

Fondazioni di erogazione ed enti filantropici: tutela giuridica dei beneficiari indicati dallo statuto

di **Maddalena Tagliabue**

L'Approfondimento

Le fondazioni di erogazione sono enti preposti a distribuire quanto ricavato dall'amministrazione del patrimonio per la realizzazione dello scopo istituzionale. Tra i contenuti obbligatori dello statuto il codice civile include «i criteri e le modalità di erogazione delle rendite». Anche i beneficiari di queste ultime devono però essere individuati o quantomeno individuabili dallo statuto, per evitare che la scelta venga operata dagli amministratori in modo del tutto arbitrario. In dottrina si discute della natura giuridica della posizione soggettiva di tali terzi. Il problema si pone con riguardo alla possibilità di riconoscere ad essi la facoltà di agire per ottenere i benefici economici che realizzano lo scopo della fondazione. In ogni caso, i potenziali beneficiari dell'attività delle fondazioni di erogazione possono ottenere una tutela, seppure indiretta, dell'interesse alla corretta esplicazione del potere discrezionale da parte dell'organo amministrativo, attivando la funzione di controllo e di vigilanza dell'autorità pubblica competente rispetto alle scelte compiute dall'organo medesimo.

Riferimenti

Codice Civile, artt. 16, 25
D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117, artt. 5, 37, 38, 39

Le fondazioni di erogazione e gli enti filantropici: due categorie non sovrapponibili

Nel nostro ordinamento non esiste una definizione normativa di "fondazione".

Il Codice civile (Titolo II, Capo II del Libro I) vi dedica una disciplina frammentaria nella quale si mescolano regole comuni con l'associazione (artt. 14, comma 1; 16, 18, 19, 27, 29-32, 35 c.c.) a disposizioni espressamente dedicate alla fondazione (artt. 14, comma 2; 15, 25, 26, 28 c.c.). Le une e le altre contengono previsioni ora sulla struttura, ora sull'organizzazione e sul funzionamento dell'ente, occupandosi solo di alcuni aspetti.

La fondazione a cui sono dedicate le disposizioni del Codice civile è quella che risponde alla definizione dottrinale tradizionale di fondazione di erogazione, preposta cioè a distribuire quanto ricavato dall'amministrazione del proprio patrimonio (vincolato) per la realizzazione dello scopo istituzionale. Si tratta sostanzialmente di un patrimonio destinato a uno scopo ideale di utilità sociale¹.

Nello stesso senso si è espressa anche la giurisprudenza la quale ha affermato che l'atto di fondazione deve essere definito come l'atto di autonomia privata con il

Maddalena Tagliabue - Avvocato, consulente e formatrice enti non profit

Nota:

1 In tal senso C.M. Bianca, *Diritto civile, La norma giuridica - I soggetti*, 1, Milano, 2002, pag. 312.

quale viene in primo luogo manifestata la destinazione di un patrimonio al conseguimento di uno scopo. All'interno dello stesso viene inoltre definito lo scopo e il modo di attuazione dello stesso².

Ciò si evince, in particolare, dal tenore letterale dell'art. 16, comma 1, c.c. il quale include tra i contenuti obbligatori dell'atto costitutivo e dello statuto "i criteri e le modalità di erogazione delle rendite".

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore o CTS) il legislatore ha introdotto nell'ordinamento la definizione di enti del Terzo settore (ETS) che sono "le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel Registro Unico nazionale del Terzo settore"³.

Tra le attività di interesse generale l'art. 5 del CTS include la beneficenza e l'erogazione di denaro, beni o servizi a sostegno di persone svantaggiate o di attività di interesse generale⁴.

Pertanto, una fondazione di erogazione, in presenza di tutti i requisiti necessari, potrà (e non dovrà) iscriversi al Registro Unico e diventare a tutti gli effetti un ETS.

Il Registro Unico più nello specifico prevede, tra le sezioni di cui si compone, anche quella dedicata agli enti filantropici, che sono "enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione riconosciuta o di fondazione al fine di erogare denaro, beni o servizi, anche di investimento, a sostegno di categorie di persone svantaggiate o di attività di interesse generale"⁵.

Per gli enti filantropici il Codice ha previsto una speciale disciplina per alcuni aspetti particolari, rilevanti per il tema di cui ci stiamo occupando:

- traggono le risorse economiche principalmente da contributi pubblici e privati, donazioni e lasciti testamentari, rendite patrimoniali ed attività di raccolta fondi⁶;
- devono indicare negli atti costitutivi i principi ai quali devono attenersi in merito alla gestione del patrimonio, alla raccolta di fondi e risorse in genere e alla destinazione e modalità di erogazione di denaro, beni o servizi⁷;
- sono obbligate a redigere il bilancio sociale che deve contenere l'elenco e gli importi delle erogazioni deliberate ed effettuate nel corso dell'esercizio, con l'indicazione dei beneficiari diversi dalle persone fisiche⁸.

La posizione dei terzi beneficiari delle erogazioni

Per beneficiari si intendono i destinatari, i fruitori delle erogazioni (e/o delle attività) della fondazione alla quale, a differenza che nell'associazione, sono esterni, "ma non per questo in posizione meno decisiva e rilevante, in quanto è sempre in funzione di essi che avviene e si conserva l'acquisto della qualità di soggetto di diritto"⁹.

I beneficiari devono essere individuati o quantomeno individuabili dallo statuto per evitare che la scelta venga operata dagli amministratori in modo del tutto arbitrario.

In dottrina si discute della natura giuridica della posizione soggettiva di tali terzi. Il problema si pone con riguardo alla possibilità di riconoscere ad

Note:

2 Cass., SS.UU., sentenza 29 febbraio 1968, n. 654, in *Il Foro Italiano*, vol. 91, n. 4, pag. 913; Corte dei conti Veneto, Sez. contr., 24 ottobre 2017, n. 532.

3 Art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 117/2017.

4 Art. 5, comma 1, lett. u), del D.Lgs. n. 117/2017.

5 Art. 37 D.Lgs. n. 117/2017.

6 Art. 38, comma 1, D.Lgs. n. 117/2017.

7 Art. 38, comma 2, D.Lgs. n. 117/2017.

8 Art. 39 D.Lgs. n. 117/2017.

9 V. Scalisi, "Le fondazioni: a) il negozio di fondazione. La distinzione tra associazioni e fondazioni e l'abuso della personalità giuridica", in Bessone, *Casi e questioni di diritto privato, Persone fisiche e persone giuridiche*, I, Milano, 1993, pag. 456. V. anche Gentili, "Le fondazioni", in Carusi (a cura di), *Associazioni e fondazioni. Dal Codice civile alle riforme annunciate*, Convegno di studi in onore di P. Rescigno, Milano, 2001, pag. 61.

essi la facoltà di agire per ottenere i benefici economici che realizzano lo scopo della fondazione.

Secondo la dottrina prevalente quando i beneficiari siano oggettivamente individuati nell'atto di fondazione (cioè sulla base di indicazioni statutarie precise ed inequivocabili), configurandosi un'ipotesi di promessa al pubblico, essi devono ritenersi titolari di un diritto soggettivo¹⁰, rispetto al quale la tutela in via giurisdizionale si porrebbe come concorrente rispetto a quella in via amministrativa.

Nel caso in cui la loro individuazione rimanga affidata, all'interno di una più o meno ampia categoria di soggetti, alla discrezionalità dell'organo amministrativo, autorevole dottrina¹¹ ricorre alla categoria dell'interesse legittimo di diritto privato, la quale funziona "per un verso, come limite destinato a rendere discrezionale un comportamento altrimenti tanto libero da risultare arbitrario; per l'altro, come ulteriore vincolo alla preesistente discrezionalità"¹². In tale prospettiva teorica, ciò che viene tutelato non è tanto un diritto soggettivo alla prestazione, ma un interesse legittimo "alla ritualità dell'esercizio dell'*arbitrium*", la cui fonte risiede nello statuto della fondazione.

Non mancano tuttavia affermazioni di autorevole dottrina secondo cui anche nell'ipotesi in cui sussista un potere discrezionale in ordine alla selezione dei beneficiari si potrebbe configurare una promessa al pubblico; essa, in tal caso, avrebbe ad oggetto non l'erogazione della prestazione bensì il compimento delle attività ad essa preliminari¹³; ne conseguirebbe che i potenziali beneficiari, quand'anche non fossero determinati con esclusione di ogni margine di discrezionalità nella scelta, avrebbero un diritto tutelabile giudizialmente a che l'ente ponga in essere quelle attività¹⁴, e che lo faccia nel rispetto dei criteri e delle modalità indicate in statuto¹⁵.

In ogni caso, i potenziali beneficiari dell'attività della fondazione possono ottenere una tutela, seppure

IN SINTESI

Si è discusso se il controllo dell'autorità pubblica sia solo di legittimità o anche di merito. La dottrina unanimemente sostiene che si tratti di un controllo di legittimità, in quanto ciò che rileva al fine dell'intervento della Pubblica amministrazione è solo la violazione di disposizioni giuridiche. Trattandosi infatti di un ente di diritto privato, l'autorità pubblica non potrebbe imporre Direttive specifiche per la realizzazione degli scopi, sebbene questi ultimi abbiano rilevanza pubblica.

indiretta, dell'interesse alla corretta esplicazione del potere discrezionale da parte dell'organo amministrativo, attivando la funzione di controllo e di vigilanza dell'autorità pubblica competente rispetto alle scelte dell'organo medesimo¹⁶.

Il controllo dell'autorità pubblica sull'amministrazione delle fondazioni

Le disposizioni codicistiche in materia di fondazioni prevedono la figura degli amministratori senza offrire però alcuna specificazione sulle relative caratteristiche.

Del resto, la concezione della fondazione quale ente che utilizza il patrimonio di dotazione per raggiungere lo scopo ideale ha fatto sì che la dottrina dominante abbia sempre definito il ruolo dell'organo di

Note:

- 10 Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018, pag. 84; De Giorgi, "Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni", in *Tratt. Rescigno*, 2ª ed., Torino, 1999, pag. 457; Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, pag. 197; Rescigno, "Fondazione (dir. civ.)", in *Enc. dir.*, Milano, 1968, pag. 813; Ferrara, "Le persone giuridiche", in *Tratt. Vassalli*, II, 2ª ed., 1956, pag. 300.
- 11 Rescigno, op. cit., pag. 814.
- 12 Bigliuzzi Geri, "Interesse legittimo: diritto privato", in *Digesto civ.*, IX, Torino, 1993, pag. 544; Dell'Utri, "Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (Riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato)", in *Riv. dir. civ.*, II, 1993, pag. 303.
- 13 Galgano, "Delle persone giuridiche", in Scialoja - Branca (a cura di), *Commentario al Codice civile*, I, Bologna, 1969, pag. 238.
- 14 Gianola, "Atti gratuiti non liberali", in *Digesto*, 2010.
- 15 Secondo Zoppini, *Le fondazioni dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, pag. 197, l'attività dell'ente non conforme allo statuto si tradurrebbe in un uso improprio delle risorse e quindi nella produzione di un risultato dal costo superiore o dalla qualità inferiore a quello che una corretta amministrazione avrebbe consentito. Da tale prospettiva discenderebbe in capo ai destinatari della promessa un interesse a divenire destinatari degli effetti, sufficientemente qualificato e specifico per garantire loro azione per l'esatto adempimento degli atti necessari per il completamento della fattispecie. Si profilerebbe così in capo a costoro un potere di reazione in ordine a tutti gli atti della vicenda e si sostanzierebbe perfino di pretendere dagli amministratori il risarcimento dei danni cagionati all'ente.
- 16 De Giorgi, *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni*, cit., pag. 457.

governo come meramente esecutivo, letteralmente definito “servente” rispetto allo scopo statutario¹⁷. Essendo, infatti, la fondazione un ente con un patrimonio vincolato ad uno scopo, il livello di discrezionalità dei suoi amministratori è sicuramente inferiore rispetto a quello degli amministratori della associazione. In questo senso l’amministratore è titolare di un ufficio, atteso che il suo operato deve essere rivolto ad attuare la volontà del fondatore¹⁸.

In particolare, gli amministratori non possono modificare la destinazione del patrimonio incidendo sullo scopo istituzionale¹⁹. Anche la giurisprudenza amministrativa ha affermato la possibilità di operare le modificazioni statutarie “sempre che siano giustificate e, fermo l’interesse che il fondatore ha inteso realizzare, non siano tali da pregiudicare lo scopo programmato e da travolgere i connotati inderogabili della fattispecie, quali voluti dal fondatore”²⁰ (Cons. Stato 23 marzo 1996, n. 123). Soltanto l’autorità amministrativa, nei casi e con le modalità previste dagli artt. 28 e 31 c.c. può intervenire sullo scopo fissato nell’atto costitutivo della fondazione.

Gli amministratori non soltanto non possono adottare formali modifiche dello statuto che comportino una modificazione negli scopi; “è del pari precluso agli amministratori [...] devolvere le rendite a finalità diverse da quelle volute dal fondatore ed espresse nell’atto di fondazione”²¹ in quanto ciò si tradurrebbe in una modificazione *de facto* degli scopi.

Tradizionalmente si spiega proprio in virtù di questo assoggettamento dell’organo di governo allo statuto (oltre che alla legge) la *ratio* dell’art. 25 c.c. che prevede penetranti controlli pubblici nell’amministrazione delle fondazioni, esercitati dalla stessa autorità che provvede al riconoscimento giuridico di diritto privato: Regioni e prefetture, attribuendo poteri di annullamento delle deliberazioni gestorie contrarie a norma imperative, all’atto di fondazione, all’ordine pubblico e al buon costume e di destituzione degli amministratori dal loro ufficio in caso di inattuabilità oggettiva dello scopo statutario o qualora essi non agiscano in conformità dello statuto o dello scopo della fondazione o della legge. Lo statuto è accostato alla legge in una posizione di equivalenza²². L’esigenza di un controllo dell’autorità è insita nella natura della fondazione, che, come si è visto, è

profondamente diversa rispetto a quella dell’associazione. Mentre infatti in quest’ultima, l’assemblea degli associati esercita un controllo sullo svolgimento dell’attività amministrativa, nella fondazione, mancando spesso un organo interno formalmente preposto a porre rimedio alle inadempienze dell’organo amministrativo, tale funzione è demandata all’autorità pubblica, la quale, come precisa la Relazione al Codice civile, “potrà valutare il fondamento e la convenienza di un’azione di responsabilità”. Dall’interno o dall’esterno della fondazione può, tutt’al più, provenire l’impulso all’azione di responsabilità, ma essa deve comunque essere autorizzata dall’autorità amministrativa ed esercitata dal commissario straordinario, dai liquidatori o dai nuovi amministratori (art. 25, comma 3, c.c.).

Si è discusso se il controllo dell’autorità pubblica sia solo di legittimità o anche di merito. La dottrina unanimemente sostiene che si tratti di un controllo di legittimità, in quanto ciò che rileva al fine dell’intervento della Pubblica amministrazione è solo la violazione di disposizioni giuridiche. Trattandosi infatti di un ente di diritto privato, l’autorità pubblica non potrebbe imporre Direttive specifiche per la realizzazione degli scopi, sebbene questi ultimi abbiano rilevanza pubblica.

Note:

- 17 Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1986, pag. 40; Trimarchi, *Istituzioni di diritto civile*, CEDAM, 2015, pag. 350 ss.; Costi, “Fondazione e impresa”, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/1968, pag. 47; Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., pag. 85.
- 18 In questo senso Galgano, “Fondazione (diritto civile)”, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, pag. 4; Bianca, *Diritto civile, La norma giuridica - I soggetti*, I, Milano, 2002, pag. 320; Iorio, “Persone giuridiche”, in “Il diritto privato nella giurisprudenza”, in Cendon (a cura di), *Le persone*, II, Torino, 2000, pag. 72.
- 19 Anzi, secondo la giurisprudenza, la modificazione dell’atto costitutivo e dello statuto di una fondazione che ha ottenuto il riconoscimento, non è neppure nella disponibilità del fondatore, sicché è nulla la clausola con cui quest’ultimo si sia riservato tale facoltà (Cons. Stato 1° giugno 1960, n. 148, in *Cons. Stato*, 1961, I, pag. 644).
- 20 Cons. Stato, sentenza n. 123 del 23 marzo 1996.
- 21 Consiglio nazionale del notariato, Studio n. 3367, *Il nuovo regime per il riconoscimento delle persone giuridiche private*, approvato dalla Commissione studi civilistici il 2 maggio 2001, che cita sul punto Cass., SS.UU., 19 ottobre 1964, n. 2262, in *Giust. civ.*, 1964, I, pag. 1001.
- 22 Zanchi, “Interpretazione e ruolo della prassi nella definizione dello statuto soggettivo della fondazione”, in *jus civile*, 2017, pag. 6.

Anche secondo il Consiglio di Stato²³ i poteri dell'autorità amministrativa di cui all'articolo in esame "esprimono non una funzione di tutela nel merito, o di controllo sulla mera opportunità delle determinazioni o gestionale o di indirizzo, che sarebbero incompatibili con l'autonomia privata degli enti destinatari; ma piuttosto una funzione di vigilanza, cioè di controllo di legittimità rispetto alla legge e all'atto di fondazione".

Precisa però il Consiglio di Stato che il controllo di legittimità "non è astratto e generale, ma funzionale alla salvaguardia dell'interesse interno e istituzionale dell'ente, in rapporto a quanto giustifica la sua esistenza giuridica come tale, cioè alla preservazione del vincolo di destinazione del patrimonio allo scopo voluto dal fondatore e a suo tempo stimato meritevole di separazione di responsabilità con l'atto di riconoscimento giuridico della fondazione".

Ancora più chiaro sul punto è il T.A.R. Lombardia²⁴: "Nel momento in cui la fondazione mette il proprio patrimonio a disposizione di associazioni o altri soggetti [...] si pone immediatamente un'esigenza di controllo circa l'utilizzo che viene fatto dei beni della fondazione. Parimenti, vi è un'esigenza di trasparenza nella fissazione delle condizioni economiche a cui l'utilizzo dei beni è subordinato".

E per attivare tale controllo, non solo la dottrina, ma anche la giurisprudenza amministrativa riconosce un

potere di impulso ai potenziali beneficiari della fondazione: "È ammissibile, in siffatta prospettiva, una sollecitazione ab extra diretta all'uso del potere di annullamento"²⁵ e degli altri poteri previsti dall'art. 25 c.c.

Con riferimento agli enti filantropici ed agli altri enti del Terzo settore, l'art. 22 c.c. prevede che le fondazioni del Terzo settore possono, in deroga al D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, acquistare la personalità giuridica mediante l'iscrizione nel Registro Unico nazionale del Terzo settore anziché in quelli tenuti e gestiti da Regioni e prefetture.

Conseguentemente, saranno gli Uffici competenti del Registro Unico ad avere la titolarità del controllo pubblico, applicandosi ad essi, a parere di chi scrive, l'art. 25 c.c.

Lo stesso dicasi per le fondazioni del Terzo settore già in possesso della personalità giuridica ai sensi del citato Decreto del Presidente della Repubblica che ottengono l'iscrizione nel Registro Unico nazionale, per i quali il comma 1-bis dell'art. 22 prevede la sospensione dell'iscrizione nei registri regionali e prefettizi.

Note:

23 Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 4288 del 3 luglio 2018.

24 T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. I, sentenza n. 548 del 7 giugno 2018.

25 Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 4288 del 3 luglio 2018.