACCO R., *Che cos'è il diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1992
- SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, U.T.E.T., Torino, 1992
- SANDGRUBER R., *Die Bedeutung von Stiftungen in Österreich – Historische Entwicklung*, in *Jahrbuch Stiftungsrecht*, a cura di Eiselsberg M., NWV im Verlag Österreich GmbH, Wien et al., 2008
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Jovene, Napoli, 1966

- SAVIGNY F. C. VON, *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione dall'originale tedesco di Scialoja V., U.T.E.T., Torino, 1886
- SCHAUER M., *Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung*, in *Handbuch zum Privatstiftungsgesetz*, a cura di Csoklich P. – Müller M. – Gröhs B. – Helbich F., Orac, Wien, 1994 p. 107
- SCHAUHOFF S. – MEHREN J., *Die Reform des Stiftungsrechts*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2021, p. 2993
- SCHÖNENEBERGER W., *Abänderung von Stiftungssatzungen nach schweizerischem Recht*, in *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 66, 1947, p. 41
- SCHWARZ C., *Zur Zulässigkeit landesrechtlicher Vorschriften über die Familien- und Unternehmensstiftung*, in *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2003, p. 306
- SCOGNAMIGLIO C., *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 588 e ss.
- SENIGAGLIA R., voce “*Fondazione*”, in *Digesto civ.*, Torino, 2012
- SICCHIERO G., *Le fondazioni di partecipazione*, in *Contr. e impr.*, 2020, p. 19
- SICCHIERO G., *Lo scopo delle fondazioni*, in *Le fondazioni di partecipazione*, a cura di Sicchiero G., Wolters Kluwer, Milano, 2021, p. 25
- STAMMER O., *Handbuch des österreichischen Stiftungs- und Fondswesens*, Eisenstadt, 1983
- STRASSER R., *Gedanken zu einem aus Begünstigten zusammengesetzten Beirat einer Familienstiftung*, in *Juristische Blätter*, 2000, p. 487
- STRICKRODT G., *Stiftungsrecht – Geltende Vorschriften und rechtspolitische Vorschläge*, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1977
- STUMPF C. – SUERBAUM J. – SCHULTE M. – PAULI R., *Stiftungsrecht. Kommentar*, C.H. Beck, München, 2011
- TALAMANCA M., *Successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja A. – Branca G., *Libro Secondo – Delle successioni* (artt. 679–712), Zanichelli, Bologna – Roma, 1965
- TAMPONI M., *Persone giuridiche*, in Schlesinger P. (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, diretto da Busnelli F.D., Giuffrè, Milano, 2018
- TODESCAN F., *Dalla persona ficta alla persona moralis*, in *Quaderni fiorentini*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 59

- TODESCHINI PREMUDA A., *Liberalità atipiche ed azione di riduzione: dalla legittima in natura alla legittima come diritto di credito*, nota a Cass. civ., 12 maggio 2010, n. 11496, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, I, pp. 1238 e ss.
- TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, 24^a ed., Giuffrè, Milano, 2019
- TORRENTE A., *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu A. – Messineo F., Giuffrè, Milano, 1956
- TOSATO E., *Rapporti tra persona, società intermedie e Stato*, in AA.VV., *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Editrice AVE, Roma, 1982, p. 695
- TOZZI V., *Gli edifici di culto nel sistema giuridico italiano*, Edisud, Salerno, 1990
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, 16^a ed., Cedam, Padova, 1968
- TRIMARCHI P., *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1958
- VAN DEN HEUVEL J., *De la situation légale des associations sans but lucratif, en France et en Belgique*, Ferdinand Larcier – G. Pedone–Lauriel, Paris – Bruxelles, 1884
- VITTORIA D., *Gli enti del libro primo del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in *Le fondazioni in Italia e all'estero*, a cura di Rescigno P., Cedam, Padova, 1989, pp. 48 e ss.
- VOLPE PUTZOLU G., *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Giuffrè, Milano, 1977
- WAGNER F. – WALZ R., *Zweckerfüllung gemeinnütziger Stiftungen durch zeitnahe Mittelverwendung und Vermögenserhaltung*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden, 2007
- WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, I, I, traduzione e note di Fadda C. – Bensa P. E., UT.E.T., Torino, 1930
- ZANELLI E., *La nozione di oggetto sociale*, Giuffrè, Milano, 1962
- ZATTI P., *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti "dell'uomo"*, in *Il diritto civile tra principi e regole. Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, II, Giuffrè, Milano, 2008
- ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Jovene, Napoli, 1995
- ZOPPINI A., *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 365

La fondazione privata

ZOPPINI A., *Riformato il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche*, in *Corriere giur.*, 2001, pp. 291 e ss.

ABSTRACT

Il presente lavoro indaga il tema relativo agli scopi perseguibili attraverso l'istituto della fondazione. Individuati nel primo capitolo i tratti caratteristici di tale istituto, viene esaminata, nel secondo capitolo, l'esperienza che esso ha registrato negli ordinamenti tedesco e austriaco. Nel terzo capitolo si dà quindi atto di come pure nel nostro ordinamento si sia assistito a un progressivo distacco rispetto al modello di fondazione avuto a mente dal legislatore codicistico, per arrivare poi a ipotizzare, nel quarto e ultimo capitolo, la possibilità di ricorrere all'istituto *de quo* per la trasmissione e la conservazione della ricchezza familiare. Da ultimo vengono affrontate le questioni concernenti lo spazio concesso all'autonomia statutaria in ordine alla determinazione della destinazione del patrimonio residuo e l'eventuale riducibilità, da parte dei legittimari, delle attribuzioni patrimoniali effettuate a favore della fondazione.

The work deals with the objectives that can be pursued through a Foundation. After having identified in the first chapter the characteristic features of this institute, the second chapter examines the experience it has had in the German and in the Austrian legal systems. The third chapter highlights how even in our legal system the Foundation has registered a gradual departure from the civil code's model, assuming, in the fourth and final chapter, the possibility to use this institution also for transmitting and preserve family's wealth. Furthermore, the questions concerning the space given to statutory autonomy in determining the destination of the residual assets and the possible reducibility, by the forced heirs, of the patrimonial allocations made in favour of the Foundation are investigated.

Ringraziamenti

Non posso esimermi, da ultimo, dal ringraziare la mia dolce metà,
per la vicinanza, il supporto e il consiglio che mai mi ha fatto mancare