



Le fondazioni di partecipazione nel codice del Terzo settore

di ANTONIO DAMIANO

1. Le c.d. fondazioni di partecipazione (partecipative o associative) sono nate nella prassi oltre mezzo secolo fa valorizzando gli spazi concessi all'autonomia privata in base alle previsioni degli artt. 11 e seg. c.c.

La figura ha trovato soprattutto con il d. lgs n. 117/2017 (in seguito, anche codice del terzo settore - CTS) l'approdo normativo di ente "nominato" all'interno di una regolamentazione non più confinata, come finora era avvenuto, negli ambiti certamente più angusti di leggi, per così dire, a "specialità più ristretta" e, per lo più, a connotazione (anche) pubblicistica.

Il che innesca il problema delle inevitabili antinomie originate dal sovrapporsi di fonti regolatorie di portata più generale, problema complicato dal fatto che questo modello di ente, a differenza di altri che possono operare come ETS, già scontava le difficoltà di una ricostruzione sistematica della regolamentazione che doveva fare i conti con la natura "ibrida" dell'istituto.

2. Sintetizzando – e forse semplificando gli elementi caratterizzanti la fondazione di partecipazione – è possibile identificarne le peculiarità rispetto alla fondazione regolata dal codice civile (in seguito, per comodità espositiva, anche fondazione tradizionale).

In buona sostanza, la fondazione associativa si differenzia rispetto a quella tradizionale per una diversa declinazione di alcuni elementi tipologici:

- la presenza di una pluralità di fondatori e, soprattutto, la possibilità di adesione di nuovi partecipanti all'ente nel corso della sua esistenza;
- la previsione di meccanismi finalizzati a un incremento progressivo del patrimonio, anche attraverso apporti successivi a quello iniziale in presenza di una dotazione originaria che può essere o divenire insufficiente rispetto al perseguimento dello scopo;
- ferma la centralità del momento gestionale dell'ente, il coinvolgimento attivo dei partecipanti nella sua amministrazione,

per lo più attraverso la partecipazione a un organo para-assembleare.

3. Mi vorrei soffermare in particolare su due aspetti riguardanti le fondazioni partecipative, vale a dire se:

- 1) tenuto conto delle nuove regole, esse si siano avvicinate al tipo associazione oppure permangano nell'area del tipo fondazione oppure ancora abbiano intrapreso un percorso di affrancazione come *tertium genus*;
- 2) la disciplina organizzativa ricavabile dal d. lgs n. 117/2017 per le fondazioni partecipative ETS, al netto della sua maggiore articolazione per la presenza necessaria dell'organo di controllo, abbia avuto un significativo rilievo novativo sul piano regolatorio rispetto alle fondazioni associative non ETS.

4. Se partiamo dal dato normativo, nel sostanziale silenzio del d. lgs n. 112/2017 sull'impresa sociale, è il CTS che nomina specificamente le fondazioni associative con la locuzione "fondazioni (...) il cui statuto prevede la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato".

Peraltro, le norme che si riferiscono specificamente alla fondazione di partecipazione sono scarse e si presentano redatte tecnicamente come mere "appendici" di chiusura di articoli riferiti alle associazioni ETS.

Emerge, mi pare con evidenza, non solo la frammentarietà dell'intervento regolatorio ma anche, mi sia consentito, la sua sostanziale disorganicità.

Il che sembra escludere alla radice che esso possa impiantarsi nell'ordinamento come *corpus* normativo dotato di rilievo sistematico e rende arduo ogni tentativo ricostruttivo che volesse comunque muoversi in quella direzione.

5. Con riguardo al tema della collocazione tipologica della fondazione di partecipazione, a me pare che nessuna delle disposizioni del CTS sia in grado di alterare i tratti fondamentali della connotazione dell'ente, come

elaborati dagli autorevoli interpreti che hanno indagato la materia sulla base della disciplina civilistica generale.

Sembra avvalorato, a mio avviso, pure dalla scelta terminologica del legislatore che indica gli enti in esame come le “fondazioni (...) il cui statuto prevede la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato”, che la fondazione partecipativa funzionalmente continua a essere una fondazione e che è l’elemento strutturale-organizzativo a conferire i tratti più marcati di differenziazione di questo modello rispetto alla fondazione tradizionale, potendo contribuire ad arricchire la fattispecie, fermi i suoi caratteri codicistici.

D’altro canto, il CTS sembra lasciare libera l’autonomia privata di prefigurare o meno “un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato” anche in una fondazione di partecipazione e pertanto va probabilmente escluso un rilievo di questo elemento organizzativo pure ai fini dell’identificazione di una fattispecie di fondazione associativa tipizzata soltanto sul piano strutturale. Nessuna norma del CTS sembra infatti impedire la possibilità di configurare una fondazione priva del suddetto organo ma comunque qualificabile come fondazione di partecipazione in quanto costituita, per esempio, da una pluralità di fondatori e di altri partecipanti e (o) connotata da una dotazione patrimoniale che può accrescersi con nuovi apporti, anche da parte di partecipanti diversi da quelli originari, nel corso della vita dell’ente.

Del resto, le norme del CTS, in particolare quelle sull’organizzazione, si rivolgono, di regola, a tutte le tipologie di fondazioni, partecipative e non (v. per esempio, l’art. 26, comma 8, che richiama i commi 3, 6 e 7, in materia di organo di amministrazione, l’art. 30 sull’organo di controllo, l’art. 31 sulla revisione legale dei conti), mentre con specifico riguardo alle fondazioni associative si incentrano per lo più sull’estensione a queste ultime, sempre che siano dotate dell’organo para-assembleare, dell’applicazione di alcune regole – in via dispositiva o per espressa scelta statutaria, dunque in ogni caso consentendo opzioni alternative rimesse all’autonomia privata – stabilite per le associazioni al fine di disciplinare l’adesione all’ente (art. 23) e di definire il procedimento deliberativo dell’assemblea (art. 24) nonché le sue competenze (art. 25).

Si ha dunque la conferma da una parte che la fondazione resta un fenomeno giuridico fondamentalemente organizzativo di un'attività a imputazione meta-individuale volta a regolare l'impiego di un patrimonio in vista della realizzazione di uno scopo e che il suo assetto strutturale può variare in maniera anche significativa senza per ciò solo alterarne gli elementi funzionali essenziali che la connotano, vale a dire: la prefigurazione nell'atto di fondazione, con caratteristiche di sostanziale indisponibilità e immutabilità durante la vita dell'ente, di uno scopo-fine e di uno scopo-mezzo/oggetto ai quali collegare una dotazione patrimoniale in vista della etero-destinazione dei risultati dell'attività svolta.

Dall'altra parte, che l'istituzione dell'organo para-assembleare, anche, ma non necessariamente, aperto alla partecipazione di soggetti diversi dai fondatori originari e il suo coinvolgimento attivo nella gestione dell'ente con l'attribuzione di specifiche competenze continuano a costituire gli elementi di rottura più significativi della fondazione di partecipazione, ETS e non ETS, rispetto alla fondazione tradizionale, senza però che la sua presenza possa per ciò solo trasfigurarla in un'associazione.

Si rinsalda dunque l'idea che la fondazione associativa resti un modello più strutturato della fondazione tradizionale nell'ambito di uno schema funzionale che si mantiene unitario.

Non è un caso, allora, che nessuna previsione del CTS regoli gli elementi funzionali essenziali del tipo fondazione, la presenza e l'identificazione dei quali viene anzi ricondotta a presupposto giuridico per compiere il più volte richiamato vaglio di compatibilità delle norme previste per gli altri enti associativi (v. per esempio, l'art. 25, comma 3).

In definitiva, il CTS non sembra aver spostato i confini tipologici degli enti del libro I del codice civile, non interferendo sugli elementi sui quali pare potersi appuntare il valore funzionale tipizzante dell'ente fondazione, e inevitabilmente anche della fondazione di partecipazione, rispetto all'associazione, fermo in ogni caso che *tertium non datur*.

6. Per quanto concerne la verifica del rilievo che il CTS ha avuto nell'innovare la regolazione organizzativa della fondazione associativa ETS rispetto alla fondazione di partecipazione non ETS (in seguito, per comodità

espositiva, anche fondazione associativa ordinaria), va anzitutto osservato in via generale che il legislatore del terzo settore, pur avendo “nominato” la fondazione di partecipazione, non sembra averle riservato un’attenzione particolare, nonostante che essa, per la sua crescente diffusione nella prassi operativa, avrebbe forse meritato una considerazione maggiore.

In sostanza, è difficile ricostruire dal testo normativo una vera e propria disciplina speciale delle fondazioni partecipative ETS alternativa a quella delle fondazioni non ETS.

D’altra parte, sembra che nel CTS abbia prevalso non la funzione “regolatoria”, qui intesa come produzione di norme davvero innovative, atteso che è difficile negare che la più parte delle regole previste dal CTS per le fondazioni partecipative ETS possano disciplinare anche le fondazioni partecipative non ETS in base al codice civile; quanto la funzione “consulenziale”, attraverso la selezione di alcune regole certamente accessibili all’autonomia privata già in base alle regole codicistiche generali, con alcune di queste rese di carattere dispositivo.

Considerata la natura di questo intervento, mi limito a pochi esempi.

7. Con specifico riferimento alle fondazioni partecipative ETS le previsioni del CTS che estendono a queste ultime, “in quanto compatibili ed ove non derogate dallo statuto”, le norme dispositive dell’art. 23 sulle procedure di ammissione di un nuovo partecipante all’ente non sembrano avere una portata novativa rilevante, atteso che non è a mio avviso dubitabile che già in base alla disciplina del codice civile le scelte regolatorie indicate nell’art. 23 possano essere compiute in una fondazione di partecipazione non ETS, sia pure da attivare attraverso una previsione statutaria in tal senso.

Non appaiono previsioni foriere di significative ricadute sistematiche neppure le disposizioni concernenti la nomina degli amministratori (art. 26, commi 4 e 5), considerato che per la più parte quanto da esse disposto con riferimento alla disciplina della fondazione associativa ETS sembra poter costituire una regola d’autonomia privata attuabile pure al di fuori del settore ETS.

Ancora, non solo le regole procedurali stabilite per l’assemblea delle associazioni dall’art. 24 CTS e applicabili all’organo para-assembleare

della fondazione di partecipazione non sembrano rappresentare una disciplina riservata in via esclusiva alle fondazioni partecipative che operano come ETS, ma anche quelle volte all'individuazione delle competenze indicate nell'art. 25, comma 1, attribuibili all'organo para-assembleare della fondazione partecipativa in base al comma 3 del medesimo art. 25, sempre che siano "compatibili con la natura dell'ente quale fondazione" e fermo "il rispetto della volontà del fondatore".

La stessa formulazione dell'art. 25, comma 3, attenua il suo carattere speciale quale norma riferita alle fondazioni di partecipazione che siano anche ETS.

La verifica della coerenza dell'attribuzione delle competenze all'organo para-assembleare alla natura di fondazione non è sempre agevole: per esempio, nel caso di quelle relative alla modificazione dell'atto costitutivo e dello statuto (lett. f) e allo scioglimento nonché alla trasformazione, fusione o scissione (lett. h) tenuto conto delle previsioni dell'art. 28 c.c., dell'art. 42-*bis* c.c. e dell'art. 2500-*octies* c.c.; oppure di quella concernente la deliberazione sull'azione di responsabilità dei componenti degli organi sociali, in particolare degli amministratori alla luce della regola generale dell'art. 25 c.c. che rimette all'autorità governativa la "autorizzazione" all'esercizio delle azioni di responsabilità contro di essi (gli artt. 25 e 28 c.c. sono espressamente richiamati, insieme all'art. 26 c.c., dall'art. 90 del CTS). In ogni caso, chiama in gioco la valutazione di tutti gli elementi caratterizzanti le fondazioni partecipative in relazione ai tratti tipologici della fondazione tradizionalmente intesa e pertanto finisce per coinvolgere inevitabilmente la figura della fondazione partecipativa in quanto tale, dunque anche non ETS.

8. Tralascio per ragioni di tempo le norme applicabili a tutte le fondazioni ETS, comprese dunque quelle di partecipazione, in materia sia di amministrazione, contenute nell'art. 26, commi 3, 6 e 7, richiamate dall'art. 26, comma 8, sia di controllo interno ed esterno ai sensi rispettivamente dell'art. 30 e dell'art. 31, anch'esse comunque di ridotta portata evolutiva, a me pare, rispetto alla disciplina delle fondazioni associative ordinarie, almeno per quanto concerne il profilo attinente al fatto che per queste ultime molte di

queste regole organizzative, pur non previste dalla legge, neppure nella forma dispositiva, sono comunque attivabili per scelta d'autonomia statutaria.

9. In conclusione, dalle norme contenute nel CTS non sembra possa ricavarsi uno "statuto" della fondazione partecipativa realmente autonomo rispetto a quella ordinaria, neppure nel settore ETS: alcune concorrono a configurare una disciplina legale di *default*, comunque derogabile dall'autonomia privata; altre esplicitano possibili opzioni rimesse a scelte statutarie; tutte disegnano una disciplina che per le fondazioni partecipative non ETS può comunque derivare da regole di auto-produzione negoziale ammesse in base alle norme civilistiche generali.

Il CTS ha però il pregio di aver contribuito a emancipare ulteriormente sul piano giuridico la figura della fondazione di partecipazione, abbozzando una sua tipicità, sia pure ancora settoriale.

E forse anche quello di offrire un catalogo di scelte d'autonomia agli enti operanti al di fuori del terzo settore, che sia pure già ampiamente diffuse nella prassi, hanno ricevuto una conferma di legittimità normativa.

È difficile oggi prevedere se e in quale misura in via interpretativa si possano realizzare travasi regolatori dalla legge speciale del CTS a quella generale del codice civile.

È però auspicabile che le norme del CTS possano favorire un percorso evolutivo della figura, meglio se all'interno di un disegno riformatore più ampio e organico che coinvolga tutti gli enti del libro I del codice civile. *Aspettando Godot.*