



Nuove prospettive sul problema dell'ingerenza del fondatore

di **MARCO RIZZUTI**

La riforma del terzo settore aveva, com'è noto, lasciato nella sostanza irrisolto il problema del coordinamento con il libro primo del Codice Civile, in quanto il legislatore delegato si era limitato all'introduzione del nuovo art. 42 *bis* senza però intervenire su altri aspetti. Il dibattito sulla necessità di un più ampio disegno rinnovatore è dunque rimasto aperto e sta attirando il crescente interesse della dottrina civilistica (cfr. A. FUSARO, *La revisione della disciplina degli enti del libro primo del Codice Civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, pp. 1358-1368).

Tra le ipotesi prese in considerazione vi è anche quella di un'operazione radicale di ristrutturazione che trasferisca interamente la materia degli enti al libro quinto, in linea con le note tendenze alla societarizzazione della disciplina di quelli senza scopo di lucro, che proprio la riforma del terzo settore ha rafforzato. Si potrebbe dunque arrivare ad un rinnovato schema codicistico, in cui il libro quinto viene per l'appunto dedicato alla *governance* di tutti le tipologie di enti, mentre la materia del lavoro trova la sua collocazione al suo esterno in un codice del tutto autonomo, ed invece il libro primo resta dedicato ad una riscrittura in senso costituzionalmente orientato di quanto attiene alle persone fisiche ed alle relazioni familiari, in maniera tale da consentire l'espansione della disciplina, originariamente asfittica, dei diritti della personalità e la ricostruzione su principi compiutamente rinnovati della parte sulla famiglia, con ogni evidenza quella oggi di gran lunga più lontana rispetto ai criteri ispiratori del codificatore storico. Un intervento così ampio si potrebbe invero collocare soltanto in seno ad una complessiva riforma tale da rappresentare una sostanziale ricodificazione, comparabile a quelle che negli ultimi decenni hanno modernizzato il *BGB* ed il *Code Civil*, ma rimane ad oggi un traguardo piuttosto lontano.

Sembrava tuttavia aver assunto sembianze concrete un più contenuto progetto di revisione di alcuni punti nodali della vigente codificazione, ivi

compreso il coordinamento del primo libro con la riforma del terzo settore. Si è trattato, come ognuno sa, di un disegno di legge delega, presentato dal Governo Conte I al Senato della Repubblica nel 2019 come A.S. n. 1151, e che prevedeva per l'appunto alla lettera a) del comma 1 del suo articolo unico, anche l'obiettivo di un siffatto coordinamento, con particolare riferimento alle procedure per il riconoscimento, ai limiti allo svolgimento di attività lucrative ed alle procedure di liquidazione degli enti. Le rapidamente mutate vicende politiche hanno di lì a poco escluso tale ipotesi dall'orizzonte dell'attualità legislativa, di talché la rilevanza della stessa è rimasta essenzialmente limitata al piano scientifico, in quanto la prospettiva della riforma aveva frattanto contribuito a far germinare un dibattito accademico in ordine ai possibili contenuti dei futuri decreti attuativi.

In particolare, si possono segnalare i progetti elaborati e discussi in seno alla Associazione Civilisti Italiani, fra i quali ai nostri fini appare di specifico interesse l'articolato mirante all'ipotetica attuazione della predetta lettera a). In termini generali si può evidenziare come in tale progetto emerga una tendenza a rielaborare la disciplina codicistica sulla base del più moderno modello offerto proprio dalla riforma del terzo settore, con una vicenda che in prospettiva storica può richiamare alla mente quella che era stata a suo tempo la commercializzazione del diritto privato in seguito all'unificazione dei codici, e dunque con l'ipotesi in origine speciale e particolare che finisce per informare di sé quella generale, per cui potremmo anche magari parlare di una terziarizzazione del libro primo. In questa sede, però, la nostra attenzione si concentrerà su un singolo aspetto di tale articolato che pone a nostro avviso qualche interessante problematica.

Fra le varie disposizioni dell'ipotetica disciplina se ne rinviene, infatti, anche una che codificherebbe una ripartizione delle fondazioni, in base al criterio dello scopo, in due macro-tipologie: quelle che perseguono uno *“scopo di utilità collettiva a carattere pubblico o privato-sociale, pur avvalendosi prevalentemente di dotazioni di natura privata, anche sotto forma di finanziamenti”* (tipo A), e quelle che invece perseguono *“uno scopo prevalentemente privato, riferibile a una categoria predefinita e chiusa di persone”* (tipo B). In concreto ne deriverebbe per la prima tipologia una più ampia possibilità di intervento dell'autorità giudiziaria, specialmente per

quanto riguarda la nomina degli amministratori e le procedure di liquidazione, mentre nella seconda sarebbero maggiori le possibilità di ingerenza del fondatore.

Abbiamo già posto in rilievo come le probabilità di un'attuazione effettiva del menzionato disegno di legge siano oramai assai modeste, anzi potremmo francamente dire inesistenti, per cui le ragioni del nostro interesse per il frammento di articolato in questione non attengono certo ad una sua futuribile rilevanza positiva, bensì all'interrogativo circa la possibile rilevanza attuale di questa distinzione tipologica. Invero, è quasi ovvio che sul piano meramente descrittivo possiamo dire che anche oggi le fondazioni sarebbero suscettibili essere classificate secondo un siffatto schema, ma il punto interessante è valutare se a tale constatazione di fatto si possa anche riconnettere un valore interpretativo *de jure condito*, ovvero se l'appartenenza di una fondazione all'una o all'altra tipologia possa già oggi condurre a conseguenze applicative differenziali. Il problema si pone specie laddove la disciplina della materia fondazionale dipende da clausole generali che, come del resto quasi sempre accade con questi organi respiratori dell'ordinamento giuridico, devono appunto essere riempite di contenuti a livello interpretativo con una ragionevole attenzione alla realtà sostanziale cui si fa riferimento.

È questo per l'appunto il caso dei dubbi che vengono sovente sollevati con riguardo a quella problematica dell'ingerenza del fondatore nella vita della fondazione su cui nel già ricordato articolato ipotetico inciderebbe significativamente la qualificazione in un senso o nell'altro. Si tratta, come è noto, di una questione assai viva nella prassi attuale, in quanto si connette ad una significativa trasformazione delle modalità con cui si ricorre allo stesso istituto fondazionale. Beninteso, infatti, il problema dell'ingerenza del fondatore non si porrebbe di certo rispetto ad una tradizionale fondazione testamentaria, per evidenti ragioni naturalistiche, ma è invece all'ordine del giorno se guardiamo alla realtà delle odierne fondazioni di partecipazione, in cui i fondatori sono più di uno, possono recare i loro apporti in tempi differenti e partecipano ad organi para-assembleari che svolgono una funzione di composizione tra i diversi interessi di cui gli stessi sono portatori, spesso in quella logica di partenariato tra pubblico e privato di cui siffatte fondazioni sono uno strumento principe. Si potrebbe pure discutere se tali enti siano

ancora fondazioni ovvero rientrino nell'ambito di quelle ulteriori istituzioni di carattere privato che l'art. 12 c.c. collocava accanto ad associazioni e fondazioni, ma resta il fatto che la riforma del terzo settore ha ormai definitivamente legittimato una tendenza già vincente nella prassi, con l'esplicita previsione che anche le fondazioni possono avere un organo assembleare.

La questione dei limiti alle possibili ingerenze del fondatore, o dei fondatori, assume dunque oggi notevole rilievo pratico, e può apparire certamente ragionevole che l'ipotesi di riforma su cui ci siamo soffermati abbia prospettato una linea di soluzione in cui il grado di privatezza dello scopo dell'ente si traduce, se non in una disponibilità dello stesso, in una maggiore apertura nei confronti di siffatte possibilità di intervento. Prescindendo, però, per le già ricordate ragioni dalle prospettive *de jure condendo*, ci interessa appunto verificare se le distinzioni tipologiche in discorso possano rilevare già oggi a tal fine, in quanto occorra attribuire un significato concreto alla clausola generale cui dobbiamo fare riferimento per impostare la soluzione *de jure condito* del problema.

Alludiamo, infatti, alla normativa di cui all'art. 25, comma 3, c.t.s. che regola l'organo assembleare nelle fondazioni, stabilendo che lo statuto possa attribuire ad esso determinate competenze "*nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione*". Com'è evidente, non risulta affatto semplice individuare che cosa rientri in questi limiti ed a che cosa faccia concretamente riferimento la clausola generale della "*natura dell'ente quale fondazione*" alla cui interpretazione il legislatore ha rimesso la soluzione del problema. Si potrebbe, invero, ragionevolmente dubitare già del fatto che esista una ontologica ed unitaria natura fondazionale cui fare riferimento, in un sistema che non ha mai conosciuto una definizione legale tassativizzante della fondazione e che, ad ogni modo, oggi assiste a quella sua pluralizzazione che abbiamo poc'anzi ricordato e che l'evoluzione degli ultimi decenni ha reso sempre più manifesta (cfr., per tutti, A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995).

Non deve dunque stupire che le possibili letture della menzionata disposizione finiscano per risultare assai divaricate. Una dottrina notarile particolarmente sensibile al problema (M. MALTONI, *L'organizzazione delle*

fondazioni del Terzo settore, in *Enti del Terzo Settore e Impresa Sociale: la nuova disciplina. Atti del convegno tenutosi a Genova il 6 aprile 2019*, in *Biblioteca online della Fondazione Italiana del Notariato*, n. 2/2019) ha, infatti, posto in evidenza come, da una parte, si potrebbero leggere tali indicazioni ricercando la natura dell'ente con le lenti della consolidata prassi delle fondazioni di partecipazione, apertissima verso qualsivoglia ingerenza, di talché il giudizio di compatibilità si concluderebbe pressoché sempre con un esito positivo, ed i limiti normativi andrebbero incontro ad una sostanziale *interpretatio abrogans*. Dall'altra parte, però, la medesima dottrina notarile propende piuttosto per un'opposta lettura che tali limiti all'azione ordinante dei privati invece valorizzi, in maniera tale da ravvisarvi una misura oltre la quale l'ingerenza del fondatore cessa di essere tipologicamente sostenibile. Più in particolare, alla luce della configurazione dell'organo amministrativo delle fondazioni come necessario e responsabile, si potrebbe ritenere che tali caratteristiche depongano in favore di un inquadramento della natura giuridica della fondazione come incompatibile con l'attribuzione all'organo assembleare di poteri decisionali sugli atti amministrativi, per cui allo stesso potrebbe al più essere conferita la funzione di concedere autorizzazioni o assolvere compiti di cosiddetta alta amministrazione.

La distanza fra le due impostazioni è notevolissima, ed il problema non è di facile soluzione anche perché l'ampiezza della formula normativa circa la presunta "natura della fondazione" potrebbe in astratto ben risultare compatibile con entrambe. Il punto è che potrebbe forse esserlo anche in concreto, a patto però di dare rilevanza alle differenti tipologie fondazionali e di ricorrere di conseguenza, sulla base di tale criterio, in certi casi ad una lettura ed in altri a quella opposta. Si tratta in buona sostanza dell'approccio che propone *de jure condendo* il più volte menzionato progetto, ma al quale possiamo già oggi utilmente ricorrere se consideriamo appunto che la natura dell'ente come fondazione non è unica ma plurale, dato ormai sempre più difficilmente controvertibile.

Abbiamo cioè sia fondazioni in cui lo scopo manifesta quei caratteri di privatezza, che nel quadro dell'ipotetica riforma attrarrebbero l'ente nel tipo B, per cui appare ragionevole, e coerente con quella natura fondazionale, un maggior grado di interventismo del fondatore, in linea per l'appunto con la

lettura della ricordata prassi statutaria, sia però anche fondazioni con caratteri opposti, che la riforma ricondurrebbe al tipo A, e per le quali, in coerenza con la loro differente natura fondazionale, appare dunque tutt'al contrario più convincente la lettura proposta dalla menzionata dottrina notarile.

Beninteso, le fondazioni del terzo settore ci parrebbero da collocare in quest'ultima tipologia, il che non esclude però di certo la rilevanza pratica dell'altra nell'ambito del vasto mondo delle fondazioni del libro primo che al terzo settore non possano, o non intendano, aderire. Ne consegue che la nostra ermeneusi dell'art. 25, comma 3, c.t.s risulterà alla fine in linea con quella della dottrina notarile cui abbiamo fatto più volte riferimento, ma non già in ragione di una assolutizzazione del richiamo alla cosiddetta natura fondazionale, bensì di una sua pluralizzazione che la rende, invero, del tutto compatibile con un esito anche del tutto differente in altri ambiti.

Si potrebbe così conclusivamente riprendere la notissima, e così tante volte riecheggiata nei più vari settori del diritto privato e non solo, formula pugliattiana sulle proprietà, per parlare anche di un'odierna transizione “*dalla fondazione alle fondazioni*”.