

CAPITOLO III

COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. Considerazioni comuni. – 1.1. I contenuti essenziali dell’atto costitutivo. – 1.2. Lo statuto. – 1.3. Il riconoscimento della personalità giuridica. – 2. Associazione. – 2.1. Il contratto associativo. – 2.2. Costituzione per pubblica sottoscrizione. – 2.3. Associazione riconosciuta. – 2.4. Associazione non riconosciuta. – 3. Fondazione. – 3.1. L’atto di fondazione. – 3.2. Costituzione per atto tra vivi. – 3.3. Costituzione per atto di ultima volontà. – 3.4. Fondazione di partecipazione. – 3.5. Fondazione non riconosciuta. – 3.6. Fondazione fiduciaria. – 4. “Particolari categorie” di ETS. – 4.1. ETS costituiti in forma di associazione o di fondazione. – 4.2. Imprese sociali, cooperative sociali e società di mutuo soccorso.

1. CONSIDERAZIONI COMUNI

La costituzione di un ETS può realizzarsi, anzitutto, sotto forma di associazione (riconosciuta o non) o di fondazione⁽¹⁾: le norme di riferimento, in tale ipotesi, sono – oltre a quelle generali, sancite dal codice civile agli artt. 14 ss.⁽²⁾ – quelle di cui agli artt. 20 ss. CTS, le quali – applicandosi «*a tutti gli enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione*» (art. 20 CTS) – disciplinano sia le associazioni e le fondazioni “ordinarie”, sia le “particolari categorie”

⁽¹⁾ - Preme infatti ricordare come un ETS possa costituirsi in forme differenti; come accennato in precedenza, infatti, le imprese sociali – le quali sono ETS di diritto – possono costituirsi anche nelle forme di cui al libro V del codice civile (cioè nelle forme societarie); le cooperative sociali e le società di mutuo soccorso, parimenti, hanno natura societaria.

⁽²⁾ - Infatti, ai sensi dell’art. 3, comma 2 CTS, «[p]er quanto non previsto dal presente Codice, agli enti del Terzo settore si applicano, in quanto compatibili, le norme del Codice civile e le relative disposizioni di attuazione».

di ETS (e, cioè, le ODV, le APS, gli enti filantropici, le imprese sociali e le reti associative) costituite in forma di associazione o di fondazione.

1.1. I CONTENUTI ESSENZIALI DELL'ATTO COSTITUTIVO

Preme anzitutto evidenziare come, in relazione a tutte le associazioni o fondazioni che intendano assumere la qualifica “ETS” – ivi incluse le associazioni non riconosciute, come si approfondirà a seguire – l'atto costitutivo dell'ente debba essere posto in essere con la necessaria indicazione dei contenuti a tal fine prescritti dal disposto dell'art. 21 CTS: tale norma, in particolare, contiene un'elencazione di gran lunga più analitica di quella sancita dal codice civile all'art. 16⁽³⁾, prevedendo infatti che «[l]'atto costitutivo [debba] indicare»:

«la denominazione dell'ente»⁽⁴⁾;

«l'assenza di scopo di lucro e le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale perseguite», nonché «l'attività di interesse generale che costituisce l'oggetto sociale»⁽⁵⁾;

«la sede legale»⁽⁶⁾;

⁽³⁾ - L'art. 16 c.c. (“Atto costitutivo e statuto. Modificazioni”) sancisce quanto segue: «L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, nonché le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione. Devono anche determinare, quando trattasi di associazioni, i diritti e gli obblighi degli associati e le condizioni della loro ammissione; e, quando trattasi di fondazioni, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite.

L'atto costitutivo e lo statuto possono inoltre contenere le norme relative all'estinzione dell'ente e alla devoluzione del patrimonio, e, per le fondazioni, anche quelle relative alla loro trasformazione».

⁽⁴⁾ - Anche l'art. 16, comma 1, c.c., prescrive quanto segue: «L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione dell'ente [...]».

⁽⁵⁾ - È quindi esclusa la possibilità – invero consentita negli enti “non-ETS”, come si evince dall'art. 16, comma 1, c.c., il quale si limita a prescrivere che «[l]'atto costitutivo e lo statuto devono contenere [...] l'indicazione dello scopo [...]» – di esercitare attività che, seppure non lucrative, siano dirette a perseguire interessi meramente “privati” degli associati o del fondatore.

⁽⁶⁾ - Anche l'art. 16, comma 1, c.c., prescrive quanto segue: «L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere [...] l'indicazione [...] della sede [...]».

«il patrimonio iniziale ai fini dell'eventuale riconoscimento della personalità giuridica»⁽⁷⁾;

«le norme sull'ordinamento, l'amministrazione e la rappresentanza dell'ente»⁽⁸⁾;

«i diritti e gli obblighi degli associati, ove presenti»⁽⁹⁾;

«i requisiti per l'ammissione di nuovi associati, ove presenti, e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori, coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta»⁽¹⁰⁾;

«la nomina dei primi componenti degli organi sociali obbligatori e, quando previsto, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti»⁽¹¹⁾;

⁽⁷⁾ - Anche l'art. 16, comma 1, c.c., prescrive quanto segue: «L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere [...] l'indicazione [...] del patrimonio [...]».

Tuttavia – diversamente dagli enti “non-ETS”, relativamente ai quali l'art. 1, comma 3, d.P.R. 361/2000 richiede genericamente che «[a]i fini del riconoscimento [...] il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo» – negli ETS, il patrimonio minimo a tal fine necessario, come si avrà modo di approfondire, è individuato in un ammontare certo e determinato; l'art. 22, comma 4 CTS, infatti, sancisce che «[s]i considera patrimonio minimo per il conseguimento della personalità giuridica una somma liquida e disponibile non inferiore a 15.000 euro per le associazioni e a 30.000 euro per le fondazioni. Se tale patrimonio è costituito da beni diversi dal denaro, il loro valore deve risultare da una relazione giurata, allegata all'atto costitutivo, di un revisore legale o di una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro».

⁽⁸⁾ - L'art. 16, comma 1, c.c., prescrive quanto segue: «L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere [...] le norme [...] sulla amministrazione [...]».

L'art. 21 CTS, quindi, integra il disposto dell'art. 16 c.c., prevedendo quale elemento indefettibile dell'atto costitutivo altresì il riferimento alle norme sulla “rappresentanza dell'ente”; tale elemento, invero, va obbligatoriamente indicato anche negli enti “non-ETS”, come ricavabile dall'art. 4, comma 1, d.P.R. 361/2000, che impone di indicare «[n]el registro [prefettizio] [...] il cognome, il nome e il codice fiscale degli amministratori, con menzione di quelli ai quali è attribuita la rappresentanza». In tal senso F. GALGANO, *Delle persone giuridiche. Artt. 11-35*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2006, 254.

⁽⁹⁾ - Anche l'art. 16, comma 1, c.c., prescrive quanto segue: «1. L'atto costitutivo e lo statuto devono [...] determinare [...] i diritti e gli obblighi degli associati [...]».

⁽¹⁰⁾ - L'art. 16, comma 1, c.c., prescrive quanto segue: «L'atto costitutivo e lo statuto devono [...] determinare [...] i diritti e gli obblighi degli associati e le condizioni della loro ammissione [...]».

L'art. 21 CTS, quindi, integra il disposto dell'art. 16 c.c., il quale infatti – limitandosi a richiedere l'indicazione delle condizioni di ammissione – omette qualsiasi precisazione in ordine alla necessaria previsione di “criteri non discriminatori”.

⁽¹¹⁾ - Nulla prevede l'art. 16 c.c. al riguardo, ma non si dubita che anche negli enti “non-ETS” la nomina dei primi componenti degli organi sia indispensabile.

«le norme sulla devoluzione del patrimonio residuo in caso di scioglimento o di estinzione»⁽¹²⁾;

«la durata dell'ente, se prevista»⁽¹³⁾.

1.2. LO STATUTO

È prassi del tutto consolidata che, in sede di costituzione di un ente (analogamente a quanto avviene in sede di costituzione di una società di capitali), si provveda alla redazione di due distinti documenti⁽¹⁴⁾ e, cioè, da un lato, l'atto costitutivo, contenente l'esplicazione della volontà negoziale circa la costituzione l'ente e gli elementi strutturali del medesimo (si pensi, ad esempio, alla denominazione, alla sede, alla finalità perseguita, eccetera); dall'altro, lo statuto, contenente invece le norme per il funzionamento dell'ente (si pensi, ad esempio, alle modalità di ammissione o di esclusione degli associati, alle regole di amministrazione e controllo, eccetera)⁽¹⁵⁾.

Mentre in passato era discusso se atto costitutivo e statuto dovessero reputarsi due negozi giuridici distinti ovvero un unico negozio

⁽¹²⁾ - L'art. 16, comma 2, c.c., prescrive quanto segue: *«L'atto costitutivo e lo statuto possono inoltre contenere le norme relative alla estinzione dell'ente e alla devoluzione del patrimonio»*.

Perciò – mentre negli enti “non-ETS” (stando a quanto prescritto dall'art. 16, comma 2 c.c., secondo cui le norme relative all'estinzione e alla devoluzione del patrimonio “*possono*” essere previste) l'indicazione di dette norme può anche essere omessa – negli ETS, ai sensi dell'art. 21 CTS, essa è sempre necessaria.

⁽¹³⁾ - Al riguardo, l'art. 16 c.c. nulla prevede. Tuttavia, come prescritto dall'inciso “se prevista”, anche negli ETS tale precisazione è da reputarsi del tutto facoltativa; ove essa manchi, infatti, l'ente avrà durata indeterminata e, cioè, più precisamente, durerà sino a quanto non si verifichi una causa di scioglimento (ad esempio, l'impossibilità sopravvenuta dello scopo, il venir meno della pluralità degli associati, eccetera).

⁽¹⁴⁾ - È comunque ammesso, seppure inusuale, che atto costitutivo e statuto siano redatti all'interno di un unico documento. In tal senso F. GALGANO, *Delle persone giuridiche. Artt. 11-35*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2006, 219.

⁽¹⁵⁾ - Sui rapporti fra atto costitutivo e statuto cfr. L. ARINCI, *Disposizioni generali, costituzione, ordinamento e amministrazione delle associazioni e fondazioni del Terzo settore (Articoli 20-31)*, in F. DONATI - F. SANCHINI (a cura di), *Il codice del Terzo settore. Commento al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e ai decreti attuativi*, Milano, 2019, 135 ss.

giuridico (pure originato dall'unione di due documenti)⁽¹⁶⁾, oggi la questione è risolta dal disposto dell'art. 21, comma 2 CTS, il quale – riproducendo il contenuto dell'art. 2328, comma 3⁽¹⁷⁾ c.c., dettato in materia di S.p.a. – sancisce che «[l]o *statuto contenente le norme relative al funzionamento dell'ente, anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo*», chiarendo altresì che «[i]n caso di contrasto tra le clausole dell'atto costitutivo e quelle dello statuto prevalgono le seconde».

Ove la costituzione dell'ente debba avvenire in forma pubblica notarile (trattandosi cioè, di un'associazione che aspiri al riconoscimento oppure di una fondazione), è del tutto ammesso (nonché usuale nella prassi) che – ferma restando la necessità della forma autentica per la stipula dell'atto costitutivo – lo statuto sia redatto in forma di scrittura privata, purché si osservino, anche con riguardo a quest'ultimo, le prescrizioni di legge in tema di ricevimento degli atti pubblici (è necessario quindi, in particolare, che il notaio effettui il controllo di legittimità circa il contenuto del medesimo e che – salvo dispensa unanime – ne dia lettura alle parti)⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ - Prevalenza nettamente quest'ultima interpretazione. Sul punto cfr. D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, 62 ss.; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche. Artt. 11-35*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2006, 218: «la distinzione [tra atto costitutivo e statuto] attiene all'aspetto documentale del contratto di associazione o dell'atto di fondazione; la sua giustificazione è nella diffusa prassi di redigere, normalmente in tempi diversi, separati documenti: nell'atto costitutivo è manifestata la volontà delle parti di dare vita al rapporto; nello statuto sono determinate la struttura del rapporto e le sue modalità di esecuzione (cosiddette norme di funzionamento dell'ente). Le disposizioni dell'uno e dell'altro documento compongono, tuttavia, un unitario atto giuridico: il contratto di associazione, l'atto di fondazione».

⁽¹⁷⁾ - L'art. 2328, comma 3 c.c. sancisce quanto segue: «*Lo statuto contenente le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo. In caso di contrasto tra le clausole dell'atto costitutivo e quelle dello statuto prevalgono le seconde*».

⁽¹⁸⁾ - Può quindi replicarsi quanto affermato sul punto in materia societaria. Al riguardo cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 4885, *Atto costitutivo e statuto dopo la riforma del diritto societario*, in *CNN Notizie* del 26.3.2004: «[...] Si potrebbe [...] ritenere che il codice civile, con il nuovo art. 2328, ultimo comma, abbia tracciato un nuovo modello di atto pubblico unico, con documento allegato in forma meno rigida rispetto alle regole previste dalla legge notarile. Quindi, si può affermare che ad un atto costitutivo di società per azioni, redatto rigorosamente secondo le norme formali della legge notarile, possa essere allegato un documento, a patto che siano rispettate le seguenti regole minime, la mancanza delle quali impedirebbe all'atto in discorso di poter essere qualificato come atto pubblico: a) direzione della formazione del documento e controllo di legalità, il che presuppone da parte del notaio un approfondimento contenutistico delle clausole statutarie; b) lettura dell'intero

Infine, preme precisare come – analogamente a quanto ritenuto in materia societaria⁽¹⁹⁾ – le clausole contenute all'interno dello statuto debbano reputarsi vincolanti anche nei confronti di coloro i quali entrino a far parte della compagine dell'ente successivamente alla sua costituzione.

1.3. IL RICONOSCIMENTO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA

In tutte le ipotesi in cui si intenda costituire un ETS con personalità giuridica (cioè, in particolare, un'associazione riconosciuta ETS o una fondazione ETS), occorre, ai fini dell'ottenimento della

documento alle parti; c) menzione, nel corpo dell'atto pubblico costitutivo, di avere letto integralmente alle parti il documento allegato; d) sottoscrizione finale del documento allegato da parte dei soci e del notaio [...].».

Cfr. Comitato Notarile della Regione Campania, Massima n. 1, *Atto costitutivo di società di capitali: lettura dello statuto*: «[...] l'acclarata impossibilità di concepire lo Statuto come documento esterno oggetto di *relatio* non impedisce la redazione degli atti costitutivi Societari di s.p.a., s.r.l. e Cooperative attraverso due documenti separati (atto costitutivo e Statuto) a condizione che tali documenti siano entrambi ricevuti dal Notaio con tutte le garanzie di cui innanzi [...]»; «[...] Al pari di quello del Giudice il controllo del Notaio non può essere che "controllo di legalità di atto costitutivo e statuto come segmenti complementari e funzionalmente connessi del procedimento costitutivo della società". Entrambi i documenti saranno oggetto dell'attività del notaio nell'esercizio della sua funzione nei due aspetti tipici dell'indagine personale della volontà delle parti e del controllo di legalità; componente di fondamentale rilevanza dell'espletamento della funzione notarile nella fase costitutiva sarà anche la lettura dello Statuto data dal Notaio alle parti al fine di riscontrare "sul campo e in diretta" la conformità delle clausole statutarie alla loro volontà, evitando possibili fraintendimenti dovuti alla necessaria ed importante mediazione di altri professionisti addetti a curare aspetti diversi dalla conformità a legge della fattispecie. In conclusione per il miglior esercizio della sua funzione, il Notaio, anche al fine di evidenziare il profilo omologatorio della sua attività, nel caso in cui si proceda alla redazione dello statuto con atto separato, opportunamente ed a fini tuzioristici, dovrà dare contestuale lettura alle parti sia dell'atto costitutivo sia dello Statuto».

⁽¹⁹⁾ - In particolare, relativamente all'opponibilità della clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società di capitali, cfr. Cass., 7 ottobre 1991, n. 10444, in *Ced Cassazione*, rv. 474123: «La clausola compromissoria può essere validamente contenuta nell'atto costitutivo o nello statuto di una società, anche cooperativa, sicché la medesima – la quale riservi la decisione di controversie insorte tra l'ente societario ed i soci su questioni attinenti non a materia indisponibile o di ordine pubblico ed arbitri irrituali (che possano essere legittimamente designati nel collegio dei probiviri, ove in ordine alla posizione di costoro sussistano sufficienti garanzie di imparzialità, come nel caso in cui sia prevista la loro nomina tra persone estranee all'organizzazione societaria) – è vincolante nei confronti di qualunque soggetto che assuma la qualità di socio successivamente all'acquisto della personalità giuridica da parte della società, senza necessità di un'espressa approvazione scritta ex art. 1341 cod. civ.».

qualifica ETS, che il riconoscimento della personalità giuridica sia richiesto secondo la modalità – alternativa all’iscrizione presso il registro delle persone giuridiche *ex* d.P.R. 361/2000 – di cui all’art. 22 CTS, il quale sancisce infatti che «[l]e associazioni e le fondazioni del Terzo settore possono, in deroga al decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361, acquistare la personalità giuridica mediante l’iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore ai sensi del presente articolo».

In particolare, per effetto del riconoscimento della personalità giuridica, l’ente acquisisce la cd. “autonomia patrimoniale perfetta”, consistente (principalmente) nella limitazione di responsabilità per le obbligazioni sociali al *solo* patrimonio dell’ente; tale effetto – già ritenuto pacificamente⁽²⁰⁾ operante relativamente agli enti riconosciuti ai sensi del d.P.R. 361/2000 – quanto agli enti “ETS” è ribadito dal disposto dell’art. 22, comma 7 CTS, il quale infatti sancisce che «[n]elle fondazioni e nelle associazioni riconosciute come persone giuridiche, per le obbligazioni dell’ente risponde soltanto l’ente con il suo patrimonio».

Preme ricordare come, ove il riconoscimento sia già stato richiesto ai sensi del d.P.R. 361/2000, rimanga comunque possibile accedere alla disciplina del Terzo settore (e, quindi, assumere la qualifica “ETS”), richiedendo – con gli effetti di cui all’art. 1, comma 1-*bis*⁽²¹⁾

⁽²⁰⁾ - Cfr. A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, Milano, 2011, 138: «Da ciò discende – da un lato – che, per le obbligazioni del singolo associato, *non* risponde l’associazione con il suo patrimonio (così, ad es., il padrone di casa dell’associato non potrà rivolgersi all’associazione per richiedere il versamento del canone di locazione dovutogli) e – da altro lato – che, per le obbligazioni dell’associazione, *non* risponde l’associato con il suo patrimonio (così, ad es., il dipendente dell’associazione non potrà rivolgersi all’associato per chiedere la corresponsione degli stipendi dovutigli); e ciò, quand’anche il patrimonio dell’associazione dovesse risultare insufficiente per far fronte alle obbligazioni associative. Delle obbligazioni dell’associazione riconosciuta risponde, infatti, *solo ed esclusivamente* quest’ultima con il suo patrimonio (c.d. *autonomia patrimoniale perfetta*)».

⁽²¹⁾ - Detto comma 1-*bis* sancisce quanto segue: «Per le associazioni e fondazioni del Terzo settore già in possesso della personalità giuridica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361, che ottengono l’iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore ai sensi delle disposizioni del presente articolo e nel rispetto dei requisiti ivi indicati, l’efficacia dell’iscrizione nei registri delle persone giuridiche di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361 è sospesa fintanto che sia mantenuta l’iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore».

dell'art. 22 CTS – la trasmigrazione dell'ente dal registro prefettizio al RUNTS⁽²²⁾.

2. ASSOCIAZIONE

2.1. IL CONTRATTO ASSOCIATIVO

L'atto costitutivo di associazione, secondo l'opinione della migliore dottrina⁽²³⁾, è un contratto plurilaterale con comunione di scopo – analogo, per certi versi, al contratto di società – nel quale «ogni contraente trova il corrispettivo della propria partecipazione al risultato cui tende l'intera associazione»⁽²⁴⁾; gli si applicano, conseguentemente, le disposizioni – dedicate ai contratti plurilaterali – secondo cui il venir meno di una singola dichiarazione importa il venir meno dell'intero contratto solo ove la partecipazione della parte venuta meno fosse da reputarsi essenziale; si tratta, anzitutto, dell'art. 1420 c.c., secondo cui «[n]ei contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale»⁽²⁵⁾, nonché

⁽²²⁾ - Sul punto si rinvia a quanto più approfonditamente trattato *sub* § 5.

⁽²³⁾ - Cfr. M. TAMPONI, *Persone giuridiche. Artt. 11-35*, in P. SCHLESINGER (fondato da), in F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile - Commentario*, Milano, 2018, 125 ss.

In giurisprudenza cfr. Cass., 26 luglio 2007, n. 16600, in *Ced Cassazione*, rv. 599105: «La creazione di un'associazione presuppone un contratto (normalmente) plurilaterale, caratterizzato dal fatto che le prestazioni sono dirette al perseguimento di uno scopo collettivo, da realizzarsi attraverso lo svolgimento, in comune, di un'attività, ogni contraente trovando il corrispettivo della propria prestazione nella partecipazione al risultato a cui tende l'intera associazione; la formazione dell'atto costitutivo può essere non solo simultanea, ma anche continuata o successiva, secondo un procedimento nel quale il vincolo associativo si forma, progressivamente, attraverso le adesioni al programma, essendo escluso che la semplice possibilità di adesioni successive renda configurabile un'associazione»; Cass., 8 aprile 2010, n. 8372, in *Ced Cassazione*, rv. 612260: «la partecipazione ad una associazione presuppone una comunanza di interessi e di risorse, finalizzati al raggiungimento degli scopi previsti dall'atto costitutivo, in funzione dei quali sono utilizzati tutti i mezzi disponibili».

⁽²⁴⁾ - Cfr. F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, Milano, 2018, 98.

⁽²⁵⁾ - Cfr. M. TAMPONI, *Persone giuridiche. Artt. 11-35*, in P. SCHLESINGER (fondato da), in F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile - Commentario*, Milano, 2018, 128.