

Im letzten Jahrzehnt konnte man nicht nur im italienischen Recht eine Renaissance des Rechtsinstituts der Stiftung beobachten, dass bekanntermaßen von der Mehrheit der Rechtsordnungen, insbesondere der französischen und italienischen, abgelehnt wurde.

Im letzten Jahrhundert gab es in unserer Rechtsordnung ein offenes Misstrauen gegenüber ideellen Rechtsformen. Die Aufnahme von Stiftungen in die modernen Kodifikationen liberaler Rechtsordnungen wurde zunächst vermieden. Später waren Stiftungen durch die Präsenz und Kontrolle politisch-administrativer Macht gekennzeichnet.¹

Die geringe Entwicklung des Stiftungsmodells in der Vergangenheit ist eng verknüpft mit der verhaltenen Entwicklung des pluralistischen Prinzips in unserer Rechtsordnung. Das Verhältnis zwischen Zivilgesellschaft und Staat, die Akzeptanz des Pluralismus als Lebensregel, die Fähigkeit und Kraft von Gruppen, sich gegen die Autorität der öffentlichen Macht durchzusetzen, haben, mehr als auf anderen Gebieten, auf der politischen Entwicklung und auf dem Gebiet des Stiftungsrechts gelastet.

Überspitzt formuliert lässt sich das Ziel dieses Vortrags im Einklang mit der herrschenden Lehre in Italien wie folgt formulieren:² In Italien ist, im Gegensatz zu den Erfahrungen in anderen europäischen Ländern, die Entwicklung des Pluralismus langsam vorangeschritten und mündete im Prinzip des „hilfsweisen Pluralismus“ („pluralismo assistito“³), ohne dass dem Einzelnen wirklich Raum zur Pflege von Gemeinschaftsinteressen gelassen wurde.

Betrachtet man die Erfahrungen nordamerikanischer und skandinavischer Länder, die überwiegend dieses Prinzip angewendet haben, das unserer

¹ RESCIGNO P., *Fondazioni bancarie e regime delle persone giuridiche private*, in *Persona e comunità*, III, Padova, 1999, 303.

² RESCIGNO P., *op. cit.*; ZOPPINI A., *L'autonomia statutaria delle fondazioni di origine bancaria*, in *Banca Borsa e titoli di cred.*, 2000, 403.

³ L'espressione è di RESCIGNO P., *Conclusioni*, in AAVV, *Riforma costituzionale e nuova disciplina delle fondazioni bancarie*, 2003, 89, il quale evidenzia come lo Stato intervenga sempre con la concessione di privilegi, attribuendo alle formazioni sociali che adempiano requisiti puramente formali, condizioni di favore. In questo senso si veda RIGANO F., *La libertà assistita*, Padova, 1996.

Rechtsordnung derzeit noch fehlt, erkennt man, dass die Stiftung vielleicht das am besten geeignete Instrument zur Pflege kollektiver und allgemeiner Interessen ist.

Das Glück, welches das Rechtsinstitut der Stiftung in diesen Ländern gehabt hat, ist in der Tat auf zwei grundlegende ideologische Motive des Pluralismus zurückzuführen: Einerseits die Überzeugung, dass sich der Staat nicht einmischen dürfe – und auch nicht vorgeben dürfe, sich einzumischen – in Aufgaben, die ein spontanes Organisieren der Zivilgesellschaft wirksamer und ökonomischer lösen kann.⁴ Andererseits die Anerkennung einer Unterscheidung nach Klassen, Ständen, Aufgaben, Berufen, Sprache usw., die mittlerweile fest in der modernen Gesellschaft verankert ist.⁵

Aktuell gewinnt gleichwohl das Phänomen der Stiftung neue Bedeutung angesichts veränderter kultureller, politischer und rechtlicher Rahmenbedingungen.⁶

Die Renaissance des Instituts der Stiftung vollzieht sich im Einzelnen nicht so sehr im Rückgriff auf die Rechtsform, die das 1. Buch des Codice Civile bietet, sondern führt zum Entstehen neuer Typologien,⁷ die teilweise der Praxis⁸ anderer Spezialgesetze angenähert sind.

⁴ Attualmente tale aspetto si sta lentamente affermando anche in Italia a seguito del recepimento prima nella legislazione ordinaria e ora in quella costituzionale, del principio di sussidiarietà orizzontale di derivazione comunitaria (nonostante le sue radici affondino nell'ordinamento canonico). Una digressione sull'importanza che questo principio, unito a quello pluralistico, potrebbe avere nell'evoluzione delle fondazioni non è qui possibile a causa della brevità di questo studio; si rimanda, pertanto, senza pretesa di completezza, a CASSESE S., *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, 373; CHITI M.P., *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 1995, 505; RESCIGNO U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5.

⁵ Cfr. RESCIGNO P., *Le fondazioni: prospettive e linee di riforma*, in *Persona e Comunità*, III, Padova, 231.

⁶ Il riferimento è nuovamente all'art. 118 Cost., quarto comma, relativo al principio di sussidiarietà orizzontale. Al di là delle diverse ragioni che storicamente sono alla base di questa rinascita la più chiara e più interessante è senza dubbio quella relativa allo stretto legame tra "fondazioni" e "società civile" la quale, proprio grazie all'affermazione di tale principio ritrova nuovi spazi e nuove garanzie anche a livello costituzionale. Cfr. *"Le fondazioni in Italia.. Libro bianco."*, in *Queste istituzioni*, 127, 2002, 7.

⁷ Cfr. la dottrina che già da tempo ha evidenziato questa evoluzione ZOPPINI A. *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*. Napoli, 1995.

⁸ DE GIORGI M.V., *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro; dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 287 ss.; l'Autrice evidenzia come l'esperienza degli ultimi anni ha svalutato progressivamente quella figura di persona giuridica che il codice presentava come ipotesi esclusiva di soggettività; si è, inoltre, ormai

Diese letzte Hypothese lässt sich sicherlich auf das weitverbreitete Phänomen der Deregulierung zurückführen, wie es seit einiger Zeit von bedeutenden Vertretern der Lehre hervorgehoben wird.⁹ Die Gründe für diese Entwicklung, die sich generell und insbesondere auf dem Gebiet der Stiftungen vollzieht, sind bekannt.

Die derzeitige Regelung in unserem Codice Civile ist zweifellos den aktuellen Bedürfnissen völlig unangemessen. Es ist daher notwendig, speziellere und sektorale Regelungen im Hinblick auf eine Reform zu entwickeln, ausgehend von der Vereinheitlichung oder Ausarbeitung einzelner sektoraler Regelungen.¹⁰

Der Codice Civile hat uns bis jetzt ein Ausgangsmodell geboten,¹¹ ein "neutrales" Modell,¹² aus dem sich einzelne Regelungen entsprechend den einzelnen Bedürfnissen entwickeln lassen. Dies hat „die Funktion neutrale Modelle zu liefern, die für alle Aktivitäten und Zwecke geeignet sind, sofern diese nicht gewinnorientiert sind, und damit eine Norm geliefert, die sich mit dem 2. Titel des 4. Buchs des Codice Civile vergleichen lässt, eine Art generelle Regelung für Non-Profit Organisationen, die sich auf die Formenvielfalt von Organisationen anwenden lässt, die aufgrund von spezialgesetzlichen Regelungen geschaffen worden sind, und diese ergänzen, sofern letztere nichts anderes vorsehen“.¹³ Aktuell darf man sich nicht das Problem vertagend an eine Reform des Gesetzgebers halten, die auch die neuen Prinzipien berücksichtigt, die in der

afferzata l'idea che il riconoscimento formale non sia più presupposto inderogabile della soggettività degli enti collettivi. Tutto ciò, porta, evidenzia la dottrina citata, a superare le strettoie dell'ordinamento, ed a basare la positiva risposta all'ammissibilità anche di una fondazione non riconosciuta semplicemente sul potere di autonomia privata di organizzare le strutture più confacenti alla realizzazione dei propri intenti, invocando il principio di atipicità anche per i negozi costitutivi degli enti del libro primo.

⁹ IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1989; DE GIORGI M.V. *op. cit.*, 298 ss.

¹⁰ RESCIGNO P., *Le fondazioni e i gruppi bancari*, in *Personae e comunità*, cit.; secondo l'autore proprio la disciplina delle fondazioni bancarie potrebbe rappresentare il punto di partenza della riforma del codice civile o quantomeno di una legge generale relativa agli enti *non profit*.

¹¹ Nel senso dell'utilità del modello semplice offerto dal codice si vedano le osservazioni GUARINO G., *Le fondazioni tra Stato, società e mercato*, in *atti del convegno "Il problema delle fondazioni"*, Roma, 1 – 2 aprile 2004. Secondo l'Autore proprio la semplicità del modello codicistico a permesso a questa figura di arricchirsi e di prestarsi ai molteplici utilizzi che oggi ne vengono fatti.

¹² L'espressione è di DE GIORGI M.V., *op. cit.*, 298.

¹³ *Op. loc. ult. cit.* Di fronte al proliferare delle leggi speciali, muta il ruolo del codice civile, non più diritto esclusivo ed unitario dei rapporti privati ma diritto comune contenente la disciplina di fattispecie più ampie e generali. Cfr. IRTI N., *L'età della decodificazione*, cit.

Verfassung seit ihrem In-Kraft-Treten gelten und zur Einführung des Subsidiaritätsprinzips geführt haben.

Mit der Verfassung wurde der Katalog der Rechte tatsächlich um neue Rechtsformen bereichert, die mit einer anderen Bewertung des Menschen und der ökonomischen und sozialen Beziehungen verbunden sind. Das Individuum wird nicht nur per se, sondern als Mitglied intermediärer Gruppen geschützt,

die – da sie zwischen der politischen Macht und der Vielfalt des einzelnen Individuums anzusiedeln sind – neue Bedeutung gewinnen und mit neuen Garantien versehen werden.¹⁴

Auch wenn der Schwerpunkt des kodifizierten Rechts durch ein System repräsentiert wird, das von der Idee der öffentlichen Kontrolle dominiert wird oder worden ist, was sich von Beginn an im Leben der Organisation mit der staatlichen Anerkennung widerspiegelt,¹⁵ so hat der verfassungsrechtliche Gesetzgeber im Gegenteil sein Hauptaugenmerk auf die Regelung bestimmter Aktivitäten und Zwecke kollektiver Organisationen gerichtet, die durch eine evidente öffentliche Relevanz oder genereller durch den sozialen Nutzen für die Allgemeinheit oder einen Teil der Allgemeinheit charakterisiert sind.¹⁶

¹⁴ IRTI N., *op. cit.* Secondo l'autore la crisi del codice va di pari passo con la crisi dello Stato. L'opinione è da condividersi purché si intenda il termine crisi come crisi del modo di essere dello Stato nel secolo passato. Accanto a norme di tradizione liberale che garantiscono i poteri dei privati e li pongono al riparo da ingerenze pubbliche, nella nuova Costituzione si trovano norme definibili di scopo le quali indicano allo Stato i fini da perseguire o i risultati utili al benessere comune. Da parte loro le leggi speciali sempre più sottraggono – in vario modo – alla scelta e alla valutazione di convenienza dei privati l'individuazione dei fini da perseguire. La legge non si limita più a porre i canoni generali ed astratti entro cui il privato può liberamente muoversi; essa seleziona gli scopi sollecitando e promuovendo la volontà del privato verso di essi. In questo modo i singoli sia soggetti attivi che passivi dell'azione privata, si rifugiano nella legge cercando di ridurre o eliminare il rischio dell'insuccesso e della sconfitta legato alle scelte individuali. Ciò comporta da un lato il rifugiarsi nei gruppi intermedi dall'altro la ricerca di leggi specifiche che regolino i casi specifici offerti dalla realtà. È sempre di IRTI N., *op. cit.*, la considerazione che le nuove leggi vengono ad assumere sempre di più le caratteristiche di concretezza ed individualità proprie del negozio privato, dando non più canoni generali ed astratti ma risposte a specifici e determinati problemi. Si nota, dunque, l'irrompere nel linguaggio legislativo, da un lato di indicazioni di programmi e di risultati desiderabili per il bene comune e l'utilità sociale e dall'altro di terminologie scientifiche, economiche, industriali connesse con i problemi dell'età contemporanea.

¹⁵ DE CARLI N., *Le problematiche dello scopo negli enti "non profit" tra pubblico e privato*, in *Gli enti "non profit" in Italia*, a cura di PONZANELLI, Padova, 1994, 50, secondo il quale, il legislatore codicistico si è unicamente preoccupato di predisporre una normativa capace "di controllare ed incanalare fenomeni sociali largamente variabili"; in questo senso cfr. DE GIORGI M. V., *Il nuovo diritto*, cit., 297.

¹⁶ In questo senso anche NAPOLITANO G., *Le associazioni private a rilievo pubblicistico*, in *Riv. crit. Dir. priv.* 1995, 585.

Und heute verändern sich in diesem Sinne auch die Gesetze auf dem Gebiet der „neuen Stiftungen“.

Nach dieser kurzen Einleitung ist es nunmehr möglich einige Aspekte herauszugreifen, die eine Reform des Stiftungsrechts enthalten sollte.

Eine erste Bemerkung bleibt sicherlich dem Begriff der Stiftung vorbehalten. Die Lehre hat mehrfach hervorgehoben, dass im Codice Civile eine präzise Definition der Stiftung fehlt. Wenn vielleicht gerade dieser Aspekt die Entwicklung und das Entstehen einer Vielzahl von Stiftungen mit sehr unterschiedlichen Grundzügen erlaubt hat,¹⁷ wird doch deshalb jetzt die Notwendigkeit immer dringender, einen präzisen Begriff der Stiftung herauszuarbeiten, der zumindest folgende Elemente klarstellt: das ökonomische Element, die Art der Stiftungsverwaltung und Kontrolle jeder Stiftung und schließlich, ob es sich um eine fördernde oder operative Stiftung handelt.

Die Reform sollte ferner, wie bereits oben angedeutet und wie sich auch aus dem Streit der Lehrmeinungen ergibt,¹⁸ auch den Stiftungszweck¹⁹ behandeln.

¹⁷ Al riguardo si veda l'analisi operata nel "*Libro bianco. Le fondazioni in Italia*", cit., in cui si rinvengono accanto alle fondazioni di diritto civile, le fondazioni nate dalla privatizzazione di singoli enti pubblici o di intere categorie, le fondazioni create *ex novo* dal legislatore e infine ma non meno importanti, le fondazioni individuate dalla prassi.

¹⁸ Circa la natura dello scopo delle fondazioni è a tutti certamente noto come la dottrina sia al riguardo divisa tra coloro che richiedono il perseguimento di scopi di pubblica utilità e coloro che non ritengono necessario tale requisito. Si rimanda alle argomentazioni a favore delle due opposte tesi a GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, in *Comm. c.c. Scialoja – Branca, libro I, Delle persone e della famiglia*, artt. 11 – 35, Roma, 1969; ID., (voce) *Fondazione*, in *Enc. giur.*; RESCIGNO P., *Fondazione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968; si rimanda alla dottrina *ivi* citata. Si veda anche DE GIORGI M.V., *Fondazioni di famiglia*, in *RDC*, 1973, II, 297; ROMANELLI, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, 1935.

¹⁹ Pongo l'accento su questo profilo, OPPO G., *Introduzione*, in *Atti del convegno "Il problema."* cit.; FALZEA A., *Fondazioni, autonomia, soggettività*, *ivi*; L'autore, richiamando il "Progetto Europeo sulle fondazioni" evidenzia come siano individuati una pluralità di scopi perseguibili dalle fondazioni, coerenti con la loro natura non commerciale. Secondo GUARINO G., *op. cit.*, sarebbe invece sbagliato porre l'accento sul profilo dello scopo. È invece più utile soffermarsi sugli aspetti del patrimonio e dell'organizzazione. Data la difficoltà di stabilire quando un fine è pubblico o privato, infatti, soffermandosi su questi due potrebbe darsi una risposta più certa.

L'arricchimento degli scopi perseguibili è aspetto già in passato analizzato e definito con il termine di "atipicità sociale" contrapposto a quello di "tipicità legale". Secondo questa dottrina, tradizionalmente le organizzazioni senza fini di lucro, e in particolare le fondazioni potevano dirsi caratterizzate da una spiccata tipicità sul piano sociale e, viceversa, da una forte atipicità sul piano legale. Ciò stava a significare, secondo l'autore citato, che tali strutture venivano adibite dai consociati per la cura di fini ben circoscritti, da qui la definizione di "tipicità sociale". D'altra parte dal punto di vista della struttura e del regime legale il codice civile prevedeva per esse uno schema organizzativo e funzionale del tutto generico e indifferenziato, che l'Autore

In der Vergangenheit schloss ein Großteil der Lehre die Zulässigkeit einer Stiftung aus, wenn sie keinen zulässigen Zweck verfolgt.²⁰ Die Präsenz solcher durchgreifenden Schranken der Privatautonomie wurde nur dann als legitim angesehen, wenn ein öffentliches Interesse oder wenigstens ein öffentlicher Nutzen vorlag. Gerade aus dieser kulturellen Vorgabe resultierten die publizistischen Merkmale, die der Codice Civile von 1942 diktiert, insbesondere das Erfordernis einer staatlichen Genehmigung als Voraussetzung für den Erwerb der Rechtspersönlichkeit.

Heute hat sich dieses Problem gleichwohl teilweise erledigt: Die Neuregelung über die Anerkennung privater juristischer Personen, umgesetzt durch die Verordnung des Staatspräsidenten (Decreto del Presidente della Repubblica) vom 10.2.2000 n. 361,²¹ legt im Hinblick auf eine größere Vereinfachung und Liberalisierung des Stiftungszwecks in Art. 1 Abs. 3 fest, dass

stesso definisce *omnibus*. Attualmente tale situazione, come accennato, è venuta a modificarsi. I fini perseguibili da queste figure soggettive si sono notevolmente arricchiti diventando a loro volta i più disparati e conseguentemente generici; il regime legale, invece, in virtù del proliferale di una legislazione speciale e mirata ha contribuito ad addivenire ad una situazione definita appunto di "tipicità legale". ROPPO V., *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in *Pol. Dir.*, 1997, 627 ss.

²⁰ Sarebbe, quindi, nonostante fosse già stato sostenuto il contrario, inammissibile una fondazione che gestisca un'impresa per devolverne gli utili al fondatore finché questi è in vita e, successivamente, ai suoi eredi. Sempre ammissibile sarebbe, invece, una fondazione che oltre all'interesse immediato del fondatore, persegue anche indirettamente un interesse, mediato appunto, per la collettività. Solo quest'ultimo, come scopo socialmente rilevante corrisponde allo scopo di pubblica utilità ritenuto necessario. In questo senso si è pronunciata anche la giurisprudenza sia di merito che di legittimità.

Il Tribunale di Genova ha, ad esempio affermato che "le fondazioni di famiglia il cui fine esclusivo sia di lucro di una determinata discendenza, al di fuori di ogni scopo di pubblica utilità, sono in contrasto con l'ordinamento giuridico vigente". Cass., 25 giugno 1953, n. 1975, in *Giust. Civ.*, 1953, 2152; Cass., 10 luglio 1979, n. 3969, in *Giur. it.*, 1980, I, 886. La Cassazione conclude affermando che "l'ente costituito con l'unico scopo di attribuire i frutti del proprio patrimonio ereditario in perpetuo a tutti i discendenti di una determinata persona non costituisce fondazione per mancanza dello scopo proprio di questo istituto, ma ente di puro fatto, la cui struttura e la cui funzione ne escludono la possibilità di sopravvivenza nell'attuale ordinamento".

²¹ Il legislatore ha recepito le spinte dottrinali volte a ridurre l'ingerenza pubblica sulla fondazione che nel passato sistema si estrinsecava fin dalla nascita. Il nuovo sistema è improntato ad una maggiore semplificazione e liberalizzazione degli scopi, venendo quasi a sparire il passato sistema concessorio. La nuova disciplina in materia di riconoscimento può vedersi come la caduta definitiva del cd. mito della personalità giuridica confermato anche dalle nuove normative di settore che piuttosto che sul riconoscimento si incentrano sulla natura dello scopo perseguito e dell'attività svolta per farne ragione di promozione e sostegno. L'ottica di maggiore semplificazione è stata confermata anche nella delega al governo per la riforma delle persone giuridiche del libro primo. Nonostante ciò nessun riferimento si rinviene in ordine alla possibilità di fondazioni non riconosciute, tema, tuttavia, spesso affrontato in dottrina.

es zum Ziel der Anerkennung notwendig ist, dass der Stiftungszweck möglich und zulässig ist.

Auf diese Weise wurde jeder mögliche Bezug auf das Relikt des öffentlichen Nutzens eliminiert, welcher gleichwohl oft präsent ist und besondere Garantien erfordert.

Man gewinnt also den Eindruck, dass es, ungeachtet der Notwendigkeit einer einheitlichen Definition, wenig nützlich und folglich schwierig zu realisieren ist, eine „gemeinsame“ Regelung für alle Stiftungen zu finden. Die gemeinsame Normierung sollte die tatsächlichen Unterschiede der verfolgten Zwecke und der Dimensionen der Stiftungen berücksichtigen.²²

Vor allem in Bezug auf den Zweck wäre daher eine Reform vorzuziehen, die insbesondere eine differenzierte Regelung vorsieht, je nachdem welcher Zweck möglich und zulässig oder von öffentlichem Nutzen ist. Aus dieser Perspektive scheinen sich kürzlich die Spezialgesetze auf dem Gebiet privater Organisationen in Form von Stiftungen zu verändern – dies gilt insbesondere für das Gesetz über Bankenstiftungen. Auch das Reformprojekt des 1. Buches des Codice Civile legt in Art. 6 fest, dass die Reform von folgenden Prinzipien geleitet ist: „Die Bestimmung des Vermögens zu einem zulässigen Zweck wird als charakteristisches Merkmal der Stiftung festgelegt; ferner ist zu unterscheiden zwischen Stiftungen, die *überwiegend einen privaten Zweck* verfolgen, und Stiftungen, die *kollektive Interessen verwirklichen oder sich an die Allgemeinheit wenden*“. Auf dieser Basis erläutert der Gesetzesentwurf im Gegensatz zum Codice Civile, der auf diesem Gebiet vor Definitionen zurückschreckt, was unter Stiftungen, die überwiegend einen privaten Zweck verfolgen, zu verstehen ist: Dazu zählen „diejenigen, die einen Zweck verfolgen, der sich auf für einen bestimmten geschlossenen Personenkreis bezieht, der weder öffentliche Spenden, noch Schenkungen beansprucht oder erhält (Art.6 Abs. 2).

²² In questo senso già il *“Libro bianco. Le fondazioni in Italia”*, cit., 40. La portata e i limiti di un diritto comune delle fondazioni non differenziato come sopra, del resto, si appaleserà non appena si parlerà del sistema di *governance* sulle fondazioni.

Bleiben wir beim Stiftungszweck: Die Lehre²³ hat auch eine Reform befürwortet, die es dem Stifter oder einem internen Stiftungsorgan ermöglicht, den Stiftungszweck zu ändern, um ihn veränderten Bedingungen anzupassen. Diesbezüglich ist die Lehre allerdings nicht einig, sondern gespalten in diejenigen, die diese Möglichkeit befürworten und diejenigen, die ihr vehement entgegenzutreten.²⁴

Bezüglich des Gesetzesentwurfs über die Neuordnung dieser Materie zeigen sich – wie oben dargestellt – zwei Lösungen, je nachdem, ob die Stiftung überwiegend private Zwecke oder Zwecke von öffentlichem Nutzen verfolgt.

Im ersten Fall bestimmt Art. 6 Abs. 2 lit. b Folgendes: „Die Möglichkeit und Grenzen des Einschreitens des Stifters oder eines von ihm in der Gründungsurkunde bestimmten Rechtssubjekts ist vorgesehen, inklusive der Möglichkeit, die Stiftung auch nach ihrer Anerkennung zu widerrufen und so die Auflösung oder Umwandlung der Stiftung zu bewirken“.

In Bezug auf die zweite Kategorie von Stiftungen sieht dagegen Art. 6 Abs. 3 Folgendes vor: „Die Reform sieht Regelungen vor, die die Stabilität und die Kontinuität der Verfolgung des sozialen Zwecks gewährleisten“ (lit. b); der Gesetzgeber könnte folglich gestatten, Folgendes zu realisieren: „rein akzessorische Satzungsänderungen, soweit sie dazu dienen, den Stiftungszweck besser und vernünftiger zu verwirklichen“ (lit. d).

Für den ersten Stiftungstyp bestätigt der Gesetzesvorschlag, was bereits in den ersten Artikeln²⁵ klargestellt ist und legt fest, dass die Reform darauf gerichtet ist „eine breite Gestaltungsfreiheit anzuerkennen hinsichtlich der organisatorischen Strukturen, der Geschäftsführung und der Vertretung,

²³ In questo senso già in passato RESCIGNO P., *Le fondazioni: prospettive e linee di riforma*, in *Personae e Comunità*, cit, 255 ss.

²⁴ Più di recente rilevano la problematica OPPO G., *op. cit.*; FALZEA A., *op. cit.*; GUARINO G., *op. cit.*, quest'ultimo tuttavia in senso nettamente negativo, in quanto una volta nata la fondazione si stacca dal suo fondatore il quale non può più in alcun modo intervenire. Ciò, tuttavia non escluderebbe le modificazioni da parte di un organo interno del quale facciano eventualmente parte i rappresentanti dei soggetti beneficiari.

²⁵ In cui si legge che tra i principi generali a cui dovrà ispirarsi la riforma vi è quello di “ampliare gli ambiti di autonomia statutaria al fine di consentire il pieno sviluppo delle finalità sociali”. Sull'autonomia statutaria, in particolare in materia di fondazioni bancarie ma con interessanti profili di comparazione in materia di autonomia statutaria del soggetto fondatore si veda ZOPPINI A., *L'autonomia statutaria delle fondazioni bancarie*, cit.

Entscheidungsprozeduren, Rechten der Destinatäre sowie hinsichtlich weiterer Instrumente zum Schutz der betroffenen Interessen“ (Art. 6 lit. a).

Nachdem jetzt der Zweck klarer definiert wurde und dadurch das Rechtsgebiet präzisiert ist, kann die Reform es sicherlich nicht unterlassen, den ohne Zweifel problematischsten Punkt zu klären: Das Verhältnis „Privatautonomie / Staatlicher Eingriff“. Das Problem ist übrigens von großer Aktualität angesichts der kürzlich ergangenen Privatisierungsgesetze, welche aufgrund des starken öffentlichen Einflusses auf das Leben der privatisierten Stiftungen eher als formal als materiell angesehen werden. Auf diesem Gebiet teilt sich die Lehre in diejenigen, die die Abschaffung jeglicher Kontrolle aufgrund der privatrechtlichen Natur der Rechtssubjekte befürworten und diejenigen, die andere, weniger eingreifende Kontrollen bevorzugen.

Bekanntermaßen ist ein erster Schritt zum Zurückdrängen des staatlichen Eingreifens dadurch erfüllt worden, dass, wie bereits gesagt, das Gründungssystem der Stiftung von einem Konzessionssystem zu einem Normativsystem übergegangen ist.²⁶

Eine weitere Reform im Sinne einer Reduzierung staatlichen Einschreitens kann nicht die damit verbundene Materie der Stiftungsorgane und ihrer Zusammensetzung außer Acht lassen. Es wird in der Tat behauptet, dass „die öffentliche Kontrolle über Stiftungen den Schutz der Interessen der Stiftung dient, soweit interne Kontrollen fehlen, und dass sie dazu dient, die Grenzen des Vermögens-Zweckbestimmungsrechts des Stifters festzulegen“.²⁷ Die Reform sollte genauer die Funktionen und die Zusammensetzung des Stiftungsvorstands regeln sowie eventuell außerdem die Präsenz eines Geschäftsführungsorgan²⁸ und eines Kontrollorgans vorsehen.

²⁶ Che ha avvicinato il nostro ordinamento ad paesi quali la Spagna, pur non arrivando al pieno *laissez faire* proprio ad esempio dell'Olanda. In questo senso si veda l'interessante interventi di diritto comparato di KRONKE H., *Le fondazioni nell'esperienza di altri paesi*, in *Atti del convegno "Il problema delle fondazioni" cit.*

²⁷ Tar Lombardia, sez. III, 23 giugno 2000, n.4598.

²⁸ Il cosiddetto sistema duale di governo e amministrazione è, come certamente noto, già stato introdotto nel nostro ordinamento nelle fondazioni di origine bancaria. Come esattamente evidenziato, l'aver costituito in queste fondazioni, in ragione delle dimensioni patrimoniali e delle origini plurime dei medesimi patrimoni, due diversi organi, uno di indirizzo e verifica, l'altro di gestione, ha voluto significare che all'interno delle fondazioni deve esserci una dialettica continua tra i due livelli. Ciò per consentire un processo decisionale accurato nelle riflessioni e

Innerhalb der ersten beiden Organe wäre es ohne Zweifel im Hinblick auf einen besseren Schutz und eine bessere Garantie notwendig, Repräsentanten der Destinatäre, der Stifter und der Finanziers vorzusehen – neben Repräsentanten der lokalen Kommunen, sofern das aufgrund der damit verbundenen Interessen notwendig ist.

Die Reform der öffentlichen Kontrolle über Stiftungen wird jetzt notwendig infolge der veränderten Interessen und Rahmenbedingungen, die in der Vergangenheit zu der geltenden Regelung des Codice Civile geführt haben,²⁹ heute gibt es Interessen, die nur in allgemeinerer Weise öffentlich genannt werden können, insofern als dass sie über die eng-individuelle Sphäre des Stifterwillens und die von ihm festgelegten Stiftungszwecke hinausgehen.

Die Neuregelung der Stiftungen sollte folglich neue Kontrollformen entwickeln, die möglicherweise der öffentlichen Hand entzogen sind, nämlich Formen, die Relevanz und Stimme³⁰ auch den Destinatären der Stiftungsaktivität und eventuell auch den privaten Finanziers³¹ geben.

Unter diesem bis hierhin skizzierten Profil sieht der Entwurf für die Reform des Codice Civile, der bereits mehrfach zitiert wurde, interessante Lösungen vor.

Die erste Lösung betrifft sicherlich die Übertragung der Kontrolle nicht an die ordentliche Gerichtsbarkeit,³² was auch vorgeschlagen wird, sondern an eine spezielle „authority“, wie es auch auf anderen delikaten Rechtsgebieten wie zum Beispiel dem Wettbewerbsrecht und allgemein bei Privatisierungen der öffentlichen Dienstleistungen geschehen ist.

Die unabhängige Kontrollautorität soll gemäß Art. 9 Folgendes beaufsichtigen: Die Beachtung des Gesetzes und der Satzungen, das

ricognizioni e con ciò adeguato alla responsabilità sociale delle fondazioni. Cfr. *“Libro bianco. Le fondazioni in Italia”*, cit., 83.

²⁹ Quali la sicurezza del commercio giuridico, la libera circolazione dei beni, la volontà di opporsi alla manomorta ecclesiastica. Cfr. RESCIGNO P., *Le fondazioni*, cit., 259 ss.

³⁰ Come già autorevolmente auspicato da RESCIGNO P., *Le fondazioni*, cit.; ID., *Fondazione*, cit., alla cui precisa analisi si rinvia al fine di non appesantire troppo il lavoro

³¹ Avvicinando in questo modo il nostro paese a quelli dell’area scandinava e in generale del nord Europa.

³² In proposito nel citato Libro bianco sulle fondazioni erano state poste in risalto le numerose competenze del giudice ordinario in materia di fondazioni, che vanno dal loro funzionamento ordinario, ai rapporti interorganici, a quelli tra fondatori, donatori e beneficiari delle fondazioni. Era stata evidenziata, pertanto, l’utilità che alcune norme in materia di competenze giudiziarie entrassero a far parte del diritto comune delle fondazioni.

ökonomische Gleichgewicht und die effektive Realisierung der Interessen der Destinatäre; sie soll außerdem die Verfolgung des Stiftungszwecks und den Erhalt des Stiftungsvermögens überwachen. Sie übt eine soziale Haftungsklage gegenüber dem Stiftungsvorstand aus; sie wird außerdem die Transparenz und Korrektheit der Ausschüttungen beaufsichtigen und soll ferner Beschwerden der Betroffenen über unregelmäßige Ausschüttungen entgegennehmen und die notwendigen Maßnahmen zum Schutz ihrer Interessen treffen.

Die Autorität kann Informationen und Einsicht in Dokumente verlangen sowie Inspektionen veranlassen. Falls gravierende Unregelmäßigkeiten festgestellt werden sollten, kann sie den Stiftungsvorstand auflösen und einen Verwalter bestimmen.

Hinsichtlich der Organisation nennt der Gesetzesvorschlag – bezüglich der Stiftungen, die kollektive Interessen verfolgen, unter Bestätigung der oben angesprochenen Ungeeignetheit einer „gemeinsamen Regelung“ – die Präsenz von drei Organen – in Analogie zu den Regelungen für Bankenstiftungen: Den Stiftungsvorstand (Verwaltungsorgan), der die Zusammensetzung, die erforderlichen Voraussetzungen und Unvereinbarkeiten anzeigt und insbesondere darauf achtet, dass „ein Drittel der Vorstandsmitglieder im Hinblick auf die mit dem Stiftungszweck verbundenen Interessen gewählt wird“. Ferner wird ein internes Kontrollorgan über die Geschäftsführung oder ein Kontrollorgan über die Buchführung und den Vorstand vorgeschlagen. Schließlich ist in einigen Fällen die Einrichtung eines Geschäftsführungsorgans vorgesehen, das auch in diesen Fällen teilweise mit Vertretern der von der Aktivität der Stiftung betroffenen Interessen besetzt ist.

Der Gesetzesentwurf berührt zu Recht auch das Problem des Schutzes der Destinatäre der Aktivität von Stiftungen, die ein gemeinsames Interesse fördern wollen. Art. 6 Abs. 5 legt fest, dass die Satzung geeignete und präzise Transparenzpflichten gegenüber den Destinatären vorsehen muss. So ist einerseits die Möglichkeit vorgesehen, bei einem internen Kontrollorgan um die Erfüllung der Stiftungspflichten zu ersuchen; andererseits sollen bei der Kontrollautorität grobe Unregelmäßigkeiten in der Pflichterfüllung des Vorstandes

angezeigt werden können, soweit sie potenzielle Destinatäre, die in der Satzung genannt sind, betreffen.

Schließlich ist sicherlich nicht unwichtig, dass die Reform das Thema der Ausübung von wirtschaftlichen Tätigkeiten durch die Stiftung berührt. Dieses Thema hat in der Vergangenheit zu hitzigen Debatten in der Lehre geführt und interessiert bis heute die Mehrheit der Autoren, die sich unter verschiedenen Aspekten mit diesem Thema beschäftigen.

Derzeit wird sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Lehre³³ die Möglichkeit zugestanden, dass die Stiftung ein Unternehmen führt. Unproblematisch ist zweckorientierte wirtschaftliche Tätigkeit, problematischer und sicherlich interessanter ist der Fall einer Stiftung, die direkt und überwiegend wirtschaftlich tätig wird.³⁴

Wenn im ersten Fall die Stiftung, die ein gewinnorientiertes Unternehmen betreibt, um den Gewinn für den eigenen altruistischen Stiftungszweck zu verwenden, nicht der Satzung des Unternehmens unterworfen ist, weil es sich ausschließlich um eine zweckorientierte Unternehmenstätigkeit handelt, gilt etwas anderes für das „Stiftungs-Unternehmen“. In diesem Fall sollte man danach fragen, ob und gegebenenfalls wie auf ein Non-Profit Unternehmen die Regeln des Marktes und Wettbewerbs anwendbar sind.³⁵

Das Auftauchen dieser neuen Problematik, die dem kodifizierten Recht völlig fremd ist, da sich das Problem der Überlagerung und Konkurrenz von Non-Profit Organisationen und gewinnorientierten Unternehmen absolut nicht stellte, hat zur Ausarbeitung einer neuen interessanten Rechtsfigur geführt: Dem *Sozial-Unternehmen*, das kürzlich Gegenstand eines Gesetzesentwurfs war. Man liest darin, dass unter den Begriff des Sozial-Unternehmens Non-Profit Organisationen fallen, die hauptsächlich und dauerhaft eine ökonomische Tätigkeit durch Produktion und Austausch von Gütern und Dienstleistungen ausüben und einen gemeinnützigen Zweck verwirklichen sollen.

³³ Permangono tuttavia voci di dissenso: SPADA V.P., *voce Impresa*, in *Dig. Comm.*, vol. VII, Torino, 1992, 32 ss.

³⁴ Tema del resto particolarmente attuale basti pensare agli enti lirici oggetto di recente privatizzazione in fondazioni di diritto privato.

³⁵ In proposito si rinvia alle considerazioni operate da ZOPPINI A., *Enti non profit ed enti for profit: quale rapporto?*,

Dieser Unternehmenstyp sollte ausschließlich in Bereichen von besonderer sozialer Relevanz agieren – wie in Gesundheitswesen, Pflegedienst, Sozialarbeit, Ausbildung, Umweltschutz und im Bereich der Kunst. Das Unternehmen sollte sich dabei an das Verbot halten, die Gewinne in irgendeiner, und sei es auch nur in indirekter Weise, zu verteilen und sich verpflichten, eventuelle Gewinne aus seiner Tätigkeit zu reinvestieren. Es wird ferner die Möglichkeit verneint, dass private oder öffentliche gewinnorientierte Rechtssubjekte die Kontrolle innehaben können, etwa durch die Möglichkeit, die Mehrheit der Vorstandsmitglieder zu ernennen.

Der genannte Gesetzentwurf enthält neben den bereits kurz genannten Regeln eine Reihe von Prinzipien und Direktiven, an die sich die Regierung bei der Regelung der neuen Rechtsfigur halten sollte. Zu demselben Punkt sieht dagegen der Gesetzesentwurf zur Reform des 1. Buches des Codice Civile vor, dass die Regelung bzgl. der Stiftungsunternehmen das Ausmaß der unternehmerischen Tätigkeit benennen müsse und die Aufgaben und Verantwortung der Organe klar und präzise definieren müsse. Ferner ist eine organisatorische Struktur vorgesehen, die geeignet ist, die Effizienz und Korrektheit der Führung des Sozialunternehmens zu fördern. Ebenso sind die Voraussetzungen für die Anwendung der Satzung des kommerziellen Unternehmens zu definieren und zu bestätigen, dass diese auch dann angewendet wird, wenn das Unternehmen zweckorientierte oder sekundäre Tätigkeiten ausübt. Es ist die Pflicht zur separaten Buchführung vorzusehen, um die sozialen Tätigkeiten von den unternehmerischen zu unterscheiden; schließlich sollte die Neureglung die Grenzen festlegen, außerhalb derer eine gesetzliche Kontrolle der Buchführung unabhängig von der Kontrolle des Vorstands durchzuführen ist.

Auf einer Linie mit den getroffenen Entscheidungen in den eben referierten Normen beschließt der Gesetzgeber auch bei der Materie des Stiftungsunternehmens unterschiedliche Regelungen je nach Bedeutung und Dimension der Stiftung und des Stiftungszwecks. Tatsächlich bestimmt Art. 8 Abs. 2 für solche Stiftungen Folgendes: Die Reform müsse eine Grenze vorsehen für die Ausübung nicht direkt zweckorientierter Tätigkeiten und eine weitere

quantitative Grenzen für Beteiligungen an Gesellschaften, die nicht dem Stiftungszweck entsprechende Tätigkeiten verfolgen.