

AIDA

ANNALI ITALIANI DEL DIRITTO D'AUTORE
DELLA CULTURA E DELLO SPETTACOLO

Anno XVII

2008

(Estratto)

EMANUELE CUSA

L'ennesima fondazione legale: la Fondazione
per la mutualità generale negli sport professionistici
a squadre



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

L'ennesima fondazione legale: la Fondazione per la mutualità generale negli sport professionistici a squadre

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Finalità tipiche ed attività atipiche. – 3. Modi di esercizio delle attività. – 4. Mutualità diverse, *rectius* solidarietà diverse. – 5. Natura privatistica dell'ente. – 6. Costituzionalità della scelta legislativa. – 7. Fondazione obbligatoria di diritto singolare.

1. L'art. 23 d.lgs. 9 gennaio 2008, n. 9 (Disciplina della titolarità e della commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi e relativa ripartizione delle risorse) introduce nel nostro ordinamento la Fondazione per la mutualità generale negli sport professionistici a squadre (d'ora innanzi FMS).

A questo nuovo ente sarà annualmente destinato almeno il quattro per cento (ai sensi dell'art. 22, comma 2, d.lgs. n. 9/2008) delle risorse economiche e finanziarie complessive derivanti dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi relativi agli «eventi sportivi di campionati, coppe e tornei professionistici a squadre e delle correlate manifestazioni sportive, organizzati a livello nazionale» (art. 1 d.lgs. n. 9/2008) (1).

Chi è tenuto a destinare queste risorse è l'organizzatore delle predette competizioni, ossia «il soggetto cui è demandata o delegata l'organizzazione della competizione da parte della federazione sportiva riconosciuta dal Comitato olimpico nazionale italiano [CONI], competente per la rispettiva disciplina sportiva» [art. 2, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 9/2008] (2). Sulla base del vigente diritto sportivo, se il calcio maschile e la pallacanestro maschile sono attività sportive professionistiche a squadre riconosciute dal CONI (3) e se soltanto la Federazione Italiana Giuoco Cal-

(1) Nel testo l'uso del tempo futuro si giustifica in ragione dei commi 6 e 8 dell'art. 27 d.lgs. n. 9/2008, i quali prevedono che la percentuale sopra riportata varrà a partire dalla stagione sportiva 2010/2011 e che, nel frattempo, la quota annua delle risorse, derivanti dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi, da destinarsi alla FMS, sarà prossimamente stabilita (probabilmente in una percentuale inferiore al quattro per cento del totale delle predette risorse, stante l'*incipit* dell'art. 27, comma 7, d.lgs. n. 9/2008) con apposita deliberazione adottata con una maggioranza qualificata dall'organizzatore del campionato di calcio di Serie A, ossia dalla Lega Nazionale Professionisti (LNP).

La LNP, ai sensi del suo regolamento (*rectius*, del suo atto costitutivo, d'ora innanzi nella versione del 12 marzo 2007), «associa in forma privatistica le società affiliate alla F.I.G.C. che partecipano ai Campionati di Serie A e B e che, a tal fine, si avvalgono delle prestazioni di calciatori professionisti» (art. 1, comma 1).

(2) Sulle Federazioni nazionali riconosciute dal CONI – qualificate dalla stessa legge come associazioni «con personalità giuridica di diritto privato» [art. 15, comma 2, d.lgs. 23 luglio 1999, n. 142 (*Riordino del Comitato olimpico nazionale italiano - C.O.N.I.*)] – cfr., tra gli altri, G. VALORI, *Il diritto nello sport. Principi, soggetti, organizzazione*, Torino, 2005, p. 59 ss.

(3) Il suddetto riconoscimento è avvenuto per il calcio e per la pallacanestro con le deliberazioni del Consiglio nazionale del CONI, rispettivamente, n. 469 del 2 marzo 1988 e n. 697

cio (FIGC) (4) e la Federazione Italiana pallacanestro (FIP) (5) hanno demandato alle rispettive Leghe l'organizzazione dei campionati nazionali, allora gli organizzatori delle competizioni ai sensi del d.lgs. n. 9/2008 sono da considerarsi: la LNP per i campionati di calcio di Serie A e di Serie B; la Lega Italiana Calcio Professionistico per i campionati di calcio Lega Pro prima divisione (divisa nei gironi A e B) e Lega Pro seconda divisione (divisa nei gironi A, B e C); la Lega Società di Pallacanestro - Serie A per il campionato di pallacanestro di Serie A; la Legadue per il campionato di pallacanestro di Serie A2 (6). Dunque, ciascuna di queste Leghe, tutte associazioni di diritto privato, dovrà annualmente destinare alla FMS almeno il quattro per cento delle proprie risorse provenienti dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi (7).

Le Leghe dianzi elencate, diversamente dalla FMS, possono senz'altro essere qualificate anche come *collecting societies* (8), esercitando essi in via esclusiva i diritti audiovisivi sportivi (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 9/2008), di cui sono contitolari assieme agli organizzatori degli eventi (ossia, alle società esercenti attività sportive professionistiche a squadre (9)) (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 9/2008) (10).

del 28 aprile 1994. A loro volta, la FIGC (mediante la terza norma transitoria del proprio statuto, d'ora innanzi citato nella versione pubblicata dalla FIGC il 21 marzo 2007) e la FIP (mediante la delibera del Consiglio federale della FIP n. 85 del 28 marzo 1994) hanno considerato come professionistiche le attività sportive maschili esercitate nelle seguenti competizioni: per il calcio i campionati di Serie A, di Serie B, di Lega Pro prima divisione (corrispondente alla precedente Serie C1), e di Lega Pro seconda divisione (corrispondente alla precedente Serie C2); per la pallacanestro i campionati di Serie A e di Serie A2.

(4) Ai sensi dell'art. 9, comma 3, statuto FIGC, quest'ultima «demanda alle Leghe ... l'organizzazione dell'attività agonistica mediante i campionati delle diverse categorie».

(5) Ai sensi dell'art. 62-bis, comma 3, statuto (versione del 6 maggio 2008) FIP, quest'ultima «può affidare alla Leghe l'organizzazione di singoli campionati nazionali, sulla base delle direttive della F.I.P. stessa, ferma restando la competenza federale per le affiliazioni delle società, per il tesseramento degli/delle atleti/e, per la determinazione delle società aventi diritto al campionato, per le regole di promozione e retrocessione, per l'approvazione della classifica finale, per l'assegnazione del Titolo di Campione d'Italia, per le formule di campionato».

(6) Sul rapporto tra federazioni sportive e leghe cfr. R. PENNISI, *Federazioni e leghe*, in questa *Rivista* 2003, p. 3 ss.

(7) L'interpretazione prospettata nel testo circa l'ambito di applicazione dell'art. 22 d.lgs. n. 9/2008 è confermata dalla relazione accompagnatoria al predetto decreto, laddove precisa che la normativa in parola si applica non a tutti gli sport professionistici, ma solo al calcio e al basket.

(8) In questo senso, già prima del d.lgs. n. 9/2008, disponeva chiaramente il diritto sportivo, qui rappresentato in modo significativo dall'art. 12, comma 1, statuto FIGC («Le Leghe, con funzioni rappresentative delle società associate, nei limiti consentiti dalla legge e nel rispetto degli interessi sportivi di tutte le componenti, stipulano gli accordi attinenti alle rispettive competizioni aventi ad oggetto la cessione centralizzata dei diritti di immagine e di diffusione radiotelevisiva e con altri mezzi di comunicazione e messa a disposizione del pubblico»).

(9) Rammento che le suddette società – le uniche che possono stipulare contratti con atleti professionisti – sono da qualificarsi di diritto speciale in ragione della loro specifica disciplina contenuta negli artt. 10 ss. l. 23 marzo 1981, n. 91 (*Norme in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti*).

2. Il combinato disposto degli artt. 22, comma 1 e 23, commi 1 e 2, d.lgs. n. 9/2008 determina gli scopi e le attività della FMS.

Da queste disposizioni si possono ricavare due scopi della FMS: non lucrativo in ragione di un'espressa indicazione legislativa in tal senso (art. 23, comma 2, laddove descrive detta fondazione come «ente senza scopo di lucro»); di pubblica utilità in ragione delle tre finalità a cui devono tendere le attività della FMS (11).

Queste tre finalità sono così fissate dall'art. 22, comma 1, d.lgs. n. 9/2008: a) lo «sviluppo dei settori giovanili delle società professionistiche»; b) il «sostegno degli investimenti per la sicurezza, anche infrastrutturale, degli impianti sportivi»; c) il «finanziamento di almeno due progetti per anno finalizzati a sostenere discipline sportive diverse da quelle calcistiche».

Le tre finalità dianzi riportate sono non solo tutte doverose, ma anche esclusive

(10) A titolo esemplificativo riporto l'art. 9 del regolamento tecnico esecutivo di Legadue – associazione non riconosciuta alla quale posso aderire le sole società che hanno diritto di partecipare al campionato di pallacanestro di A2 (biunivocamente, possono partecipare a detto campionato solo le associate a Legadue) – dal quale si trae in modo inequivocabile la sua natura (anche) di *collecting society*: «9.1. E' di esclusiva competenza della Legadue, cui competono altresì i relativi proventi, la stipula di accordi per la diffusione televisiva nazionale per quanto riguarda gli incontri ufficiali del campionato e della Final Four. 9.2. I contratti promopubblicitari sono negoziati e stipulati dal Presidente della Legadue salvo approvazione dell'Assemblea. 9.3. Gli accordi sono vincolanti per tutte le società, che sono tenute a non compiere alcun comportamento, materiale o giuridico, attivo od omissivo, che possa pregiudicarne la stipula o l'adempimento, e in difetto sono tenute a manlevare e tenere indenne la Legadue in caso di azione promossa nei suoi confronti».

(11) Ho utilizzato nel testo il sintagma 'utilità sociale' invece che quello 'pubblica utilità', tradizionalmente connesso dalla dottrina con la nozione di fondazione nel diritto privato comune, poiché, mentre il secondo sintagma non trova un chiaro appiglio testuale nel diritto comune degli enti del libro I (cfr. infatti l'art. 28, comma 1, c.c.), è sempre meno usato nel diritto privato speciale in materia di enti *nonprofit* ed è comunque ritenuto ormai superato da una parte della dottrina (qui rappresentata da M. BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Tratt. di dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2003, p. 84 ss.), il primo sintagma, ruotando attorno all'aggettivo «sociale», è conforme con la terminologia contenuta in alcune norme-chiave della Costituzione (artt. 41, 42 e 45).

Circa l'uso dei due predetti sintagmi nell'ormai torrenziale produzione legislativa in materia di enti senza scopo di lucro, rammento, rispetto al sintagma 'utilità sociale', l'art. 2, comma 1, d.lgs. d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153 (*Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'articolo 11, comma 1, del d.lgs. 20 novembre 1999, n. 356*, d'ora innanzi denominati fondazioni di origine bancaria) e l'art. 2 d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 (*Disciplina dell'impresa sociale*), laddove detta utilità discende o dai settori di attività in cui possono operare (nel caso delle fondazione di origine bancaria) o dai beni o servizi prodotti (nel caso delle imprese sociali; sul punto cfr. A. BUCCELLI, in *La nuova disciplina dell'impresa sociale. Commentario al d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155*, Padova, a cura di M. Vita De Giorgi, 2007, p. 85 ss.). Rispetto invece al sintagma 'pubblica utilità' mi piace ricordare l'atto di indirizzo approvato dal Consiglio dell'Agenzia per le Onlus il 26 ottobre 2006, nel quale così si definisce la nozione di 'fini di pubblica utilità' richiamata nell'art. 10, comma 1, lett. f), d.lgs. 4 dicembre 1997 n. 460 (*Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale*): «Perché sia integrato il requisito della "pubblica utilità" è necessario, quindi, che l'attività sia mediata dall'interesse della collettività e che, conseguentemente, non sia finalizzata alla tutela di interessi egoistici particolari».

(12). Queste due caratteristiche avvicinano la FMS alla fondazione di origine bancaria di cui al d.lgs. n. 153/1999, anche se la prima gode certamente di un minor grado di autonomia rispetto alla seconda; in effetti, la seconda deve sì indirizzare la propria attività esclusivamente a settori previsti tassativamente [i «settori ammessi» di cui all'art. 1, comma 1, lett. c-bis), d.lgs. n. 153/1999], ma può scegliere tra detti settori solo alcuni [non più di cinque, corrispondenti ai «settori rilevanti» di cui all'art. 1, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 153/1999] (13). Sicché, ad esempio, se una fondazione di origine bancaria può non finanziare il settore ammesso corrispondente alla «ricerca scientifica e tecnologica», la FMS non può scegliere di non finanziare la sicurezza degli impianti sportivi, essendo essa una sua necessaria finalità istituzionale.

La FMS, se è un ente con finalità esclusive, non è invece un ente con attività esclusive (14). Per questa fondazione, infatti, non è stato espressamente previsto un elenco tassativo di attività da essa esercitabili, come, di contro, è stato imposto sia ad alcuni enti non societari (15), sia, più spesso, a determinate società di diritto speciale (16).

(12) Cfr., infatti, l'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 9/2008, laddove statuisce che «la Fondazione indirizza la propria attività esclusivamente al perseguimento degli scopi indicati nell'art. 22».

(13) Naturalmente, la fondazione di origine bancaria può finanziare anche settori diversi dai suoi rilevanti, come si ricava dall'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 153/1999, a condizione che detto finanziamento sia secondario rispetto a quello ai settori da ultimo ricordati.

(14) Dunque, ritengo che non possa interpretarsi la parola «scopi», contenuto nell'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 9/2008, nel duplice senso di finalità e di attività della FMS, benché astrattamente detta duplicità di significati potrebbe accadere (così, relativamente alla speculare interpretazione del termine «oggetto» contenuto in discipline di società legali, C. IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Tratt. delle s.p.a.* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 8, Torino, 1992, p. 617). Nel caso di specie, a favore dell'opzione ermeneutica indicata nel testo, si può addurre non solo il dettato della disposizione dianzi ricordata, ma anche l'osservazione secondo la quale, nei casi dubbi, bisogna interpretare la legge in modo da non limitare ulteriormente la libertà di azione dei soggetti privati.

(15) Come sono invece le organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS) di cui all'art. 10 d.lgs. n. 460/1997, le quali sono costrette a perseguire le proprie finalità legislativamente determinate attraverso l'esercizio di una o più delle attività altrettanto tassativamente fissate [art. 10, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 460/1997]. Circa queste organizzazioni ricordo il d.P.R. 23 marzo 2003, n. 135 (*Regolamento di attuazione dell'art. 10, comma 1, lettera a), n. 11, del d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460*), il quale elenca tassativamente le attività di ricerca scientifica svolgibili (direttamente o indirettamente) da una fondazione per poter essere qualificata come ONLUS.

(16) Come una società di investimento a capitale variabile, la quale deve avere «come oggetto esclusivo l'investimento collettivo del patrimonio raccolto mediante offerta al pubblico delle proprie azioni» [art. 43, comma 1, lett. f), d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*)], oppure come una società sportiva professionistica, il cui atto costitutivo deve prevedere che «possa svolgere esclusivamente attività sportive ed attività ad esse connesse o strumentali» (art. 10, comma 2, l. n. 91/1981); su quest'ultima disposizione cfr., per la dottrina, I. DEMURO, *La disciplina "speciale" delle società di calcio professionistico*, in *RDS*, 2008, pp. 353-356 e, per la giurisprudenza, Trib. Trieste, 3 marzo 2006 (decr.), in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1123.

L'assenza di un elenco di attività svolgibili non significa però che la FMS possa esercitare qualsiasi attività. In effetti, come gli enti con oggetto esclusivo possono svolgere (anche nel silenzio della legge) le sole attività strumentali a quelle consentite (17), così gli enti con finalità esclusive possono svolgere (anche nel silenzio della legge) le sole attività strumentali a tali finalità. Esempificando, dunque, la FMS potrebbe esercitare non solo l'attività di finanziamento, ma anche (magari in via principale) attività editoriale o pubblicitaria, se queste due ultime attività risultassero funzionali allo «sviluppo dei settori giovanili delle società professionistiche» (ossia ad una delle finalità imposte alla FMS).

3. Dal dettato del d.lgs. n. 9/2008 si deduce che la FMS deve esercitare almeno l'attività di finanziamento in favore a) dei settori giovanili delle società professionistiche, b) della sicurezza degli impianti sportivi e c) di discipline sportive diverse da quelle calcistiche. Il che corrisponde certamente ad un'attività, dovendo la FMS porre in essere, almeno annualmente (18), una serie di atti coordinati per attuare le proprie finalità istituzionali.

Nel d.lgs. n. 9/2008 non v'è invece alcuna disposizione volta a individuare come la FMS debba esercitare questa attività di finanziamento o le altre eventuali attività strumentali al perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Partendo allora dal silenzio della legge circa le modalità di esercizio delle attività della FMS, si può affermare che questa fondazione non è costretta ad organizzare le proprie attività in modo da ottenere al termine dell'esercizio contabile un utile (o comunque un avanzo di gestione) o, almeno, il pareggio di bilancio. Dunque, diversamente da quanto è stato espressamente previsto (19) (o si è potuto comunque ricavare dalla relativa disciplina (20)) in casi analoghi, la FMS è libera di scegliere se organizzare la propria attività: a) perseguendo lo scopo di lucro oggettivo (cer-

(17) Rimanendo all'esempio della ONLUS, questa organizzazione può svolgere attività direttamente connesse a quelle tassativamente consentite, ai sensi dell'art. 10, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 460/1997.

(18) La suddetta periodicità minima si ricava inequivocabilmente dai commi 4 e 5 dell'art. 23 d.lgs. n. 9/2008, i quali (rispettivamente) impongono annualmente l'erogazione di determinati finanziamenti e la redazione di una relazione sull'attività svolta.

(19) In argomento rammento, innanzi tutto, la fondazione di origine bancaria, la quale è sì un ente *nonprofit* come la FMS, ma, a differenza di quest'ultima, deve esercitare le proprie attività (innanzi tutto di investimento) «nel rispetto di principi di economicità della gestione» (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 153/1999) (su quest'ultimo sintagma cfr. G. MUCCIARELLI, *Attività e impresa nelle fondazioni bancarie*, Milano, 2005, p. 109 ss.). Poi, la fondazione universitaria di cui al d.P.R. 24 maggio 2001, n. 254, la quale, oltre ad essere una persona giuridica privata senza fini di lucro, deve operare «nel rispetto di principi di economicità della gestione» (art. 1, comma 6) (secondo invece G.M. RICCIO, *Le fondazioni universitarie. Analisi del d.P.R. 24 maggio 2001, n. 254*, in *NGCC*, 2002, II, p. 160, questa fondazione non eserciterebbe attività di impresa).

(20) Come ha dimostrato G. MARASÀ, *Natura e funzioni dell'IMAIE (Istituto Mutualistico Artisti Interpreti ed Esecutori)*, in questa Rivista 1992, p. 20 s., relativamente all'attività dell'IMAIE [il quale è stato costituito con l'art. 4 l. 5 febbraio 1992, n. 93 (*Norme a favore delle imprese grafiche e compensi per le riproduzioni private senza scopo di lucro*)].

tamente compatibile con l'assenza di scopo di lucro soggettivo imposta alla FMS), b) osservando il criterio di economicità, oppure c) concepandola come di mera erogazione (ossia in perdita).

Che l'attività della FMS possa essere di mera erogazione trova conferma nell'art. 23, comma 9, d.lgs. 9/2008, soprattutto se rapportato alla disciplina delle fondazioni di origine bancaria, le quali, come la FMS, hanno lo scopo precipuo di finanziare attività diverse da quelle condotte dal finanziatore. La disposizione appena citata impone (in via transitoria, cioè fino alla stagione sportiva 2015/2016) alla FMS di destinare una parte delle risorse (annualmente erogate dagli organizzatori delle competizioni sportive professionistiche a squadre) al miglioramento dell'impiantistica «destinata allo sport professionistico e, in particolare, all'esercizio della pratica calcistica, al fine di renderla maggiormente rispondente alle mutate esigenze di sicurezza, fruibilità, apertura, redditività della gestione economica finanziaria, anche ricorrendo a strumenti convenzionali» [art. 11 d.-l. 8 febbraio 2007, n. 8 (Misure urgenti per la prevenzione e la repressione di fenomeni di violenza connessi a competizioni calcistiche, nonché norme a sostegno della diffusione dello sport e della partecipazione gratuita dei minori alle manifestazioni sportive), convertito con modificazioni dall'art. 1 l. 4 aprile 2007, n. 41, richiamato dall'art. 23, comma 9, d.lgs. n. 9/2008] (21). Il corrispondente finanziamento della FMS – a mio parere riconducibile alla più ampia finalità (non transitoria) di «sostegno degli investimenti per la sicurezza, anche infrastrutturale, degli impianti sportivi» di cui all'art. 22, comma 1, d.lgs. n. 9/2008 – potrebbe perfino essere a fondo perduto e, comunque, è realizzato allocando una parte (non già del reddito proveniente dall'attività svolta dalla FMS, bensì) del patrimonio di tale fondazione (formato grazie alle periodiche contribuzioni degli organizzatori delle competizioni sportive ai sensi dell'art. 22, comma 2, d.lgs. n. 9/2008). Di contro, la fondazione di origine bancaria, quando finanzia i settori rilevanti o comunque quelli ammessi, deve innanzi tutto farlo utilizzando (non già direttamente il proprio patrimonio, bensì) il reddito proveniente dall'investimento del proprio patrimonio; detto investimento, poi, deve avvenire in modo da essere garantita «un'adeguata redditività» (art. 7, comma 1, d.lgs. n. 153/1999), la quale è altresì vigilata dalla competente autorità pubblica (art. 10, comma 2, d.lgs. n. 153/1999).

Una prima conclusione è allora possibile prospettare. La FMS deve svolgere come minimo un'attività di finanziamento (in tutti e tre i settori di cui all'art. 22, comma 1, d.lgs. n. 9/2008), organizzandola come attività di mera erogazione. Il che – a mio parere – corrisponderà a quello che accadrà nella realtà. Questa fondazione, dunque, molto probabilmente si limiterà ad essere una fondazione di mera

(21) Un'attività analoga a quella che dovrà fare la FMS è svolta fin dal 2000 dal *Football Stadia Improvement Fund* (FSIF), il quale è un ente privato – finanziato in modo paritetico dalla *Premier League* (ente privato tra l'altro gestore del più importante campionato calcistico inglese, *Barclays Premier League*) e dalla *Football Association* (ente privato esercente alcune attività simili alla nostra FIGC) – avente come precipuo scopo quello di erogare fondi (pari a circa 7 milioni di sterline nel 2007) per la sicurezza e la ristrutturazione degli stadi di calcio in Gran Bretagna.

erogazione (sempre più spesso denominata *grant foundation*), corrispondente al modello legale di fondazione presupposto nel codice civile vigente (22).

Nulla impedisce però che i finanziamenti erogati dalla FMS non intacchino il suo patrimonio (23) o comunque non siano a fondo perduto. In quest'ultimo caso i soggetti finanziati potranno essere tenuti al solo rimborso del capitale ricevuto od anche al pagamento di un congruo interesse. Se i finanziati, oltre a restituire il capitale, dovranno altresì pagare un interesse in grado di coprire almeno i costi del finanziamento (ossia la svalutazione della somma erogata più le spese di gestione del finanziamento), la FMS eserciterà certamente un'attività economica. Il che però non è sufficiente per qualificare come imprenditoriale l'attività della FMS. Occorre infatti che l'attività sia non solo economica, ma anche produttiva, ossia finalizzata alla produzione o allo scambio di beni o di servizi (art. 2082 c.c.) (24). Ma ciò accadrà necessariamente, se la FMS erogherà finanziamenti rispettando il metodo economico; in effetti, nel caso di specie l'ente in commento non si limiterà a godere del proprio patrimonio, ma, grazie a quest'ultimo, produrrà un nuovo servizio: il finanziamento sportivo. Se ciò accadrà, la FMS si affiancherà all'attività (necessariamente (25)) imprenditoriale svolta dall'Istituto per il Credito Sportivo, il quale finanzia (mediante contratti di mutuo a titolo oneroso) la costruzione, l'ampliamento, l'attrezzatura ed il miglioramento di impianti sportivi.

Una seconda conclusione è pertanto possibile offrire al lettore. La FMS, nella remota ipotesi in cui erogherà finanziamenti con metodo economico, eserciterà un'impresa commerciale ai sensi dell'art. 2195 c.c. Ma allora, la FMS, sempreché si segua sul punto la giurisprudenza maggioritaria (26), potrà essere qualificata come imprenditore commerciale, se la sua attività (normalmente di finanziamento), avente le caratteristiche richieste dall'art. 2082 cc., sarà svolta in via almeno principale

(22) La FMS potrebbe dunque svolgere un'attività simile a quella della *Football Foundation*, la quale è stata costituita in Gran Bretagna nel 2000 ed è oggi diventata la più importante *charity* anglosassone nel settore sportivo; più precisamente, *Football Foundation* investe annualmente circa 45 milioni di sterline – provenienti annualmente da *Premier League*, *Football Association*, *Sport England* (ente pubblico avente lo scopo di favorire l'esercizio delle attività sportive) e Governo inglese – al fine di promuovere l'attività calcistica dilettantistica; le informazioni riportate in questa nota sono state tratte dal sito internet <http://www.footballfoundation.org.uk/>.

(23) Potendo la FMS erogare finanziamenti utilizzando risorse provenienti dalle proprie attività esercitate; il che – come si è visto – deve accadere per le fondazioni di origine bancaria.

(24) Aderisco così all'opinione dottrinale (qui rappresentata da G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*⁵, Assago, 2006, pp. 25-27 e 31-32) secondo la quale economicità e produttività sono due distinte caratteristiche dell'attività che si vuole qualificare come imprenditoriale.

(25) Essendo una banca pubblica ai sensi dell'art. 151 t.u.i.b.; su questo ente pubblico economico cfr. <http://www.creditosportivo.it>.

(26) *Ex multis* cfr. Cass., 9 novembre 1979, n. 5770, in *Giust. civ.*, 1980, II, p. 2255; di opinione opposta però la dottrina maggioritaria, qui rappresentata (in generale) da G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., pp. 79-81 e (relativamente alle fondazioni) da A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 176 ss.

(27). La FMS, quindi, diversamente da alcune fondazioni di diritto speciale (come, direi, le fondazioni universitarie di cui al d.P.R. n. 254/2001), ma al pari di altre (come, mi sembra, le fondazioni di origine bancaria (28)), non può qualificarsi necessariamente come fondazione d'impresa (sempre più spesso denominata *operating foundation*).

Dai ragionamenti sopra prospettati si possono trarre utili considerazioni per settori dell'ordinamento diversi dal diritto civilistico dell'impresa. A titolo esemplificativo, ricordo che la FMS, se non svolgerà un'attività economica, non potrà essere un'impresa ai fini dell'applicazione ad essa della disciplina antitrust (anche di fonte comunitaria) (29), essendo l'esercizio di un'attività economica il presupposto applicativo di questa disciplina (così come interpretata in conformità con il diritto comunitario) (30).

4. Ai sensi del d.lgs. n. 9/2008 la quota annua di risorse economiche e finanziarie che deve essere attribuita dagli organizzatori delle competizioni (riguardanti gli sport professionistici a squadre) alla FMS risponde ad una finalità di «mutualità generale». Sintagma, quest'ultimo, che compare non solo nella denominazione dell'ente in esame, ma anche nella rubrica dell'art. 22 d.lgs. n. 9/2008.

Accanto a questa mutualità generale, riguardante cioè tutta l'attività sportiva (31), sempreché sia riconosciuta dal CONI (32), v'è poi una mutualità speciale,

(27) Potrebbe così accadere che la FMS svolga soltanto l'attività di finanziamento e solo in parte rispettando il criterio di economicità (si pensi, ad esempio, che il solo finanziamento dei settori giovanili delle società professionistiche sia esercitato con metodo economico). In tal caso, se la parte di attività svolta come impresa rimanesse minoritaria, la FMS non sarebbe qualificabile come imprenditore commerciale.

(28) A mio parere, infatti, le fondazioni di origine bancaria devono essere *grant foundations* in ragione delle doverose eterodestinzioni del loro reddito (cfr. artt. 3, comma 3, e 8, comma 1, d.lgs. n. 153/1999) e possono essere fondazioni esercenti imprese, se queste ultime sono direttamente strumentali ai fini statuari ed esclusivamente nei settori rilevanti (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 153/1999).

(29) La FMS non sarebbe comunque soggetta alla disciplina *antitrust*, anche se svolgesse un'impresa, qualora si dimostrasse che quest'ultima rientrasse nell'ambito applicativo dell'art. 86, par. 2, Tratt. CE; circa il fatto che l'imposizione legale di finalità solidaristiche possano esentare il relativo ente dall'applicazione della disciplina antitrust cfr. D. SARTI, *Collecting societies e mutualità*, in questa *Rivista* 2001, p. 22.

Più in generale, sul rapporto tra diritto *antitrust* e attività sportive si suggerisce la lettura dell'allegato al provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 16280 del 21 dicembre 2006, con il quale la predetta Autorità concluse l'indagine conoscitiva n. 27 sul calcio professionistico.

(30) Circa la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, in base alla quale va ricostruito il presupposto applicativo della disciplina (comunitaria e italiana) delle concorrenza (ossia l'esistenza di un'impresa), ricordo la sentenza 10 gennaio 2006, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 249, laddove, relativamente alle nostre fondazioni di origine bancaria, è stato sì ribadito che v'è attività economica in presenza di «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato», ma si è altresì precisato che non vi sarebbe impresa se la relativa attività si limitasse «al versamento di contributi ad enti senza scopo di lucro».

(31) E non soltanto le due attività espressamente contemplate nel d.lgs. n. 9/2008: calcio

denominata nella rubrica dell'art. 24 d.lgs. n. 9/2008 «mutualità per le categorie inferiori», riguardante la sola attività calcistica riconosciuta dal CONI (33).

V'è infine una terza tipologia di mutualità – almeno secondo la terminologia spesso usata per le *collecting societies* (34), denominabile redistributiva (35)– imposta (36), relativa alla ripartizione delle risorse fra i soggetti partecipanti a ciascu-

e pallacanestro.

Secondo me si possono addurre tre prove a sostegno dell'opinione esposta nel testo: a) l'aggettivo «generale» contenuto nella denominazione della FMS; b) la necessaria presenza del CONI nel consiglio di amministrazione della FMS, ossia dell'ente chiamato a promuovere tutti gli sport; c) i commi 4 e 5 dell'art. 23, comma 4, d.lgs. n. 9/2008, laddove si esclude espressamente il calcio dalle attività sportive potenzialmente beneficiarie del finanziamento ivi contemplato, ma non si circoscrivere espressamente dette attività alla pallacanestro, facendo inoltre riferimento ad enti da finanziare («scuole, università, enti locali ed associazioni sportive») che, nel perseguimento dei loro compiti istituzionali, non si limitano certo a promuovere tra le attività sportive la sola pallacanestro.

(32) Come si ricava dall'art. 2, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 9/2008, il quale, nel definire chi sia l' 'organizzatore della competizione', lega necessariamente la competizione alla federazione sportiva (competente per la rispettiva disciplina sportiva) riconosciuta dal CONI.

(33) Dalla stagione sportiva 2010/2011 (comb. disp. artt. 24 e 27, comma 6, d.lgs. n. 9/2008) alla suddetta mutualità deve essere destinata una quota annua non inferiore al sei per cento del totale delle risorse derivante dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi del campionato di calcio di Serie A. Per le prossime due stagioni sportive, invece, ai sensi dell'art. 27, comma 8, d.lgs. n. 9/2008, detta quota sarà stabilita nel 2008 (probabilmente in una percentuale inferiore al quattro per cento del totale delle predette risorse, stante l'*incipit* della disposizione da ultimo citata) con apposita deliberazione adottata con una maggioranza qualificata dall'organizzatore del campionato di calcio di Serie A, ossia dalla LNP.

Una mutualità analoga, sempre imposta *ex lege*, v'è nell'ordinamento transalpino ai sensi dell'art. L333-3, commi 1 e 2, *Code du sport* (nella versione consolidata al 1° maggio 2008): «1. *Afin de garantir l'intérêt général et les principes d'unité et de solidarité entre les activités à caractère professionnel et les activités à caractère amateur, les produits de la commercialisation par la ligue des droits d'exploitation des sociétés sont répartis entre la fédération, la ligue et les sociétés.* 2. *La part de ces produits destinée à la fédération et celle destinée à la ligue [paragonabile ad una nostra Lega; quella corrispondente alla nostra LNP è la *Ligue de Football Professionnel*] sont fixées par la convention passée entre la fédération et la ligue professionnelle correspondante.*».

(34) Come la LNP, il cui regolamento qualifica (all'art. 19, comma 2) come «di natura mutualistica» le risorse derivanti dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi versate dalle singole società professionistiche alla LNP, affinché quest'ultima le distribuisca tra dette società.

(35) La mutualità sopra menzionata – come ricorda D. SARTI, *Collecting societies e mutualità*, cit., spec. pp. 16-18 e 43 s. – è ben diversa dalla mutualità propria delle cooperative. In argomento si legga altresì M. RICOLFI, *Figure e tecniche di gestione collettiva del diritto d'autore e dei diritti connessi*, in *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, a cura di P. Spada, in *Quaderni di AIDA*, n. 16, Milano, 2006, *passim*, ma spec. p. 17 s., il quale evidenzia come divengano recessivi i tradizionali tratti solidaristici delle *collecting societies*, almeno quando questi tratti dipendano soltanto da regole negoziali.

(36) Una mutualità analoga a quella sopra riportata era già imposta a livello negoziale; per una esemplificazione di ciò ricordo l'art. 12, comma 1, statuto FIGC, laddove la FIGC impone alle proprie leghe di distribuire le risorse derivanti dagli accordi di commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi «con modalità perequative che perseguano l'equilibrio competi-

na competizione, disciplinata in generale dall'art. 25 d.lgs. n. 9/2008 e, limitatamente alle risorse del campionato di calcio di Serie A (certamente il più redditizio tra le competizioni regolate dal d.lgs. n. 9/2008), dall'art. 26 d.lgs. n. 9/2008 (37).

Tutte queste doverose destinazioni delle risorse provenienti dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi andrebbero più propriamente definite come forme non già di mutualità (concetto direi basato principalmente su scambi attraverso cui si perseguono interessi soprattutto egoistici dei membri di un dato ente (38)), bensì di solidarietà (concetto direi basato principalmente su atti attraverso cui si perseguono interessi soprattutto altruistici, anche imposti, come nel nostro caso). Il loro comune obiettivo, infatti, è quello di evitare che la ripartizione delle sempre più ricche risorse in parola sia effettuata soltanto in base all'usuale regola di mercato, ritenuta più efficiente, secondo la quale la risorsa ottenuta è proporzionalmente data solo ai produttori della stessa (39), dando così normalmente di più a chi ha già di più (nel nostro caso, le più importanti società calcistiche di Serie A) (40); a questa ripartizione, invece, si vuole far partecipare anche enti che non han-

vo in ciascun campionato, con una quota destinata allo sviluppo delle attività di calcio giovanile delle società partecipanti ai campionati da cui derivano tali ricavi».

Anche in Francia, come in Italia, s'è scelta (seppur in modo più flessibile di quanto previsto nel nostro ordinamento) la via legislativa per imporre una solidarietà tra le squadre professionistiche; così l'art. L333-3, ultimo comma, *Code du sport*, secondo il quale «*les produits revenant aux sociétés leur sont redistribués selon un principe de mutualisation, en tenant compte de critères arrêtés par la ligue et fondés notamment sur la solidarité existant entre les sociétés, ainsi que sur leurs performances sportives et leur notoriété*».

(37) Stante l'incipit dell'art. 27, comma 4, d.lgs. n. 9/2008, la ripartizione delle risorse stabilita nell'art. 26 d.lgs. n. 9/2008 ha valenza definitiva a partire dalla stagione sportiva 2010/2011; la stessa ripartizione è invece regolata dall'art. 27, comma 5, d.lgs. n. 9/2008 fino al giugno 2010.

(38) Il che è oggi evidente per la mutualità più disciplinata nel codice civile: lo scopo mutualistico delle società cooperative (almeno nella ricostruzione fattane da E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, 2006, p. 105 ss.).

Ciononostante, anche nel codice civile – tanto nella sua originaria versione [cfr. art. 2536, ult. cpv., laddove si parlava di destinazione degli utili «a fini mutualistici» (sui quali cfr. E. CUSA, *I ristori nelle società cooperative*, Milano, 2000, p. 86 ss.)], quanto in quella vigente (cfr. art. 2545-*quater*, comma 2, laddove si parla di «fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione» – il termine mutualistico è usato in un'altra accezione, comunque secondaria, volto ad identificare atti attraverso cui si perseguono interessi soprattutto altruistici.

(39) Nel testo parlo di produttore (in senso economico) invece che di titolare (in senso giuridico) della risorsa derivante dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi al fine di descrivere meglio il fenomeno in parola, il quale è caratterizzato tanto da una contitolarietà dei predetti diritti (tra le società sportive professionistiche e le rispettive leghe ai sensi dell'art. 3 d.lgs. n. 9/2008), quanto da una differenziata capacità di produrre tale risorsa tra le predette società.

(40) D. SARTI, *Gestione collettiva di prodotti culturali*, in *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, a cura di P. Spada, in *Quaderni di AIDA*, n. 16, Milano, 2006, p. 34 ss., mette bene in luce come le classiche *collecting societies* di gestione dei diritti d'autore abbiano una funzione di sussidio delle economie più deboli giustificata da considerazioni non tanto di efficienza, quanto di equità.

no prodotto tali risorse o le hanno prodotte in misura minore rispetto a quanto viene loro effettivamente attribuito; in ultima analisi, dunque, questi profili solidaristici nella ripartizione delle risorse derivanti dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi tendono a favorire una crescita armonica dell'intero fenomeno sportivo rappresentato dal CONI.

Questa solidarietà è garantita all'interno dei partecipanti a ciascuna competizione dagli artt. 25 e 26 d.lgs. n. 9/2008, imponendo che una quota significativa delle risorse (almeno il quaranta per cento per le risorse relative al campionato di calcio di Serie A) sia distribuita in modo non già mutualistico (ossia secondo una proporzionalità diretta tra risorse ricevute e proprio contributo per ottenerle), bensì democratico (ossia secondo un'eguaglianza assoluta tra detti partecipanti).

Questa solidarietà è garantita altresì all'interno dell'attività calcistica professionistica (la più ricca tra le attività sportive professionistiche riconosciute dal CONI) dall'art. 24 d.lgs. n. 9/2008, imponendo alle società iscritte ai campionati di calcio di Serie A di destinare una quota delle loro risorse (almeno il sei per cento) alle società iscritte ai seguenti campionati di calcio: Serie B, Lega Pro prima divisione e Lega Pro seconda divisione.

Questa solidarietà è infine garantita all'interno del complessivo fenomeno sportivo riconosciuto dal CONI dall'art. 22 d.lgs. n. 9/2008, costringendo tutte le società sportive professionistiche, tramite le loro Leghe, ad erogare una certa quota (almeno il quattro per cento) delle loro risorse derivanti dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi ad un ente imparziale (la FMS), il quale potrà poi allocare le risorse così ricevute per finalità normalmente altruistiche. Dico solo normalmente altruistiche, o in quanto la FMS può sostenere l'investimento per la sicurezza di impianti sportivi appartenenti alle stesse società sportive professionistiche, o in quanto la FMS deve finanziare lo sviluppo dei settori giovanili delle medesime società (41).

Circa quest'ultima necessaria finalità della FMS è da sottolineare che il legislatore ha trovato una soluzione certo più efficace di quella concepita con l'art. 10, comma 3, l. n. 91/1981, il quale impone alle società sportive professionistiche di prevedere statutariamente «che una quota parte degli utili, non inferiore al 10 per cento, sia destinata a scuole giovanili di addestramento e formazione tecnico-sportiva». In effetti, tale vincolo nella destinazione degli utili viene non di rado disatteso in ragione del fatto che molte delle predette società chiudono l'esercizio contabile senza un utile. La destinazione alla FMS, invece, opera a monte dei costi sostenuti dalle società in parola e, dunque, andrà a ridurre indirettamente l'utile di esercizio risultante dai loro bilanci.

(41) In effetti, il finanziamento volto a sviluppare i «settori giovanili delle società professionistiche» potrebbe avere come indiretti (non essendo membri della FMS) beneficiari le stesse società di calcio contitolari dei diritti audiovisivi da cui originano le risorse, in parte poi destinate alla FMS. Ciononostante, anche in questo caso, il carattere egoistico di questa destinazione patrimoniale dovrebbe essere mitigato dal fatto che la FMS, nel finanziare detti settori giovanili, dovrebbe farlo assegnando le proprie risorse in una logica solidaristica (ossia dando di più a chi ha di meno).

5. Il legislatore speciale non qualifica espressamente la FMS come ente di diritto privato (42), come invece è accaduto in casi analoghi (43).

Ciononostante, per le ragioni che andrò ad illustrare, la FMS è una fondazione (non già di diritto pubblico (44), bensì) di diritto privato (45).

In primo luogo, è ormai pacifico che la natura pubblica o comunque generale degli interessi perseguiti da un ente non imponga la qualificazione pubblicistica di quest'ultimo (46); conseguentemente, il fatto che la FMS deve perseguire interessi generali non comporta la sua necessaria qualificazione come ente di diritto pubblico (47).

In secondo luogo, il patrimonio della FMS è costituito da erogazioni di soggetti

(42) Giustamente A. BARDUSCO, *Fondazioni di diritto pubblico*, in *Digesto, disc. pubbl.*, VI, Torino, p. 392 s., non condivide la tesi di coloro (come alcuni giudici amministrativi) i quali ritengono che non si avrebbero fondazioni di diritto pubblico al di fuori di quelle espressamente qualificate tali dal legislatore; la legge potrebbe infatti qualificare implicitamente un ente come pubblico e comunque la natura pubblicistica dell'ente potrebbe derivare direttamente dalla stessa disciplina legale dell'ente da qualificare.

(43) A titolo esemplificativo, da ultimo, ricordo l'art. 16, comma 1, d.-l. 25 giugno, 112, convertito con modificazioni dall'art. 1 l. 6 agosto 2008, n. 133, il quale qualifica le fondazioni risultanti dalla trasformazione delle università pubbliche come «fondazioni di diritto privato».

(44) Sulla quale cfr. A. BARDUSCO, *op. cit.*, p. 389 ss. Come precisa giustamente A. MALTONI, *Enti pubblici e privati in forma di fondazione: regime giuridico e modalità di intervento nei settori dei servizi alla persona*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 838 ss., non bisogna sovrapporre la nozione (comunitaria) di organismo di diritto pubblico (rilevante in materia di appalti pubblici) a quella di ente pubblico (anche in forma fondazionale), comprendendo la prima anche soggetti di diritto privato.

(45) La FMS, dunque, rappresenta l'ennesimo esempio della recente fortuna del modello fondazionale, relativamente alle scelte sia del legislatore, sia dei privati; sul punto, da ultimo, cfr. G. PONZANELLI, *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, in *NGCC*, 2006, II, p. 420 ss. In generale, sulla distinzione tra ente pubblico e privato il rinvio è d'obbligo a F. GALGANO, *Persone giuridiche*², Bologna-Roma, 2006, in *Comm. del c.c. Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, p. 140 ss.

(46) Il che è bene messo in luce da S. AMOROSINO, *Dalla fondazione alle fondazioni: autonomia privata e funzioni di interesse pubblico*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2008, p. 35 ss., il quale, in proposito, rammenta la categoria amministrativistica degli enti privati di interesse pubblico.

Una prova di quanto asserito nel testo trova innumerevoli conferme testuali nella stessa legislazione, specialmente degli enti senza scopo di lucro; per un esempio tra i tanti ricordo l'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 155/2006 (commentato, tra gli altri, da A. FUSARO, in *La nuova disciplina dell'impresa sociale. Commentario al d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155*, Padova, a cura di M. Vita De Giorgi, 2007, p. 27 ss.), laddove si tratteggia la nozione di impresa sociale nel seguente modo: «possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutte le organizzazioni private [...] che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale, e che hanno i requisiti di cui agli articoli 2, 3 e 4».

(47) Dello stesso avviso è G. MARASÀ, *Natura e funzioni dell'IMAIE*, cit., p. 16, il quale aggiunge che nemmeno se la legge imponesse ad un ente una determinata composizione soggettiva o specifiche finalità (come accade per la FMS rispetto ai membri del consiglio di amministrazione e alle sue finalità istituzionali), si sarebbe costretti a qualificare detto ente come di diritto pubblico.

di diritto privato e la sua attività non comporta alcun aggravio per le finanze dello Stato (48). Dunque, non si può affermare la natura pubblicistica della fondazione in parola sulla base delle risorse grazie alle quali la stessa può esercitare le proprie attività istituzionali.

In terzo luogo, la presenza di enti pubblici nella FMS non attribuisce ad essa natura pubblicistica. In effetti, dopo aver precisato che può esservi un ente privato quand'anche tutti i suoi membri fossero enti di diritto pubblico (49), nel caso di specie la partecipazione del CONI è assolutamente minoritaria, benché tale partecipazione sia stata prevista a garanzia di tutte le attività sportive riconosciute dal CONI.

In quarto luogo, il fatto che la FMS sia singolarmente disciplinata dalla legge, non esclude che possa essere un ente di diritto privato (50).

In quinto luogo, il controllo pubblico sulla FMS, non dovendo accertare come siano state spese risorse pubbliche, si limita a verificare l'effettivo perseguimento degli interessi generali fissati dalla legge; accertamento da effettuarsi sia durante l'esercizio dell'attività istituzionale (mediante il presidente del collegio dei revisori della FMS, designato dal Ministro dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'art. 23, comma 8, d.lgs. n. 9/2008), sia a consultivo (mediante la relazione annuale della FMS, da consegnarsi al Ministro con delega per lo sport e, in determinate situazioni, ai Ministri della pubblica istruzione e dell'università e della ricerca, ai sensi dell'art. 23, comma 5, d.lgs. n. 9/2008). Il controllo amministrativo sulla FMS, dunque, non discende dalla natura pubblicistica dell'ente in parola, bensì dall'interesse della Repubblica a che un soggetto di diritto privato persegua effettivamente e correttamente gli scopi prefissati dalla legge (51).

In sesto e ultimo luogo, la stessa relazione accompagnatoria al d.lgs. n. 9/2008 si riferisce alla FMS definendola «un'apposita fondazione di diritto privato».

Dalla natura privatistica della FMS discendono diverse conseguenze in punto di disciplina, tra le quali mi piace ricordare queste due: la disciplina civilistica delle fondazioni dovrà applicarsi direttamente alla FMS (52), sempre che sia compatibile

(48) Ma, allora, la Corte dei conti non può controllare la gestione finanziaria della FMS ai sensi dell'art. 100, comma 2, Cost.

Sul fatto che quest'ultima disposizione si applica anche agli enti di diritto privato rammento Corte cost., 17-28 dicembre 1993, n. 466 (in tema di società per azioni derivate da enti pubblici economici). Che un soggetto di diritto privato possa essere sottoposto al controllo della Corte dei conti (secondo le modalità previste dalla l. 21 marzo 1958, n. 259) trova, da ultimo, una conferma espressa nell'art. 16 d.-l. n. 112/2008, secondo il quale le fondazioni derivanti dalla trasformazione delle università pubbliche, benché soggetti di diritto privato, sono vigilate dalla Corte dei conti in ragione del loro finanziamento pubblico.

(49) Così A. BARDUSCO, *op. cit.*, p. 394.

(50) Analogamente a quanto è stato previsto per l'IMAIE, ente di diritto singolare, ma di natura privatistica.

(51) Che un penetrante controllo pubblico su un ente non abbia come necessario effetto la natura pubblicistica dell'ente controllato è dimostrato dalla disciplina, ad esempio, delle società cooperative o delle fondazioni di origine bancaria.

(52) La FMS, se invece fosse stata qualificata come una fondazione di diritto pubblico, sarebbe disciplinata sì dalla suddetta disciplina (così, ad esempio, A. BARDUSCO, *op. cit.*, p.

col d.lgs. n. 9/2008; la pubblica amministrazione competente per materia non può introdurre in via regolamentare alterazioni al modello organizzativo previsto dalla legge (53).

La FMS, dunque, quale soggetto di diritto privato, si pone al fianco dell'Istituto per il Credito Sportivo, ente pubblico economico (più precisamente, banca pubblica ai sensi dell'art. 151 t.u.i.b. (54)), al fine di perseguire un comune obiettivo: finanziare e promuovere lo sport italiano.

La FMS, non essendo un ente pubblico, può ambire a beneficiare del trattamento tributario privilegiato concepito per gli enti di diritto privato senza scopo di lucro.

Più precisamente, la FMS, se non può essere qualificata come ONLUS, non essendo in grado di rispettare i requisiti imposti per usare quest'ultima denominazione (55), potrebbe però essere qualificata come ente non commerciale ai sensi dell'art. 73, comma 1, lett. c), d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (testo unico delle imposte sui redditi) (56), nella misura in cui non svolga attività commerciali o le svolga in via secondaria (57).

6. Qualcuno potrebbe sollevare l'incostituzionalità del d.lgs. n. 9/2008 non solo nella parte in cui costringe determinati operatori ad una destinazione altruistica o comunque vincolata delle loro risorse economiche e finanziarie (artt. 22 ss.), ma anche nella parte in cui impone sia la costituzione di un ente gestore di un patrimonio già collettivo (art. 3, comma 1) sia una certa forma organizzativa a tale ente e significative limitazioni alla sua attività erogativa (art. 23).

A mio avviso le predette disposizioni devono ritenersi costituzionalmente legittime, poiché impongono a soggetti privati (società sportive professionistiche, Leghe

390, secondo cui il codice civile contiene «la disciplina comune di tutte le fondazioni»), ma solo in via analogica.

(53) La conseguenza sopra indicata discende dalla presenza nel nostro ordinamento del «generale principio esegetico della piena attuazione dell'autonomia privata [...] nella parte in cui essa non è espressamente limitata dalla legge» (così Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, 1° luglio 2002, n. 1354, con riferimento alle fondazioni di origine bancaria).

(54) Sul suddetto ente pubblico cfr. <http://www.creditosportivo.it>.

(55) Tra i requisiti menzionati nel testo v'è quello di esercitare in via esclusiva [art. 10, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 460/1997] almeno una delle attività tassativamente elencate nell'art. 10, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 460/1997 (su questa disposizione cfr., da ultimo, A. SANTUARI, *Le ONLUS. Profili civili, amministrativi e fiscali*², Padova, 2007, p. 302 ss.) o quello di avere come destinatari di tali attività persone svantaggiate [art. 10, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 460/1997]; se pare difficile che tra le attività svolgibili dalla FMS possa rientrarvi una di quelle indicate nel d.lgs. n. 460/1997, ancora più improbabile è che i destinatari delle attività (diverse da quelle di cui all'art. 10, comma 4, d.lgs. n. 460/1997) della FMS siano persone svantaggiate.

(56) Qualificazione attribuibile anche ad un ente pubblico in forza della disposizione sopra riportata.

(57) Diversamente dalla FMS, la fondazione derivante dalla trasformazione di una università pubblica è qualificata *ex lege* come ente non commerciale ai sensi dell'art. 16, comma 4, d.-l. n. 112/2008.

e FMS) vincoli ragionevoli e giustificabili in ragione dell'attività di interesse generale che costoro esercitano (58).

Più precisamente, se non si dubita della valenza pubblica (o della funzione sociale (59) o del ruolo sociale (60) che dir si voglia) dell'attività sportiva, tanto è vero che v'è un ente pubblico (ai sensi dell'art. 1 d.lgs. n. 142/1999), il CONI, a governarla (61), è legittimo che lo Stato, coadiuvato dai competenti organismi dell'ordinamento sportivo (62), non solo controlli (ai sensi dell'art. 2409 c.c., richiamato dall'art. 13 l. n. 91/1981) l'imprenditorialità (ossia l'esercizio dell'attività almeno secondo il metodo economico (63)) delle società sportive professionistiche, ma imponga anche a queste ultime la ripartizione solidale di una quota di una parte (quella derivante dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi) dei loro ricavi (64).

(58) La disciplina in commento, regolando i soli diritti economici legati allo sport, non si pone nemmeno in contrasto con l'autonomia dell'ordinamento sportivo rispetto all'ordinamento statale (sulla quale cfr., per tutti, M. SANINO - F. VERDE, *Il diritto sportivo*, seconda edizione, Padova, 2008, p. 26 ss.).

(59) Così si è espresso il Consiglio europeo di Nizza del 7, 8 e 9 dicembre 2000 con la *Dichiarazione relativa alle caratteristiche specifiche dello sport e alle sue funzioni sociali in Europa di cui tener conto nell'attuazione delle politiche comuni* (corrispondente all'allegato IV alle *Conclusioni* della Presidenza del predetto Consiglio), in cui si parla sia di «funzione sociale dello sport in seno all'Unione europea», sia di «funzioni sociali, educative e culturali dello sport, che ne costituiscono la specificità, al fine di rispettare e di promuovere l'etica e la solidarietà necessarie a preservarne il ruolo sociale».

(60) In questo modo la Commissione delle Comunità europee nel *Libro bianco sullo sport*, § 3.2, presentato l'11 luglio 2007 [COM(2007) 391 def.]. Su questo documento cfr. ora la risoluzione del Parlamento europeo dell'8 maggio 2008, riportata in *Riv. Dir. Ec. Sport*, 2008/2, p. 123 ss.

(61) Nel senso del testo, in modo inequivoco, l'art. 1 statuto (versione del 26 febbraio 2008) CONI, laddove si precisa che questo ente pubblico, nel disciplinare, regolare e gestire le attività sportive, le intende «come elemento essenziale della formazione fisica e morale dell'individuo e parte integrante dell'educazione e della cultura nazionale».

(62) La FIGC, al fine di esercitare il controllo evocato nel testo sulle società sportive calcistiche ad essa affiliate, si avvale di un organismo tecnico di controllo, denominato Commissione di vigilanza sulle società di calcio professionistiche (COVISOC), ai sensi degli artt. 19, comma 3, e 36 statuto FIGC. Circa il controllo esterno sulle società sportive professionistiche cfr., da ultimo, I. DEMURO, *op. cit.*, p. 356 ss.

(63) Il che – come recenti fatti stanno a dimostrare – non è naturale che accada (sulle inefficienze delle società sportive cfr., da ultimo, D. REGOLI, *Società sportive e quotazioni*, in *RDS*, 2008, p. 338 ss., relativamente alle società sportive con titoli negoziati nei mercati regolamentati e M. NICOLIELLO, *Reddito e capitale nelle società di calcio: la massima serie italiana 1998-2007*, in *Riv. Dir. Ec. Sport*, 2008/2, p. 67 ss., relativamente alle società calcistiche di Serie A). Il controllo esterno evidenziato nel testo, dunque, potrebbe indirettamente spingere dei soggetti privati (le società professionistiche) a non allocare male (come spesso fanno, ad esempio riconoscendo non di rado compensi eccessivi ai loro lavoratori; da segnalare, tuttavia, che i costi corrispondenti a detti compensi sono in diminuzione dal 2003, come rileva M. NICOLIELLO, *op. cit.*, p. 78 ss., analizzando i bilanci delle società calcistiche di serie A) le ingenti risorse provenienti dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi.

(64) Sempre nella già citata *Dichiarazione relativa alle caratteristiche specifiche dello sport e alle sue funzioni sociali in Europa di cui tener conto nell'attuazione delle politiche co-*

Questa solidarietà può essere spiegata osservando i suoi beneficiari finali: le attività sportive meno ricche o le società sportive meno ricche.

Se la solidarietà rivolta alle attività sportive meno ricche (65) o ai campionati inferiori di uno stesso sport (66) vuole garantire principalmente una crescita armonica dell'intero fenomeno sportivo governato dal CONI (67), la solidarietà rivolta alle società sportive meno ricche appartenenti ad uno stesso campionato (68) vuole invece garantire principalmente un'effettiva competizione sportiva tra il più alto numero di squadre di uno stesso campionato (69). Detta competizione, d'altra parte, è a vantaggio delle stesse società sportive (70), poiché mantiene alto l'interesse degli spettatori sull'intero campionato e dunque fa crescere le risorse derivanti dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi; sicché, risponde ad interessi ge-

muni il Consiglio europeo di Nizza ritiene che «le iniziative prese per favorire la messa in comune, ai livelli appropriati e tenuto conto delle prassi nazionali, di una parte degli introiti provenienti» dalla vendita dei diritti televisivi sportivi, «siano positive per attuare il principio della solidarietà tra tutti i livelli di pratica sportiva e tutte le discipline».

(65) Come quando si avesse il trasferimento di risorse dal calcio professionistico all'atletica leggera ai sensi dell'art. 22 d.lgs. n. 9/2008.

(66) Si immagini il trasferimento di risorse (imposto dall'art. 24 d.lgs. n. 9/2008) dalle società di calcio iscritte al campionato di Serie A a quelle iscritte, ad esempio, al campionato Lega Pro seconda divisione.

(67) In senso analogo la relazione accompagnatoria al d.d.l. n. 1496 Camera dei Deputati, XV legislatura [ossia il primo atto col quale iniziò l'iter parlamentare di quella che è poi diventata la l. 19 luglio 2007, n. 106 (*Delega al Governo per la revisione della disciplina relativa alla titolarità ed al mercato dei diritti di trasmissione*), in attuazione della quale è stato infine emanato il d.lgs. n. 9/2008], laddove si precisa che «la destinazione a fini di mutualità generale del sistema sportivo di una quota di tali risorse [quelle derivanti dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi] mira a favorire lo sviluppo del sistema sportivo nel suo complesso».

(68) Solidarietà, quella sopra ricordata, disciplinata, nel caso economicamente più significativo, dall'art. 26 d.lgs. n. 9/2008, relativo alla ripartizione delle risorse del campionato di calcio di Serie A.

(69) Così, espressamente, non solo l'art. 1 l. n. 106/2007 (laddove parla della necessità di garantire «l'equilibrio competitivo dei soggetti partecipanti alle competizioni sportive»), ma anche l'art. 1 d.lgs. n. 9/2008 (con una formulazione corrispondente a quella appena riportata della legge delega); su questa finalità della nuova disciplina cfr. J. FIGUS DIAZ - V. FORTI, *La disciplina antitrust della nuova legislazione sui diritti di trasmissione: quid novi sub sole?*, in *Riv. Dir. Ec. Sport*, 2008/2, p. 29 ss. Più in generale, sull'equilibrio competitivo come una delle tre specificità dello sport europeo cfr. J.L. ARNAUT, *Rapporto Indipendente sullo Sport in Europa 2006*, p. 13 s., scaricabile dal sito www.independentsportreview.com.

(70) Ciononostante, le società sportive più importanti, se ritengono eccessiva la solidarietà imposta nella ripartizione delle risorse derivanti dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi, potrebbero tentare di uscire dagli attuali campionati, facendone dei propri (sugli analoghi rischi presenti per le *collecting societies* nella gestione dei diritti d'autore cfr. D. SARTI, *Gestione collettiva di prodotti culturali*, cit., p. 41), sempre che il diritto statale o quello sportivo consentano l'ipotizzata uscita. In argomento R. PENNISI, *Federazioni e leghe*, cit., p. 20, ritiene non solo che «l'attività di organizzazione dei campionati, basata sulla libertà di iniziativa economica, potrà essere esercitata da qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, affiliata o meno al CONI», ma anche che le società sportive professionistiche saranno libere di associarsi o meno alle Federazioni o alle Leghe riconosciute dal CONI.

nerali (quali, ad esempio, la crescita delle imprese sportive o la salvaguardia della competizione sportiva) questa doverosa ripartizione solidale delle risorse, con la quale si ostacola la naturale disposizione delle società sportive più importanti a diventare oligopoliste; con il rischio, allora, che queste ultime impediscano che si realizzi ciò che invece si intende garantire mediante la disciplina in commento: «la trasparenza e l'efficienza del mercato dei diritti audiovisivi» sportivi (art. 1 d.lgs. n. 9/2008) (71).

Dunque, le solidarietà imposte dagli artt. 22 e 24-27 d.lgs. n. 9/2008 nella ripartizioni delle risorse provenienti dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi possono considerarsi come dei ragionevoli limiti (72), affinché l'attività economica esercitata dalle società sportive professionistiche a squadre sia dalla legge «indirizzata e coordinata a fini sociali» (art. 41, comma 3, Cost.) (73).

Anche l'art. 23 d.lgs. n. 9/2008 non è incostituzionale, nella parte in cui impone non solo la costituzione della FMS, ma anche una serie di vincoli organizzativi e gestionali alla stessa, poiché le finalità solidaristiche perseguite da questo soggetto di diritto privato giustificano la ragionevole compressione dell'autonomia privata realizzata con la predetta disposizione e dunque la previsione di significative limitazioni al c.d. diritto di fondare (indirettamente tutelato dagli artt. 41 e s. Cost. (74)); ragionevole compressione che è già stata legittimamente prevista in molti casi analoghi, anche recenti (75). D'altra parte, la scelta fondazionale nel caso di specie è coerente col fatto che la disciplina della FMG è incentrata sulla destinazione a specifiche finalità di un dato patrimonio.

7. La FMS non solo è un ente di diritto privato, ma è anche espressamente designata dal legislatore come fondazione.

Questa designazione, non potendo essere obliterata dall'interprete, vincola quest'ultimo nell'individuazione delle norme da applicare alla FMS, quando la sua espressa disciplina non contiene un'apposita norma. Alla FMS cioè, in ragione della sua designazione come fondazione, si applicano direttamente non soltanto le norme espressamente concepite per essa nel d.lgs. n. 9/2008, ma anche le norme proprie

(71) Si potrebbe perciò dire che le norme imperative in commento si giustificerebbero per correggere i fallimenti del mercato sportivo.

(72) Anche sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale, come si ricava leggendo R. NIRO, in *Commentario alla Costituzione* a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, Assago, 2006, p. 858.

(73) In senso analogo la relazione accompagnatoria al d.d.l. n. 1496, cit., nella parte in cui verifica la compatibilità del predetto disegno con le norme costituzionali.

Secondo R. PENNISI, *op. loc. ult. cit.*, all'attività sportiva esercitata in modo imprenditoriale si applicano i limiti più stringenti (rispetto a quelli dell'art. 18 Cost.) dell'art. 41, comma 2, Cost.

(74) Così M. BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., pp. 51 e 100.

(75) Penso, ad esempio, ai forti vincoli imposti alle fondazioni di origine bancaria dal d.lgs. n. 153/1999 (rispetto alle quali, nello stesso senso del testo, cfr. A. ONANO, *La natura delle fondazioni di origine bancaria*, Napoli, 2005, p. 94) o alle imprese sociali dal d.lgs. n. 155/2006.

della fondazione di diritto comune (corrispondenti, essenzialmente, a quelle contenute nel codice civile e nel d.P.R. n. 361/2000) (76). Ovviamente, però, il diritto comune disciplina la FMS solo in quanto il d.lgs. n. 9/2008 taccia sul punto da regolare e il diritto comune sia compatibile con tale decreto (77).

La FMS può dunque qualificarsi come fondazione di diritto singolare (e non di diritto speciale), poiché la relativa disciplina non solo vale (non già per una classe di soggetti (78), bensì) per un solo soggetto, ma si differenzia anche dalla disciplina comune delle fondazioni, la quale sarebbe altrimenti applicabile integralmente in assenza dell'apposita regolamentazione contenuta nell'art. 23 d.lgs. n. 9/2008 (79).

Per ricostruire la disciplina singolare della FMS occorre partire dai pochi frammenti contenuti nel d.lgs. n. 9/2008.

Iniziando dalla costituzione di questa fondazione, si può pianamente affermare che il d.lgs. n. 9/2008 prevede una disciplina per un soggetto inesistente prima di questo decreto; sicché la FMS corrisponde ad una fondazione legale (e non legificata (80)) (81).

Da una prima lettura del d.lgs. n. 9/2008 si potrebbe ritenere che la FMS diventi un autonomo soggetto di diritto dal quindicesimo giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto in parola, ossia con l'entrata in vigore di quest'ultimo. In effetti, una tale conclusione parrebbe discendere dal dettato dell'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 9/2008, laddove dispone che è «istituita» la FMS; dunque, la stessa sarebbe da qualificare come una fondazione legale coattiva (esistente cioè grazie ad un atto d'imperio del legislatore) (82). Questa conclusione,

(76) La suddetta designazione, quindi, ha una portata normativa analoga a quella della seguente disposizione: «per quanto non previsto dalla legge di delega e dal presente decreto, alle fondazioni [di origine bancaria] si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 12 e seguenti e 2501 e seguenti, del codice civile» (art. 29 d.lgs. n. 153/1999).

(77) Similmente, circa le società legali, C. IBBA, *Gli statuti singolari*, cit., pp. 600 ss. e 674 ss.

(78) Come avviene, relativamente alla forma fondazionale, per le fondazioni di origine bancaria o per gli enti musicali di cui al d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367 (*Disposizioni per la trasformazione degli enti che operano nel settore musicale in fondazioni di diritto privato*); su questi ultimi cfr. G. MARASÀ, *Fondazioni, privatizzazioni e impresa: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato*, in G. MARASÀ, *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni. Scritti*, Padova, 2005, p. 189 ss.

(79) Sull'analogo fenomeno delle società di diritto singolare il rinvio è d'obbligo a C. IBBA, *Gli statuti singolari*, cit., p. 523 ss.

(80) Ossia mediante imposizione di una nuova disciplina ad un ente già esistente, come è avvenuto per gli enti lirici (obbligati a trasformarsi da enti pubblici in fondazioni di diritto privato ai sensi dell'art. 1 d.lgs. n. 367/1996) o per l'IMAIE (al quale l'art. 4, comma 2, l. n. 93/1992 ha imposto di passare da associazione non riconosciuta ad una riconosciuta).

(81) Al fine di descrivere la FMS si potrebbe denominarla anche 'fondazione di origine pubblica'; termine, quest'ultimo, coniato dai giuspubblicisti (qui rappresentati da G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 573 ss.) per descrivere il sempre più ampio ricorso alle fondazioni di diritto privato come strumenti diretti alla soddisfazione di interessi generali e collettivi alternativi ai tradizionali moduli di intervento pubblico.

(82) Il suddetto termine e quello che andrò tra breve ad usare (costituzione obbligatoria)

però, non mi convince principalmente in ragione della natura privatistica della FMS. In effetti, se è vero che una fondazione di diritto privato (diversamente da un'associazione o da una società) non può non avere una personalità giuridica (83) e che quest'ultima si acquista con l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche di cui all'art. 3 d.P.R. n. 361/2000, allora la FMS non è nata il 16 febbraio 2008, poiché nel d.lgs. n. 9/2008 mancano norme singolari capaci di derogare queste due regole di diritto comune e dunque di prevedere la costituzione della FMS come fondazione non riconosciuta.

La FMS è però una fondazione legale obbligatoria, atteso che il legislatore individua quanto è necessario per far sorgere il dovere di costituzione dell'ente in parola (84). Innanzi tutto fissa implicitamente chi siano gli obbligati – direi, almeno la LNP (85), essendo l'unico soggetto che deve destinare delle risorse alla costituenda FMS (86) – e poi determina i requisiti minimi (e non solo) del costituendo ente: la sua denominazione, le regole per determinarne il patrimonio (artt. 22, comma 1, e 27, comma 7, d.lgs. n. 9/2008) e, soprattutto, il vincolo di destinazione di tale patrimonio (art. 23, comma 1, d.lgs. n. 9/2008). Dall'art. 23, comma 3, d.lgs. n.

sono mutuati da C. IBBA, *Gli statuti singolari*, cit., p. 534 ss.

(83) Non potendosi considerare l'art. 23 d.lgs. n. 9/2008 come un'eccezione (pur implicita) alla regola della generale inammissibilità delle fondazioni non riconosciute (regola, quella appena ricordata ritenuta vigente anche da F. GALGANO, *op. cit.*, p. 434, dopo il d.P.R. n. 361/2000). Per l'opposta tesi, secondo la quale la fondazione non riconosciuta sarebbe una figura giuridica generalmente ammissibile nel nostro ordinamento, cfr. M. MAGGIOLO, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, p. 1147 ss., il quale basa la sua opinione specialmente sul nuovo art. 2645-ter c.c.; quest'ultima tesi non è però condivisibile, essendo basata su una disposizione (l'art. 2645-ter c.c. appunto) che disciplina un atto di destinazione da cui non nasce un nuovo soggetto (sul punto cfr., da ultimo, U. STEFINI, *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo articolo 2645 ter c.c.*, in *Giur. it.*, 2008, spec. pp. 1824-1828).

(84) Un discorso analogo è condotto da C. IBBA, *op. cit.*, p. 543 ss., relativamente alle società legali obbligatorie.

(85) Certamente soggetto di diritto privato, essendo un'associazione disciplinata dal codice civile. Non si condivide pertanto la tesi di C. IBBA, *op. cit.*, 560-562, relativamente alle società legali (ma lo stesso ragionamento potrebbe essere esteso alle fondazioni legali), secondo la quale sarebbe incostituzionale per contrasto con l'art. 41 Cost. la legge che vincolasse un soggetto di diritto privato a diventare socio di esse, dovendo così essere solo di diritto pubblico i soci necessari di queste società. A mio parere, invece, la legge può imporre ai privati anche l'ingresso in enti (di diritto pubblico o privato), a condizione che tali vincoli siano ragionevoli e giustificabili in ragione dell'attività di interesse generale che i privati esercitano. A riprova che la legge può legittimamente imporre all'autonomia privata una certa volontà negoziale ricordo il fenomeno dei consorzi obbligatori, quali, ad esempio, quelli costituenti gli obbligatori sistemi di garanzia tra banche (normalmente in forma di consorzi di natura contrattuale, ma potrebbero essere in futuro anche in forma di società consortili) ai sensi dell'art. 96 TUB.

(86) Dall'art. 23, comma 7, d.lgs. n. 9/2008 pare infatti ricavarsi che l'applicazione graduale del principio di mutualità generale è nel senso non solo che alla FMS può essere destinato meno del 4% delle risorse derivanti dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi, ma anche che detta eterodestinazione valga non già per tutti gli organizzatori della competizione ai sensi del decreto in parola, bensì per uno solo di essi (ossia, per la LNP).

9/2008 si ricava che la FMS doveva essere costituita entro il 16 agosto 2008 (87). Ad oggi (88), tuttavia, detto ente non è stato ancora costituito. Questa costituzione dovrà però al più tardi avvenire, allorquando si dovrà destinare alla FMS una quota delle risorse, incassate dalla LNP, derivanti dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi relativi alla stagione sportiva 2008/2009; quota, quella appena ricordata, che sarà determinata dalla stessa LNP con un'apposita deliberazione (art. 23, comma 7, d.lgs. n. 9/2008).

Qualora la LNP non costituisse la FMS entro il termine sopra individuato (89), ritengo che la FMS potrebbe comunque essere costituita in esecuzione di una sentenza ai sensi dell'art. 2932 c.c., analogamente a quanto si è già sostenuto per le società obbligatorie (90). In effetti, se questa disposizione è applicabile anche all'obbligo di stipulare un atto unilaterale ai sensi dell'art. 1324 c.c.; se l'obbligo di stipulare detto atto può discendere da una fonte non solo negoziale ma anche legale, come si ricava pianamente dal dettato dell'art. 2932, comma 1, c.c.; se l'art. 22 d.lgs. n. 9/2008 individua in modo sufficientemente determinato sia il contenuto dell'atto da stipulare (tanto è vero che si ha una fondazione obbligatoria nel caso di specie), sia il soggetto obbligato a stipulare (ovvero la LNP, l'unico ente tenuto dalla legge a destinare una parte del proprio patrimonio alla costituenda FMS), sia il gruppo di soggetti (non già parti dell'atto costitutivo in qualità di cofondatori, bensì solo) direttamente interessati (anche in ragione della loro necessaria qualità di designatori di amministratori della FMS) all'adempimento dell'obbligo di stipulare (ovvero il CONI, la FIGC, la FIP e la Lega Società di Pallacanestro - Serie A) e dunque legittimati ad agire contro l'obbligato (91); allora almeno uno di questi ultimi soggetti potrà adire il tribunale competente per territorio al fine di ottenere la sen-

(87) La frase «statuto da emanarsi» contenuta nella disposizione sopra citata è dunque scorretta, poiché, da un lato, non si emana un atto di autonomia negoziale e, dall'altro, sarebbe stato meglio parlare di atto costitutivo, anche se può certamente accadere nelle fondazioni (come nelle società, anche quelle ove la legge non parla espressamente di statuto) che le relative regole organizzative siano contenute non solo in detto atto, ma anche in un suo allegato (ossia, appunto, nello statuto).

(88) Ovvero, il 10 novembre 2008, corrispondente alla data in cui ho corretto le bozze del presente scritto.

(89) Il che potrebbe forse determinare la reazione della FIGC, la quale ha demandato alla LNP l'organizzazione dei campionati di calcio di Serie A e di Serie B, dai quali originano i diritti audiovisivi, la cui commercializzazione genera risorse finanziarie da destinarsi parzialmente alla FMS. In effetti, il Consiglio federale della FIGC (da notarsi, per legge associazione riconosciuta di diritto privato) ha il potere di «dichiarare la decadenza dei dirigenti responsabili di una Lega, per gravi motivi che impediscano il regolare o normale svolgimento delle attività ad essa demandate ovvero in caso di gravi irregolarità o violazioni che ne impediscano il funzionamento. La Lega interessata provvede secondo le norme del proprio regolamento alla immediata sostituzione dei dirigenti decaduti. In caso di mancata sostituzione nel termine indicato, il Consiglio federale nomina un Commissario straordinario o un Commissario ad acta, fissandone i poteri e i limiti di durata» (art. 9, comma 9, statuto FIGC).

(90) Così C. IBBA, *op. cit.*, p. 578 ss.

(91) Circa l'analoga questione relativa alla legittimazione ad agire *ex art.* 2932 c.c. (al fine di costituire mediante sentenza una società legale) riconosciuta a soggetti che non potranno essere tra i soci fondatori di detta società cfr. C. IBBA, *op. cit.*, p. 583.

tenza sostitutiva dell'atto costitutivo della FMS, da attuarsi poi domandando al competente prefetto il riconoscimento della personalità giuridica alla FMS ai sensi del d.P.R. n. 361/2000 (92).

La disciplina relativa alla costituzione della FMS, nel silenzio del d.lgs. n. 9/2008, si ricaverà da quella delle fondazioni di diritto comune; dunque, l'esistenza dell'ente in parola si avrà al termine di un procedimento a formazione progressiva, quale è quello volto al riconoscimento della personalità giuridica: in primo luogo il suo atto costitutivo dovrà essere redatto nella forma dell'atto pubblico (art. 14, comma 1, c.c.) (93) ed avere un contenuto conforme con l'art. 16 c.c. e il d.lgs. n. 9/2008; in secondo luogo dovrà essere presentata la domanda di riconoscimento alla prefettura nella cui provincia (non necessariamente quella di Roma) sarà stabilita la sede dell'ente (art. 1, comma 2, d.P.R. n. 361/2000) (94); in terzo e ultimo luogo, se manchino ragioni ostative all'iscrizione o non sia necessario integrare la documentazione presentata, il prefetto la iscriverà nel registro delle persone giuridiche e così acquisterà la personalità giuridica (art. 1, comma 1, d.P.R. n. 361/2000). Da notare che il prefetto, nel vagliare l'esistenza delle condizioni legali per il riconoscimento della personalità giuridica, è tenuto a valutare l'adeguatezza del patrimonio della FMS rispetto alla realizzazione delle sue finalità istituzionali (art. 1, comma 3, d.P.R. n. 361/2000); dunque, gli enti fondatori della FMS non godono di un'illimitata libertà nel determinare il patrimonio minimo iniziale dell'ente in parola, come lascerebbe intendere una lettura asistemica dell'art. 27, comma 7, d.lgs. n. 9/2008; certamente, comunque, detto patrimonio dovrà corrispondere almeno alla quota di risorse che la LNP avrà deciso di destinare alla FMS ai sensi della predetta disposizione.

La FMS, una volta costituita, sarà regolata dal diritto comune delle fondazioni (95), salvo alcune deroghe derivanti dalla sua specifica disciplina. Tra queste dero-

(92) In generale, per un commento del d.P.R. n. 361/2000, cfr. M.V. DE GIORGI, G. PONZANELLI, A. ZOPPINI, *Il riconoscimento delle persone giuridiche*, Milano, 2001.

(93) Naturalmente, salvo che l'atto costitutivo corrisponda alla sentenza di cui all'art. 2932 c.c.

(94) In mancanza della presentazione della suddetta domanda da parte dei rappresentanti della FMS ai sensi dell'art. 1, comma 2, d.P.R. n. 361/2000, provvederà al riconoscimento il prefetto d'ufficio. In effetti, una volta osservato che il notaio è tenuto a denunciare al prefetto sia l'atto costitutivo di fondazione da lui rogato, sia il testamento disponente una fondazione, entro trenta giorni dalla stipulazione dell'atto costitutivo o dalla pubblicazione del relativo testamento (art. 3, comma 1, disp. att., c.c.), ritengo che dalla regola espressa di cui all'art. 1, comma 7, d.P.R. n. 361/2000 («il riconoscimento delle fondazioni istituite per testamento può essere concesso dal prefetto, d'ufficio, in caso di ingiustificata inerzia del soggetto abilitato alla presentazione della domanda») potrà ricavarsi analogicamente la regola inespresa, secondo la quale, in caso di ingiustificata inerzia del fondatore o dei suoi rappresentanti, il prefetto, grazie alle informazioni ottenute ai sensi dell'art. 3, comma 1, disp. att., c.c., potrà riconoscere d'ufficio la fondazione. Dunque, diversamente da quanto è previsto per le società (art. 2330, comma 1, c.c.), nel procedimento di costituzione delle fondazioni il notaio non è autonomamente legittimato a domandare l'iscrizione a seguito della quale l'ente acquista la personalità giuridica.

(95) Ad esempio, all'organo amministrativo della FMS si applicheranno gli artt. 18 s. c.c.

ghe mi piace ricordarne tre: a) la FMS, quand'anche rispettasse il procedimento di cui all'art. 2 d.P.R. n. 361/2000, non potrà modificare il proprio statuto (96), prevedendo od organi diversi da quelli espressamente previsti ai sensi dell'art. 23, comma 6, d.lgs. n. 9/2008, o una composizione soggettiva del consiglio di amministrazione e del collegio dei revisori diversa da quella imposta dall'art. 23, commi 7 e 8, d.lgs. n. 9/2008 (97); b) la FMS non potrà trasformarsi in un altro ente né potrà proporre al prefetto competente per territorio la propria estinzione a seguito di una corrispondente deliberazione del consiglio di amministrazione (98); c) la FMS, stante l'imposto suo scopo di pubblica utilità, non potrà autonomamente modificare la destinazione del proprio patrimonio, prevedendo finalità diverse da quelle originarie ed esclusive di cui all'art. 22, comma 1, d.lgs. n. 9/2008, né potrà farlo lo stesso prefetto competente per territorio.

Nel concludere il presente scritto, dopo aver inquadrato la disciplina della FMS, posso qualificare la stessa come fondazione (non già anomala, bensì) speciale (99), atteso che per integrare la relativa fattispecie è necessario rispettare dei pre-

relativi alla responsabilità degli amministratori e alle limitazioni del potere di rappresentanza.

(96) Naturalmente, la FMS potrà invece modificare il proprio atto costitutivo, ogniqualvolta detta modifica non contrasti con il d.lgs. n. 9/2008; più in generale, circa l'analogo fenomeno delle modificazioni statutarie delle società legali cfr. C. IBBA, *op. cit.*, p. 620 ss., il quale tra l'altro avverte che, tra le norme legali dell'ente singolare, bisogna distinguere quelle imperative da quelle dispositive.

(97) Mentre il collegio dei revisori non può non essere composto da tre membri (tutti revisori contabili), coordinati dal presidente del collegio designato dal Ministro dell'economia e delle finanze e nominato dal consiglio di amministrazione della FMS, il consiglio di amministrazione deve essere composto da almeno dodici membri, i primi indicati nell'atto costitutivo e i successivi nominati dal consiglio di amministrazione su designazione del CONI, delle Federazioni e delle Leghe a cui si applica il d.lgs. n. 9/2008. Circa quest'ultimo organo, se è composto da dodici membri, la sua composizione soggettiva deve corrispondere esattamente a quella prevista dal primo periodo del settimo comma dell'art. 23 d.lgs. n. 9/2008 e dunque i suoi componenti devono essere designati dai seguenti enti: sei (di cui uno con funzione di presidente del consiglio) dalla LNP (ossia dal maggior apportatore di risorse alla FMS), tre dalla FIGC, uno dalla FIP, uno dalla Lega Società di Pallacanestro - Serie A e uno dal CONI.

(98) Nemmeno il prefetto potrebbe disporre d'ufficio l'estinzione della FMS ai sensi del comb. disp. artt. 27 c.c. e 6 d.P.R. n. 361/2000, dovendosi ritenere detta decisione di spettanza esclusiva del legislatore. Stante l'ampiezza delle finalità istituzionali della FMS, mi risulta difficile immaginare che la FMS possa comunque estinguersi «quando lo scopo è stato raggiunto o è divenuto impossibile» (art. 27, comma 1, c.c.); sicché, direi che l'estinzione della FMS si avrebbe solo a seguito di un atto autoritativo di segno opposto a quello che ha costretto determinati soggetti a costituire la fondazione in parola. Sull'analogo problema dello scioglimento della società legale cfr. C. IBBA, *op. cit.*, p. 625 ss.

(99) La suddetta terminologia è mutuata dalla dottrina commercialistica (qui rappresentata da G. MARASÀ, *Le società. Società in generale*², in *Tratt. di dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, p. 276 s.) che l'ha usata per distinguere le società anomale dalle società speciali.

Un tratto di specialità della FMS rispetto alla fondazione di diritto comune è certamente dato dall'origine del patrimonio della prima, il quale non è costituito soltanto dall'apporto effettuato dal fondatore al momento della sua costituzione, ma anche da periodiche erogazioni ad opera degli organizzatori di competizioni sportive (sul punto rimando al § 1).

supposti aggiuntivi a quelli della fattispecie fondazionale base (formata, essenzialmente, almeno secondo i più (100), dalla destinazione di un patrimonio ad uno scopo non lucrativo attraverso lo svolgimento di un'attività mediante un'organizzazione di tipo reale); dunque, il diritto singolare della FMS, attraverso cui si è imposto ad un ente di diritto privato significative restrizioni funzionali e strutturali, non preclude di considerarla come una fondazione (101); il che conferma l'applicazione diretta alla FMS della disciplina comune delle fondazioni, in quanto compatibile con la disciplina singolare della FMS.

(100) Qui rappresentati da M. VITA DE GIORGI, *Fondazioni bancarie e linee evolutive della disciplina comune*, in *Le fondazioni bancarie* a cura di G. Ponzanelli, Torino, 2005, p. 72.

(101) Similmente C. IBBA, *Gli statuti singolari*, cit., p. 693 ss., circa le società di diritto singolare, le quali sono anche società speciali, se il loro diritto singolare non ha un contenuto tale da mutarle in enti non riconducibili alla fattispecie societaria base.