

Fondazioni

CLAUSOLE TESTAMENTARIE IN TEMA DI COSTITUZIONE DI FONDAZIONI

a cura di Sabrina Benassati e Beniamino Malavasi

Le fondazioni [1] possono essere costituite sia con atto *inter vivos*, sia con atto *mortis causa*, ossia con testamento: a quest'ultimo riguardo, gli autori [2] parlano più precisamente di negozio *post mortem* (invero, la morte del testatore non incide - come nella istituzione di erede o di legatario - sulla causa del negozio; nell'ipotesi in esame, infatti, la causa è identica a quella della fondazione disposta per atto tra vivi).

Il testamento rappresenta, quindi, uno degli strumenti posti dal nostro ordinamento a disposizione dei privati per costituire e regolare la vita di una fondazione: sul punto, il dettato dell'art. 14, 2° comma, Codice civile, è sufficientemente chiaro.

E', poi, da ritenersi ormai superato il dubbio riguardante la forma che deve assumere il testamento per contenere una disposizione del tipo in esame: la dottrina [3] è compatta nell'affermare che non solo il testamento pubblico ma anche l'olografo sia forma negoziale idonea a realizzare il fine costitutivo dell'ente.

Si è osservato, infatti, come anche il testamento olografo sia dotato di un sufficiente formalismo, derivante dal verbale di pubblicazione, da redigersi a cura del notaio dopo la morte del *de cuius* (art. 620 Codice civile) e richiesto dalla legge affinché detto testamento possa esplicare i suoi effetti. In altri termini, il verbale di pubblicazione del testamento olografo, in forza della sua natura di atto pubblico, è considerato titolo legittimante la richiesta di iscrizione nel registro delle persone giuridiche della fondazione (ciò ovviamente nel solo caso di costituzione diretta della stessa da parte del fondatore).

Pertanto, prima di verificare con quali modalità operative sia possibile costituire una fondazione a mezzo testamento, è opportuno individuare la natura giuridica del negozio fondazionale ed inquadrare da un punto di vista dogmatico [4] la fattispecie che, mai quanto oggi, può presentarsi articolata e con forme nuove [5].

NATURA GIURIDICA DEL NEGOZIO DI FONDAZIONE

E' acquisito e pacifico, sia in dottrina che in giurisprudenza, che il negozio costitutivo di fondazione, quale atto di autonomia privata, abbia natura di negozio unilaterale non recettizio [6], e ciò anche quando all'atto di fondazione intervengano più persone: in tal caso, tutte le volontà confluiscono in un unico intento negoziale, espresso dalla c.d. "volontà congiuntiva" (ne è esempio la fondazione costituita per pubblica sottoscrizione ai sensi dell'art. 39 Codice civile).

La fondazione è, inoltre, un tipo di ente che si caratterizza per la prevalenza non dell'elemento soggettivo - personale, bensì dell'elemento oggettivo - patrimoniale. In particolare, essa presenta tre elementi tipici imprescindibili:

- a) il fine o scopo pubblico o generale perseguito dal fondatore;
- b) il patrimonio vincolato alla realizzazione dello scopo di pubblica utilità enunciato dal fondatore;

c) il riconoscimento da parte dello Stato [7] che le attribuisce non solo soggettività ma anche personalità giuridica [8].

Di essi, quindi, si dovrà tenere conto anche al momento di predisporre le clausole costitutive testamentarie.

Con il negozio di fondazione un soggetto destina determinati beni mobili e/o immobili, vincolandoli al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità; il fondatore crea, cioè, un vincolo di indisponibilità e di destinazione su quei beni, e, ciò, per tutta la durata dell'ente. Sotto il profilo del contenuto, quindi, il negozio di fondazione ha duplice veste, essendo:

a) atto di disposizione patrimoniale, con cui un privato, una persona giuridica o anche una società od un ente pubblico si spoglia in modo definitivo ed irrevocabile della proprietà dei beni che destina ad uno scopo di pubblica utilità;

b) atto di organizzazione (analogo sotto questo aspetto al contratto di associazione) mediante il quale il fondatore (o testatore) predetermina la struttura organizzativa che dovrà provvedere alla realizzazione dello scopo.

Quello di fondazione è stato, altresì, definito come negozio "chiuso", intendendosi con tale espressione caratterizzare la struttura tipica e codicistica della fondazione, nel senso che, in essa, il fondatore manifesta un iniziale consenso volto alla creazione di un ente nel quale non è, di regola, salvo casi eccezionali [9], possibile l'ingresso di altri soggetti con funzioni di partecipazione alle iniziative ed alle attività della fondazione stessa.

L'atto costitutivo di fondazione deve prevedere una serie di elementi minimi ed indispensabili, elencati espressamente dall'art. 16 del Codice civile: fra essi il ruolo centrale è svolto dall'indicazione del patrimonio, la cui attribuzione (all'ente, *n.d.a.*) è stata qualificata come vero e proprio atto o negozio di dotazione patrimoniale.

Discusso è, invece, l'inquadramento giuridico dell'atto di dotazione e varie sono state le tesi elaborate al riguardo.

Una prima teoria [10] ritiene che la dotazione patrimoniale posta in essere dal fondatore non costituisca un negozio autonomo, a sé stante, ma che esso, nel suo assetto complessivo, sia semplicemente un atto c.d. complesso, con il quale il fondatore enuncia un determinato scopo, predispose la struttura organizzativa che dovrà realizzarlo e la dota dei mezzi a ciò necessari. In altre parole, la dotazione patrimoniale costituirebbe parte integrante del negozio di fondazione, un tutt'uno con esso, non un negozio funzionalmente autonomo, bensì un semplice elemento, facente parte dell'atto costitutivo e privo di propria causa, quand'anche venga contenuto in un documento separato.

Da tale impostazione deriverebbe che, non potendosi considerare come negozio autonomo, la dotazione patrimoniale non potrebbe qualificarsi né come donazione, né come oggetto di legato né, tanto meno, come credito.

Ne discenderebbe che ad essa non potrebbero applicarsi né le norme in tema di donazione né le norme in tema di disposizioni testamentarie bensì, unicamente, le norme generali sui contratti e sulle disposizioni a titolo gratuito in quanto compatibili (comprese l'azione di riduzione o la revocazione per sopravvenienza di figli).

Ancora, non qualificandosi la fondazione come erede o legataria, essa non sarebbe tenuta ad accettare il lascito né potrebbe eventualmente rinunciare allo stesso o ad alcuna disposizione; nemmeno sarebbe chiamata al pagamento dei debiti ereditari.

In ogni caso, gli eventuali legittimari lesi o pretermessi ed i creditori pregiudicati potrebbero, rispettivamente, agire in riduzione per lesione di legittima ed esercitare l'azione di separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede.

Per una seconda, opposta e preferibile tesi, invece, sostenuta dalla dottrina tradizionale [11] e dalla giurisprudenza di legittimità della Suprema Corte [12] il fondatore realizza la dotazione patrimoniale per mezzo di un negozio giuridico o atto distinto ed autonomo rispetto a quello di fondazione, sia pur ad esso collegato ed accessorio (c.d. teoria dei negozi funzionalmente collegati); in altre parole, il negozio di fondazione creerebbe l'ente, mentre il negozio di dotazione fornirebbe a quest'ultimo il patrimonio necessario [13].

Peraltro, secondo la tesi in parola, il negozio di dotazione patrimoniale sarebbe privo di una propria tipicità causale, potendosi qualificare, a seconda delle modalità operative utilizzate, talvolta come disposizione testamentaria, a titolo di erede o di legato, talvolta come liberalità non donativa, come prevista e contemplata dall'art. 809 Codice civile.

Ne discende l'applicabilità al negozio di dotazione di tutte le norme sulle donazioni indirette (fra le quali la revocazione per sopravvenienza di figli e l'azione di riduzione) e di quelle in tema di legato e istituzione di erede.

CONTENUTO MINIMO E NECESSARIO DEL NEGOZIO DI FONDAZIONE

Come sopra accennato, l'atto costitutivo di fondazione, sia esso contenuto in un testamento o in un atto *inter vivos*, deve presentare un contenuto minimo, necessario ed indispensabile, come espressamente disposto dall'art. 16 del Codice civile.

Ne discende che anche nella scheda testamentaria (indipendentemente dalla forma adottata) dovranno indicarsi: la denominazione della fondazione, lo scopo di pubblica utilità [14] (e, comunque, non lucrativo, almeno in senso soggettivo), il patrimonio, la sede, le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione, nonché i criteri e le modalità di erogazione delle rendite.

In particolare, con riferimento all'elemento dello scopo di pubblica utilità, la giurisprudenza della Corte di Cassazione [15] ha statuito che ogni negozio costitutivo di fondazione, ivi compreso quello testamentario, ai fini della sua validità ed efficacia, deve contenere la determinazione operata dal fondatore, e da costui non demandata a terzi, dello scopo, non generico ed imprecisato, assegnato all'ente erigendo.

Rientra, invece, nel mero contenuto facoltativo dell'atto di fondazione, l'indicazione delle norme relative all'estinzione dell'ente ed alla devoluzione del suo patrimonio, nonché quelle relative alla trasformazione dell'ente.

Come la prassi insegna, tuttavia, difficilmente lo statuto (della fondazione) è integralmente trasfuso nella scheda testamentaria, e ciò a causa della sua complessità e lunghezza; il testatore, pertanto, si limiterà ad indicare nel testamento gli elementi minimi ed indispensabili richiesti dalla legge, allegando, poi, lo statuto alla scheda o, addirittura, rimettendone la redazione ad un terzo (esecutore testamentario o amministratore - della fondazione - designato) secondo le direttive riportate nel testamento stesso. Ciò, indubbiamente, vale anche nel caso di fondazioni [16] di nuova elaborazione legislativa che, in quanto tali, presentano strutture [17] peculiari.

In passato si è, altresì, discusso sulla conseguenza della mancata indicazione, nel negozio di fondazione, delle norme in tema di amministrazione dell'ente, norme costituenti, come visto, requisito essenziale dell'atto costitutivo ai sensi dell'art. 16 del Codice civile.

Sul punto, gli autori [18], inizialmente, avevano risposto affermando la nullità dell'atto.

Detta soluzione, in verità un po' drastica, è stata superata e oggi la giurisprudenza di legittimità [19] e la prevalente dottrina [20] ritengono possibile una determinazione *ex post* delle norme sull'amministrazione dell'ente, da effettuarsi da parte dell'autorità governativa.

In altri termini, giurisprudenza e dottrina hanno ritenuto che, in presenza di una fattispecie fondazionale incompleta (e silenziosa anche su eventuali terzi cui rimettere la determinazione degli

elementi mancanti), l'autorità governativa sarebbe legittimata ad integrare l'atto di fondazione, consentendo così all'ente il perseguimento dello scopo enunciato dal fondatore-testatore.

In particolare, sulla scorta di quanto appena affermato, alcuni autori, qualificando il predetto intervento governativo come quello di un arbitratore (in virtù di incarico tacitamente conferito dal fondatore), così come delineato dall'articolo 1349 Codice civile, riconducono allo schema dell'arbitraggio l'ipotesi del testatore che designi il terzo preposto ad individuare le regole amministrative (e, se del caso, i soggetti che vi sottendono) della costituenda fondazione.

Si fa inoltre, rientrare nel generale ambito dell'arbitraggio anche l'ipotesi prevista dall'articolo 3 delle Disp. att. del Codice civile secondo cui: " Il notaio che interviene per la stipulazione di atti tra vivi ovvero per la pubblicazione di testamenti, con i quali si dispongono fondazioni o si fanno lasciti in favore di enti da istituire, è obbligato a farne denuncia al prefetto entro 30 giorni".

In altre parole, di fronte alla *voluntas testatoris* di disporre una fondazione, il prefetto è autorizzato, su obbligatoria denuncia del notaio, a promuovere gli atti conservativi che reputi necessari per l'esecuzione della disposizione ed in particolare a "chiedere al tribunale in caso di urgenza o di necessità, la nomina di un amministratore provvisorio dei beni". [21]

LA COSTITUZIONE DIRETTA O SIMULTANEA

Le modalità concrete con le quali si possono costituire fondazioni per testamento sono diverse.

Una prima ipotesi è quella c.d. "diretta o simultanea": il fondatore riporta nel testamento tutti gli elementi richiesti dalla legge per l'atto costitutivo di fondazione e manifesta la volontà di spogliarsi in modo definitivo della proprietà dei beni da destinare a patrimonio della fondazione stessa (e necessari al perseguimento dello scopo da lui prefisso); in altre parole, la scheda testamentaria funge da vero e proprio atto costitutivo della fondazione, dettando le regole attuative e di disciplina di questa.

In tal caso, la clausola testamentaria potrebbe essere redatta nel modo seguente:

"Costituisco, ai sensi e per gli effetti dell'art. 14 del Codice civile., la Fondazione denominata.....

La fondazione avrà sede in.....via.....n.....

La fondazione avrà come scopo..... (segue indicazione specifica e non generica dello scopo di pubblica utilità, come ad esempio, l'attività di studio e ricerca, di beneficenza, di assistenza a favore di anziani, malati, portatori di handicap, attività sportiva o teatrale e musicale ecc..)

Destino a patrimonio della Fondazione i seguenti beni.....(segue indicazione dei beni mobili e/o immobili ad essa attribuiti).

Detto patrimonio sarà, altresì, costituito dai proventi della propria attività, dai contributi a titolo oneroso o gratuito pervenuti alla Fondazione, per atto " inter vivos" o "mortis causa", da parte di terzi o enti privati o pubblici.

Dispongo che, qualora la Fondazione non ottenga il riconoscimento ai sensi di legge entro e non oltre.....(mesi/anni) dall'apertura della mia successione, i beni da me destinati a suo patrimonio siano attribuiti... (es: in piena proprietà, interamente o in comunione, ecc...) a titolo di(eredità o legato) a.....

Oppure:

Dispongo che, qualora la Fondazione non ottenga il riconoscimento ai sensi di legge entro e non oltre.....(mesi/anni) dall'apertura della mia successione, i beni di cui sopra siano devoluti ad enti che perseguono lo stesso scopo da me enunciato od ad enti con fini analoghi.

Nomino Amministratore il signor...(oppure, designo quali membri del Consiglio di amministrazione della Fondazione i signori.....); qualora egli (o tutti o alcuno di essi) non possa (non possano) o non voglia (vogliano) accettare l'incarico gli sostituisco (sostituisco loro) il signor...(i signori...).
In particolare, l'amministratore (o il Consiglio d'amministrazione) qui designato (o il suo sostituto), dovrà adempiere a tutte le formalità, richieste dalla legge vigente all'epoca dell'apertura della mia successione, affinché la Fondazione ottenga il riconoscimento [22], acquistando personalità giuridica, ai sensi di tale normativa.
Dispongo che le rendite siano erogate nel seguente modo.....
La Fondazione sarà regolata dallo Statuto allegato al presente atto sotto la lettera "A".

Oppure:

Lo Statuto, in conformità a quanto previsto in questo testamento, sarà redatto dall'amministratore (o dal Consiglio d'amministrazione) sopra designato."

LA COSTITUZIONE INDIRETTA O SUCCESSIVA

La costituzione cd. "indiretta o successiva" ricorre qualora il de cuius manifesti nel testamento:

- a) la volontà di destinare determinati beni al perseguimento dello scopo della fondazione;
- b) lo scopo della fondazione,

demandando a terzi il compito di "creare" l'ente in parola (soddisfacendo così all'intento del testatore) e, quindi, di completarne la struttura con la determinare degli elementi mancanti.

Il terzo (o, meglio, colui che è indicato come erede o legatario), quindi, verrebbe ad assumere la veste di arbitratore, ai sensi dell'articolo 1349 Codice civile, che integra la volontà del fondatore [23].

In altre parole, la norma di cui all'articolo 3 Disp. Att. Codice civile, si riferirebbe ad un vero e proprio atto di fondazione, creandosi un vincolo di destinazione dei beni a tutela del quale interverrebbe l'autorità governativa.

Tuttavia, il richiamo allo schema dell'arbitraggio comporta, tra l'altro, che, qualora "...l'incarico conferito al terzo presenti i caratteri dell'arbitrium merum - si pensi al caso in cui il disponente abbia lasciato al terzo la scelta sull'opportunità di istituire una fondazione - la mancata determinazione di quest'ultimo farà cadere l'atto di fondazione (cfr. art. 1349 Cod. civ.) ed i beni andranno agli eredi..." [24].

Ciò nondimeno, nella pratica, pare opportuno fare ricorso all'istituto dell'onere di cui agli articoli 647 e 648 Codice civile [25]. In altre parole, il testatore, anziché costituire direttamente l'ente, imporrà un *modus* ad una disposizione testamentaria (istituzione d'erede o legato) determinando tutti gli elementi o solo i mezzi patrimoniali da destinare al perseguimento dello scopo dell'ente stesso. In tal caso spetterà all'erede o legatario onerato eseguire la disposizione a suo carico ed integrare la volontà testamentaria con gli elementi mancanti.

Risulta, quindi, particolarmente conveniente la predisposizione di un meccanismo sanzionatorio a carico del soggetto onerato per il caso in cui non adempia quanto prestabilito dal de cuius.

Altrettanto conveniente appare la predisposizione di un sistema di sostituzioni qualora il soggetto "incaricato" non possa o non voglia accettare l'attribuzione a suo favore; in tal caso, occorrerà precisare che l'onere graverà anche sul sostituto. [26]

Da non dimenticare, poi, il dettato dell'art. 549 Codice civile, che sancisce la nullità di disposizioni testamentarie che impongano pesi o condizioni sulla quota spettante ai legittimari; l'onere in parola, pertanto, dovrà in ogni caso gravare sulla quota disponibile e nei limiti di essa.

Da un punto di vista redazionale si potrebbe, quindi, procedere così:

"Istituisco erede... (oppure lego a.... i seguenti beni.....).

Detta istituzione (o detto legato) è gravata (in presenza di legittimari nei limiti della quota disponibile " ex" art. 549 cod. civ.) dall'onere che ... (l'erede od il legatario) costituisca una Fondazione denominata... con sede in... via... n...., avente lo scopo di....., destinando suo patrimonio i beni (o parte di essi) a lui pervenuti (se legittimario nei limiti della parte disponibile) nonché i proventi dell'attività svolta dalla Fondazione, i contributi a titolo oneroso e gratuito pervenuti alla Fondazione stessa per atto "inter vivos" o "mortis causa", da parte di terzi o enti privati o pubblici.

Egli dovrà inoltre provvedere a tutti gli adempimenti formali richiesti (es: nomina dell'amministratore/consiglio d'amministrazione, modalità di erogazione delle rendite, ecc) regolati dalla legge vigente all'epoca di apertura della mia successione, affinché la Fondazione ottenga il riconoscimento [27].

Qualora... (erede/legatario) non possa o non voglia accettare l'eredità (o rinunci al legato) o non adempia all'onere sopra descritto gli sostituisco ... ed anche tale attribuzione sarà gravata dall'onere suddetto.

Dispongo che nel caso in cui la Fondazione non ottenga il riconoscimento ai sensi di legge, i beni formanti il suo patrimonio permangano in capo a.... (erede o legatario o altro soggetto, oppure siano devoluti ad enti che perseguono fini analoghi).

LA COSTITUZIONE A MEZZO ESECUTORE TESTAMENTARIO

Rientra nell'ambito della costituzione "indiretta" di fondazione anche l'ipotesi in cui il testatore decida di affidare gli adempimenti costitutivi dell'ente ad un esecutore testamentario, ad un soggetto, cioè, che, non solo ha il potere, ma ha anche il dovere legale di assolvere ed eseguire le ultime volontà del "de cuius". [28]

Quanto alla natura giuridica dell'istituto in esame, se oggi sembra prevalere l'orientamento che qualifica l'esecutore testamentario come titolare di un ufficio di diritto privato [29], non va sottaciuta la tesi di chi [30] ha parlato di mandato *post mortem* o di negozio di attuazione della volontà testamentaria.

Adottando questa modalità operativa (che sembra essere la preferita nella prassi) appare opportuno, ai fini di evitare l'elusione dell'intento del testatore, inserire un divieto temporaneo, a carico degli eredi (e, comunque, nei limiti di cui all'articolo 549 Codice civile in caso di legittimari) di alienazione dei beni ereditari [31]. Tale divieto, abbinato all'autorizzazione ad alienare detti beni senza *placet* dell'autorità giudiziaria ("ex" articolo 703, 4° comma, 2° periodo, Codice civile) garantisce, infatti, all'esecutore un buon margine operativo al fine di eseguire esattamente le disposizioni del defunto.

Le clausole testamentarie potrebbero essere redatte in questo modo:

COSTITUZIONE INDIRETTA DI FONDAZIONE MEDIANTE NOMINA DI ESECUTORE TESTAMENTARIO

"Nomino esecutore testamentario il Signor.....

Egli dovrà amministrare la massa ereditaria prendendo possesso dei beni che ne fanno parte.

Istituisco erede (oppure lego a) la Fondazione, da costituirsi a cura del mio esecutore testamentario con le seguenti modalità:

la Fondazione sarà denominata..... ed avrà sede legale in.... via.....

La Fondazione avrà per scopo...

L'esecutore testamentario da me designato, destinerà, senza dover chiedere alcuna autorizzazione, (salvi i casi di legge) a patrimonio della Fondazione i seguenti beni.....nonché i proventi dell'attività della Fondazione stessa, i contributi a titolo oneroso o gratuito ad essa pervenuti per atto "inter vivos" o "mortis causa", da parte di terzi o enti privati o pubblici.

L'esecutore testamentario dovrà altresì adempiere ad ogni altro obbligo o formalità (nomina dell'amministrazione, determinazione erogazione rendite ecc..) richiesti dalla legge vigente all'epoca dell'apertura della mia successione, affinché la fondazione ottenga il riconoscimento secondo tale normativa [32].

Dispongo a carico dei miei eredi il divieto, fino a quando non sarà terminata l'amministrazione dell'esecutore testamentario, di alienare o diversamente trasferire, sottoporre a pegno, ipotecare o vincolare in alcun modo i beni costituenti l'asse ereditario.

Qualora l'esecutore testamentario non possa o non voglia accettare l'incarico gli sostituisco il Signor.....

Qualora la Fondazione non ottenga il riconoscimento, dispongo che i beni ad essa destinati siano attribuiti a... a titolo di.....(eredità o legato....).

Dispongo che al Signor.....(esecutore testamentario) sia attribuita la somma di Euro....., da prelevarsi a carico dell'eredità, quale compenso per l'attività da lui svolta.

Per quanto qui non previsto si applicheranno le norme di legge in tema di esecutore testamentario.

CLAUSOLE RELATIVE ALL'ESTINZIONE DELL'ENTE

Il testatore, e nel caso di costituzione "diretta" e nel caso di costituzione "indiretta", ben può inserire clausole: a) con cui vietare la trasformazione dell'ente da lui concepito in altro di tipo diverso; b) con cui vietare modificazioni dello scopo qualificandolo appunto come scopo indisponibile.

Invero, potrebbe essere suo intendimento specifico destinare in maniera permanente e perpetua quei beni non solo al perseguimento dello scopo enunciato, ma anche al suo perseguimento in quella specifica forma giuridica, [33] non surrogabile da nessun'altra.

In tali casi quindi la clausola potrebbe essere la seguente:

Dispongo che agli amministratori ed ai partecipanti all'ente in genere, sia vietata, in qualsiasi modo, la trasformazione della Fondazione così istituita in un ente di tipo diverso, sia esso lucrativo o non lucrativo, ed a tal fine stabilisco che, qualora detto divieto venga violato o essi intendano modificare la forma o lo scopo dell'ente stesso, consegua automaticamente l'esclusione dalla Fondazione e la revoca dalla carica di amministratore.

Dispongo, inoltre, che sull'osservanza di tale divieto vigili il seguente organo di controllo.....il quale provvederà anche ad applicare le sanzioni suddette ripristinando, se del caso, l'originario scopo e veste giuridica.

COSTITUZIONE DI PARTICOLARI FORME DI FONDAZIONI

A) La Fondazione di partecipazione.

Accanto alla figura, diciamo così, tipica di fondazione, come regolamentata nel Codice civile (e nella quale l'architettura del sistema è dato dal patrimonio ad essa destinato), è ben possibile che il testatore preveda e, quindi, disciplini una forma peculiare dell'ente in parola, nella quale, accanto all'elemento oggettivo (appunto il patrimonio) si affianca un elemento soggettivo, personalistico, consistente nel permettere l'ingresso, nell'ente istituendo, a terzi, ai quali attribuire specifiche funzioni nella gestione dell'ente stesso.

Viene meno, così, la connotazione di negozio a struttura chiusa, propria della fondazione, al contrario dell'associazione, tipico fenomeno a struttura aperta.

Si parla, al riguardo, di fondazione di partecipazione [34], figura tipologica [35] di recente previsione legislativa (si tratta di legislazione speciale: v. D.Lgs. n. 367 del 29 giugno 1996 [36], nell'ambito dei servizi socio assistenziali; D.Lgs. n. 368 del 20 ottobre 1998 [37], nell'ambito degli enti con finalità di carattere culturale e musicale), che si caratterizza, appunto, per la presenza di una base associativa pluripersonale e/o per il possibile e successivo ingresso di terzi all'interno dell'ente.

La fondazione di partecipazione [38] è, quindi, una figura ibrida, che ha referenti solo nella legislazione speciale, dotata di una struttura interna intermedia fra i due tipi di enti disciplinati dal Libro I del Codice civile, fondazione e associazione.

Ciò non toglie che, ai nostri fini, un soggetto ben possa prevedere e costituire per testamento una fondazione di partecipazione.

Essa è nata dalle esperienze anglosassone del "trust" (caratterizzato in gran parte dalla presenza di soggetti privati) e olandese (fondazioni derivanti dalle trasformazioni dei musei statali); quanto all'Italia, i riferimenti normativi di base sono dati dall'interpretazione logica e sistematica degli articoli 1332 del Codice civile e 45 della Costituzione.

Come detto, la fondazione di partecipazione presenta caratteristiche od elementi particolari [39]:

- la presenza di un patrimonio di destinazione a struttura aperta, cui possono aderire successivamente soggetti sia pubblici che privati, apportando sia beni mobili che immobili, denaro o servizi od ore di lavoro;
- la presenza di varie categorie di partecipazione all'ente con propri rappresentanti nel consiglio di amministrazione;
- la presenza della categoria del fondatore che ha (o è) un proprio organo, il consiglio generale, il quale delibera sugli atti essenziali della fondazione;
- la presenza di un organo di sorveglianza al suo interno.

Ne discende che nella figura in esame si armonizzano il settore pubblico e quello privato, il *profit* ed il *non profit*; si tratta, quindi, di un ente spurio [40], a struttura più duttile e flessibile rispetto a quella della fondazione ordinaria, pur perseguendo comunque uno scopo di pubblica utilità [41], che resta sempre il limite strutturale ed assolutamente invalicabile.

Dal punto di vista strutturale ed organizzativo, le fondazioni di partecipazione si caratterizzano per la presenza di un'assemblea di soci: soci fondatori, soci ordinari, soci sostenitori e benemeriti, soci onorari [42]; può, altresì, essere previsto un consiglio di amministrazione.

In particolare, l'atto costitutivo o lo Statuto possono prevedere, dietro pagamento di un contributo pari a quello stabilito per gli aderenti e previa valutazione di determinati requisiti, l'ingresso di ulteriori soggetti che possono assumere qualifiche onorifiche, e quindi prive di poteri gestionali, e in ciò assumendo, solitamente, la denominazione di soci benemeriti.

Ne discende che il testatore ben potrà predisporre nel testamento le particolari clausole richieste da questo ente, con la precisazione che non sarà in alcun modo possibile rendere disponibile lo scopo, il fine pubblico e di interesse generale, sconfinandosi, in tal caso, nella diversa tipologia della associazione [43].

Dal punto di vista redazionale si potrebbe operare così [44]:

Costituisco un ente morale nella forma della fondazione di partecipazione, che assumerà la denominazione.....

Tale ente avrà lo scopo di carattere pubblico e generale, consistente in.....

La Fondazione non avrà in alcun modo scopo di lucro in senso soggettivo.

Essa avrà sede in.....

Destino a patrimonio della Fondazione i seguenti beni immobili o mobili.....(segue indicazione dei beni mobili e/o immobili ad essa attribuiti).

Il patrimonio così formato sarà costituito, altresì, dai proventi dell'attività della fondazione stessa, contributi a titolo oneroso o elargizioni a titolo gratuito pervenuti alla fondazione per atto "inter vivos" o "mortis causa", da parte di terzi o enti privati o pubblici, persone fisiche o giuridiche, o da altre utilità da impiegarsi per il perseguimento degli scopi sopra menzionati, nonché da versamenti effettuati da altri soggetti terzi e futuri partecipanti alla stessa, trattandosi di ente che risponde ai principi ed allo schema giuridico della fondazione di partecipazione

Il patrimonio sarà, altresì, costituito dalle rendite non utilizzate che possono essere destinate a suo incremento.

Dispongo che, qualora la Fondazione non ottenga il riconoscimento ai sensi di legge entro e non oltre.....(mesi/anni) dall'apertura della mia successione, i beni da me destinati a suo patrimonio siano attribuiti.....(es: in piena proprietà, interamente o in comunione, ecc...) a titolo di(eredità o legato) a.....

Nella Fondazione così disposta, potranno ottenere la qualifica di aderenti, le persone fisiche o giuridiche, pubbliche o private e gli enti che, condividendo le finalità della Fondazione, contribuiscano alla sopravvivenza della Fondazione medesima ed alla realizzazione dei suoi scopi, mediante contributi annuali o pluriennali, in misura non inferiore a quella stabilita, anche annualmente, dal Consiglio generale, di cui allo Statuto allegato.

Avranno facoltà di presentare domanda al Consiglio di amministrazione, per divenire aderenti, i seguenti soggetti.....(segue indicazione delle categorie di soggetti legittimati a chiedere l'ingresso come aderenti). La qualifica di aderente avrà durata per.....

Appare, altresì, opportuna l'indicazione delle altre possibili categorie di partecipanti, come risultanti da Statuto, nonché l'indicazione delle rispettive prerogative nell'ambito dell'ente stesso, con le seguenti clausole:

Nella Fondazione di partecipazione da me disposta, potranno ottenere la qualifica di "sostenitori" (benemeriti), le persone fisiche e giuridiche, pubbliche o private, e gli enti che contribuiscano allo scopo della Fondazione con un contributo che verrà determinato dal Consiglio generale ovvero con un'attività professionale di particolare rilievo, o con l'attribuzione alla stessa di beni materiali o immateriali.

Dispongo che, nell'ambito della Fondazione da me costituita, ai partecipanti alla stessa siano attribuite le seguenti prerogative.....

La qualifica di aderente e di sostenitore darà diritto, in considerazione della necessità e dell'importanza di tali categorie per la vita ed il corretto ed equilibrato sviluppo della Fondazione, a quanto previsto dagli artt... dello Statuto allegato.....(oppure indicazione analitica dei poteri e dei diritti).

Ulteriormente:

Saranno organi della Fondazione:

Il Consiglio generale, composto da.....

Il Consiglio di amministrazione composto da.....

Il Presidente ed il segretario generale sig.....rieleggibile.....(eventuali)

Il direttore...(eventuale)

Il collegio dei revisori dei conti.....

Dispongo che il sig....., nella sua qualità di futuro amministratore o Presidente del Consiglio di amministrazione della Fondazione, venga delegato a compiere tutti gli adempimenti necessari, secondo la legge vigente all'epoca di apertura della mia successione, per il riconoscimento della Fondazione da me costituita; qualora egli non possa o non voglia accettare l'incarico gli sostituisco...

In caso di mancato ottenimento del riconoscimento della Fondazione i beni di cui sopra saranno devoluti ad enti che perseguono lo stesso scopo da me enunciato od ad enti con fini analoghi, oppure a...

b) La c.d. Fondazione di famiglia.

Fra le particolari fondazioni che possono essere costituite per testamento rientrano anche le c.d. fondazioni di famiglia [45].

La fondazione di famiglia è disciplinata, in via residuale, dall'articolo 28, ultimo comma, Codice civile, ove è espressamente previsto che le disposizioni del primo comma di tale articolo (rubricato "Trasformazione delle fondazioni") e dell'articolo 26 Codice civile (rubricato "Coordinamento di attività e unificazione di amministrazione") non si applicano alle "fondazioni destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate" [46].

Ne discende che tali enti, entro detti limiti, fuoriescono dall'ambito di intervento dell'autorità governativa.

In passato, anche e soprattutto al fine di reprimere fenomeni antieconomici quali la cd.

"manomorta", ossia l'eccessiva immobilizzazione, stagnazione e sottrazione alla libera circolazione nel mercato dei beni, si era limitato al massimo la costituzione di fondazioni, viste come strumento di trasmissione (anche perpetuo) della ricchezza; esse erano ammesse solo per il perseguimento di finalità sociali, pubbliche e generali [47].

Al contrario, oggi, il nostro ordinamento, stante la formulazione letterale dell'art. 28 del Codice civile, sembrerebbe ammettere senza problemi la costituzione di fondazioni di famiglia.

Nondimeno, pur essendo possibile la costituzione di fondazioni anche per interessi personali, è da escludersi la legittimità di una disposizione con la quale il testatore preveda una fondazione mortis causa avente lo scopo di gestire e custodire il patrimonio testatoris, nell'ambito della sua stirpe, generazione dopo generazione, e, quindi, tendenzialmente all'infinito; invero, una tale previsione si porrebbe in contrasto con i principi di cui agli articoli 692 (divieto di sostituzione fedecommissaria) e 698 (divieto di legato di usufrutto successivo) del Codice civile.

In altre parole, essa realizzerebbe il risultato, vietato dal legislatore, di creare un obbligo di conservare e restituire alla morte i beni ereditari, immobilizzandoli e sottraendoli al circuito economico (d'altra parte, neppure è possibile, allo stato attuale, istituire una fondazione che abbia per scopo il mero regolamento della successione del testatore stesso).

La valida costituzione (testamentaria) di fondazione di famiglia è, quindi, dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione [48], subordinata all'esistenza di uno scopo sociale.

In particolare, la sua validità si ricava implicitamente dall'articolo 699 Codice civile, che prevede la liceità della disposizione testamentaria avente per oggetto l'erogazione, anche in perpetuo, di somme determinate per premi di nuzialità o di natalità, sussidi per l'avviamento ad una professione od ad un'arte, opere di assistenza, o per altri fini di pubblica utilità a favore di persone da scegliersi tra i discendenti di determinate famiglie.

Nella fondazione di famiglia, dunque, lo scopo è da rinvenire nella erogazione di prestazioni assistenziali o educativo - assistenziali, non a favore della generalità dei bisognosi, bensì a beneficio di parenti o discendenti di una determinata stirpe familiare.

Pertanto, è da ritenersi inammissibile una fondazione che abbia come unico scopo quello di perpetuare per specula saeculorum il nome, lo splendore di una certa famiglia, essendo la stessa in palese contrasto con gli articoli. 692 e 698 Codice civile [49]. Per converso, si ammette una fondazione destinata, per esempio, ad alleviare l'indigenza o a premiare le capacità o il merito (con premi o borse di studio) di una determinata famiglia o di una persona nell'ambito di una determinata famiglia.

La Suprema Corte ha, infatti, da tempo [50] chiarito i contorni della fondazione di famiglia, precisando che lo scopo di pubblica utilità consiste nel fatto che i beneficiari della fondazione non possono essere i discendenti in quanto tali, bensì solo in quanto versino in quella particolare condizione soggettiva di indigenza o di meritevolezza [51].

Ciò detto, la clausole testamentarie potrebbero formularsi in questo modo:

"Costituisco una Fondazione di famiglia, denominata.....

La Fondazione avrà lo scopo di erogare, in perpetuo, somme di danaro ...(oppure)

di fornire alloggio ospitalità e riposo...(oppure)

di consentire l'utilizzo di tutti i miei beni,(resta fermo però il limite invalicabile dell'art. 549 Codice civile sulla quota di eventuali legittimari) nell'ambito dei discendenti della mia famiglia, a favore di quelli fra i miei parenti in linea retta o collaterale fino al ...(massimo 6°) grado, che si trovino in una situazione di indigenza, o di pericolo di vita o di salute o necessitino di cure oppure siano meritevoli nello studio superiore od universitario,..... rimettendo l'accertamento della sussistenza di tali condizioni, al signor.....o in sua supplenza.....

Destino a patrimonio di detta Fondazione i seguenti beni.....

La Fondazione avrà sede.....

La Fondazione sarà amministrata da.....

In particolare, l'amministratore dovrà curare tutte le formalità necessarie per ottenere il riconoscimento dell'ente secondo la legge vigente all'epoca di apertura della mia successione.

Qualora egli non possa o non voglia accettare l'incarico, gli sostituisco.....

Dispongo, per il caso che la Fondazione non ottenga il riconoscimento entro... dalla mia morte, che i beni ad essa destinati siano attribuiti.... o devoluti....."

Note:

1 Le fondazioni sono state recentemente riscoperte e rivisitate da parte della dottrina che ha fornito preziosi contributi monografici fra cui ricordiamo: A. Zoppini, Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie, Napoli, 1995, pp. 304; P.

Rescigno, Le fondazioni in Italia e all'estero, Padova, 1989. A parte questi contributi monografici, tuttavia, si sono avuti pochi studi organici e complessivi dedicati all'istituto in esame, forse a causa dell'esiguo numero di fondazioni concretamente operative negli anni passati. Una inversione di tendenza si è avuta, negli anni più recenti, anche grazie al legislatore che, disciplinando le fondazioni bancarie, ha rivisitato l'istituto.

Oggi giorno, peraltro, si assiste ad un "restyling" totale di questa tipologia di ente non lucrativo, che ha assunto via via connotati sempre più diversificati e nuovi, fino ad assumere forme particolari e dalla struttura atipica, con caratteri strutturali misti, nascenti dalla commistione con altri enti associativi previsti dal Libro I del Codice civile (ci si riferisce, ad esempio, alle fondazioni di partecipazione di cui si parlerà in seguito).

2 Cfr. per questa qualificazione l'opinione di: F. Galgano Delle persone giuridiche, in Commentario del codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna Roma, 1969 pag. 169 e Giampiccolo Il contenuto atipico del testamento, Milano, 1954, pag. 23.

3 Cfr. sul punto specifico le posizioni autorevoli di: F. Galgano Delle persone giuridiche, in Commentario del codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna Roma, 1969, nonché Messineo Manuale di diritto civile e commerciale, I, pag. 283.

4 Precisazioni di carattere dogmatico su questo istituto si trovano anche in: P. Rescigno, Le "non profit organizations" come formazioni sociali, ed in P. Schlesinger, Le "non profit organizations" nel diritto italiano, entrambi in G. Ponzanelli, Gli enti "non profit" in Italia, Padova, 1994, rispettivamente alle pag. 257 ss. e 271.

5 Per un'analisi delle nuove figure associative emergenti anche nel nostro ordinamento si veda: G. Ponzanelli, Nuove figure e nuove problematiche degli enti "non profit", in Aa. Vv. Gli enti non profit. Nuove figure e nuove problematiche, Milano, 1993, p. 45; I. Cavanna Associazioni e fondazioni "atipiche": fondi previdenziali e strumenti di democrazia diretta, nota a Trib. Milano, 3 novembre 1994, in Nuova Giur. Comm., 1995, p. 1076 e segg.; nonché il saggio di M. Basile Associazioni e fondazioni: novità legislative e problemi aperti, in G. Ponzanelli Gli enti non profit in Italia, Padova, 1994. Anche l'autore Zoppini, in Associazioni Fondazioni Comitati, in Riv. Dir. Civ., 1995, p. 323, afferma: "...gli enti disciplinati nel libro I del codice civile sono oggetto di una significativa e crescente attenzione" ed a p. 326 "Il crescente interesse nei confronti degli enti senza scopo di lucro si manifesta anche nella fonte legislativa, che è intervenuta con discipline di settore, affiancando (o sovrapponendo) alle norme del codice civile quelle previste nella legge speciale; così come la fonte comunitaria si appresta ad introdurre un nuovo tipo sociale: l'associazione europea" su cui v. A. Fusaro, Le associazioni, in G. Ponzanelli, op. ult. Cit., p. 55, ss. e V. I. Stramignoni, Sul nuovo progetto della commissione in tema di associazione europea in Riv. Dir. Int. priv. e proc., 1993, p. 933.

6 Ciò ovviamente comporta l'applicazione al negozio di fondazione dell'art. 1324 del Codice civile, dettato in tema di atti unilaterali, secondo il quale: "Salvo diversa disposizione di legge, le norme che regolano i contratti si osservano in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale".

7 La dottrina maggioritaria, sebbene la giurisprudenza sul punto sia oscillante, ritiene di non condividere l'impostazione di F. Galgano, secondo cui sarebbe ammissibile e configurabile anche una c.d. fondazione di fatto o fondazione non riconosciuta ed individua invece nel riconoscimento un elemento altrettanto caratterizzante al pari degli altri elementi costitutivi. La dottrina, infatti, osserva attentamente come, da un punto di vista sistematico delle norme, la fondazione, a differenza degli enti di tipo associativo, debba necessariamente ottenere il riconoscimento della personalità giuridica, essendo la stessa inserita negli enti di diritto privato di cui agli articoli 12-35 c.c., e non anche tra gli enti non riconosciuti di cui agli articoli 36 ss. c.c. Per la stessa posizione di cui sopra cfr. Greco, Le fondazioni non riconosciute, Milano, 1980.

8 Sul nuovo procedimento volto ad ottenere il riconoscimento della personalità giuridica degli enti non lucrativi v. M.V. De Giorgi, Finalmente in vigore il regolamento delle persone giuridiche disciplinate nel libro primo del codice civile, in Studium iuris n. 1/2001, p. 141, dove l'autrice ha cura di esporre i vari momenti che caratterizzano la vita degli enti di cui al libro primo del codice civile, partendo dal momento iniziale o c.d. momento costitutivo, per finire all'ultimo momento, c.d. momento estintivo; nonché della stessa autrice: La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti senza scopo di lucro, in Studium iuris, 2000, p. 499.

9 Come vedremo, ciò è possibile solo nella c.d. fondazione di partecipazione, la quale si configura come istituto di carattere speciale.

10 Dovuta principalmente a Galgano, op. cit.

11 Nicolò, *Negoziato di fondazione. Istituzione di erede*, in Riv. Dir. civ. 1941, pag. 386; Gangi, *Persone fisiche e persone giuridiche*, Milano, 1948, pag. 239; Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol I, VIII Ed., Milano 1952, pag. 279; Giampiccolo, op. cit. pag. 10; Ferrara, *Le persone giuridiche*, in Tratt. Dir. Civ. It. diretto da F. Vassalli, vol. II, Torino 1956, pag. 240, P. Rescigno, V. *Fondazione (Dir. Civ.)*, in Enc. Dir., vol. XVII, Milano 1968, pag. 801.

12 Cass. 4 luglio 1959 n. 2130, in Giust. Civ. 1959, I, pag. 1691; Cass. 18 ottobre 1960 n. 2785, in Foro Amm., 1961, II, p. 49; più recentemente Cass. 27 febbraio 1997 n. 1806 in Guida al Dir. Fasc. 19/1997 pag. 54.

13 Non sono stati accolti, infatti, i rilievi critici di F. Galgano, secondo il quale questa impostazione non sarebbe che un artificio teorico, con cui si tende a ricondurre l'effetto traslativo, conseguente al negozio di fondazione a causa di morte, talvolta all'istituzione di erede, talvolta al legato come disposizione a titolo particolare, e quindi non sarebbe che una mera qualificazione nominale priva di riscontro pratico, visto che all'atto di dotazione patrimoniale, inteso come atto a sé stante non sarebbero applicabili, secondo l'autore, gran parte delle disposizioni sulle successioni ereditarie, in particolare quelle sull'accettazione e sulla rinuncia dell'eredità e quelle sul pagamento dei debiti ereditari.

14 Lo scopo di una fondazione deve, per il costante orientamento dei giudici di legittimità, essere di pubblica utilità, poiché, anche secondo la giurisprudenza costituzionale, cfr. al riguardo Corte Cost. n. 3969/1979, solo in questo caso è possibile, in via eccezionale, imporre ai beni vincoli di indisponibilità tendenzialmente perpetui.

15 Cfr. al riguardo Cass. 27 febbraio 1997, n. 1806, AC, 1998, P. 72.

16 L'interesse per la figura fondazionale e per le nuove tipologie di enti non lucrativi ossia per il terzo settore è fortemente crescente anche nella letteratura giuridica straniera e statunitense, che mostra un approfondimento della categoria e dell'istituto della fondazione, si veda infatti: H. Hasmann, *The Role of Nonprofit Enterprise*, in Yale Law J., 89, 1980, p. 835 ss.: *Reforming Non Profit Corporations Law*, in University of Pennsylvania Law Rev., 129, 1981, pag. 490.

17 Ci si riferisce alle fondazioni di partecipazione.

18 Romandelli, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, vol. I, Napoli 1935, pag. 59 ss.

19 Cass. 25 giugno 1953 n. 1975 in Foro it. 1954, I, 1464.

20 Gangi, *Persone fisiche e persone giuridiche*, cit. pag. 239; Ferrara, op. cit. pag. 235; Galgano, op. cit. pag. 160.

21 Sull'argomento, si rinvia a quanto verrà esposto in tema di costituzione indiretta o differita di fondazione.

22 Al riguardo, occorre ricordare che, a seguito della riforma legislativa apportata dal recente D.P.R. 10 febbraio 2001 n. 361 (rubricato "Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto", pubblicato sulla "Gazzetta Ufficiale" del 7 dicembre 2000 n. 286), le fondazioni, associazioni e le altre istituzioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento determinato dall'iscrizione nel registro delle persone giuridiche istituito presso le prefetture (Art. 1 comma 1). In altre parole, la personalità giuridica è acquisita, mediante il riconoscimento, direttamente dall'iscrizione nel Registro delle persone giuridiche, iscrizione che assume, quindi, natura costitutiva.

La domanda per il riconoscimento è presentata alla prefettura nella cui provincia è stabilita la sede dell'ente (Art. 1. comma 2.). Disciplina particolare è dettata per le persone giuridiche private che operano in materie di competenza regionale (Art. 7).

Il riconoscimento delle fondazioni istituite per testamento può essere concesso dal prefetto, d'ufficio, in caso di ingiustificata inerzia del soggetto abilitato alla presentazione della domanda (Art. 1 comma 7).

Da quanto previsto nel decreto in esame si ricava che l'arco di tempo di 150 giorni rappresenta il tempo massimo in cui può svolgersi l'attività istruttoria, e comunque nell'arco di 180 giorni, o con esito positivo, o con esito negativo, si deve chiudere il procedimento con provvedimento esplicito o con silenzio-rigetto. (Per un puntuale commento - a cura di Irene Tricomi - al decreto "de quo" si veda Guida al diritto, fascicolo 47 del 30 dicembre 2000, pagg. 42 e ss.).

Il D.P.R. 361/2000 ha, tra gli altri, abrogato l'articolo 12 del Codice civile (mentre, in precedenza, con le leggi 127/1997 e 192/2000, erano stati abrogati gli articoli 17, 600, 786, 782 4° comma, del Codice civile, in tema di acquisti ed attribuzioni "inter vivos" e "mortis causa" a favore di enti riconosciuti e non riconosciuti) e, con esso, il procedimento diretto ad ottenere la personalità giuridica, che era riconosciuta con apposito decreto del Presidente della Repubblica; tuttavia, in sede redazionale, pare opportuno mantenere una clausola sostitutiva qualora il procedimento pro-iscrizione non vada a buon fine, e ciò al fine di garantire al massimo e la volontà del testatore e la sorte dei cespiti ereditari.

23 La ricostruzione indicata è desunta dagli autori dal dettato dell'articolo 3, 1° comma, Disposizioni d'attuazione del Codice civile, ove si parla di "... testamenti con i quali si dispongono... lasciati in favore di enti da istituire...".

Per una panoramica dottrinale al riguardo v. Francesca Loffredo, *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica*, Milano 2001, pagg. 38 e ss.; G. Iorio, *Le persone - tomo II - Persone giuridiche*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Paolo Cendon, Torino 2000, pagg. 95 ss.

In giurisprudenza v. Tribunale di Voghera, 28 gennaio 1998, in *Vita Not.* 1998, fascicolo 3, pagg. 1462 ss., secondo il quale è valida una disposizione testamentaria che istituisce erede universale una fondazione da costituirsi dopo la morte del testatore, secondo lo schema di cui all'articolo 3, comma 1°, Disp. Att. Codice civile. In particolare, secondo l'organo giudicante: a) l'ente "de quo" sarebbe capace di succedere al pari di un nascituro non concepito alla morte del testatore; b) nel caso in esame, la clausola di relatio risulta ammissibile nella misura in cui essa, ad un tempo, rivesta la forma testamentaria e faccia rinvio ad un dato preciso e determinato che identifichi il soggetto onorato (facendo così salvo il principio di personalità del testamento).

24 V. G. Iorio, op. ult. cit., pag. 96.

25 Se in dottrina (v. nota precedente) si sottolinea la possibile difficoltà di distinguere la costituzione indiretta ricorrendo allo schema "ex" art. 3 Disp. Att. Codice civile, da quella a mezzo "modus", quest'ultima pare preferibile per evitare le conseguenze nascenti in caso di "arbitrium merum" e le ipotesi di disposizioni testamentarie per "relationem" (cfr il Tribunale di Voghera citato alla nota precedente): al riguardo, la tecnica redazionale dovrebbe essere perfetta e, purtroppo, questo non sempre si verifica.

26 Con questa precisazione si vuole evitare ogni dubbio sollevato in dottrina in merito alla cd. "ambulatorietà" dell'onere "ex" artt. 676 e 677 Codice civile.

27 V. nota 22.

28 Il disposto dell'articolo 703 Codice civile è sufficientemente chiaro al riguardo.

29 In particolare, egli sarebbe titolare di un ufficio di diritto privato non rappresentativo in quanto egli agisce in nome proprio e nell'interesse oggettivo all'esatta attuazione delle disposizioni testamentarie (si tratterebbe, cioè, di

amministrazione pubblica di interessi prevalentemente privati). Sul punto v. Guido Capozzi, Successioni e donazioni tomo II, Milano 2002, pag. 597.

In dottrina sostengono, altresì, la tesi secondo cui l'esecutore testamentario è titolare di un ufficio di diritto privato: Messineo, Manuale di diritto civile e commerciale, Milano, 1952, vol. III, parte seconda p. 282; Natoli, L'amministrazione dei beni ereditari, Milano, 1968-1969, p. 340 ss.; Trimarchi, voce Esecutore testamentario, (diritto privato), in Enc. Dir., Milano, 1966, vol XV, p. 390; Manca, Degli esecutori testamentari, in Comm. Cod. civ., diretto da D'Amelio e Finzi, Libro delle successioni per causa di morte e donazioni, Firenze, 1941, p. 635; Giannastasio, Delle successioni. Successioni testamentarie, in Comm. Cod. civ., Torino, 1980, p. 407; Caramazza, Delle successioni testamentarie, in Comm. Teorico pratico al cod. civ., diretto da De Martino, Novara, 1982, p. 556; Bianca, Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni, Milano, 1981, p. 436.

30 Cfr. Giampiccolo, op. cit., nonché Gangi, La successione testamentaria nel vigente diritto italiano, Milano, 1964, p. 535.

31 La dottrina si è a lungo interrogata sulla liceità di una simile statuizione e la risposta, argomentando dall'ultimo comma dell'articolo 692 Codice civile (dettato in tema di sostituzione fedecommissaria), è sempre stata negativa. La legge di riforma del diritto di famiglia, nel 1975, ha, però abrogato tale comma, ristrutturando la figura del fedecompresso e oggi, accanto a chi continua a propendere per l'inaffidabilità, sembra prevalere l'orientamento che ammette un divieto come quello in esame; in particolare, in assenza di norme ad hoc, troverebbe applicazione, in via analogica, il disposto dell'articolo 1379 Codice civile. (sul punto, peraltro, non tutti sono d'accordo: v., al riguardo, il cambiamento d'opinione manifestato da G. Capozzi, op. cit., Tomo I, pagg. 420 ss.).

Si tratterebbe, comunque, di disposizione avente efficacia meramente obbligatoria.

Per un inquadramento di questo problema nell'ambito delle fattispecie donative v. A. Fusaro, In tema di fondazioni: clausole di inalienabilità e vincoli di destinazione d'uso contenute in donazioni disposte a loro favore, in Vita Not. N. 3 Settembre-Dicembre, 1997, pag. 1616.

32 V. nota 22.

33 E' risaputo che nella maggior parte dei casi le fondazioni nascono con durata tendenzialmente illimitata e perpetua, e si estinguono al raggiungimento dello scopo o quando questo diviene impossibile.

34 Un'analisi dell'istituto "de quo" è stato compiuto da Zoppini, op. cit. che può considerarsi, da un punto di vista storico, il primo autore che è riuscito a comprendere ed esporre come, progressivamente, sia venuto meno il modello unico di fondazione e come tale istituto si sia, con gli anni, evoluto; anche la dottrina notarile tuttavia, recentemente, si è dedicata all'approfondimento di questa figura, in particolare: E. Bellezza - F. Florian, in Le fondazioni del terzo millennio: pubblico e privato per il non profit, questi autori hanno contribuito, nella prassi operativa, notarile, nonché nello studio di questa particolare tipologia di ente non lucrativo. Inoltre si segnalano per la trattazione di questo istituto anche i preziosi contributi di: D. Vittoria, in Riv. Dir. comm. 1975, I, p. 326, nonché G. Ponzanelli, Gli enti collettivi senza scopo di lucro, op. cit. p. 155.

35 Per lo studio dei caratteri strutturali di questo ente si rinvia ancora una volta alle posizioni dell'autore E. Bellezza, Verso l'impresa culturale europea: la fondazione di partecipazione, nel suo intervento tenuto al Convegno del 22 giugno 1999, a cura dell'Assolombarda - Milano.

36 Il testo legislativo è rinvenibile in G.U. 11 luglio 1996, n. 161.

37 Il testo legislativo è rinvenibile in G.U. 26 ottobre 1998, n. 250.

38 Costituiscono validi esempi di fondazioni di partecipazione il Museo della Scienza e della Tecnica di Milano, il Fondo per l'Ambiente Italiano, la Fondazione i Pomeriggi musicali di Milano, la Fondazione Pier Lombardo per la gestione del Teatro.

39 Per un sintetico quanto puntuale esame dell'assemblea dei "soci" v. G. Iorio, op. cit., pagg. 256 ss; A. Propersi e G. Rossi, Gli enti non profit, Milano 2000, pagg. 65 e ss.

40 Osserva anche [I. Cavanna, Enti non profit e neutralità delle forme associative](#) , in questa Rivista, 1/1997, p. 69, come: "La progressiva dissoluzione delle linee di confine tra i diversi soggetti collettivi..." presente nel nostro ordinamento confermi la c.d. "neutralizzazione delle forme associative" ed al riguardo parla del fenomeno delle "new entities".

41 Focalizza compitamente il concetto F. R. Monaco, Interessi pubblici ed interessi privati nella disciplina e nell'attività delle fondazioni. Gli enti privati di interesse pubblico, in Vita Not., n. 3/1998, p. 1288.

42 Sul punto v. G. Iorio, op. cit., pagg. 256, il quale precisa come, al di là della qualifica attribuita - che può variare da ente a ente - vanno considerate le attribuzioni che in concreto (cioè in forza dello Statuto) spettano alle suddette assemblee.

43 Si ricorda, infatti, che la immutabilità dello scopo è ulteriore elemento caratterizzante le fondazioni. Per tale motivo, esso non può in alcun modo essere o divenire disponibile, pena la riqualificazione dell'istituto negoziale, nonché il venir meno dell'ulteriore, enunciato, criterio distintivo. Conseguentemente, le iniziali intenzioni del fondatore non possono essere cambiate, né con successiva delibera degli amministratori, né con una susseguente volontà del fondatore che intervenga quando il potere di revoca sia già precluso "ex" articolo 15 Codice civile.

44 Un ottimo esempio di Statuto di fondazione di partecipazione è reperibile in A. Propersi e G. Rossi, op. cit., pagg. 79 e ss.

45 Per l'analisi di quest'ultime figure v. De Giorgi, Scopo delle fondazioni e fondazioni di famiglia.

46 E' disciplinata inoltre da una legge speciale, la 6972 del 17 luglio 1890, ed è chiamata anche fondazione privata familiare.

47 Così G. Iudica, Fondazioni, fedecommeserie, trusts, e trasmissione della ricchezza familiare, in N.G.C.C., 1994, p. 78.

48 Cass. 10 luglio 1979 n. 3960, in Giur. It. 1980, I, 1, 881.

49 Essendo necessario lo scopo di pubblica utilità, anche nella fondazione di famiglia, sarebbe sicuramente illegittima una clausola che prevedesse un ritorno generico dei beni destinati all'ente, al fondatore od ai suoi eredi, perpetuando, così il casato, a maggior ragione qualora i beni formanti la dotazione patrimoniale subiscano incrementi di valore, tali, appunto da determinare un mero arricchimento di questi soggetti; arricchimento per ciò stesso incompatibile con la necessaria ed imprescindibile finalità pubblica.

50 Cass. cit. alla nota prec.

51 Così anche Moscati, Associazioni, fondazioni, finalità fiduciarie e loro rilevanza, in N. G. C. C. 1995, p. 31.