



LA PERSONA GIURIDICA NEI DIVERSI ORDINAMENTI

GELSOMINA SALITO

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della nozione. – 2. La natura giuridica: l'apporto della dottrina tedesca. – 3. La capacità degli enti. – 4. La disciplina italiana. – 5. La *personne morale*. – 6. La *persona jurídica*. Il c.d. *derecho de fundación*. – 7. La *juristische Person*. – 8. *The legal person in common law*.

1. Al diritto romano era ignota la nozione astratta e generale di “persona giuridica”: persona per il diritto era soltanto l'uomo, cui competeva ogni tutela giuridica. Gli enti associativi, che pur non mancavano, non erano, infatti, riguardati come individualità o come categoria dotata di una propria autonomia concettuale; al contrario, con spirito eminentemente pratico, si preferiva identificarli, ove esistenti, *nominatim* ovvero mediante formule icastiche che ne spiegassero l'agire. Espressioni quali *personae vice funguntur* o *privatorum loco habentur* concorrevano, così, a chiarire e giustificare l'operato di siffatte collettività operanti, inizialmente nel settore pubblico e, solo successivamente, in quello privato. Il *populus romanus* ne rappresentava il prototipo principale, cui progressivamente vennero ad affiancarsi le *colonias*, le *civitates*, i *municipia* e solo in un secondo momento, all'epoca dell'Impero, gli enti *ius privatorum sub specie* di corporazioni (le moderne associazioni), dotate di una capacità di diritti e di poteri funzionali al perseguimento dello scopo sociale o economico.

Gli storici sono soliti, tuttavia, ripetere che gli insegnamenti romani in tema di personalità andarono completamente smarriti e distrutti nel corso dell'alto Medioevo e con essi l'idea – faticosamente ricostruita – di “soggettività autonoma” delle collettività e dei gruppi. Per certo, il diritto germanico non conobbe il concetto di ente morale, preferendo ad esso la teoria della c.d. comunione a mani riunite (*zur gesammten Hand*) per spiegare il fenomeno della proprietà degli enti e ricondurne in definitiva ai singoli soggetti. Le successive ricostruzioni dogmatiche in materia risentono, peraltro, della non univocità di soluzioni delineatesi nel corso del tempo, sebbene poi nessuna di esse si sottragga realmente alle suggestioni del modello romano e di quello germanico come si evince con chiarezza dall'esperienza dei glossatori, primi a studiare scientificamente il fenomeno ed formulare una definizione della *universitas* che nelle loro teorizzazioni *nihil aliud est nisi singuli homines qui ibi sunt* (Glossa ad D. 3, 4, 7, I). L'idea opposta della separazione delle sfere giuridiche e, quindi, dell'ente distinto dai suoi componenti caratterizza, invece, il pensiero dei canonisti, che preferirono riguardare alla persona giuridica come ad un soggetto autonomo e, di regola, come al *corpus mysticum Christi*. Fu proprio il diritto canonico, anzi, a consentire il sorgere delle istituzioni (le moderne fondazioni) sotto forma di chiese diocesane e locali, di monasteri, di abbazie, di parrocchie, di confraternite ed, in genere, di enti ecclesiastici, cui fu



riconosciuta, *inter alia*, la capacità di disporre e la c.d. *testamenti factio* passiva, cioè la capacità di ricevere per testamento. I canonisti ripresero il concetto di *universitas* elaborato dal diritto romano classico, superando, tuttavia, le difficoltà di riconoscere una soggettività distinta all'ente astratto rispetto ai suoi membri ed affermando che “*collegium in causa universitatis fingatur una persona*”, laddove l'*universitas* stava ad indicare, appunto, la Chiesa. e la locuzione verbale poneva le premesse di quella che sarà poi indicata come teoria della finzione. Si legge, così, negli scritti dell'epoca che l'*universitas* “*proprie non est persona: tamen hoc est fictum positum pro vero, sicut ponimus nos iuristae*”. La persona giuridica assume, allora, nel pensiero medievale le fattezze di una metafora, un'immagine del parlare figurato, i cui affiliati agivano non già *uti singuli* ma *uti universi* ed in tale qualità ne possedevano ed amministravano i beni.

Si dovrà, tuttavia, attendere qualche secolo più tardi perché la nozione riceva ulteriore elaborazione fino a consegnarsi agli interpreti nella sua attuale formulazione.

La seconda fase di studio si apre, in particolare, nel Seicento, ad opera del pensiero giusnaturalista di Grozio e Pufendorf, che sostituiscono al concetto di *persona ficta* quello di *persona moralis*, concepita come persona al pari dell'uomo (che diviene ora nel gergo giuridico *persona naturalis*), con la sola differenza di specie dovuta al fatto che la prima, è il frutto delle elaborazioni dottrinali mentre la seconda esiste di per sé nello stato di natura. Sul piano del diritto, il processo di regolamentazione della fattispecie segue ritmi lenti: né la legislazione napoleonica, né quella belga vi fanno riferimento, laddove, in maniera singolare, il codice italiano del 1865 si avvale timidamente dell'espressione “corpi morali legalmente riconosciuti” per individuare i Comuni, le Province, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici. La sola vera eccezione è offerta, tuttavia, dal BGB che dedica al profilo ampia trattazione, mostrando di recepire le indicazioni della dottrina e le soluzioni stilistiche del Savigny, ideatore del termine persona giuridica nel suo significato di “soggetto artificialmente creato dalla legge”. Dal padre della Scuola storica, il *Bürgerliches Gesetzbuch* trae, altresì, l'impostazione di fondo che anima il dettato delle sue disposizioni in materia, l'idea vale a dire dell'ente sì come “persona” in quanto “nuovo soggetto di rapporti giuridici oltre l'uomo singolo”, ma “giuridica” perché “persona che è ammessa solo per uno scopo giuridico” (Savigny).

La regolamentazione completa della fattispecie in Francia è di poco successiva, in quanto reca la data del 1901 e del 1927 in Belgio; in Italia, al contrario, di essa vi si trova una prima significativa traccia solo nella ricodificazione del 1942.

2. Un ruolo decisivo nell'inquadramento dogmatico della persona giuridica è stato svolto dalla dottrina tedesca i cui studi sono a fondamento delle principali teorie elaborate in argomento. Si deve, così, al Savigny la c.d. teoria finzionistica (*Fiktionstheorie*), elaborata nella prima metà del XIX secolo, secondo la quale le persone giuridiche sarebbero entità inanimate, mere astrazioni non percepibili con i sensi in quanto espressione di un'esistenza solo “fittizia”. Evidenti le reminiscenze della tradizione latina e l'idea della unicità dell'uomo quale soggetto di diritto; evidente, altresì, il principio giusnaturalistico sotteso alla



conclusione che si riassume nell'idea di un diritto soggettivo che esiste, unicamente, in virtù della libertà morale insita in ogni individuo. L'ente, di conseguenza, essendo naturalmente privo di capacità di intendere e di volere e, dunque, di coscienza morale, può ricevere riconoscimento dall'ordinamento soltanto in virtù di una finzione, che gli consenta di divenire titolare di diritti e di poteri giuridici. È significativa, in quest'ottica, la formula prescelta dal codice italiano del 1865 che, sulla falsariga della dottrina tedesca, afferma all'art. 2 che i corpi morali *sono considerati* come persone.

Si deve, al contrario, a Gierke la diversa teoria della realtà naturale, basata sull'osservazione del dato ontologico e, quindi, sulla constatazione dell'esistenza *in rerum natura*, accanto alle persone fisiche, di quelle giuridiche e, più esattamente, degli enti collettivi, che non sarebbero finzioni, ma "viventi unità sociali", che il diritto ritrova nella realtà fattuale e che tutela mediante il riconoscimento della personalità giuridica, secondo un procedimento meramente dichiarativo di un dato che già esiste. L'impostazione non ha, tuttavia, trovato il favore degli Autori, convinti dell'ascrivibilità dell'elemento volitivo al solo genere umano e della correlata impossibilità di riconoscere unità materiale alla persona giuridica mediante modalità differenti dall'intervento, in tal senso, da parte dell'ordinamento.

Reca, parimenti, la firma della dottrina tedesca la c.d. teoria del patrimonio destinato ad uno scopo (o *Zweckvermögen*) secondo la quale gli enti sarebbero, appunto, dei patrimoni rivolti al raggiungimento delle finalità prefissate e che "l'uomo, per l'istinto poetico di raffigurarle come simili a sé, considera persone".

Alla soggettivizzazione del patrimonio si oppone, tuttavia, la c.d. teoria normativa, di matrice kelseniana, e la sua idea di fondo per cui "l'ordinamento giuridico può imporre dei doveri e conferire dei diritti soltanto ad esseri umani, dato che soltanto il comportamento di esseri umani può essere regolato dall'ordinamento giuridico". Non può, pertanto, ammettersi nella realtà giuridica e normativa un centro di interessi diverso dalla persona fisica, di guisa che la persona giuridica non esista come ente in sé ma unicamente "come espressione unitaria di un gruppo di norme" che regolano il comportamento di una pluralità di uomini. Il soggetto, in altri termini, è sempre la persona fisica; tuttavia, l'ordinamento qualora esistano determinati gruppi organizzati, detta una disciplina dei rapporti diversa da quella che fa capo ai singoli membri. I diritti e gli obblighi della persona giuridica, così, null'altro sono se non "obblighi e diritti di uomini in forma collettiva".

Alla dottrina tedesca fanno da *pendant* le riflessioni dei giuristi anglosassoni e di quelli italiani. Ad Hart, in particolare, caposcuola dei neopositivisti inglesi, è da ricondurre la teoria della c.d. funzione ascriviva del diritto che si basa sull'idea della natura non descrittiva dei concetti giuridici (come, in definitiva, assume la teoria della finzione) i quali, appunto, "servono a trarre una conclusione di diritto in un caso concreto cioè ad applicare regole di diritto a certi fatti". In quest'ottica, allora, la persona giuridica non è una creazione dell'ordinamento (in quanto esiste nella realtà sociale e le norme che ne regolamentano il sorgere ed il funzionamento non hanno nulla di "fittizio od anomalo"), ma costituirebbe al contrario un "uso nuovo ed esteso di regole giuridiche" che si affianca e completa la



disciplina dettata per le persone fisiche. Le soluzioni suggerite *ex altera parte* dalla dottrina italiana prevalente riprendono l'idea della persona giuridica quale realtà che, se pure creata dall'ordinamento, ha una volontà propria distinta da quella dei suoi membri ed un patrimonio diverso da quello dei singoli componenti. Si afferma, cioè, che "le persone giuridiche sono forme di aggruppamento e di ordinamento di uomini per il raggiungimento di scopi comuni o superiori riconosciute dal diritto obiettivo. Anche esse hanno una realtà, ma una realtà ideale giuridica, non una realtà materiale sensibile". L'ordinamento, a sua volta, interviene sul substrato naturale formato da uomini e mezzi e "conferisce al tutto una propria forma, una forma esclusivamente giuridica efficiente solo nell'ambito del diritto, ma, in questo ambito, reale, cioè partecipa della stessa realtà delle norme giuridiche: realtà normativa".

3. Il dibattito dottrinale e la non univocità di impostazioni sorte intorno alla loro natura giuridica hanno profondamente influenzato la risoluzione dello spinoso problema concernente la capacità degli enti, se, in altri termini, capacità funzionale o generale. I sostenitori della c.d. teoria della finzione ed, in via più ampia, coloro che negano la realtà ontologica della persona giuridica, propendono, ad esempio, per la prima delle richiamate opzioni e discorrono di capacità limitata, circoscritta cioè al perseguimento dello scopo. Il modello riceve ampia applicazione oltreoceano, dove non è, tuttavia, possibile procedere ad una generalizzazione della conclusione in quanto la normativa varia da stato a stato.

I fautori, invece, della teoria organica e, in generale, la dottrina prevalente nei sistemi di *civil law* optano, all'opposto, per una capacità piena dell'ente alla stregua di quella di ogni essere vivente, che sconta le limitazioni derivanti dall'assenza di fisicità, come il divieto di contrarre matrimonio o di riconoscere un figlio naturale o, in senso lato, di essere titolare di rapporti personali. La regola non è, però, priva di eccezioni sol che si rifletta sul fatto che nei singoli ordinamenti precise disposizioni non disdegnano di prospettare una capacità delle persone giuridiche anche in relazione a situazioni giuridiche di siffatto tipo, come nel caso dell'art. 354 c.c. italiano che consente di affidare la tutela dei minori che non hanno nel luogo del loro domicilio parenti conosciuti o capaci di esercitare l'ufficio di tutore ad enti di assistenza.

Del resto – a ben vedere – il riconoscimento della soggettività giuridica degli enti difficilmente si presta ad essere disgiunto da quello della loro piena capacità giuridica, salvo non incorrere nella lesione del fondamentale principio di uguaglianza di tutti i soggetti dell'ordinamento di fronte alla legge.

Vero è, tuttavia, che il concetto di capacità giuridica risente della peculiare natura delle organizzazioni collettive, con ricadute evidenti soprattutto in sede di definizione della capacità di agire e del suo concreto modo di operare. In merito, l'impostazione classica di ricorrere, anche per le persone giuridiche, all'istituto della rappresentanza necessaria non ha, in vero, avuto particolare seguito tra gli Autori, che vi hanno scorto una sostanziale



negazione della stessa capacità di agire delle persone giuridiche in generale e dell'ente Stato, in particolare.

Le moderne teorie prediligono, pertanto, un approccio scevro da equiparazioni e similitudini tra persone fisiche e persone giuridiche e sulla scia della dottrina giuspubblicistica tedesca di fine ottocento, ricorrono in relazione a queste ultime al concetto di organo per spiegarne la natura giuridica unitaria, la vera essenza ed il funzionamento.

Dall'idea della rappresentanza si trascorre, così, al principio di immedesimazione organica, in virtù del quale il soggetto agente non opera in nome e per conto dell'ente ma, in quanto, appunto, organo ne attua la capacità, dando vita ad un rapporto di immedesimazione organica in cui egli è una sua parte o un suo mero strumento, o, più correttamente, un suo "ufficio". Ne deriva, *in primis*, la possibilità di imputare direttamente alla persona giuridica gli effetti degli atti posti in essere dai suoi amministratori e, conseguentemente, la titolarità delle relative fattispecie giuridiche.

L'ulteriore corollario dell'impostazione attiene, invece, al piano delle responsabilità, di cui risponde personalmente l'ente per quanto riguarda quella civile, laddove per quanto concerne quella penale, non è agevole indicare una disciplina generale essendo ancora fortemente avvertita, in molti sistemi, l'antica regola secondo cui *societas delinquere non potest*. Nel *common law*, invero, la responsabilità degli enti e la figura del *corporate crime* rappresentano fattispecie usuali tant'è che il *Criminal Fine Enforcement Act* statunitense del 1984 ha reso più aspre le sanzioni irrogabili agli enti e le *Guidelines* del 1991 hanno introdotto i "*Compliance Programs*" al fine di favorire quella che è stata definita, non senza toni critici, una "*parziale privatizzazione della amministrazione della giustizia*".

I sistemi giuridici continentali, invece, restano generalmente legati al principio romanistico della responsabilità penale individuale "pur se nel loro ambito è sentita l'esigenza di introdurre, a carico della società, misure appropriate per colpire la criminalità societaria". Lo riprova la modifica al codice penale francese che ha introdotto la responsabilità delle persone giuridiche, sia in via autonoma, sia a titolo di concorso con le persone fisiche agenti per esse. Lo conferma la soluzione non dissimile adottata nel 1995 dal legislatore spagnolo in ordine alla responsabilità penale delle *personas jurídicas*. Lo dimostra, infine, il decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231 che ha introdotto, all'interno dell'ordinamento italiano, la responsabilità penale delle società per comportamenti illeciti compiuti – nel loro interesse o vantaggio – da persone che operano nel contesto organizzativo delle società medesime.

4. L'ordinamento giuridico italiano promuove e favorisce la creazione di persone giuridiche. La Carta costituzionale, in particolare, prevede tra i diritti dei cittadini quello di associarsi liberamente per fini che non sono vietati dalla legge penale (art. 18 cost.) e quello di professare la propria fede religiosa, in qualsiasi forma, individuale o associata (art. 19 cost.). Il codice civile, a sua volta, disciplina una pluralità di enti, dalle associazioni alle fondazioni ai comitati alle società, i quali riconoscere personalità giuridica allorquando,



adempite le formalità di legge, perseguano una finalità meritevole di tutela secondo l'ordinamento. L'essenza primaria della persona giuridica è così rappresentata dallo scopo, che ne condiziona a tal punto il sorgere da indurre parte della dottrina a risolverne la natura in quella di "uno scopo personificato", per il quale sono impiegati beni e rapporti di cui l'ente medesimo è titolare.

L'autonomia patrimoniale, in tal senso, rappresenta lo strumento per il perseguimento del fine e per assicurare che i rapporti conferiti nell'ente non siano distratti da esso. Lo scopo, che deve risultare dall'atto costitutivo e dallo statuto (art. 16, comma 1, c.c.), può avere qualsiasi natura, purché sia lecito e determinato o determinabile; non deve, però, trattarsi di uno scopo di lucro, altrimenti, non si avrà una persona giuridica in senso stretto ma una società.

Insieme allo scopo, costituiscono elementi strutturali della persona giuridica: le persone fisiche, il patrimonio, la denominazione, la sede. Le prime (le persone fisiche) caratterizzano soprattutto le associazioni ma non possono mancare neppure nelle fondazioni. I romani ritenevano che il numero minimo di persone necessario per la costituzione di una associazione fosse di tre persone (*tres faciunt collegium*) ma un simile requisito oggi non è più richiesto e le stesse società di capitali possono essere costituite, anche, con un solo socio (cfr. artt. 2328 e 2463 c.c.).

Il *patrimonio* è costituito, invece, dall'insieme dei beni necessari al perseguimento dello scopo istituzionale, rispetto al quale esse deve essere conferito in misura adeguata, non potendo altrimenti la persona giuridica ottenere il riconoscimento. In tal senso dunque può ancora asserirsi che il patrimonio è elemento essenziale della struttura della persona giuridica, in quanto la sua mancanza o inadeguatezza comporta l'inidoneità dell'ente ad entrare nel mondo del diritto. Lo riprova, peraltro, la circostanza per cui l'impossibilità di raggiungimento dello scopo, anche per insufficienza sopravvenuta del patrimonio, costituisce, in tutti i tipi di persona giuridica e in virtù di diverse disposizioni, causa di scioglimento dell'ente.

La *denominazione* è, poi, il segno distintivo che identifica la persona giuridica e la contraddistingue nei rapporti con i terzi. Essa, in altri termini, ne costituisce il nome da spendere all'esterno (Fondazione Veronesi, Associazione "Amici della Musica", etc.); può avere contenuto più vario e può consistere in un nome di fantasia, purché non sia falsa né tragga in inganni i terzi. La *sede*, infine individua il luogo in cui opera l'organo amministrativo principale dell'ente.

La presenza di tutti gli elementi strutturali è condizione affinché l'ente possa richiedere ed ottenere il *riconoscimento* da parte dello Stato, che non solo segna l'ingresso di un nuovo soggetto nel mondo del diritto, ma consente, altresì, un controllo da parte dell'autorità amministrativa in ordine alla liceità e meritevolezza dello scopo perseguito.

Il riconoscimento viene conferito con l'iscrizione in un apposito albo tenuto presso le prefetture o, per gli enti che operano nell'ambito delle materie attribuite alla potestà amministrativa delle regioni o delle province autonome di Trento e Bolzano, rispettivamente presso tali enti. Entro centoventi giorni dalla domanda il prefetto o



l'autorità regionale e provinciale, devono provvedere, se sussistono i presupposti di liceità e meritevolezza dello scopo nonché di adeguatezza del patrimonio, ad iscrivere l'ente nel registro, con il che lo stesso acquista la personalità giuridica. Il riconoscimento comporta l'acquisto della *personalità giuridica*. Questa, a sua volta, è fonte dell'*autonomia patrimoniale perfetta*, vale a dire della completa separazione tra il patrimonio dell'ente e quello dei suoi partecipanti. Negli enti *non riconosciuti* (come, ad esempio, nel caso di una associazione di fatto), invece, questa reciproca insensibilità tra i patrimoni non è poi così completa. Con riguardo ad essi, pertanto, si discorre di *autonomia patrimoniale imperfetta*. I creditori dell'ente, infatti, dopo avere aggredito il c.d. *fondo comune* (vale a dire il patrimonio dell'associazione) possono rivalersi, ove lo stesso non sia sufficiente, sui beni di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione (art. 38 c.c.).

5. Il lemma *personne morale* designa, propriamente, nel sistema francese un raggruppamento di persone e di mezzi dotato della *personnalité juridique*, al pari della persona fisica. L'eterogeneità di modelli e di soluzioni rende difficile una *reductio ad unitatem* del fenomeno, sebbene elemento comune delle singole fattispecie è la titolarità di diritti e di doveri giuridici e la destinazione di un patrimonio ad uno scopo, lucrativo (nel caso delle società) ovvero non lucrativo (con riguardo agli altri enti). Al pari della persona fisica, quella giuridica è correttamente individuata dall'esistenza del nome, del patrimonio, del domicilio e può sia agire in giudizio a tutela dei propri interessi, sia compiere negozi giuridici ed atti di disposizione con efficacia sulla propria sfera giuridica.

La *loi 1 juillet 1901* consente di conferire alle associazioni riconosciute o *déclarées* la personalità giuridica, dotandole, per tale via, della c.d. *petite personnalité* che consente loro di compiere gli atti giuridici e gli acquisti funzionali al perseguimento dello scopo nonché di raccogliere risorse e sovvenzioni anche pubbliche. Il *code civil* ignora, in realtà, le persone giuridiche, laddove, all'inverso, l'ordinamento ne conosce almeno due tipi: quelle di diritto pubblico, come lo Stato ed, in genere, gli altri enti territoriali, e quelle di diritto privato, tra le quali le società, le associazioni, le fondazioni, i sindacati. Le prime perseguono interessi di carattere generale, pur potendo agire secondo gli strumenti del diritto privato; le seconde, al contrario, hanno contenuto quanto mai ampio e variegato e la loro esistenza presuppone l'acquisto della personalità giuridica, che esse ottengono con l'iscrizione del registro di commercio e delle società, previo il rispetto della formalità richieste dalla legge. Con il riconoscimento della *personnalité juridique*, l'ente diviene, altresì, titolare della *capacité de jouissance* e di quella *d'exercice* ed è suscettibile di responsabilità civile, penale ed amministrativa.

Accanto alle persone giuridiche pubbliche e private si pongono, poi, le *personne morale de droiti mixte* che uniscono finalità di diritto pubblico a scopi di diritto privato, come accade in relazione a taluni enti a partecipazione pubblico/privato o più in generale a taluni organismi collettivi che operano nel campo dei servizi, dell'industria e del commercio.



6. “*Son personas jurídicas*” – recita l’art. 35 codice civile – “*las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley*”. Ad esse, precisa il secondo comma, l’ordinamento riconosce, con atto dell’autorità o per concessione, personalità giuridica “*independiente de la de cada uno de los asociados*”, specie se “*de interés particular*” e di carattere “*civiles, mercantiles o industriales*”.

La persona giuridica nasce a seguito di un *acto de constitución*, nel quale sono contenute le regole per il funzionamento dell’ente e l’indicazione dei suoi organi, di solito, rappresentati dagli amministratori, dal consiglio di amministrazione, dall’assemblea degli associati o dai singoli azionisti ovvero ancora, in caso di fondazione, dalla persona del fondatore. L’ente gode di un’autonomia patrimoniale distinta da quella dei suoi membri e può, dunque, acquistare direttamente beni o servizi e disporne; può contrarre obbligazioni ed esercitare le azioni civili e penali previste dalla legge o dallo statuto.

Sul piano delle finalità, ciò che lo caratterizza, se non costituito in forma societaria, è il perseguimento di uno scopo non lucrativo (*cd. organización sin ánimo de lucro o organización no lucrativa*) che, nel caso della *fundación* presuppone la chiara definizione da parte del fondatore in sede di costituzione mediante una *escritura pública* od un atto *mortis causa*, ossia un testamento nel quale chiaramente destini determinati beni al perseguimento di una precisa finalità (*dotación fundacional*).

L’assenza di scopo di lucro, peraltro, si traduce nell’impossibilità per i singoli componenti di ripartire gli utili eventualmente derivanti dall’attività dell’ente e dal loro vicolo allo scopo, con l’ulteriore corollario, nel caso, pur possibile, di fondazione che svolga attività di impresa di impiegare ogni eccedenza per il funzionamento e l’esercizio della fondazione medesima. In vero, il dibattito sulle fondazioni ha da sempre impegnato maggiormente la dottrina spagnola, per le difficoltà di teorizzare un diritto (quello, appunto, di fondazione) che il *codigo civil* del 1889 espressamente ignorava (salvo poi non richiamare successivamente l’istituto all’art. 35) e che solo la Costituzione del 1978 ha chiaramente posto come fondamentale quante volte diretto al perseguimento di interessi generali (art. 34). In merito è intervenuta la stessa giurisprudenza costituzionale riconducendone le fattezze essenziali ad un atto di autonomia privata di disposizione libera del patrimonio (letteralmente *autonomía de la voluntad respecto a los bienes*) che si estrinseca, concretamente, nella destinazione dei propri beni o di parte di essi allo scopo esplicitato dal fondatore nell’atto costitutivo. Di guisa che la dottrina prevalente non esita a qualificare la fattispecie come un *derecho de libertad*, disciplinato dall’articolo 9.2 della *Constitución*, a norma del quale “*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivos; remover los obstáculos que impiden o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”.

Non manca, invero, chi predilige una diversa ricostruzione che senza smarrire il richiamo ai diritti fondamentali ed a quello di libertà, in particolare, non disdegna di considerare le logiche proprietarie comunque a fondamento della scelta di costituire una fondazione. Si afferma così che quest’ultima si erge a *derecho de libertad del propietario y de*



propiedad delimitada por su función social. La fondazione ed, in generale, la persona giuridica si estingue a seguito del raggiungimento dello scopo ovvero per impossibilità di conseguirlo o, ancora, di funzionare. In tale eventualità i beni sono destinati secondo lo statuto o la legge che può anche prevedere, in assenza di prescrizioni in senso contrario, che essi siano devoluti ad enti che perseguono fini analoghi (art. 39 *codice civile*).

7. Complice una dottrina particolarmente vivace e feconda nello studio del fenomeno, il BGB dedica ampio spazio alla trattazione delle persone giuridiche e delle sue più significative espressioni, in particolare, rappresentate, come è noto, per quanto concerne gli enti senza scopo di lucro, dalle associazioni e dalle fondazioni. Le prime si caratterizzano per la prevalenza dell'elemento personale e per la presenza di un consiglio direttivo composto dalle persone degli associati al quale, in concreto, compete la gestione dell'ente, conformemente a quanto fissato nello statuto od a quanto stabilito dalla legge. Le seconde, invece, si connotano per il rilievo centrale accordato alla volontà del fondatore che le costituisce mediante negozio di fondazione – il quale, tuttavia, può essere contenuto anche in una disposizione a causa di morte (§83 BGB) – cui segue il riconoscimento da parte dell'autorità competente del *Land* dove la fondazione deve avere sede (§80 BGB). Il *Stiftungsgeschäft* (il negozio di fondazione, appunto) richiede la forma scritta e deve contenere la dichiarazione vincolante del fondatore di destinare i beni allo scopo da lui individuato (*“Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden bedarf der schriftlichen Form. Es muss die verbindliche Erklärung des Stifters enthalten, ein Vermögen zur Erfüllung eines von ihm vorgegebenen Zweckes zu widmen”*: § 81 BGB). Esso, inoltre, deve indicare *den Namen der Stiftung* (il nome della fondazione), *den Sitz der Stiftung* (la sede), *den Zweck der Stiftung* (lo scopo), *das Vermögen der Stiftung* (il patrimonio), *die Bildung des Vorstands der Stiftung* (la costituzione della presidenza dell'ente).

Il fondatore è legittimato a revocare la costituzione sino a quando non intervenga il riconoscimento, mentre analoga facoltà non compete al suo erede. A seguito del riconoscimento della personalità giuridica il fondatore deve trasferire alla fondazione il patrimonio promesso ed indicato nel negozio di fondazione. A decorrere da tale momento, parimenti, si perfezionano i contratti di cessione di diritti all'ente medesimo, salvo diversa indicazione nello statuto.

Quanto, invece, alla associazione, il BGB si sofferma, in particolare, sul suo funzionamento e sulla disciplina dei suoi organi tra i quali primeggia la *Mitgliederversammlung*, l'assemblea dei soci, che adotta, salvo diversa previsione dell'atto costitutivo, tutte le decisioni concernenti gli affari della persona giuridica. La regolarità delle sue deliberazioni presuppone la chiara indicazione, all'atto della convocazione, degli argomenti all'ordine del giorno, sui quali deve intervenire il voto favorevole della maggioranza dei soci presenti affinché le relative decisioni siano valide. Alla regola fa eccezione l'ultima parte del § 32 che espressamente stabilisce che una deliberazione è operativa e legittima anche quando manchi un'assemblea dei soci, se tutti i soci hanno dichiarato per iscritto di volerla approvare. Maggioranze più elevate (nella misura del voto favorevole della maggioranza dei tre quarti



dei presenti) sono, invece, richieste per le modifiche concernenti lo statuto; per il cambiamento dello scopo, infine, è richiesta l'approvazione di tutti i soci che, se assenti, devo formularla per iscritto.

L'associazione risponde civilmente dei danni posti in essere nell'esercizio dei compiti connessi al funzionamento dell'ente dalla presidenza, da un membro della presidenza o da altro rappresentante nominato in modo conforme allo statuto. Qualora, poi, l'associazione metta in pericolo l'interesse pubblico, con una deliberazione dell'assemblea o con un comportamento della presidenza contrario alla legge, può subire la revoca della personalità giuridica. La sua estinzione consegue altresì al perseguimento dello scopo sociale od all'impossibilità di perseguirlo o di funzionare, nonché alla decisione unanime dei soci. Qualora l'impossibilità di raggiungere lo scopo riguardi, invece, una fondazione l'autorità competente può, ove non intenda procedere al suo scioglimento, assegnare alla fondazione medesima uno scopo differente.

8. L'espressione *legal person* e le altre similari di *juridical person* e di *juristic person* individuano, correttamente, negli ordinamenti di *common law*, l'insieme di uomini e mezzi (o, anche, in alcune giurisdizioni, la singola persona che intenda, nondimeno separare dalla sua sfera giuridica determinati beni per destinarli ad uno scopo) ai quali l'ordinamento attribuisce il diritto di agire come se fossero una individualità distinta per il perseguimento di una precisa finalità. Il lemma "persona giuridica", in tal senso, apre ad una *legal fiction* o, più esattamente, invero un *technical legal meaning* giacché la fattispecie cui rinvia ha natura reale e non fittizia e si sostanzia nella possibilità, legalmente riconosciuta, per un ente collettivo distinto dalle singole persone fisiche dei suoi membri di essere soggetto di diritti e di doveri giuridici.

Sono esempi di persona giuridica le *companies*, le *corporations*, le *corporations sole*, i *trusts*, le *churches* e le *religious denominations*, i *political parties*. Sebbene il criterio discretivo tra le figure richiamate sia, di norma, rappresentato dal perseguimento o meno di uno scopo di lucro, la regola non si presta ad essere generalizzata, dal momento che non è da escludere – come accade, del resto, negli Stati Uniti d'America – che le società esercitino indistintamente attività lucrative e non lucrative

Il panorama statunitense rappresenta, anzi, uno dei sistemi in cui il *favor* verso le *not-for-profit organizations* è avvertito in maniera quanto mai significativa, a livello giurisprudenziale e legislativo se è vero che le prime regolamentazioni in materia recano la data della fine dell'ottocento e se è vero che si assiste ancora oggi ad un proliferare e sovrapporsi di normative di settore. Per certo, non vi è univocità di soluzioni terminologiche nella rappresentazione del fenomeno: alla richiamata formula di *not-for-profit organizations* fanno da *pendant*, infatti, le diverse espressioni di *charities*, *independent sector* o, con stile similare, *non profit*, laddove, tuttavia, l'elisione della negazione *not* si accompagna ad un'interpretazione meno puntuale della fattispecie che sfuma – per così dire –



l'accentuazione (tipica dell'altra definizione) del diverso scopo di siffatte forme associative rispetto alla realizzazione del profitto.

Situazione analoga connota il Regno Unito, dove quasi parallelamente alle istanze di riforma della *Company Law*, è iniziata un'opera di revisione dei principi che regolano il settore *not for profit*, fino al *consultation paper* – “dall'icastico titolo *Private Action, Public Benefit*” – pubblicato nel settembre 2002 con lo scopo dichiarato di giungere ad una normativa unitaria della materia, in grado di fornire un *legal frame work* adeguato ed attraverso questo potenziare il settore. A simile sollecitazione hanno fatto seguito, sul piano normativo, il *Charities and Not-for-profit Legal Framework*, nel 2003, il *draft Charities Bill* nel 2004 ed il *Charities Act* del 2006, con il quale sono stati individuati gli scopi che caratterizzano la fondazione e l'attività di un ente senza scopo di lucro e tra questi *the prevention or relief of poverty, the advancement of education, the advancement of religion, the advancement of health or the saving of lives, the advancement of citizenship or community development, the advancement of arts, culture, heritage or science* e via enumerando. Nel 2008, infine, sono stati indicate come *types of legal structure for a charity* le *unincorporated association*, il *trust* e la *company limited by guarantee*. I riflessi della disciplina inglese si ritrovano, altresì, nel nuovissimo continente, che media dalla madrepatria la disciplina dell'istituto e dunque formule, *purposes and types* per l'esercizio di finalità senza scopi di lucro.

La capacità degli enti è, infine, nella generalità dei paesi di *common law*, funzionale al perseguimento dello scopo, con delle oggettive (ed inevitabili) *limitations* legate alla natura stessa della persona giuridica che, in quanto tale, non può, ad esempio, contrarre matrimonio ovvero, almeno di regola, votare e ricoprire, salvo eccezioni all'interno delle singole aree, uffici pubblici*.

* La persona giuridica rappresenta, da sempre, una realtà complessa che, pur nelle sue innegabile analogie con la persona fisica, si connota per peculiarità e caratteristiche che rendono ostica la sussunzione sotto una comune disciplina delle due categorie, appunto, di “persona”. Della fattispecie si è interessata, soprattutto la dottrina tedesca, cui sono da ricondurre le principali teorizzazioni in merito che hanno, poi, influenzato le successive elaborazioni degli Autori continentali. In argomento, *ex plurimis*, SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886; ROSIN, *Recht des öffentlichen Genossenschaft*, Friburg, 1886, 92 ss.; Preuss, *Gemeinde Staat*, Berlino, 1889, 3 ss.; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Torino, 1930, *passim*; Wolff, *Juristischen Person und Staatsperson*, Berlino, 1933, 4 ss.; GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Graz, 1954, *passim*; SCHMIDT, ZUM BEGRIFF DES ZWECKVEMÖGENS, *Rechts und Finanzwissenschaft*, in *Verwaltungsarchiv Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*, 60, Köln, 1969 S., 293 ss.; ALEXANDER, *Anstalten und Stiftungen, Verselbständigte Vermögensmassen im Römischen Recht*, Köln, 2003, 15 ss.; ALPERS, *Das nachrepublikanische Finanzsystem, Fiscus und Fisci in der Frühen Kaiserzeit*, Berlin - New York, 1995, 12 ss. In Italia, un apporto decisivo alle riflessioni d'oltralpe è da riconoscere a FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923, *passim*; ID., *Le persone giuridiche*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, vol. II, 1956, 23 ss., al quale si deve l'impostazione oggi prevalente secondo cui le persone giuridiche sono una realtà, sia pure creata dall'ordinamento, dotata di una volontà e di un patrimonio distinti da quelli dei suoi singoli membri. Esse, precisamente, rappresenterebbero – a giudizio dell'Autore – delle “forme giuridiche di aggruppamento e di ordinamento di uomini per il raggiungimento di scopi comuni o superiori, riconosciute dal diritto obiettivo. Anche esse hanno una realtà, ma una realtà ideale giuridica, non una realtà materiale sensibile”. Per la dottrina italiana, si rinvia, altresì, a DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, vol. I, Milano-Messina, 1934, 412 ss.; Bonelli, *La teoria della persona giuridica*, in *Giur.*



sist. civ. e comm., Torino, 1980, 55 ss.; GALGANO, *Delle persone giuridiche, Libro primo. Delle persone e della famiglia*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, Roma – Bologna, 1969, 3 ss.; Gangi, *Persone fisiche e persone giuridiche*, Milano, 1948, 195 ss.; GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o enti morali*, vol. V, Firenze, 1901, *passim*. In relazione alla responsabilità penali degli enti, si rinvia a Mantovani, *Diritto penale*, p.g., Padova, 1988, 146; Id., *Il problema della criminalità*, Padova, 1984, 612.

Il fascino delle conclusioni tedesche ed italiane ha, peraltro, influenzato anche la dottrina francese che non esita a riproporre, la *thèse de la fiction* o quella, ancora, *de la réalité*. Per una ricostruzione delle principali impostazioni cfr. Jaume, *La théorie de la «personne fictive» dans le Léviathan de Hobbes*, in *Rev. française de science politique*, 1983, vol. 33, n. 6, 1009 – 1035. Sul punto, altresì, CARBONNIER, *Droit civil*, 1, *Les persone: personnalité, incapacités, persone morales*, Paris, 2000, *passim*; CHARTIER, *La désignation des représentants des persone morales qui exercent une action en justice*, note sous *Ch. Mixte*, 22 février 2002, *Bulletin. Ch. Mixte*, n. 1, in *Revue des sociétés*, 2002, 2, 293 ss.; CHAMPAUD, DANET, *Observations sous Com.*, 3 novembre 2004, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2005, 1, 98 ss. Sullo stato delle associazioni v. comunque FIALAIRE MONDELLI, *La libertà di associazioni*, Paris, 2005, 528 ss.

Vivace, altresì, il panorama culturale spagnolo, per il quale si rinvia, tra gli altri, a CAFFARENA, *Voç "Fundación" en Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, 3199; CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*", Madrid, 1993, a giudizio del quale "el derecho de fundación es una secuela del reconocimiento del derecho de propiedad privada, del principio de autonomía de los particulares". PIÑAR MAÑAS, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Madrid, 2000; CABRA DE LUNA, *El derecho de fundación en la Constitución*, in *CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa*, 2003, 47, 221-249. Le conclusioni in argomento della giurisprudenza sono, compiutamente, sintetizzate nella sentenza 49/1988, de 22 de marzo, sobre los Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro, el Alto Tribunal, in cui si legge che "... éste último precepto (art. 34) se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula, a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad, como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa el Protectorado para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y recta administración de los bienes que la forma (...). Obsérvese también que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluta respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados". A livello normativo *ley n. 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones*.

Il fenomeno delle organizzazioni *not-for-profit* ha assunto grande importanza nelle aree di *common law*, dove lo svolgimento di attività prive di scopi di lucro può assumere anche la forma societaria. Negli Stati Uniti, peraltro, dopo gli scandali giudiziari degli anni '60 (gli "electrical cases"), degli anni '70 (il gran numero di violazioni alla normativa *antitrust*) e degli anni '80 (la corruzione diffusa e l'*insider trading*) molte società, al fine di opporre una barriera ulteriore, oltre a quella delle leggi dello stato, alla possibile commissione di reati da parte dell'impresa, si sono dotate autonomamente di "Codici Etici", vere e proprie forme di autoregolamentazione e di autodisciplina delle persone giuridiche. Innegabili i risvolti positivi; encomiabile il solo fatto di promuovere "dall'interno" il rispetto della legge e di contribuire ad impedire la realizzazione di condotte criminose d'azienda. *Punctum dolens* dei codici etici è tuttavia, ancora, oggi, la mancata previsione di un apparato sanzionatorio adeguato. In merito, BAYSINGER, *Organization Theory and Criminal Liability of Organizations*, in *B. V. L. Rev.*, 1991, 111 ss. Per la dottrina italiana, DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995. Particolare pregio ha, poi, lo studio – di ampio respiro dogmatico – di MATERA, *La prospettiva statunitense in tema di not profit e la riforma del settore nel Regno Unito: due sponde dell'Atlantico a confronto*, in *Non profit persona mercato*, a cura di Zambrano, Milano, 2005, 119 ss., cui si rinvia altresì per l'ampia bibliografia in argomento.

Per il concetto di persona giuridica nell'antichità, v., invece, ALBANESE, *Persona (Diritto romano)*, in *Enc. dir.*, Varese, 1983, 33; ALBERTARIO, *Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica*, in *Studi Albertario*, I, 1, Milano, 1933; ALVAREZ,



SUAREZ, *Instituciones de Derecho Romano*, III, *Personas físicas y colectivas en el Derecho Romano*, Madrid, 1977, 5 ss.; ID., *Algunas observaciones sobre el problema de las personas sociales en Derecho Romano*, *Escritos en Homenaje al Profesor Pietro Castro*, vol. 7, Madrid, 1979, 14 ss.; ANDREAU, *Fondations privées et rapports sociaux en Italie Romaine (Ier- IIIer s. ap. J.C.)*, 2, Strasbourg, 1977; NOGUÉS, *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho romano*, Madrid, 2008, *passim*.