

## LA REALTÀ DEL TERZO SETTORE E L'ESIGENZA DI COORDINAMENTO DEGLI STATUTI SPECIALI CON LA NORMATIVA CODICISTICA: NUOVI SPUNTI DI RIFLESSIONE\*<sup>o</sup>

| 192

Di Serena Serravalle

La realtà del terzo settore e l'esigenza di coordinamento degli statuti speciali con la normativa codicistica: nuovi spunti di riflessione (Serena Serravalle)

La considerazione normativa delle associazioni e delle fondazioni ad opera del Codice vigente, muove nel senso della discontinuità rispetto alle scelte compiute dal *Code civil*<sup>1</sup> e dal codice del 1865<sup>2</sup>. La

\* Saggio sottoposto a valutazione da parte di un membro del Comitato dei revisori.

<sup>o</sup> Lo scritto riproduce la relazione al Convegno: "Solidarietà e Fraternità nel Terzo Settore. Le realtà e le prospettive di sviluppo nell'ordinamento italiano tra enti no profit, volontariato, promozione della cultura, dello sport e dell'aggregazione sociale e religiosa, tenuto nell'Università degli studi di Cassino il 29 novembre 2010.

<sup>1</sup> Le ragioni storiche ed ideologiche a fondamento della mancata contemplazione degli enti non lucrativi, e in particolare della fondazione, nel *Code civil* sono rinvenibili nell'avversione del pensiero illuminista per i corpi sociali intermedi, ritenuti elementi disgreganti dell'unità statale, cfr. R. J. TURGOT, *Fondation. Article de l'Encyclopédie*, in M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris, 1980, p. 351; P. DE FONT RÉAULX, *Les fondations en droit français*, in *Les Fondations, Travaux de la Semaine internationale du droit*, 1937, III, Paris, pag. 57 ss; sulle fondazioni durante l'*Ancien Régime* v. T. SAVUEL, *Les fondations. Leurs origines, leur évolution*, in *Revue du droit publique*, 1954, p. 328 ss.

<sup>2</sup> Gli unici profili di disciplina degli enti non lucrativi, contenuti nel codice civile del 1865, erano relativi all'autorizzazione all'accettazione di eredità e legati; oggetto di regolazione, con l. 5 giugno 1850 n. 1037, era anche il sistema dell'autorizzazione agli acquisti, cfr. V. G. SAREDO, *Acquisti dei corpi morali*, in *Dig. it.*, II, Torino, 1884, p. 65 ss.; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Cod. civ.* Scialoja e Branca, libro I, *Persone e famiglia*, Bologna-Roma, 1969, p. 241 ss. L'adozione nel codice del 1865 del modello individualista del *Code civil*, ad avviso di A. ZOPPINI, *Le fondazioni dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 29 s. - sebbene implichi sul piano strettamente normativo la considerazione non dell'attività degli enti, bensì degli atti di circolazione dei beni, in ragione della loro attitudine alla costituzione di manomorta - non è di ostacolo ad una revisione dottrinarina, che conduce alla ricostruzione delle

prospettiva «realista»<sup>3</sup>, accolta dal legislatore del '42, favorisce la regolamentazione dei corpi intermedi, così pure ne sollecita il controllo - mediante lo strumento della personalità giuridica - che funge da sovrastruttura burocratica volta ad omologare gli stessi ai superiori interessi nazionali<sup>4</sup>. La disciplina codicistica delle fondazioni e delle associazioni muove nella direzione del controllo delle manifestazioni del pluralismo che possono contrapporsi all'autorità dello Stato, esprimendosi nella limitazione dell'autonomia del soggetto che si esplica attraverso le comunità intermedie<sup>5</sup>. Le ragioni della diffidenza per gli enti del primo Libro sono rinvenibili nell'idea che l'assenza di profitto individuale

vicende dei corpi intermedi all'interno del potere dispositivo della volontà privata, determinandone la saldatura, sul piano teorico, alla teoria del negozio e degli effetti negoziali, per la quale cfr. F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da Brugi, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1923, p. 659 ss.; V. M. ROMANELLI, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, Napoli, 1935, *passim*.

<sup>3</sup> L'influenza dalla concezione realista elaborata della dottrina tedesca - riferibile in Italia all'opera di Santi Romano (*L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, *passim*) - induce all'inclusione di una disciplina organica dei corpi intermedi nel codice ad opera del legislatore del '42, più disponibile che in passato alla regolazione di essi, anche in ragione del nuovo clima instaurato con il concordato; sull'analisi e comparazione delle teorie realiste e finzioniste, cfr. A. ORESTANO, «Persona e persone giuridiche» nell'età moderna, in *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 193 ss.; in ordine all'influenza del nuovo rapporto tra Stato e Chiesa sulle vicende dell'associazione e della fondazione, P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1991, p. 65 ss.

<sup>4</sup> Cfr. A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli*, libro I, Torino, 1939, p. 65.

<sup>5</sup> A. ZOPPINI, *o.c.*, p. 31 s.



non consenta la massimizzazione del benessere collettivo. Per la fondazione, in particolare, la considerazione quale forma giuridica economicamente non efficiente, trova conforto nei principi di politica economica ispiratori della codificazione, che esprimono il disvalore per l'istituto, in ragione della sua attitudine a determinare la sottrazione di beni alla circolazione giuridica al fine della loro destinazione ad uno scopo tendenzialmente immutabile; solamente la qualificazione di tale scopo come di utilità pubblica può giustificare la cristallizzazione del patrimonio e rimuovere la connotazione tendenzialmente negativa dell'istituto<sup>6</sup>.

La revisione critica della visione tradizionale degli enti non lucrativi - necessitata dall'affermazione dei principi costituzionali del pluralismo<sup>7</sup> e, poi, della sussidiarietà, in particolare orizzontale<sup>8</sup> - trae alimento anche dagli studi di analisi economica del diritto, che contribuiscono ad una rappresentazione nuova degli enti *non profit* in termini di efficienza allocativa<sup>9</sup>. Tali enti, invero, co-

stituiscono un'alternativa alle inefficienze, sia dello Stato, sia del mercato, specie quando la prestazione offerta sia insuscettibile di godimento esclusivo (ad esempio, la ricerca scientifica) o di essere valutata sul piano qualitativo (nei servizi di assistenza) o quando non sia identificabile il grado di soddisfazione del beneficiario<sup>10</sup>, essendo la stessa erogata per finalità altruistiche. Si acquisisce consapevolezza che la forma *non profit* offre, sia a coloro che finanziano l'attività sia a coloro che usufruiscono dei servizi dell'ente, la garanzia che la qualità del prodotto finale non è sacrificata al guadagno privato; il che rende tale forma giuridica strumento di allocazione ottimale delle risorse in specifici settori, nei quali il ricorso alla stessa consente di offrire prestazioni qualitativamente migliori e una tutela più intensa ai fruitori, rispetto a ciò che riserva loro sia il mercato - attraverso il suo strumento principe, ovvero il contratto<sup>11</sup> - sia l'apparato pubblico<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. del diritto*, 1975, p. 597.

<sup>7</sup> Sul tema, cfr., A. AMORTH, "il principio personalistico" e il "principio pluralistico": fondamenti costituzionali della libertà di assistenza, in *Persona, comunità e Stato nella prospettiva della riforma dell'assistenza - Convegno di studio 8-9 aprile 1978*, in *Quaderni di Iustitia*, Milano, 1978, p. 76 ss.; P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, 3ª ed., Padova, 1999, p. 3 ss.; A. PAJNO, *Assistenza e beneficenza fra pubblico e privato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 83 ss.

<sup>8</sup> Per la comprensione del fenomeno fondazionale alla luce dal principio di sussidiarietà orizzontale, enunciato dall'art. 118 Cost., P. FORTE, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, in G. PALMA e P. FORTE (a cura di), *Fondazioni tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, Torino, 2008, p. 38 ss.; G. DI FIORE, *Le fondazioni di origine bancaria: soggetto privato nel "sistema territoriale locale"?*, *ivi*, p. 379 ss.; più in generale sul ruolo assunto dalle formazioni sociali nel perseguimento degli interessi generali alla luce dell'art. 118 Cost., V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, agg. XII, Milano, 2004; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 ult. comma della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, I, p. 179 ss.; E. DE MARCO (a cura di), *Problemi attuali della "sussidiarietà"*, Milano, 2005, *passim*. Sull'unicità dell'ordinamento nella pluralità delle fonti, richiamata e garantita dall'art. 117 Cost., e sulla precisazione che, al fine di evitare il caos, un ordine tra le fonti esige una gerarchia determinata ora dal rango della norma o da scelte che rappresentano attribuzione di competenze esclusive, ora da un principio di sussidiarietà, con funzione correttiva, operante sia in presenza di competenze concorrenti, sia in sede di supplenza o di prossimità quando lo richiede un'esigenza prevalente, cfr., P. PERLINGIERI, *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, in *Ann. Fac. Ec. Benevento*, Napoli, 2008, n. 14, p. 19.

<sup>9</sup> Il merito è ascrivibile alla dottrina nordamericana, cfr. H. B. HANSMANN, *The role of Nonprofit Enterprise*, in *The Yale Law J.*, 89, 1980, p. 835 ss.; A. BEN-NER, *Non-Profit Organizations: Why Do they Exist in Market Economics?*, in S. Rose-Ackerman (a cura di), *The Economics of Nonprofit Institutions: Studies in Structure and Policy*, New York-Oxford, 1986, p. 94

ss. Sul dibattito giuridico italiano, fortemente influenzato dal pensiero nord-americano, cfr. G. PONZANELLI, *Le «non profit organizations»*, Milano, 1985, p. 39 ss.; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, p. 75 ss. e sugli sviluppi ulteriori dello stesso - oltre all'essenziale riferimento al lavoro di P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, cit., *passim* - cfr., *ex multis*, G. PONZANELLI (a cura di), *Gli enti non profit in Italia*, Padova, 1994; A. FUSARO, *Le associazioni*, *ivi*; M.V. DE GIORGI, *Fondamenti di diritto degli enti "non profit"*, Padova, 1997, p. 14 s.; G. PIEPOLI, *Gli Enti "non profit"*, in *Diritto privato europeo* a cura di N. Lipari, I, Padova, 1997, p. 347; G. VISINTINI (a cura di), *Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale*, Napoli, 2003; P. STANZIONE, *Non profit persona mercato: un'introduzione*, in V. ZAMBRANO (a cura di), *Non profit persona mercato*, Milano, 2005, p. 1 ss; per la ricostruzione di una nuova categoria, le istituzioni della solidarietà, caratterizzata da uno specifico regime dell'autonomia privata nei rapporti interni e nei rapporti esterni con i terzi destinatari dell'attività, G. VECCHIO, *Le istituzioni della solidarietà*, Napoli, 1998. Sulla ricostruzione del dibattito in ambito socio-economico, si rinvia a G.P. BARBETTA, *Il settore non-profit italiano. Occupazione, welfare, finanziamento e regolazione*, Bologna, 2000. Sul mercato, inclusivo dell'attività d'impresa da parte delle formazioni a scopo ideale e, prima ancora, sull'idea di mercato, costruita sulle virtù civili, idonea a favorire un ambiente socialmente responsabile ed istituzioni economiche eque ed efficienti, S. ZAMAGNI, *L'economia civile*, Bologna, 1998; ID. (a cura di), *Il non profit italiano al bivio*, Milano, 2002; R. CARTOCCI e F. MACONI, *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2006. Sui rapporti tra economia, diritto ed etica, nella società contemporanea, v. A.SEN, *Etica ed economia*, Roma-Bari, 2006; P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 237 ss. e per un richiamo alle diverse visioni economiche e al superamento delle conclusioni dell'analisi economiche del diritto, cfr. P. D'ADDINO, *Prefazione*, in ID. (a cura di) *Mercato e Etica*, Napoli, 2009, p. 7.

<sup>10</sup> A. ZOPPINI, *o.c.*, p. 35 ss. ed *ivi* i richiami alla letteratura giuridica citata alla nota 61.

<sup>11</sup> Per la tesi secondo cui lo spazio riservato agli enti senza scopo di lucro coincide con quello del *contract failure*, H.B. HANSMANN, *o.l.c.*



La mutata considerazione del ruolo rivestito dagli enti non lucrativi nella società - unitamente all'acquisita consapevolezza dell'inadeguatezza della disciplina codicistica, rispetto alle nuove funzioni di cui essi sono investiti - ha come conseguenza, sul piano normativo, la progressiva decodificazione delle discipline dell'associazione e della fondazione; così pure conduce all'emersione, nella prassi, di tipologie di enti, con connotati di specialità tali da non consentirne la riconduzione ai rigidi modelli delineati dal Codice del '42.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Cfr. N. LIPARI, *Il volontariato: una nuova dimensione culturale e giuridica del Welfare State*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 820 ss.; D. PREITE, *o.c.*, p. 86 ss.

<sup>13</sup> L'elaborazione di una copiosa legislazione speciale in tema di associazioni e di fondazioni, nell'esperienza italiana, è strettamente correlata al fenomeno della riduzione della sfera pubblica, per il quale cfr. M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, *passim*; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, *passim*; F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 447 s. I procedimenti di trasformazione, che hanno interessato le IPAB, gli enti pubblici creditizi, gli enti previdenziali di categoria, gli enti lirici, ecc., hanno condotto all'elaborazione di discipline speciali, derogatorie rispetto a quella codicistica e sostitutive dell'autonomia privata; sul tema F. MERUSI, *o.c.*, p. 448, secondo cui la persona giuridica di diritto privato diviene solamente lo stampo nel quale introdurre la nuova normativa e il codice civile solamente una fonte di integrazione della disciplina speciale che il legislatore non è riuscito ad esaurire. Sulla vicenda che ha interessato le IPAB, v. F. MIGLIARESE, *Sui limiti costituzionali alla pubblicizzazione di enti associativi privati*, in *Giur. Cost.*, 1974, p. 629 ss.; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977, p. 202 s.; L. FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso IPAB: verso una rivalutazione del criterio "sostanziale" di distinzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 446 ss.; A. SANDULLI, *La letteratura in materia di assistenza e beneficenza: percorsi e tendenze*, in *Riv. dir. amm.*, 1992, p. 756 ss. Sugli enti previdenziali privatizzati, cfr. S. CASSESE, *Gli enti previdenziali privatizzati*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1995, p. 122; G. SCARTOZZI, *Privatizzazioni (privatizzazione degli enti previdenziali)*, in *Enc. Treccani*, Roma, 1991, XXIV, p. 1 ss.; P. BOZZAO, *Gli enti previdenziali privatizzati, in La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1995, p. 327 ss.; M. BASILE, *Sono davvero fondazioni le casse di previdenza dei liberi professionisti trasformate in «fondazione»?* in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 103 ss.; E. FRENI, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, Torino, 2004, p. 89 ss. Sul processo di privatizzazione della banca pubblica, cfr. F. GALGANO, *Sulla riforma della banca pubblica*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1989, p. 778 ss.; ID, *Sulle cosiddette fondazioni bancarie*, in *Contr. e impresa*, 1996, p. 811 ss. F. MERUSI, *Dalla banca pubblica alla società per azioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, I, 1 ss.; P. SCHLESINGER, *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 126 ss.; ID, *Le c.d. fondazioni bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, I, p. 443 ss.; G. PONZANELLI, *Le fondazioni bancarie tra riforma del codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. Notar.*, 1998, 641 ss.; A. ZOPPINI, *La legge sulle c.d. fondazioni bancarie*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 407 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Fondazioni bancarie: che fare?*, in *Dir. banche e mercati fin.*, 1999; M. NUZZO (a cura di), *Le fondazioni bancarie: commento alla legge 23 dicembre 1998 n. 461, al decreto legislativo del 17 maggio 1999 n. 153, all'atto di indirizzo del Ministero del Tesoro del 5 agosto 1999,*

In particolare si registra, oramai da diversi anni, il fenomeno dell'ibridazione del modello associativo con quello fondazionale<sup>14</sup>, che si realizza nelle fondazioni di partecipazione, nelle quali la pluralità dei partecipanti delinea lo statuto giuridico dell'ente e l'assetto economico dello stesso, mediante un accordo inidoneo ad incidere sulla natura del negozio di costituzione della fondazione<sup>15</sup>. L'intreccio del modello associativo con quello fondazionale si sostanzia, come emerge dalle prassi statutarie, nel riconoscimento in favore dei partecipanti del potere di concorrere ad orientare la politica culturale od economica della fondazione, cui è correlato l'impegno dei medesimi a compartecipare all'incremento dei flussi finanziari dell'ente. Tale figura, di dubbia qualificazione giuridica, pone il problema dei limiti all'autonomia statutaria e quello dell'individuazione della disciplina applicabile, specificamente in punto di responsabilità e di tutela dei partecipanti e dei terzi.<sup>16</sup>

Napoli, 2000; F. MERUSI, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata*, Torino, 2000, *passim*. Sulla trasformazione in fondazioni degli enti lirico - musicali, v. E. FRENI, *La trasformazione degli Enti lirici in fondazioni di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, n. 12, p. 1115 ss.; A. DI MAJO, *Le neo -fondazioni della lirica: un passo avanti e due indietro*, in *Corr. Giur.*, 1997, n. 11, p. 114 ss.; G. IUDICA (a cura di), *Fondazioni ed enti lirici*, Padova, 1998, *passim*; G. MARASA, *Fondazioni, privatizzazioni e impresa: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, II, p. 475 ss.

<sup>14</sup> Il fenomeno del progressivo avvicinamento, sul piano strutturale, della fondazione e dell'associazione ha interessato la dottrina anche in tempi meno recenti, cfr., F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1958, p. 131 s.; D. VITTORIA, *Gli enti del primo libro del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, p. 23 ss. Sui profili distintivi dell'associazione dalla fondazione, cfr. R. DI RAIMO, *Le associazioni non riconosciute. Funzione, disciplina e attività*, Napoli, 1996, p. 276 ss. Per G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 560 ss., la fondazione a partecipazione privata costituisce una specifica tipologia, nel panorama delle fondazioni di origine pubblica; essa si contraddistingue per l'attitudine alla produzione di un bene collettivo o di merito mediante il coinvolgimento di privati nella gestione e nel capitale e si proietta, nel quadro delineato dall'art. 118, comma 4, Cost., quale strumento di promozione dell'autonoma iniziativa dei cittadini nell'esercizio di attività di interesse generale e collettivo.

<sup>15</sup> Cfr. F. GALGANO, *Fondazione*, in *Enc. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 1 ss., secondo cui l'atto costitutivo di fondazione conserva la propria struttura di atto unilaterale anche se formato da più soggetti ovvero da una «moltitudine di persone».

<sup>16</sup> Cfr., G. IUDICA, *Fondazioni di partecipazione*, in AA. VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del 1° convegno nazionale SISDiC, Napoli, 2006, p. 353 ss., secondo cui la scelta di abbandonare la complessa realtà delle fondazioni di impresa e di partecipazione all'esile disciplina dettata dal codice per le fondazioni di mera erogazione, arricchita da qualche leggina fiscale, esprime una precisa scelta di politica del diritto di *laissez faire - laissez passer*.



La pluralità delle forme organizzative emergenti dalla prassi determina, in seno alla dottrina giuridica, l'abbandono di prospettive volte all'individuazione di un modello unitario, sia per l'associazione sia per la fondazione. In particolare, la disciplina codicistica di quest'ultima appare idonea a delineare, non uno schema tipico, bensì una pluralità di differenti tipologie.<sup>17</sup> Tale prospettiva presuppone la negazione di un'identità strutturalmente definita e riconoscibile nel traffico giuridico ed una caratterizzazione funzionale dell'istituto: la fondazione si caratterizza per uno scopo che si rifrange su una struttura di per sé incolore.<sup>18</sup>

La neutralità della struttura organizzativa, che caratterizza i tradizionali «modelli deboli» - tra i quali, oltre la fondazione, l'associazione non riconosciuta e le forme societarie residuali - diviene progressivamente connotato comune di una più vasta tipologia di enti, sicché si discorre in dottrina di una progressiva *neutralizzazione* delle forme giuridiche, per designare l'inidoneità a fungere da criteri di qualificazione dell'ente, dei parametri a cui è, per tradizione, assegnato un ruolo ordinante: lo scopo lucrativo/ideale, l'attività economica e non, la struttura aperta o chiusa, la personalità giuridica o la semplice soggettività, l'autonomia patrimoniale perfetta/imperfetta.<sup>19</sup> La tesi trova alimento nella riforma del diritto societario, che, tra l'altro, semplifica la disciplina della trasformazione, rendendo agevole il mutamento dall'una all'altra forma delle figure regolate dai Libri I e V del Codice.

Tale percorso evolutivo è segnato da interventi legislativi introduttivi di istituti nuovi, quali l'impresa sociale<sup>20</sup> e le cooperative sociali<sup>21</sup>, che

confermano, per un verso, la tendenza alla decodificazione delle discipline degli enti del terzo settore, per altro verso alimentano le istanze volte al coordinamento tra le discipline degli enti del Libro I e del Libro V, che hanno continuato a rappresentare, per lungo tempo, due sistemi separati, pur con l'unificazione dei codici, nella prassi interpretativa ed applicativa. Le discipline citate - cui si aggiungono quelle in tema di trasformazione eterogenea e direzione e coordinamento di società - ponendo in comunicazione i due sistemi, sollecitano la riflessione anche sugli strumenti concettuali utilizzabili al fine di individuare la normativa applicabile agli enti del Libro I.

Tradizionalmente regolati al fine di risolvere, innanzitutto, problemi di imputazione della proprietà e di responsabilità processuale, gli enti non lucrativi presentano nel codice civile una disciplina strettamente modulata sul «soggetto»; il che implica a livello ricostruttivo la piena utilizzazione del paradigma del diritto soggettivo<sup>22</sup>. Le regole codicistiche non si rivolgono ai profili relativi all'esercizio dell'attività esplicata - in particolare per le fondazioni, essenzialmente considerate di mera erogazione e non operative - e ciò sembra testimoniato anche dal sistema dei controlli, che attengono a profili di mera legalità e involgono singoli atti, mai l'attività nel suo complesso e, in particolare, la sua attitudine al perseguimento dello scopo ideale, che dell'ente costituisce il fine istituzionale<sup>23</sup>. Nella

*tive sociali e associazioni di volontariato: verso il tramonto della neutralità?*, in *Notariato*, 1996, p. 559 ss.

<sup>22</sup> R. DI RAIMO, *Postulati logici e soggettività degli enti che esercitano l'impresa*, in AA. VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista, Atti del 1° convegno nazionale SISDiC*, Napoli, 2006, p. 330.

<sup>23</sup> La dottrina tende a distinguere i controlli codicistici sugli enti del Libro I dalle forme di vigilanza previste nella legislazione speciale in tema di associazioni e fondazioni; essi riguarderebbero singoli atti, non l'attività, e sarebbero finalizzati a valutare l'opportunità dell'esistenza, piuttosto che le modalità concrete di funzionamento, dell'ente; cfr. E. FRENI, *o.c.*, p. 180 s.; in tema di vigilanza sulle fondazioni liriche, G. MANGIONE, *Articolo 19 - Vigilanza*, in G. IUDICA (a cura di), *Fondazioni ed enti lirici*, cit., p. 169. La modulazione sull'attività dei più invasivi controlli amministrativi previsti delle discipline degli enti originati da processi di privatizzazione consente di escludere che, al pari di quelli civilistici, siano semplicemente preordinati ad evitare inutili immobilizzazioni patrimoniali o a garantire la tutela dei creditori e, quindi, la circolazione giuridica. La funzione degli stessi deve essere individuata in relazione a ciascun ente, poiché muta in relazione alla tipologia e alle finalità istituzionali del medesimo, dalle quali occorre muovere ai fini dell'individuazione degli interessi tutelati dall'attività di vigilanza. Sulla correlazione tra finanziamento pubblico e poteri di vigilanza, cfr. D. GIARDINI, *Sulla regolazione dell'attività musicale*, in *Foro amm.*, 1978, p. 1899 ss.; D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, p. 330 s.

<sup>17</sup> A. ZOPPINI, *Le fondazioni dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 132 ss.

<sup>18</sup> A. ZOPPINI, *o.l.c.*

<sup>19</sup> Per la neutralità della causa che sorregge la struttura delle associazioni e delle fondazioni, conseguente all'evoluzione normativa che ha reso impercettibile il confine tra intento lucrativo e intento altruistico, cfr., G. MARICONDA e A.A. CARRABBA, *Su alcuni profili di documentazione delle associazioni e fondazioni svolgenti attività commerciale*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, I, *La fase costitutiva dell'impresa*, Milano, 1990, p. 37 ss.

<sup>20</sup> L'istituto è stato introdotto con il d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155; per l'analisi della disciplina v. AA. VV., *Disciplina dell'impresa sociale*, Comm. a cura di M. V. DE GIORGI, in *Le nuove leggi civili comm.*, Padova, 2007. Sulla configurazione dell'istituto, cfr. i contributi di A. SANTUARI, *L'impresa sociale: un concetto giuridico?* (sulla riforma del libro I del codice civile in materia di enti non profit), in *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 895 ss.; A. ZOPPINI, *Relazione introduttiva a una proposta per la disciplina dell'impresa sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 335 ss.; G.M.C. RIVOLTA, *Profili giuridici dell'impresa sociale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1161 ss.; V. BUONOCORE, *Può esistere un'impresa sociale?*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 833 ss.

<sup>21</sup> La disciplina delle cooperative sociali è stata introdotta con l. 8 novembre 1991, n. 381; sull'analisi della normativa e sulla comparazione con istituti affini, cfr. E. CAPOBIANCO, *Coopera-*



prassi interpretativa, anche per risolvere i problemi posti dall'esercizio dell'impresa da parte di un ente del Libro I, si conserva l'idea dello stesso come persona, separata dall'attività esercitata, ricostruendo l'associazione o la fondazione, che esercita attività di impresa, sulla falsariga dello schema dell'impresa individuale<sup>24</sup>. Per le società, all'inverso, si realizza un progressivo distacco dall'idea del «soggetto giuridico» come persona e si profila una costruzione come modalità tecnica di organizzazione dei poteri dispositivi e di imputazione in funzione dell'esercizio dell'impresa.<sup>25</sup>

La riflessione sugli strumenti concettuali utilizzabili, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile agli enti del terzo settore, deve, allora, avere quale fondamentale punto di riferimento l'esplicarsi in concreto di una determinata attività organizzata e specificamente finalizzata<sup>26</sup>. Si ritiene, quindi, opportuno sollecitare la comprensione del fenomeno – così come è stato fatto per l'impresa<sup>27</sup> – in una prospettiva dinamica e non statica, nell'ottica del superamento delle visioni per le quali esso deve essere indagato sul piano della teoria del soggetto di diritto o su quello della teoria dei beni. Secondo autorevole insegnamento: «...quando si tratta di inserire valori ultraindividuali nella disciplina del comportamento, questo finisce per non essere dogmaticamente ricostruibile secondo gli ordini concettuali spiccatamente soggettivistici che presiedono alla costruzione delle tradizionali categorie privatisti-

che...»<sup>28</sup>. Il suggerimento, quindi, è quello di adoperare lo strumento concettuale dell'attività<sup>29</sup>, utilizzabile allorché l'azione non si risolva in un risultato definitivo in ordine ad un'esigenza che viene soddisfatta, bensì quando l'agire si riproponga in funzione di un'istanza che si rinnova continuamente<sup>30</sup>. E' ciò che avviene per gli enti del terzo settore, rispetto ai quali gli interessi generali – che, sul piano statico, disegnano gli scopi istituzionali dell'ente – esprimono, sul piano dinamico, la finalizzazione dell'esplicazione in concreto di un'attività organizzata, che perdura nel tempo in ragione del rinnovarsi continuo delle istanze di soddisfazione degli interessi generali cui essi sono preposti.

Ricostruire la disciplina applicabile, in tale prospettiva, implica l'indagine sulle caratteristiche dell'attività in concreto esplicita, talora definite sul piano dell'autonomia statutaria, ma di frequente indicate dalla legislazione speciale che regola singole figure. Nel terzo settore vi sono enti che svolgono attività non economica ed enti che, invece, esercitano attività economiche: le organizzazioni di volontariato, nei limiti della marginalità<sup>31</sup>; le associazioni di promozione sociale, entro i limiti dell'ausiliarietà e della sussidiarietà all'attività istituzionale<sup>32</sup>; ma, soprattutto, l'impresa sociale, ovvero l'organizzazione privata senza scopo di lucro, che esercita in via stabile e principale un'attività economica di produzione o scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale<sup>33</sup>.

Così pure vi sono enti che svolgono attività definite non economiche, ma per le quali è prescritta la gestione con metodo economico; si tratta di attività, di regola, esercitate con il ricorso al finanziamento ordinario a carico dello Stato o, comunque, a fondi

<sup>24</sup> R. DI RAIMO, *o.l.c.*, secondo cui, in alternativa a tale modello, si delinea l'ipotesi dell'ente proprietario di partecipazioni in società, nuovamente alla stregua della persona fisica.

<sup>25</sup> R. DI RAIMO, *o.l.c.*

<sup>26</sup> Cfr. F. ALCARO, *L'«attività» profili ricostruttivi e prospettive applicative*, Napoli, 1999, p. 21.

<sup>27</sup> Nella letteratura giuridica, come noto, lo studio dell'impresa muove dall'originaria riconduzione del fenomeno nell'ambito della teoria dei beni, per addivenire, in un successivo momento, al riconoscimento in capo all'imprenditore di un diritto soggettivo, diverso da quello di proprietà sui beni costituenti l'azienda, il diritto soggettivo di impresa ed approdare, infine, all'adozione della dimensione dell'attività. Cfr., per le prime due tesi, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, p. 81 ss.; R. TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986, *passim*; R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 187 ss. Conducono l'analisi del fenomeno sul piano dell'attività, intesa tendenzialmente come serie di atti e come dimensione fattuale, G. AULETTA, *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 981 ss.; N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965, p. 32 s.; V. BUONOCORE, *Fallimento ed impresa*, Napoli, 1965, p. 123 ss.; G. MINERVINI, *L'imprenditore – Fattispecie e statuti*, Napoli, 1966, p. 9 ss.; V. COLUSSI, *Capacità e impresa*, I, *L'impresa individuale*, Padova, 1974, p. 10; G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 109 ss.; P. SPADA, *Impresa*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, IV, Torino, 1992, p. 41.

<sup>28</sup> Testualmente, P. FERRO – LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, ristampa 2001, p. 201, per il quale il fenomeno dell'attività si presenta come un superamento dei caratteri dell'individualismo, quale posizione ideologica, e del soggettivismo, inteso come tecnica costruttiva del sistema.

<sup>29</sup> P. FERRO – LUZZI, *o.l.c.*, secondo cui l'attività assume autonomia e rilevanza giuridica nella circostanza di porsi come obiettiva emersione di un comportamento che, in funzione di interessi o valori sociali, diviene immediato punto di riferimento di una disciplina, che concerne i diversi aspetti, senza filtrare attraverso il soggetto e, quindi, senza potersi risolvere totalmente nelle categorie dell'atto e del diritto soggettivo. La nozione di attività, accoglibile ai fini della presente indagine, si connota per il recupero dell'aspetto dinamico del fenomeno mediante la valorizzazione delle caratteristiche di continuità ed effettività, che sottolineano, l'una, che essa è una vicenda in svolgimento, rilevante in quanto dinamicamente perdurante; l'altra, che essa si manifesta nell'effettività, quale condizione esclusiva di esistenza e di apprezzamento, cfr. F. ALCARO, *o.c.*, p. 34.

<sup>30</sup> F. ALCARO, *o.l.c.*

<sup>31</sup> V. art. 5, comma 1, lett. g, l. 11 agosto 1991, n. 266.

<sup>32</sup> V. art. 4, comma 1, lett. f, l. 7 dicembre 2000, n. 383.

<sup>33</sup> V. art. 1 d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155.

pubblici: si pensi alle fondazioni liriche<sup>34</sup> o alle fondazioni universitarie.<sup>35</sup> L'evocazione, in alcune discipline, del principio di economicità della gestione, invero, più che designare un connotato tipico dell'attività - ovvero l'attitudine della stessa a coprire i costi con i ricavi - esprime l'indirizzo dell'azione dell'ente, che, nel perseguimento degli obiettivi istituzionali, deve caratterizzarsi per efficacia ed economicità, da attuare anche mediante la semplificazione delle procedure, la previsione di forme di controllo interno della gestione. In sintesi, ciò che il principio sembra prescrivere è che l'azione dell'ente debba rappresentare esplicazione del principio di buon andamento dell'amministrazione, di cui all'art. 97 Cost., posto a presidio degli interessi generali perseguiti dall'ente<sup>36</sup>. L'affermazione di tale principio non si traduce sempre nell'estensione della disciplina codicistica dell'impresa e delle società in punto di scritture contabili e modalità di redazione del bilancio; ciò avviene, ad esempio, per le fondazioni liriche<sup>37</sup> - che anche se non esercitano attività commerciale, devono tenere i libri e le altre scritture contabili prescritti dall'art. 2214 c.c. e devono redigere il bilancio secondo le regole dettate dagli artt. 2423 ss. c.c. per le società per azioni - ma, non per le fondazioni universitarie<sup>38</sup>.

Lo svolgimento, da parte dell'ente *non profit*, di attività economiche o da gestire con metodo economico ha delle implicazioni sul piano della disciplina applicabile in punto di gestione finanziaria e

contabile e, al di là delle ipotesi in cui vi siano esplicite indicazioni normative - alcune già richiamate, alle quali si aggiungono quelle collocate nelle discipline dell'impresa sociale e degli enti previdenziali privatizzati - occorre uno sforzo interpretativo per verificare l'applicabilità per analogia delle disposizioni in tema di tenuta delle scritture contabili, dettate per l'imprenditore dall'art. 2214 c.c., e in tema di modalità di redazione del bilancio, dettate per le società per azioni dagli artt. 2423 ss. c.c.

Altro connotato dell'attività, di sicuro rilievo sul piano dell'individuazione della disciplina applicabile, è l'essere o no finanziata con fondi pubblici o con oblazioni derivanti dal pubblico; anche rispetto a tale profilo, spesso mancano esplicite indicazioni normative. E' chiaro che le fonti di finanziamento dell'attività possano, anzi, debbano avere un rilievo sul piano, sia dei sistemi di controllo, sia delle forme di tutela dei finanziatori e dei beneficiari dell'azione dell'ente. Specifica modalità di controllo - segnatamente, il controllo contabile della Corte dei Conti<sup>39</sup> - è prevista per gli enti che fanno ricorso

<sup>39</sup> In attuazione dell'art. 100 della Costituzione - secondo cui la Corte dei Conti partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, con l'obbligo di riferire direttamente alle Camere sul risultato del riscontro effettuato - la l. 21 marzo 1958, n. 259 ha regolato due diversi tipi di controllo, istituendo ai fini del loro esercizio una speciale Sezione in seno alla stessa Corte: il primo tipo, riferito agli enti, indicati dalla legge senza l'aggiunta di altra qualificazione, cui la P.A. conferisce contributi con carattere di periodicità da oltre un biennio, ovvero attribuisce continuativamente un potere impositivo; il secondo, riferito agli enti espressamente qualificati dalla legge come pubblici, nei cui confronti la P.A. contribuisce con apporto al patrimonio in capitale o servizi o beni ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria. Nel primo caso il controllo presuppone l'invio da parte degli enti dei conti consuntivi, dei bilanci di esercizio e dei relativi conti dei profitti e delle perdite; la Corte dei conti può richiedere informazioni ai rappresentanti delle P.A. presenti nei collegi sindacali degli enti e ulteriori informazioni, atti e documenti agli stessi enti e ai ministeri competenti. Nel secondo caso il controllo si esercita, oltre che con l'invio dei consuntivi e dei bilanci, mediante la presenza diretta di un magistrato della Corte, legittimato ad assistere alle sedute degli organi di amministrazione o di revisione. In entrambi i casi, la Corte è tenuta a riferire alle Camere i risultati del controllo eseguito, potendo altresì, nel caso in cui accerti irregolarità nella gestione e, comunque, quando lo ritenga opportuno, formulare rilievi al Ministro del tesoro e al Ministro competente. Sulla funzione dell'attività di controllo esercitata dalla Corte dei Conti, v. Corte cost., 28 dicembre 1993, n. 446, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3829 ss., secondo cui la stessa è collegata all'interesse preminente dello Stato a sottoporre a vigilanza le gestioni relative ai finanziamenti che gravano sul proprio bilancio e, in definitiva, a presentarle al giudizio del Parlamento; la considerazione di tale finalità primaria, ad avviso della Corte, giustifica la permanenza del controllo in questione anche nei confronti degli enti privatizzati, se e fino a quando la gestione di essi resti nella disponibilità dello Stato e sia suscettibile di incidere, sia pure indirettamente, sul bilancio statale. Per il commento della sentenza cfr. R. PERNA, *Privatiz-*

<sup>34</sup> Per i richiami alla legislazione speciale e alla letteratura in tema di fondazioni liriche *supra*, nota 13.

<sup>35</sup> Il riferimento è alle fondazioni universitarie di cui all'art. 16, l. 6 agosto 2008, n. 133; sul tema sia consentito il rinvio a S. SERRAVALLE, *Le fondazioni universitarie tra forma privata ed interesse pubblico all'attività*, Napoli, 2010, *passim*. Sulla diversa disciplina dettata in tema di scritture contabili e di bilancio per le fondazioni universitarie di cui al d.P.R. 24 maggio 2001, n. 254, v. art. 13 del citato regolamento.

<sup>36</sup> S. SERRAVALLE, *o.c.*, p. 132.

<sup>37</sup> V. art. 16, d.lgs. 367 del 1996; la disciplina prevede anche la possibilità che il Ministero dell'economia e delle finanze possa stabilire schemi di bilancio che tengano conto della particolare attività della fondazione e disporre la certificazione del bilancio da parte di società di revisione.

<sup>38</sup> L'opzione legislativa emergente dall'art. 16, comma 9, l. 6 agosto 2008, n. 133 - nella considerazione unitaria dell'autonomia delle università e delle altre istituzioni di altra cultura, che è anche finanziaria e contabile - si traduce nel riconoscimento dell'autonomia dell'ente nella la regolazione dei profili della gestione economico-finanziaria, con il solo limite dell'osservanza di due prescrizioni: la gestione economico-finanziaria delle fondazioni universitarie deve assicurare l'equilibrio di bilancio; il bilancio deve essere redatto con periodicità annuale. Sull'equilibrio di bilancio dello Stato, prescritto dall'art. 81 Cost., visto nella complessità delle relazioni sottostanti, quindi come equilibrio di bilancio anche degli enti finanziati dal pubblico, C. MAZZÙ, *Compatibilità economica e società pluralista*, Milano, 2008, *passim*.





al finanziamento ordinario a carico dello Stato<sup>40</sup>; diversamente non sono strutturate, per lo meno in maniera organica<sup>41</sup>, forme di vigilanza indirizzate alla verifica in concreto dell'effettivo perseguimento delle finalità di interesse generale cui l'ente è preposto<sup>42</sup>, la cui introduzione appare opportuna, specie quando il patrimonio dell'ente è costituito da beni originariamente pubblici (ciò avviene per gli enti pubblici trasformati in associazioni o fondazioni) ovvero conferiti con obblazioni da soggetti terzi interessati all'attività istituzionale. Così pure appare opportuno articolare – allo stato, è possibile sul piano dell'autonomia statutaria - adeguate forme di tutela dei finanziatori e dei beneficiari, che assicurino il perseguimento delle finalità di interesse generale cui l'attività è indirizzata. Pur nella consapevolezza della lacuna legislativa, si ritiene che l'apprezzamento del profilo teleologico dell'attività possa consentire l'individuazione e, conseguentemente, l'applicazione di principi e di discipline, an-

zazione formale/sostanziale e controllo della Corte dei Conti, in *Foro it.*, 1993, III, p. 285 ss.; M. MAUGERI, *Il controllo della Corte dei Conti sugli enti pubblici economici «privatizzati»*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 556 ss.; G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche privatizzate*, in *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di P. MARCHETTI, Milano, 1995, p. 165 ss.

<sup>40</sup> In relazione agli enti non lucrativi, in particolare, il controllo della Corte dei conti è disposto: per gli enti previdenziali privatizzati, dall'art. 3, comma 5, d.lgs. 509 del 1994; per le fondazioni liriche, dall'art. 15, comma 5, d.lgs. 367 del 1996; per la «Fondazione Centro sperimentale di cinematografia», dall'art. 9, comma 2, d.lgs. 426 del 1997; per la «Fondazione La Biennale di Venezia», dall'art. 20, comma 2, d.lgs. 19 del 1998; per l'«Istituto nazionale per il dramma antico» trasformato in fondazione, dall'art. 8, comma 2, d.lgs. 20 del 1998; per la fondazione «La Triennale di Milano», dall'art. 8, comma 2, d.lgs. 273 del 1999; per le fondazioni universitarie, dall'art. 16, comma 11, l. 133 del 2008.

<sup>41</sup> Esempio di attività di vigilanza rivolta alla verifica dell'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico è rinvenibile nella disciplina sull'impresa sociale, nella quale è attribuita al Ministero del lavoro e della previdenza sociale - dall'art. 16, comma 4, del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 - la facoltà di disporre la perdita della qualifica, anche nell'ipotesi di mancato perseguimento delle finalità di interesse generale cui l'ente è preposto.

<sup>42</sup> Il controllo contabile della Corte dei Conti, tenuto conto delle indicazioni emergenti dalla giurisprudenza costituzionale citata alla nota 39, può essere considerato strumento indiretto di vigilanza sull'effettivo perseguimento delle finalità di interesse generale affidate all'ente finanziato. Attesa la funzione del controllo contabile - che consiste nell'accertamento delle concrete modalità di impiego dei finanziamenti pubblici destinati all'ente, affinché le stesse possano essere oggetto di valutazione da parte del Parlamento - si può ritenere che tale forma di controllo sia strumentale alla verifica della concreta attuazione dell'interesse pubblico perseguito dall'ente finanziato ad opera del Parlamento, cui compete l'individuazione degli enti privati destinatari del finanziamento ordinario a carico dello Stato ed ogni decisione in ordine alla conservazione del privilegio accordato, che non può che avere giustificazione sulla base di valutazioni attinenti all'effettiva rispondenza dell'attività istituzionale all'interesse pubblico.

che di carattere «publicistico», che approntino garanzia di effettività alle istanze di soddisfacimento degli interessi generali perseguiti dall'ente.<sup>43</sup>

Altro profilo meritevole di attenzione è la correlazione che si può instaurare tra più enti, in particolare tra enti lucrativi e non. Fenomeno diffuso è quello delle fondazioni costituite da imprese; in tale ipotesi il legame funzionale che si instaura tra il fondatore e la fondazione, interessata ad essere alimentata in maniera continuativa e stabile dall'impresa fondatrice, pone specifici problemi - in particolare relativi all'autonomia dell'ente e all'effettiva eterodestinazione dei risultati - che involgono alcune ricadute sulla posizione dei beneficiari, ai quali occorre garantire forme di tutela adeguate in rapporto alla specificità del fenomeno.

L'opportunità di una disciplina differenziata per gli enti non lucrativi, in ragione dei diversi aspetti segnalati è condivisa in dottrina e trova riscontro anche nei recenti indirizzi di politica legislativa: essi confermano la sottoposizione delle persone private, che svolgono attività di interesse generale, ad un *corpus* di regole differenziate rispetto a quelle dettate per gli altri soggetti giuridici privati. In tema di trasformazioni eterogenee, l'art. 2500 *octies*,

<sup>43</sup> L'esistenza di una «zona grigia» tra l'area riservata al diritto privato e l'area riservata al diritto pubblico, coperta da figure soggettive ed istituti disciplinati, per alcuni profili, dal diritto privato e per altri dal diritto amministrativo è dato da tempo acquisito dalla dottrina giuridica, cfr. U. FORTI, *Amministrazione pubblica e attività economica privata*, in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, 1937, p. 279 ss.; A.M. SANDULLI, *Enti pubblici ed enti privati di interesse pubblico*, in *Giust. Civ.*, 1958, p. 1943 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 866 s.; S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, *ivi*, p. 720 ss. Il progressivo rilievo assunto dal fenomeno - in ragione del crescente ampliamento del novero dei soggetti privati cui sono stati attribuiti funzioni e servizi pubblici - ha sollecitato la configurazione del diritto amministrativo quale diritto dell'attività amministrativa, esercitata indifferentemente da soggetti pubblici e privati, conducendo al riconoscimento della possibilità di applicazione di principi e regole del diritto amministrativo ad enti privati. Sul tema dell'esercizio di funzioni e servizi pubblici da parte di enti privati e per la prospettiva ricostruttiva delineata, cfr. M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 686 ss.; F. SATTA, *Esercizio privato di funzioni e di servizi pubblici*, in *Enc. Treccani*, XIII, Roma, 1989, p. 1 ss.; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, *passim*; per la configurazione del sistema delle regole di diritto amministrativo applicabili agli enti privati come «chiuso» o di stretta interpretazione, cfr. V. CAIANIELLO, *Un proposito illegittimo e incostituzionale*, in *Prev. for.*, 1999, p. 37 ss.; M. LUCIANI, *I controlli sugli enti previdenziali privatizzati*, in *Prev. for.*, 1999, p. 58 ss., che negano la possibilità di ricorrere all'applicazione analogica, sul presupposto dell'illegittimità, in assenza di una precisa scelta normativa, della compressione dell'autonomia degli enti privati.



comma 3, c.c.<sup>44</sup> vieta la trasformazione in società di capitali delle associazioni che abbiano ricevuto contributi pubblici oppure liberalità o oblazioni dal pubblico<sup>45</sup>. Anche il progetto di riforma della disciplina delle persone giuridiche e delle associazioni non riconosciute,<sup>46</sup> attualmente all'attenzione delle Camere, muove nella direzione di una regolamentazione differenziata per gli enti che perseguono un fine pubblico o collettivo, rispetto a quelli caratterizzati dall'autodestinazione agli associati dell'attività svolta. Ai sensi dell'art. 2 del disegno di legge, sono enti che perseguono un fine pubblico o collettivo quelli che: ricevono oblazioni o contributi dal pubblico o contributi pubblici; si avvalgono continuativamente e in misura significativa di lavoro volontario; hanno ottenuto liberalità per realizzare scopi di utilità pubblica o collettiva; amministrano patrimoni lasciati o donati aventi una finalità diversa dallo scopo dell'ente; svolgono attività di impresa esercitata al fine di realizzare scopi di utilità pubblica o collettiva.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Disposizione introdotta all'esito della sostituzione del Capo X del Titolo V del Libro V del codice civile, disposta dall'art. 6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

<sup>45</sup> Non si registra concordia di opinioni sull'estensibilità della regola alle fondazioni, cfr. A. FUSARO, *Enti non lucrativi e trasformazioni eterogenee: un catalogo di questioni*, in AA. VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista, Atti del 1° convegno nazionale SISDiC*, cit., p. 340 s., secondo cui il mancato riferimento alle fondazioni, dunque l'inapplicabilità della disciplina, può trovare giustificazione in considerazione dell'intervento dell'autorità amministrativa, cui è rimessa la valutazione in ordine alla realizzabilità della trasformazione in presenza di contributi pubblici.

<sup>46</sup> A.C. 1090 - proposta di legge di iniziativa dell'on. Vietti, presentata il 20 maggio 2008. L'art. 1 contiene le disposizioni relative all'esercizio della delega al Governo, da esercitarsi entro un anno dall'entrata in vigore della legge. L'oggetto della delega, come specificato dal comma 1, concerne la riforma degli enti di cui al titolo II del libro I del codice civile. I decreti legislativi dovranno essere adottati in conformità con la normativa comunitaria e con i principi e criteri direttivi previsti dalla proposta di legge. Per quanto riguarda le modalità procedurali, il comma 3 prevede che i decreti legislativi siano adottati su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con il Ministro dello sviluppo economico e con il Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, e il comma 4 definisce le modalità di trasmissione degli schemi di decreti alle Camere ai fini dell'espressione del parere da parte delle Commissioni parlamentari. Il comma 5 conferisce al Governo la possibilità, entro un anno dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi, di emanare disposizioni correttive e integrative.

<sup>47</sup> L'articolo 2 del disegno di legge delega, detta i principi e criteri direttivi generali che devono conformare la nuova disciplina in materia di persone giuridiche e di associazioni non riconosciute. In primo luogo viene definito il principio secondo cui il vincolo di non distribuzione degli utili e del patrimonio dell'ente deve essere disciplinato secondo principi di trasparenza e di tutela dell'affidamento dei terzi. Ulteriore principio attiene all'ampliamento degli ambiti dell'autonomia statutaria. Particolare rilevanza, nella sistematica complessiva della riforma, sembra assumere la distinzione tra enti volti alla realizza-

Dall'analisi della disciplina delle fondazioni contenuta nel disegno di legge - ma discorso analogo può farsi per le associazioni - emerge la distinzione<sup>48</sup>: «tra le fondazioni che realizzano finalità meramente private e le fondazioni che mirano a realizzare fini di interesse collettivo o riferibile alla generalità». La disciplina dettata per le due distinte figure è fortemente differenziata, sì che la riforma è diretta a prevedere norme che assicurino: 1) la stabilità e la continuità nel perseguimento dello scopo sociale, per le fondazioni di interesse collettivo; diversamente, per le fondazioni meramente private, l'ammissibilità dell'ingerenza del fondatore o di un soggetto da lui designato nella vita della fondazione, comprensiva della possibilità di revoca della fondazione dopo che sia intervenuto il riconoscimento; 2) la consistenza del patrimonio destinato a realizzare uno scopo, fissato in un ammontare non inferiore ad un milione di euro, per le fondazioni di interesse collettivo; nessuna indicazione è, per converso, dettata per le fondazioni meramente private; 3) la possibilità di realizzare modifiche statutarie solo accessorie e strumentali, nei limiti in cui ciò sia funzionale ad una migliore e più razionale realizzazione dello scopo, per le fondazioni di interesse collettivo; alle fondazioni meramente private è, invece, accordato il riconoscimento di ampia autonomia statutaria riguardo alle strutture organizzative, all'amministrazione e alla rappresentanza, ai procedimenti decisionali, ai diritti dei beneficiari e agli strumenti di tutela degli interessi coinvolti; 4) un regime dell'estinzione e della trasformazione omogenea idoneo ad assicurare la destinazione del patrimonio allo scopo fondazione, per le fondazioni di interesse collettivo; la riserva, in favore della sola fondazione privata, della disciplina della trasformazione eterogenea prevista dall'articolo 2500-*octies* del codice civile.

zione di un fine pubblico o collettivo e quelli caratterizzati dall'autodestinazione agli associati dell'attività svolta. Una previsione specifica riguarda l'esercizio dell'impresa che deve essere disciplinata in maniera tale da tutelare i terzi e le finalità dell'ente senza scopo di lucro. L'articolo 3 detta i principi e criteri direttivi in relazione al procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica. I punti essenziali della riforma attingono: alla semplificazione del procedimento di costituzione nel rispetto dei principi di cui al d.P.R. 361 del 2000; alla previsione di un sistema di riconoscimento analogo a quello dettato per le società, di cui all'articolo 32 della legge 24 novembre 2000, n. 340. Nell'ottica di tutelare i diritti dei terzi, nonché di graduare l'autonomia e i controlli, in base alla natura degli interessi coinvolti, specifici principi sono dettati per le associazioni che suscitano un affidamento in ordine alla realizzazione di un fine pubblico o collettivo con riguardo ai profili dell'amministrazione, del controllo e della posizione dei terzi.

<sup>48</sup> La disciplina è contenuta nell'art. 5 - *bis*, introdotto nel testo originario della proposta di legge nella seduta del 20 aprile 2010 della II Commissione.



Nel quadro delineato dal progetto di riforma, la stabilità del programma fondazionale non è giustificabile, secondo la visione tradizionale, in ossequio della volontà del fondatore - che non è destinato necessariamente ad uscire di scena, tant'è che nelle fondazioni meramente private conserva un ruolo tanto determinante nella vita dell'ente da poterne provocare, mediante revoca, la liquidazione o la trasformazione, nonostante l'intervenuto riconoscimento - bensì in ragione della rilevanza degli interessi generali perseguiti e dell'affidamento che la collettività ripone nella soddisfazione degli stessi mediante l'attività della fondazione.

In relazione alle fondazioni che perseguono finalità di interesse generale, rilevanti sono le disposizioni in tema di assetto organizzativo<sup>49</sup>, tutela dei beneficiari e sistemi di controllo. Tra le regole sull'organizzazione, si segnalano quelle secondo cui: almeno un terzo degli amministratori deve essere scelto in ragione degli interessi coinvolti dallo scopo della fondazione; è necessaria la costituzione di un comitato interno di controllo sulla gestione, ovvero di un organo autonomo incaricato del controllo contabile e sull'amministrazione; è imposto l'obbligo di redigere un rendiconto economico, conformemente ai criteri di redazione del bilancio previsti dagli articoli 2423 ss. c.c.; in caso di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori, è possibile procedere a denuncia all'Autorità di controllo<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Ai sensi del comma 3, per quanto concerne l'amministrazione delle fondazioni che mirano a realizzare fini di interesse collettivo o riferibile alla generalità, la riforma è diretta a: **a.** individuare quali competenze esclusive degli amministratori: **i.** la gestione dell'attività sociale; **ii.** la predisposizione del progetto di bilancio; **iii.** l'amministrazione e la destinazione dei fondi agli scopi annunciati; **iv.** la gestione dell'attività d'impresa, ove esercitata. **b.** prevedere: **i.** particolari requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza per la nomina alla carica di amministratore; **ii.** limiti al cumulo degli incarichi e alla rieleggibilità per gli amministratori, ovvero criteri di turnazione tra gli stessi; **iii.** che almeno un terzo degli amministratori sia scelto in ragione degli interessi coinvolti dallo scopo della fondazione. **c.** la costituzione di un comitato interno di controllo sulla gestione ovvero di un organo autonomo incaricato del controllo contabile e sull'amministrazione; **d.** l'obbligo di redigere un rendiconto economico, conformemente ai criteri di redazione del bilancio previsti dagli articoli 2423 e seguenti del codice civile, da depositarsi annualmente presso il registro delle persone giuridiche, in cui sia tra l'altro evidenziato l'ammontare delle retribuzioni corrisposte agli amministratori che prestano il proprio lavoro in favore della fondazione; **e.** prevedere la denuncia di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori all'Autorità di controllo ovvero, fino a quando l'Autorità di controllo non è istituita, la denuncia al tribunale da parte dei componenti dell'organo di controllo.

<sup>50</sup> Altra regola di sicuro rilievo sul piano dell'organizzazione, è quella dettata dal comma 4, secondo cui la disciplina dovrà prevedere, per le fondazioni che hanno un attivo dello stato patrimoniale superiore a dieci milioni di euro, la costituzione di un

In ordine alla posizione dei beneficiari, la riforma prevede norme che assicurino: idonei e precisi obblighi di trasparenza nei confronti dei potenziali beneficiari; il potere di questi ultimi di sollecitare all'organo interno di controllo una verifica degli adempimenti della fondazione, così pure di denunciare all'Autorità di controllo la sussistenza di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori. L'Autorità, cui fa riferimento la disciplina, istituita dal Governo ai sensi dell'art. 6 - bis, è preposta al controllo delle associazioni e fondazioni di diritto privato, segnatamente di quelle che hanno un attivo dello stato patrimoniale superiore a dieci milioni di euro e sono assoggettate alla revisione contabile secondo i criteri fissati dalla medesima Autorità.

La disciplina definisce i compiti dell'Autorità: vigila sull'osservanza della legge e degli statuti sugli equilibri patrimoniali e sull'effettiva realizzazione degli interessi dei beneficiari; vigila sul perseguimento dello scopo statutario e sulla conservazione del patrimonio; esercita l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministrati; vigila sulla trasparenza e sulla correttezza dell'attività di erogazione; riceve dagli interessati le denunce di irregolarità nello svolgimento delle attività erogative delle fondazioni e decide su di esse nell'esercizio dei poteri di controllo stabiliti dalla legge. La disciplina è completata dalla disposizione secondo cui l'Autorità di vigilanza può chiedere in qualunque momento informazioni agli enti sottoposti al controllo e, del pari, può disporre ispezioni o chiedere l'esibizione di documenti e, qualora accerti gravi irregolarità, sciogliere l'amministrazione e nominare un commissario.

Tale forma di vigilanza si discosta da quella oggi prevista dal codice civile - tendenzialmente rivolta a singoli atti, non all'attività - e si caratterizza per il riconoscimento del potere di verifica dell'effettiva realizzazione degli interessi dei beneficiari, consentendo l'accostamento della stessa alle forme di controllo previste nella legislazione speciale in tema di fondazioni di origine pubblica<sup>51</sup>. Si tratta di una forma di controllo finalizzata alla verifica dell'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico,

organo di indirizzo, composto per almeno un terzo dei componenti da soggetti professionalmente competenti e rappresentativi degli interessi coinvolti nell'attività della fondazione. L'organo di indirizzo, su proposta del consiglio di amministrazione, dovrà deliberare in materia di approvazione dei rendiconti, delle modifiche statutarie e dei regolamenti, di fusione e scissione.

<sup>51</sup> Sulla distinzione funzionale tra i controlli codicistici sugli enti del Libro I e le forme di vigilanza previste nella legislazione speciale in tema di associazioni e fondazioni di origine pubblica, *supra* nota 23.





la cui attuazione è demandata all'ente nel quadro del principio di sussidiarietà orizzontale<sup>52</sup>.

L'iter legislativo della riforma - sin ora lungo e tortuoso - è incerto nella sua conclusione. Si può esprimere, comunque, una valutazione positiva in ordine all'approccio e a gran parte dei contenuti del disegno di legge, che ha accolto spunti e conclusioni della dottrina giuridica in materia.

Da tempo si osserva<sup>53</sup> che una più accentuata autonomia statutaria è giustificata per gli enti senza scopo di lucro, che realizzano interessi, pur sempre collettivi, ma essenzialmente privati; diversamente, per gli enti che perseguono interessi pubblici, la riforma delle disposizioni del codice civile dovrebbe essere improntata ad una maggiore eteronomia, in ragione dell'affidamento e delle aspettative suscitate nella comunità. Per tali ultimi enti appare giustificabile un irrigidimento strutturale, che si risolva nella fissazione di regole attinenti, ad esempio, ai profili dell'articolazione delle competenze degli organi, dell'adozione del metodo democratico, dell'imposizione di obblighi contabili e di bilancio. Secondo tale orientamento<sup>54</sup>, nell'elaborazione del progetto di riforma il legislatore dovrebbe tenere in considerazione alcuni dati, ovvero: se l'ente riceve donazioni o si procura il patrimonio con pubbliche sottoscrizioni; se si assoggetta volontariamente ad un regime fiscale di favore; se realizza forme di integrazione dell'azione privata con la tutela di interessi pubblici.

In conclusione, la realtà del terzo settore trova nel codice civile pochi profili di disciplina: quelli relativi ad alcuni aspetti squisitamente soggettivi dell'associazione e della fondazione. Dall'approvazione della riforma degli enti del Libro I, che tutti auspichiamo, è dato attendersi una disciplina codicistica più compiuta ed articolata, che tenga conto delle specificità degli enti del terzo settore. Una disciplina, pertanto, modulata in rapporto ad elementi quali: le finalità di interesse generale, il ricorso a finanziamenti pubblici o ad oblazioni dal pubblico, lo svolgimento di attività economica, il ricorso al lavoro volontario, ecc.

A prescindere dall'esito delle proposte di riforma - sottolineando, per altro, l'irrelevanza della collocazione topografica della regolamentazione - l'interprete dovrà sempre attingere a fonti diverse, al fine di sottoporre ciascun ente alla disciplina più

adeguata alle caratteristiche dell'attività esplicata e alle finalità di interesse generale concretamente perseguite.<sup>55</sup>

Anche allo stato della legislazione vigente, l'acquisizione della distinzione di piani tra soggetto ed attività può consentire di individuare una disciplina composita cui sottoporre l'ente - costituita dalle regole codicistiche collocate nel Libro I del codice civile e nel Libro V, dalle normative di settore (impresa sociale, onlus, ecc.), dalle discipline pubblicistiche applicabili all'ente in ragione delle caratteristiche dell'attività svolta<sup>56</sup> - favorendo soluzioni interpretative caratterizzate da un giusto equilibrio tra esigenze di coerenza del sistema giuridico, nel quale la soggettività di diritto privato assume uno specifico significato di autonomia rispetto all'ingerenza dei pubblici poteri, ed esigenze di tutela degli interessi generali, che impongono l'adozione di strumenti di regolazione e di controllo delle attività di utilità pubblica.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Per la prospettiva metodologica delineata, cfr. P. PERLINGIERI, *Complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, I, Milano, 2005, p. 635 ss., secondo cui la funzione pratica che il giurista è chiamato a svolgere è di individuare, mediante l'interpretazione, la normativa da applicare al caso concreto, selezionandola all'interno di un ordinamento sempre più complesso ed aperto per la pluralità di fonti, che devono essere ordinate secondo regole formali di competenza e gerarchia di valori. Sull'unità del sistema ordinamentale e sulla possibilità di salvaguardarla attraverso l'impegno sistematico degli interpreti, cfr. - sia pure in due prospettive diverse: l'una di teoria generale, l'altra attenta alla funzione pratica della giurisprudenza - A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 658; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 180. Sull'unicità sistematica dell'ordinamento e sull'esigenza della sua salvaguardia, G. OPPO, *L'unicità sistematica dell'ordine giuridico*, in E. RUSSO (a cura di), *Interpretazione della legge civile e "ragione giuridica"*, Padova, 2003, p. 165; ID., *Sintesi di un percorso (incompiuto) del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 1 ss. Sull'esigenza di superare la frantumazione dell'ordinamento, specialmente con riguardo al diritto comunitario, R. SACCO, *Il compito della dottrina tra uniformità e diversità delle norme*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, p. 81.

<sup>56</sup> E' condivisibile l'assunto di una parte della dottrina, secondo cui la disciplina di diritto amministrativo applicabile ai soggetti privati incaricati della cura di interessi generali sarebbe a «geometria variabile», nel senso che spetterebbe all'interprete individuare, caso per caso, gli ambiti all'interno dei quali, sulla base di un criterio di tipo sostanziale, è possibile dare applicazione a soggetti privati di regole pubblicistiche, cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 171 ss. e 241 ss.; E. FRENI, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, cit., p. 268.

<sup>57</sup> S. SERRAVALLE, *o.c.*, p. 175 ss.

<sup>52</sup> *Supra*, nota 8.

<sup>53</sup> A. ZOPPINI, *o.u.c.*, p. 370 ss. Cfr., anche, AA. VV., *Fondazioni e Associazioni. Proposte per una riforma del libro primo del codice civile*, Rimini, 1995; A. FUSARO, *La riforma del diritto delle associazioni*, in *Giur. it.*, 2000, p. 2426 ss.; G. VISINTINI (a cura di), *Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale*, cit.

<sup>54</sup> A. ZOPPINI, *o.l.c.*