

Aristide Police

Fondazioni bancarie, imprese strumentali e diritto amministrativo

(doi: 10.7390/29353)

Aedon (ISSN 1127-1345)

Fascicolo 1, giugno 2009

Ente di afferenza:

()

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.
Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Aedon



Rivista di arti e diritto on line

quadrimestrale diretto da Marco Cammelli

numero 1, 2009, Issn 1127-1345

[home](#) [indice](#) [ricerca](#) [risorse web](#)

Fondazioni di origine bancaria e imprese strumentali nel settore dei beni e delle attività culturali

Fondazioni bancarie, imprese strumentali e diritto amministrativo [[*\]](#)

[Foundations, instrumental enterprises and administrative law]

di [Aristide Police](#)

Sommario: [1. L'occasione dello studio ed il suo metodo.](#) - [2. Fondazioni bancarie ed imprese strumentali nei fatti: attività ed organizzazione.](#) - [3. Il rapporto tra Fondazioni bancarie ed attività di impresa.](#) - [4. I limiti derivanti dal diritto pubblico alla organizzazione delle Fondazioni e delle imprese strumentali: ragionevolezza e buona fede.](#) - [5. Segue: I limiti relativi all'attività di Fondazioni ed imprese strumentali.](#) - [6. Segue: I rapporti tra Fondazioni, imprese strumentali e beneficiari degli interventi.](#) - [7. I limiti procedurali all'attività negoziale.](#) - [8. Qualche conclusione.](#)

1. L'occasione dello studio ed il suo metodo

L'invito ad un recente incontro di studi [[1](#)], ha sollecitato l'interrogativo da cui è tratto il titolo di questo breve lavoro: perché approfondire sotto la lente d'osservazione del diritto amministrativo un tema, quello delle Fondazioni bancarie e delle loro imprese strumentali, che apparentemente (e per molti versi sostanzialmente) è oggetto della disciplina di diritto comune ed è regolato dal diritto privato per taluni profili [[2](#)], dal diritto tributario per altri [[3](#)] e dal il diritto comunitario per altri ancora? [[4](#)]. Perché, insomma, un approfondimento di diritto amministrativo? [[5](#)].

A prima vista si potrebbe immaginare che l'invito all'approfondimento sotto tale angolo visuale trovi la sua giustificazione nell'evoluzione della giurisprudenza amministrativa che ha affermato l'applicabilità della disciplina dell'evidenza pubblica ad alcuni contratti stipulati dalle Fondazioni bancarie [[6](#)].

E' ormai ben noto infatti l'indirizzo giurisprudenziale inaugurato da una sentenza del Tar del Lazio (confermata dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale): un indirizzo molto considerato e giustamente apprezzato e valutato. Pur essendo tale orientamento fondato su pronunce ancora isolate e lungi dal presentarsi come un insegnamento giurisprudenziale consolidato, non si può ignorare il fatto che si tratta di una posizione mediata, peraltro da un Tribunale amministrativo di particolare esperienza e di amplissima competenza giurisdizionale, per di più deliberata da un Collegio assai autorevolmente presieduto da Pasquale De Lise [[7](#)].

Non si tratta di una "normale" sentenza: è una sentenza che, per quanto sbagliata - e più avanti si cercherà di illustrarne il perché - appare comunque oggettivamente significativa.

E tuttavia, la sollecitazione di un attento studioso del diritto amministrativo come Marco Cammelli ad approfondire il tema con una prospettiva più ampia (e comunque non limitata ai soli profili dell'evidenza pubblica nell'ambito dell'attività contrattuale di Fondazioni ed imprese strumentali), ha consigliato a chi scrive un lavoro di ricerca e di studio più ampio, pur se inevitabilmente astratto. La speranza di concretizzare questo studio in occasione del Seminario per il quale esso era sollecitato, del resto, trovava alimento nella previsione di una Sessione seminariale iniziale dedicata alle concrete esperienze degli operatori impegnati nelle imprese strumentali delle Fondazioni bancarie, ed in particolare di quelle impegnate nel settore dei beni e delle attività

culturali [8].

Tale speranza, che puntualmente ha trovato inveramento, era il frutto di quanto appreso in un antico corso universitario frequentato ormai più di vent'anni orsono e dedicato alla *Metodologia dell'analisi casistica*, un corso introdotto da Gino Gorla, un non dimenticato Maestro della *Case Law*: Proprio attraverso i casi concreti che gli esponenti delle imprese strumentali delle Fondazioni bancarie hanno presentato nella prima sessione del Seminario Acri [9], si è cercato di ricostruire l'angolo prospettico e le possibili applicazioni del diritto amministrativo in questo settore.

L'impressione generale che emerge dai vari contributi di esperienza portati dagli esponenti di Fondazioni e di imprese strumentali può essere ben sintetizzata dall'immagine di un affresco a grottesche affollato, senza apparente razionalità, da una ampia gamma di figure mitologiche di ispirazione pompeiana, un insieme di figure molto strane, difficili da descrivere, da collegare le une alle altre e da razionalizzazione e ricondurre a sistema [10].

2. Fondazioni bancarie ed imprese strumentali nei fatti: attività ed organizzazione

Non si ha certo la pretesa di ricondurre l'esperienza casistica al rigore geometrico, ma occorre portare un po' di ordine in quello che si è sentito. E il tema su cui appunto pare essenziale cercare di trarre delle conclusioni sotto il profilo prospettico del diritto amministrativo è, da un lato, il tema della organizzazione - lo ricordava lo stesso Marco Cammelli nella introduzione al Seminario - e, dall'altro, il tema dell'attività.

E' in questi due ambiti che si rinvengono gli indici rivelatori della natura delle cose e del conseguente regime giuridico ad esse applicabile: della natura speciale dell'organizzazione o dell'attività di Fondazioni o imprese strumentali e del regime speciale loro applicabile in deroga al diritto comune.

In questo la prospettiva del diritto amministrativo può essere rilevante: nell'offrire gli strumenti concettuali ed il metodo per rilevare i profili di specialità della disciplina applicabile alle Fondazioni bancarie ed alle sue imprese strumentali, rispetto al regime generale desumibile dalla disciplina civilistica in materia di Fondazioni e in materia di attività d'impresa.

Dai contributi di esperienza portati dagli operatori del settore è emersa una molteplicità di indicazioni importanti in materia di attività e di organizzazione.

Sono state rappresentate esperienze, fatti.

Gabriele Escalar nella sua relazione sui profili di diritto tributario [11] ha illustrato come i tributaristi si occupino sostanzialmente del fatto, ma in realtà anche gli amministrativisti si occupano del fatto ed anzi, negli studi svolti proprio in materia di fondazioni, ci si può incredibilmente imbattere in un articolo di Paolo Ferro-Luzzi, in cui si afferma che anche i civilisti ed i commercialisti, in questa materia, non si occupano del diritto, ma del fatto, perché le Fondazioni da un lato, e l'impresa dall'altro, sono fatti [12].

Quello che è stato illustrato dagli esponenti del mondo delle Fondazioni e delle loro imprese strumentali di esse, è esattamente questo, una serie di fatti di organizzazione ed esperienze di attività, piuttosto che la astratta definizione di istituti giuridici o astratte relazioni organizzative. Le parole di Ferro-Luzzi, spese per un ambito disciplinare quale il diritto commerciale che è molto specialistico, o quelle che analogamente sono state riprese per il diritto tributario, dimostrano una difficoltà di inquadramento di questi fatti e di riconduzione dei medesimi a categorie ben definite.

E ciò vale per entrambi i termini del nostro discorso: da un lato, le Fondazioni di origine bancaria e, dall'altro, le imprese strumentali. Per esse una ricostruzione casistica è il solo metodo che consente di giungere a qualche risultato di sintesi; ma ovviamente quello che in queste pagine viene ad esser seguito è un percorso ricostruttivo suscettibile di ampia critica, in quanto fortemente opinabile.

Quanto all'attività, la casistica ci porta a concentrare l'attenzione su due tipi di rapporto. In primo luogo, il rapporto che si pone tra le Fondazioni e l'attività d'impresa. In secondo luogo, il rapporto fra le Fondazioni e le attività che non sono di impresa. Quanto al profilo dell'organizzazione, invece, l'esperienza ci porta a differenziare i modelli organizzativi per la gestione di quella che è tipica attività d'impresa ed i modelli organizzativi per la gestione di attività che non possono dirsi tipicamente imprenditoriali [13]. Su questo parallelo binario occorrerà far correre l'approfondimento.

3. Il rapporto tra Fondazioni bancarie ed attività di impresa

Occorre quindi approfondire, anche alla luce delle esperienze di cui si è fatto tesoro, il rapporto tra Fondazioni ed attività d'impresa.

Le modalità attraverso le quali le Fondazioni svolgono attività d'impresa - lo si è visto ad esempio con riguardo all'esperienza della Fondazione di Venezia - possono essere le più varie: attività d'impresa diretta, attività d'impresa indiretta a mezzo di imprese strumentali, attività di impresa sempre indiretta ma a mezzo di imprese che si potrebbero definire "funzionali", cioè a mezzo di quelle forme di partecipazione senza controllo che, ad avviso di chi scrive, non è un'attività del tutto libera in quanto generatrice di reddito capace di essere ricondotta in ogni caso alla libera scelta della Fondazione.

Il seminario che ha occasionato questo studio apparentemente si sarebbe dovuto limitare all'attività di impresa indiretta a mezzo di imprese strumentali. Questo era il tema che era stato assegnato e di cui si trova disciplina nell'[art. 6 del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153](#). In realtà, però, il tema prescelto si innesta in un contesto molto più ampio che rende poco utile un approfondimento che si limiti all'impiego delle sole imprese strumentali, come disciplinate dall'art. 6 citato. Ciò, si badi, per due ordini di ragioni.

In primo luogo, come hanno dimostrato i contributi di esperienza portati dagli esponenti delle Fondazioni bancarie, ci si avvede che esiste una cospicua dimensione di attività d'impresa non strumentale, che risulta caratterizzata non dal controllo, ma dal collegamento funzionale di cui all'art. 7, comma 1, del d.lg. 153/1999, e talvolta è più significativa dell'attività strumentale.

In secondo luogo - e questo lo segnalava anche Mario Nuzzo nella sua relazione - è molto difficile distinguere, o tracciare una linea di confine precisa, tra quell'attività che può essere svolta in forma diretta dalle Fondazioni e quella che deve esser svolta in forma indiretta a mezzo di una impresa strumentale, ovvero, ancora, in forma indiretta attraverso un modello che non è quello societario, ma è quello della Fondazione-impresa.

Come si vede, quindi, dal punto di vista organizzativo si prospetta una pluralità di soluzioni possibili. Quale è allora il compito dello studioso del diritto pubblico e, in particolare, del diritto amministrativo? Il suo compito è essenzialmente quello di individuare dei limiti al ricorso dei diversi modelli organizzativi, limiti imposti dal rispetto di interessi pubblici o collettivi.

Ma perché individuare dei limiti? Ci si rende ben conto che si tratta di una gran fatica e che si tratta di una fatica anche "odiosa", almeno rispetto all'esaltazione dell'autonomia - lo ricordava Marco Cammelli nella sua introduzione - di cui sono espressione le Fondazioni: è evidente infatti che porre il tema dei limiti e postularne l'esistenza e l'imperatività implica una restrizione dell'autonomia di ciascuna Fondazione. E ciò anche in considerazione del fatto che, ad oggi, le Fondazioni e le loro imprese strumentali hanno operato ipotizzando l'assenza di limiti di sorta.

Il tema della eventuale sussistenza di limiti pubblicistici all'attività di impresa di cui si discorre è stato sempre ignorato forse per quella sostanziale immunità da controlli che ha caratterizzato l'operato di questi soggetti. Le Fondazioni, infatti, rispetto alle loro attività strumentali, sono state caratterizzate da un regime di vigilanza - per quanto riguarda lo svolgimento dell'attività d'impresa, strumentale o non strumentale - sostanzialmente poco significativo [14]. Nella limitata esperienza di chi scrive, ad esempio, non si è mai avuto modo di imbattersi in un solo provvedimento autoritativo di vigilanza che avesse imposto conseguenze limitative o afflittive in capo ad una Fondazione per avere esorbitato dai limiti posti dalla legge quanto alle scelte di autonomia in materia di gestione di attività d'impresa.

L'attività di vigilanza pubblica svolta sulle Fondazioni non si è mai estesa fino a questo punto, ancorché questo sia un tipico esercizio di quel potere di vigilanza che - in assenza della istituenda Autorità indipendente (ove mai verrà istituita in questo contesto di incertezza sull'efficienza del modello delle Autorità indipendenti) - comunque rientra a pieno titolo nell'ambito dei poteri di vigilanza dell'amministrazione statale.

Eguale poco penetrante è stato il controllo giurisdizionale sull'operato delle Fondazioni quanto alle concrete modalità di svolgimento dell'attività d'impresa. L'esempio tipico è quello dell'attività negoziale, ma ve ne sono altri. Si pensi ad esempio alla serie di interventi finanziari che le Fondazioni effettuano in favore di enti pubblici territoriali. Le Fondazioni, come nessuno dubita, sono soggetti dotati di autonoma personalità giuridica di diritto privato, e tanto più lo sono le loro società strumentali. Occorre, tuttavia, chiedersi se un ente pubblico, che sia stato pretermesso nell'assegnazione di risorse o provvidenze o le cui richieste siano state ignorate rispetto a diverse scelte effettuate dalla Fondazione ubicata o radicata in un determinato ambito territoriale a fronte di una pluralità di richieste, possa o meno invocare una richiesta di controllo o di verifica anche giurisdizionale nei confronti della Fondazione o della sua impresa strumentale nella scelta dell'attività da porre in essere [15].

Un ulteriore tipo di controllo è quello che svolgono, nell'ambito della più ampia dinamica delle modalità di gestione delle risorse pubbliche, i giudici contabili. Ci si riferisce sia al controllo sulla gestione di cui all'art. 12 della legge n. 259 del 1958, che, come è noto, la Corte costituzionale ha esteso alle società per azioni derivate dalla trasformazione di enti pubblici economici [16]; sia e soprattutto alla giurisdizione della Corte dei conti, per responsabilità amministrativa, nei confronti di amministratori e dipendenti di società per azioni in mano pubblica, che - ritenuta impensabile sino a pochi anni fa - è stata poi introdotta in via pretoria dalla più recente giurisprudenza della Cassazione [17].

E' ben vero, come afferma a questo riguardo da Gabriele Escalar, che "*la Cassazione non si regola più*" [18]; ma in se può essere considerata "pubblica" una società che gestisce la rete stradale e autostradale nazionale, come l'ANAS, allo stesso modo, se non di più, può esserlo una Fondazione che gestisce o assicura benefici sociali.

Ed è in relazione a queste tipologie di controllo - ad oggi non inveratesi, ma un domani pur sempre possibili - che va approfondito il tema dei limiti organizzativi e dei limiti all'attività di Fondazioni ed imprese strumentali.

4. I limiti derivanti dal diritto pubblico alla organizzazione delle Fondazioni e delle imprese strumentali: ragionevolezza e buona fede

Quanto ai limiti organizzativi, il concetto di strumentalità è definito espressamente dalla lettera dall'art. 1, comma 4, lett. h), del d.lg. 135/1999: "Impresa strumentale esercitata dalla fondazione o da una società di cui la fondazione detiene il controllo, operante in via esclusiva per la diretta realizzazione degli scopi statuari perseguiti dalla fondazione nei settori rilevanti".

Ora, se questo è il limite normativo, nel momento in cui si considerano i settori rilevanti, quelli che poi si ritrovano nelle stesse definizioni laddove si enumerano i settori ammessi, si dovrà rilevare come esso sia talmente ampio da configurare la strumentalità come un vincolo più apparente che reale (anche considerando quanto previsto, al riguardo, dall'autonomia statutaria delle singole Fondazioni [19]).

Lo stesso può dirsi dell'altro tipo di limite, quello per le società che non sono a partecipazione maggioritaria, ma a partecipazione minoritaria, non di controllo: il limite del cosiddetto collegamento funzionale con le loro finalità istituzionali e in particolare con lo sviluppo del territorio è un limite ancora più generico, atteso che non si parla più neanche delle finalità individuate nello statuto o nelle norme di legge, ma genericamente di finalità istituzionali e, ancor più genericamente, di sviluppo del territorio.

Ci si deve domandare allora se da queste due locuzioni - per prendere in considerazione le più significative - possa farsi conseguire l'affermazione della insussistenza di limiti sia dal punto di vista organizzativo, sia da quello relativo allo svolgimento dell'attività strumentale.

Ad avviso di chi scrive questa conclusione non può ritenersi corretta. La strumentalità dell'attività d'impresa - e cioè del modo indiretto di gestione dell'attività - deve essere collegato, infatti, ad una clausola generale che è tipica dello svolgimento delle attività a rilevanza pubblica svolta dalle pubbliche amministrazioni, ma che a mio avviso si applica anche alle Fondazioni: ed è la clausola della ragionevolezza. Quest'ultimo è un parametro di giudizio tipico, sempre applicato dai giudici, sia ordinari che amministrativi, in presenza di limiti normativi così elastici o così vaghi (o, se vogliamo, così indeterminati nella scelta o nella possibilità di scelta sia organizzativa, sia relativa alle attività e al contenuto delle stesse da parte delle Fondazioni) [20].

Questo principio, peraltro, si è sempre accompagnato ad un'altra clausola generale, questa invece tutta propria del diritto civile, che è la buona fede [21].

Questi sono limiti sostanziali - dal punto di vista organizzativo e dal punto di vista dell'attività - che si impongono in ogni caso allo svolgimento dell'attività strumentale da parte delle fondazioni bancarie.

Così, nel momento in cui una Fondazione decide, o meglio, si pone il problema di come svolgere in modo diretto ovvero in modo indiretto l'attività di impresa, la scelta non sarà mai una scelta indifferente o neutra, non si tratta di una scelta o un'alternativa a "costo" identico, con la conseguenza per cui sull'autonomia della Fondazione di determinarsi per l'una o per l'altra soluzione risulta gravare un vincolo a tale scelta. Occorrerà, infatti, che la Fondazione opti per la scelta che in concreto risulti più ragionevole, cioè più adeguata e proporzionata, in ragione di una analisi comparativa dei costi e dei benefici rispetto all'interesse che ha in animo di perseguire [22].

In sostanza, seppure il carattere di strumentalità dell'attività d'impresa risulta evidentemente connesso al tipo di attività che dovrà essere svolta, la scelta sul se ricorrere al modello della impresa strumentale o se viceversa ipotizzare una gestione diretta si basa su un parametro di ragionevolezza. Lo stesso parametro di ragionevolezza deve poi essere applicato nel momento in cui si decide di scegliere un modello, quale quello della società di capitali a responsabilità limitata, con un certo importo di capitale o un importo più alto - l'esperienza che è emersa anche dagli interventi di questo Seminario mostra che si tratta di società a responsabilità limitata con capitale molto ridotto - ovvero se ricorrere ad altre Fondazioni, cioè a Fondazioni di Fondazioni, come l'esempio della Fondazione di Firenze, che ne ha addirittura istituite tre [23].

Ebbene, questi profili non sono del tutto irrilevanti, perché il dato che colpisce nella ricostruzione di tutte le esperienze concrete (talune molto articolate), è che la scelta organizzativa sia stata completamente dequotata e sia stata indicata come una scelta tutto sommato irrilevante, non significativa. In altri termini, e senza alcuna preoccupazione circa le forme organizzative, taluno ha costituito una società (i più hanno costituito società);

altri, viceversa, hanno esercitato una gestione diretta; altri ancora hanno utilizzato più modelli, tra i quali quello dell'impresa strumentale.

Significativo, ad esempio, il modello di Venezia, che ha fatto ricorso talvolta ad un modello organizzativo, talvolta ad un altro. Nel caso di Venezia la partecipazione minoritaria al capitale di molte società non è sembrata una partecipazione finalizzata soltanto alla generazione di reddito: difatti, almeno dalla descrizione che è stata illustrata delle attività di quelle imprese, è emerso che talune sono attività caratterizzate dallo svolgimento di finalità intrinsecamente sociali. Ed è giusto, perché l'art. 7, comma 1, del d.lg. 153/1999 parla, appunto, di collegamento funzionale con le finalità istituzionali e in particolare lo sviluppo del territorio.

Ma se ciò è vero, come si fa a decidere se determinate finalità istituzionali debbano essere perseguite da imprese strumentali con partecipazione maggioritaria, ovvero a mezzo di partecipazione minoritaria in altre società di capitali insieme ad altri soggetti pubblici?

Prendendo ad esempio una delle società in cui la Fondazione di Venezia non possiede la maggioranza: tale società è costretta a generare un reddito e, quindi, a produrre utili da riversare poi a monte per le finalità istituzionali della fondazione; oppure si ipotizza che anche la società non strumentale - la società di cui all'art. 7, con partecipazione non maggioritaria - possa non produrre utile o addirittura andare in perdita per alcuni esercizi. E allora, come si pone questa scelta rispetto all'assunto secondo cui in una tale società con partecipazione minoritaria l'interesse, solo indiretto al fine, è caratterizzato dalla produzione dell'utile, come è invece la partecipazione nelle banche, per esempio?

Ci si deve domandare se venga in considerazione un fine istituzionale oppure un fine indiretto di produzione di reddito che, se costituisse fine strumentale, dovrebbe condurre al modello dell'art. 6, con la conseguenza di dover ipotizzare il possesso della maggioranza del capitale sociale.

Si tratterebbe di un vincolo assurdo, che precluderebbe lo svolgimento di attività pur strumentali, ma per le quali non è necessario un investimento in capitale talmente grande da giustificare l'acquisizione della maggioranza. E' chiaro che anche qui il parametro della ragionevolezza è un parametro che aiuta nel giustificare delle scelte che devono svolgersi nell'ambito di un contesto normativo francamente poco congruo e poco meditato [24].

5. Segue: I limiti relativi all'attività di Fondazioni ed imprese strumentali

Sino ad ora ci si è soffermati sul versante dell'organizzazione, ma anche sul versante dell'attività sorgono dei dubbi che occorre affrontare [25].

Un primo dubbio lo si trae proprio da quello scritto di Paolo Ferro-Luzzi prima citato, sul come e sul quando si possa scegliere un determinato modello organizzativo per lo svolgimento di un certo tipo di attività. Ferro-Luzzi immagina due modelli, due schemi descrittivi delle attività delle Fondazioni: quella del ricco signore che eroga ed elargisce, e quella del benefattore operante, che in concreto fa, agisce.

Bene, se i modelli sono questi (e mi pare che questa immagine colga efficacemente nel segno: da un lato il soggetto che eroga e dall'altro quello che materialmente realizza), qual è allora la finalità della Fondazione di Ascoli rispetto alla gestione di un immobile sede di uno storico Caffè in quel contesto [26]: è quella del ricco signore che elargisce o del benefattore che fa, che materialmente realizza? Ecco, è la tipica ipotesi del benefattore che fa, di colui che recupera un immobile storico e di pregio, lo restituisce alla funzionalità e all'uso pubblico collettivo, vi consente la gestione di un esercizio commerciale di carattere storico e quindi di pregio, e quindi fa, opera: il suo "fare" chiaramente necessita dell'impresa strumentale.

Ma il problema si complica in relazione allo svolgimento di altre attività: ad esempio, la ristrutturazione di immobili artistici. A questo riguardo il discorso, a mio avviso, risulta molto più complesso, perché si pone fortemente il problema del modello o della finalità che si intende perseguire. La Fondazione di Verona, nel ristrutturare le abbazie e le badie del suo territorio, quale tipo di funzione intende assolvere? Quella del benefattore che fa o quella del ricco signore che sovvenziona? Sembra che sia questa seconda l'ipotesi che si persegue, cioè sovvenzionare l'intervento al fine di realizzare un risultato apprezzabile nell'ambito territoriale rilevante, nel settore dei beni culturali.

Ci si dovrebbe interrogare allora sul perché si assuma la decisione e l'onere anche organizzativo e funzionale di realizzare un intervento di restauro e sul se quest'attività di restauro sia un'attività tipica, che si possa definire sostanzialmente strumentale a quella della Fondazione. Qui, invero, strumentale è l'interesse alla conservazione di un bene culturale nel territorio, non è l'attività. E quindi, costituire un soggetto nella forma della società a responsabilità limitata, che effettua interventi di restauro - e cioè attività d'impresa tipica - non appare come una necessità, o meglio, come una soluzione organizzativa appropriata rispetto a un'attività che risulta strumentale; viceversa, il soddisfacimento di quell'interesse si può raggiungere ragionevolmente attraverso il modello dell'erogazione [27].

Ed allora si ritorna al dilemma: erogazione o società strumentale?

Proprio nell'ambito dell'attività - oltre che del modello organizzativo - la ragionevolezza, come criterio o come parametro senz'altro rileva, ed anzi, sul versante dell'attività, si applica l'aggiuntiva clausola generale di cui si diceva, quella della buona fede. Nell'ambito dell'attività si presuppone anche che queste scelte incidano sui soggetti beneficiari (attuali e possibili) o non beneficiari, delle iniziative e degli interventi di finanziamento o di erogazione ovvero di materiale realizzazione dell'interesse da parte della Fondazione o dei suoi soggetti strumentali [28].

E qui si pone anche il tema delle convenzioni.

Abbiamo appreso dai contributi e dalle esperienze degli esponenti di Fondazioni ed imprese strumentali, che si è usi stipulare convenzioni per la erogazione di determinate attività o di determinati servizi o di determinate prestazioni, a mezzo di società strumentali. Lo si ricordava, ad esempio, a proposito della Fondazione Monte dei Paschi di Siena, ma lo stesso discorso vale per le convenzioni con i parroci o comunque con i titolari dei beni ecclesiastici oggetto delle cure della Fondazione di Verona, oppure per l'ipotesi della società veneziana che gestisce la Casa dei Tre Oci.

Bene, in tutte queste ipotesi si verifica l'esistenza di una convenzione per lo svolgimento di determinate attività da parte della società strumentale. Ma quale è la ragionevolezza che è sottesa alla scelta di rendere queste attività di interesse sicuramente strumentale a quelli propri della Fondazione attraverso una società piuttosto che direttamente da parte della Fondazione? Perché, cioè, la convenzione non può essere stipulata direttamente dalla Fondazione rispetto ad altri soggetti privati che gestiscano il bene? Ovvero - come suggerito da Mario Nuzzo nell'intervento introduttivo - perché non ipotizzare la costituzione non già di una società, ma di una Fondazione?

6. Segue: I rapporti tra fondazioni, imprese strumentali e beneficiari degli interventi

In questo ambito poi si pone un ulteriore problema, ed è il problema dei rapporti: uno di tipo organizzativo e uno di tipo funzionale. Il primo concernente i rapporti tra Fondazioni e società strumentali, e quindi tra organi di indirizzo e di amministrazione o gestione della Fondazione [29] e organi di gestione della società strumentale. Il secondo concerne i rapporti tra società strumentali e terzi beneficiari di queste attività di interesse collettivo.

Ebbene, quanto al primo tipo di rapporti, nel corso del Seminario Acri, sono state prospettate soluzioni diverse. E' stato illustrato, infatti, che alcune società sono costituite con una *governance* che ha consigli di amministrazione più o meno ampi - tre persone, cinque persone - e di diversa estrazione; taluni, dipendenti o dirigenti o funzionari delle Fondazioni che svolgono funzioni di amministrazione delle società strumentali; tali altri, soggetti amministratori sia delle Fondazioni, sia delle società strumentali.

Ora, questo tipo di soluzioni, che emergono dalla pratica quotidiana, ovviamente non incontrano limiti normativi, perché sono adottate nell'ambito dell'autonomia delle Fondazioni e si configurano, quindi, come scelte consentite. Eppure - si badi - questa autonomia consentita dalla norma, in base al suo tenore letterale, non si configura come un'autonomia totale; l'influenza dominante (per ritornare al concetto di dominanza di cui si faceva cenno nel rapporto tra Fondazione e società strumentale) non presuppone né postula una coincidenza in persona tra amministratori o appartenenti dell'organo di indirizzo della Fondazione e componenti del consiglio di amministrazione (alcuni, addirittura, hanno bilanciato due componenti del consiglio di indirizzo, tre componenti del consiglio di amministrazione).

Questa coincidenza personale, in realtà, prospetta un'idea singolare della corrispondenza o della influenza dominante, perché quest'ultima è considerata dalla norma non in concreto, ma in astratto, fermi i poteri di nomina e di revoca degli amministratori della società strumentale. Tale coincidenza personale, dunque, fa sorgere sempre di più il dubbio - più che il sospetto - dell'inutilità del ricorso all'impresa strumentale. Difatti, se gli amministratori dell'impresa strumentale sono gli stessi amministratori della Fondazione, concreto è il dubbio su quale sia la ragione di tipo organizzativo che possa giustificare la duplicazione di enti e la duplicazione di *governance*, nonché la duplicazione di costi fra l'una e l'altra soluzione organizzativa. E quindi, pur in assenza di norme che lo precludano, pare che questa soluzione sia una soluzione che amplifichi i dubbi, piuttosto che risolverli.

Pensiamo all'altra ipotesi, quella dei dirigenti e funzionari delle Fondazioni, che svolgono, in ragione del servizio loro proprio e del rapporto di impiego loro proprio, anche funzioni di amministrazione nelle società strumentali. Anche in quel caso è evidente che si pone un problema di autonomia di queste persone, le quali, legate da un rapporto di impiego e quindi dalla subordinazione tipica del rapporto d'impiego in un soggetto-fondazione, vengono poi influenzate nelle scelte che adottano in qualità di amministratori della società strumentale. In questo caso non vi è un rapporto di influenza dominante, dato dall'atto di indirizzo, ma è, viceversa, effetto di una subordinazione professionale, in virtù di un rapporto di lavoro esistente con la Fondazione e con i suoi

organi di amministrazione, rispetto ad un soggetto diverso, quindi con uno sviamento della catena del rapporto di indirizzo [30].

E qui veniamo al punto centrale: la nozione di strumentalità da un lato e, dall'altro, la nozione di impresa. Ancor prima di intenderci su che cosa significhi e cosa implichi il carattere strumentale, occorre effettivamente comprendere cosa significhi impresa. Perché si giustifica un'impresa piuttosto che un altro modello, un altro strumento per la realizzazione del medesimo obiettivo? Quando, allora, l'impresa è necessaria?

L'impresa è necessaria, senza voler abusare delle norme e dello strumentario di branche del diritto diverse dal diritto amministrativo, quando vi è la necessità di un'organizzazione particolarmente complessa di mezzi della produzione e di capitali, che giustifichino tale autonomia [31]. Ma se tale necessità non c'è, evidentemente il ricorso al modello impresa, per la gestione di un interesse strumentale della Fondazione, forse non si appalesa come necessario. E se non vi è tale necessità - ma questo è un personale avviso di chi scrive - allora c'è un limite che preclude l'utilizzo di quel modello: non c'è in sostanza una completa autonomia senza vincoli quanto alla scelta dei modelli organizzativi [32].

Sul versante dell'attività, allo stesso modo, si dovrebbe consigliare prudenza. Ci si riferisce, in particolare, alle scelte che la Fondazione impone alla società strumentale. La Fondazione, nel momento in cui istituisce la società strumentale, individua le attività strumentali agli interessi sociali che quella società persegue, ma questo è il momento in cui si cristallizza la missione della società strumentale. Non si può ipotizzare invece che si costituisca la società strumentale e poi, nel tempo, volta per volta, la Fondazione imparta indirizzi programmatici alla stessa società. Un esempio ci è dato dall'esperienza senese, ma è una realtà comune a molti, derivante dalla sollecitazione degli enti locali di riferimento. Ebbene, queste ipotesi di imposizione di programmazioni di attività da parte della Fondazione alla società strumentale, al di fuori dei circuiti di responsabilità dei rappresentanti della Fondazione nella società, pongono qualche preoccupazione, anche sotto il profilo del diritto commerciale, soprattutto per quelle società che sono a partecipazione maggioritaria, ma non totalitaria dell'ente locale [33].

Laddove, infatti, l'azionista è unico ed è la Fondazione, tutto sommato, che ci sia l'atto programmatico o che ci sia la delibera dell'assemblea dei soci che ingiunge o che indica agli amministratori di comportarsi in un certo modo, è un problema di "sole" forme, e i commercialisti forse ci possono costruire molto di più di quanto possa fare uno studioso di diritto pubblico, ma è un problema meramente formale. Ma se vi è la presenza di altri soci, diversi dal socio maggioritario Fondazione, nell'ambito di quella società strumentale, la tutela di quei soci preclude agli amministratori di poter seguire *sic et simpliciter* le direttive programmatiche della Fondazione per la realizzazione dei fini strumentali; ed anzi è precisa responsabilità degli amministratori, anche se nominati dalla Fondazione, quella di tutelare l'interesse di tutti i soci, siano essi soci pubblici o soci privati. E questo, ovviamente, vale a maggior ragione per le società che non sono a partecipazione maggioritaria di Fondazioni [34].

Da qui l'interrogativo su quale sia il rapporto nella scelta delle attività e degli interessi da perseguire tra Fondazione e società strumentale. Può, tale rapporto, risolversi in una serie di atti di indirizzo quotidiani o mensili o semestrali o annuali oppure occasionali, di modo che la Fondazione, in qualunque momento, possa inviare una lettera alla società strumentale, invitandola ad acquistare una determinata opera d'arte al fine di tutelare un determinato interesse culturale?

Ecco, questa eventualità genera più di un dubbio, nel senso che non si crede che lo svolgimento dell'attività della società strumentale possa essere via via eterodiretto da parte della Fondazione. Se si utilizza il modello della società strumentale, infatti, è la società stessa che ha un suo centro decisionale, attraverso il quale perseguire gli interessi strumentali che le sono stati attribuiti al momento della costituzione. Se, viceversa, vi è la necessità di interventi singolari, deve ricorrersi alla gestione diretta, che è il modo più immediato e più chiaro per realizzare direttamente gli interessi che la fondazione ritiene giusti, ovvero all'ipotesi di convenzionamento da parte della stessa Fondazione, sempre nell'ottica del ricco signore che eroga - nella visione di Ferro-Luzzi - piuttosto che del soggetto benefattore che fa [35].

7. I limiti procedimentali all'attività negoziale

Un ultimo tema - e così adempiamo alla promessa formulata nella premessa iniziale - è il tema dei contratti. Perché evidentemente si pone il problema dell'ipotesi in cui l'impiego della società strumentale venga percepito come mezzo per evitare ogni dubbio di assoggettabilità al regime privatistico o, se vogliamo dire, di non assoggettabilità al regime pubblicistico dell'evidenza pubblica, nella scelta della stipula dei contratti che in qualche modo siano riconducibili alle opere pubbliche, alle pubbliche forniture o ai pubblici servizi.

E questo - si badi badate - è un tema delicato.

Sicuramente la giurisprudenza di cui si è parlato in premessa, è una giurisprudenza un po' fuori centro e sostanzialmente sbagliata - se possiamo permetterci questo aggettivo - perché, come molto spesso accade, la

nostra giurisprudenza è, per così dire, più realista del re nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme di matrice comunitaria.

La individuazione del carattere sostanzialmente pubblico delle figure soggettive da parte della nostra giurisprudenza, onde sottoporle - attraverso la nozione di organismo di diritto pubblico - alla applicazione delle norme dell'evidenza pubblica, è molto più forte che non quella assicurata, per esempio, dalla stessa Corte di Giustizia. Non solo la Cassazione, ma anche il Consiglio di Stato e i Tar hanno questa attitudine a realizzare in via pretoria una marcata pubblicizzazione. Ciò anche per ragioni di mero potere giudiziario: da più parti si imputa ai giudici amministrativi di pubblicizzare anche lì dove pubblico non c'è, perché in questo modo annettono a se medesimi la giurisdizione [36].

Tuttavia, nonostante questo elemento distorsivo della realtà delle cose - e nonostante l'erroneità di quella pronuncia che appunto ipotizza che la donazione di un progetto possa costituire una elusione delle norme sulla progettazione di opera pubblica - non è sicuramente certo che tutta l'attività delle società strumentali o delle Fondazioni nel settore delle opere pubbliche possa essere esente dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici.

Si considerino, ad esempio, le ipotesi di interventi di restauro di beni pubblici o di beni artistici. Ebbene, queste ipotesi sono evidenti forme di realizzazione di interventi di costruzione o di manutenzione di opere pubbliche attraverso l'impiego di denaro che, pur non derivando dal pubblico erario, tuttavia non si può dire neanche denaro privato *tout-court*, perché la destinazione delle risorse economiche delle fondazioni all'utilità sociale nell'ambito dei propri scopi è una attività istituzionale prevista dalla legge. E, come ben noto, sin dalla legge Merloni e poi con il Codice sui contratti delle pubbliche amministrazioni, risultano sottoposte all'evidenza pubblica anche tutte quelle attività dirette alla realizzazione di opere pubbliche svolte da soggetti privati - quali io sono convinto siano sia le società strumentali sia le fondazioni - ma che utilizzano risorse non derivanti dal normale regime dell'impiego del capitale nell'ambito di rapporti di mercato [37].

Al riguardo sembra sorgere qualche problematica anche con riferimento alle Fondazioni ed alle società strumentali.

Ipotizziamo, per fare un esempio, il caso di un soggetto del tutto diverso dalle Fondazioni: un soggetto privato imprenditore nel settore energetico, titolare di una concessione demaniale su una determinata area per un lunghissimo periodo di tempo, che intenda realizzare una struttura in materia energetica, come un rigassificatore, o una banchina di attracco di navi gasiere, o un metanodotto. Ebbene, questo soggetto, che è un soggetto privato e che utilizza fondi privati, per il solo fatto che dopo un certo numero di anni - che siano trenta, quaranta, novanta - dovrà restituire il bene demaniale ed il bene che su di esso accede, è tenuto ad applicare la legge Merloni e quindi oggi il Codice. E' tenuto a svolgere le gare. E allora, perché non dovrebbe ritenersi sottoposta alle procedure ad evidenza pubblica anche la fondazione che costruisce un edificio scolastico, una scuola comunale, un ostello per studenti? Questo è l'interrogativo che occorre porsi, ed è un interrogativo che - si badi - non è connesso alla natura delle Fondazioni o delle imprese o delle società strumentali, ma è viceversa connesso alla realizzazione di un bene che si definisce - o che in qualche modo potrà essere riconducibile al *genus* della - opera pubblica.

8. Qualche conclusione

Il tema affrontato è difficile da ricondurre a sintesi. La ragione di tale difficoltà è contenuta anche nel decreto e si deve ad una alternativa irrisolta da parte del legislatore, perché il nostro legislatore è tipico nel fare queste cose: ipotizzare modelli senza però scegliere delle alternative nette.

L'ipotesi di costituire Fondazioni e società strumentali si poteva giustificare in modo chiaro e comprensibile laddove il legislatore avesse aggiunto un'ulteriore norma e avesse stabilito che l'attività d'impresa la possono svolgere soltanto le imprese strumentali, ma non le Fondazioni come tali. Le Fondazioni fanno le Fondazioni; le attività d'impresa, invece, o le attività economiche o le attività senza scopo di lucro ma comunque materialmente economiche, le svolgono le imprese strumentali. Ovvero, si poteva anche stabilire - al contrario - che le Fondazioni potessero svolgere qualsivoglia attività e quindi gestire direttamente o creare società strumentali quando lo avessero ritenuto.

Ebbene, il nostro legislatore ha individuato queste modalità, ma non ha fissato dei limiti o dei criteri di scelta fra le modalità organizzative e quindi ci ha lasciato in questa incertezza. Le commissioni di studio e di riforma continuano a studiare, ad approfondire e valutare l'attuale situazione, che qualificano, per lo più, come liberale (vi è sul punto un intervento di Andrea Zoppini, che si segnala [38]).

Ma, in realtà, l'attuale non è una soluzione liberale; quella attuale è una soluzione che addossa al sistema delle Fondazioni bancarie il rischio e anche l'onere di dover scegliere fra modelli organizzativi che non sono affatto fra loro indifferenti, anche in termini di disciplina pubblicistica applicabile.

Note

[*] Testo della relazione discussa nel seminario Acri su *Le imprese strumentali nel settore dei beni e delle attività culturali*, tenutosi a Roma l'11 gennaio 2008.

[1] Il riferimento è ad un seminario ideato da Marco Cammelli ed organizzato dall'Acri nel mese di gennaio 2008 sul tema *Fondazioni di origine bancaria e imprese strumentali nel settore dei beni e delle attività culturali*.

[2] Ed infatti, come è noto, non pochi studiosi del diritto civile e del diritto commerciale se ne sono occupati. Tra i lavori monografici cfr., per tutti, G. Ponzanelli, *Le fondazioni bancarie*, Torino, 2005. Cfr., inoltre, E. Del Prato, *Fondazioni bancarie e categorie civilistiche*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2002, I, 739 ss., nonché i contributi di G. Oppo, G. Vecchio e G. Alpa contenuti in *Le fondazioni Bancarie - Dalla legge n. 281/1990 al d.lg. n. 153/1999*, a cura di S. Amorosino e F. Capriglione, Padova, 1999. Per la dottrina commercialistica cfr., per tutti, G.B. Portale, *Fondazioni "bancarie" e diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005, 23 ss.

[3] Cfr., al riguardo, V. Ficari, *La disciplina fiscale delle fondazioni bancarie*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1999, I, 775 ss., nonché, più di recente, P. Russo e P. Laroma Jezzi, *Il revirement della Cassazione sul regime fiscale delle fondazioni bancarie: spunti per una riflessione a tutto campo* (in nota a Cass., Sez. trib., 9 maggio 2002, n. 6607), in *Rass. Trib.*, 2001, 1031 ss.

[4] Sulla nota sentenza della Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, C-222/04, cfr., tra gli altri, M. Savino, *Verso fondazioni bancarie meno "speciali"?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 739 ss.

[5] Con questo, ovviamente, non si vuole dire che il tema delle fondazioni bancarie, nei suoi termini generali, non abbia interessato anche - ed, anzi, soprattutto, in ragione della sua collocazione sulla linea di confine tra pubblico e privato - la dottrina giuspubblicistica. Tra gli innumerevoli studi in materia cfr., per tutti, F. Merusi, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata. Cronache di una riforma decennale*, Torino, 2000 (ma dello stesso Autore cfr. anche, più di recente, *La privatizzazione per fondazioni*, Relazione tenuta al Convegno promosso dall'Accademia Nazionale dei Lincei su "Il problema delle fondazioni", Roma, 1-2 aprile 2004, ora in Id., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 75 ss.); M. Clarich e A. Pisaneschi, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non profit*, Bologna, 2001; M. Consulich, *Le casse di risparmio e le fondazioni bancarie tra pubblico e privato - Due questioni di fine secolo*, Milano, 2002; M. Sanino, *Le fondazioni bancarie. Ultimo atto?*, Torino, 2004.

[6] Il riferimento è a Tar Lazio, Sez. I, 31 luglio 2007, n. 7283 (poi confermata da Cons. St., Sez. V, 7 marzo 2008, n. 1008), in base alla quale sussiste il divieto, anche per le fondazioni di origine bancaria, di accordarsi con una società di progettazione per acquisire un progetto di un'opera pubblica, con l'intenzione, una volta ottenuto, di donarlo all'amministrazione. Le fondazioni, infatti, in quanto organismi di diritto pubblico, sono soggette alla disciplina del codice dei contratti pubblici e quindi sono tenute al rispetto dell'art. 91, comma 1, del d.lg. 163/2006, il quale prevede, per l'affidamento di incarichi di progettazione, l'espletamento di specifiche procedure ad evidenza pubblica.

[7] Che alla sua decennale esperienza di magistrato del Consiglio di Stato affianca quella specifica nel settore della contrattualistica pubblica, avendo da ultimo presieduto anche la Commissione che ha elaborato il testo del Codice dei Contratti per la Pubblica Amministrazione.

[8] Il riferimento è al citato seminario Acri del gennaio 2008 sul *Fondazioni di origine bancaria e imprese strumentali nel settore dei beni e delle attività culturali*.

[9] Il riferimento è sempre al citato seminario Acri.

[10] L'immagine è stata suggerita dalle decorazioni della Sala in cui si è svolto il citato seminario Acri, ospitato nella Sala Igea del cinquecentesco palazzo Mattei di Paganica, costruito sui resti del teatro di Balbo e istoriato da raffinati cicli pittorici della migliore stagione del nostro Rinascimento. Il palazzo è sede dell'Istituto della Enciclopedia Italiana dal 1927, anno in cui Giovanni Treccani l'acquistò dalla famiglia Canonici Mattei.

Denso è l'apparato decorativo del palazzo: la volta a grottesche di tema mitologico (opera di Luzio Romano e di Domenico Rietti detto lo Zaga, 1546-47) dell'attuale Sala Igea prelude al suggestivo racconto iconografico nel piano nobile dello stesso edificio: le vite di Giosuè e di David e scene della *Gerusalemme Liberata* di Torquato Tasso, affreschi attribuiti di recente a Giovanni De' Vecchi ed eseguiti, sotto l'influsso degli Zuccari, tra il 1593 e il 1596.

[11] Il riferimento è alla relazione di G. Escalar, *Gli aspetti fiscali*, al citato seminario Acri del gennaio 2008.

[12] P. Ferro-Luzzi, *Imprese strumentali. Profili di sistema*, in *Le imprese strumentali delle Fondazioni di origine bancaria - Atti del convegno di studi organizzato dalla Fondazione cassa di risparmio in Bologna, Argelato, 23 aprile 2004*, a cura di M.A. Stefanelli, Milano, 2005, 71 ss.

[13] In argomento cfr., ma in termini generali, i noti studi di P. Rescigno, *Fondazione e impresa*, in *Riv. Soc.*, 1967, 812 ss. e di R. Costi, *Fondazione e impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1968, I, 1 ss. Con specifico riferimento alle fondazioni bancarie cfr., invece, oltre ai vari contributi contenuti in *Le imprese strumentali delle Fondazioni di origine bancaria - Atti del convegno di studi organizzato dalla Fondazione cassa di risparmio in Bologna, Argelato, 23 aprile 2004*, a cura di M.A. Stefanelli, cit., A. Pavone La Rosa, *Fondazioni bancarie e disciplina dell'impresa commerciale*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2000, I, 1 ss.

[14] Cfr., in argomento, S. Amorosino, *La vigilanza del ministero dell'economia sugli enti e società strumentali delle fondazioni bancarie*, in *Dir. Banc.*, 2004, I, 351 ss., nonché F. Vella, *La nuova disciplina delle fondazioni bancarie: il*

difficile rapporto tra vigilanza e autonomia degli enti non profit, in *Banca, Impresa, Società*, 2003, 279 ss.

[15] Ciò che - in realtà - non potrebbe non dipendere dalla riconosciuta consistenza delle situazioni giuridiche soggettive che vengono in considerazione alla stregua di interessi legittimi, anche se di diritto privato. Ipotesi, questa, che peraltro non compare nel principale studio monografico dedicato all'argomento: il riferimento è a L. Bigliuzzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; così come non compare in altri studi più recenti dedicati allo stesso argomento: cfr., ad esempio, *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Brusciuglia e F.D. Busnelli, Torino, 2001. Secondo G. Napolitano, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in www.diritto-amministrativo.org, 2005, 11 ss. (ed ora in *Dir. Amm.*, 2006, 573 ss.), "nelle fondazioni di origine bancaria, è affidato agli statuti il compito di individuare gli strumenti di garanzia del pubblico dei beneficiari. Spetta, inoltre, all'autorità di vigilanza verificare l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti" (ma dello stesso Autore cfr. anche Id., *Le fondazioni di origine bancaria nell'ordinamento civile: alla ricerca del corretto equilibrio tra disciplina pubblica e autonomia privata*, in *Corr. Giur.*, 2003, 1576 ss.). Appare, comunque, fuori di dubbio che la massima tutela realizzabile degli interessi dei potenziali beneficiari si avrebbe configurando le rispettive posizioni soggettive come interessi legittimi di diritto pubblico. Ma ciò, come è noto, presupporrebbe il riconoscimento della natura giuridica (almeno sostanzialmente) pubblica delle fondazioni bancarie (in questo senso cfr., ad esempio - pur a seguito delle sentenze della Corte costituzionale nn. 300 e 301 del 29 settembre 2003 - G. Rossi e G. Gruner, *Le fondazioni di origine bancaria tra pubblico e privato*, in *Giur. Cost.*, 2003, 2606 ss.), che in questa sede, invece, viene esclusa.

[16] Il riferimento è alla nota sentenza della Corte costituzionale, 28 dicembre 1993, n. 466, in *Giur. Cost.*, 1993, 3829 ss., con note di A. Pace, *La "mano pubblica" e la gestione in forma privata di attività economiche: problemi processuali e sostanziali di un interessante conflitto* e C. Pinelli, *Prudenza e giurisprudenza in una interpretazione adeguatrice*.

[17] A muovere, come è noto, da Cass., Sez. Un., ord. 22 dicembre 2003, n. 19667 e Cass., Sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899, entrambe pubblicate in *Foro It.*, 2005, I, 2676 ss., con nota di G. D'Auria, *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale "revirement" della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?* In argomento cfr., da ultimo, l'ampia trattazione di M. Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008. Occorre ricordare, infine, che sul punto è intervenuto lo stesso legislatore, con l'art. 16-bis del d.l. n. 248 del 2007, introdotto dalla legge di conversione n. 31 del 2008.

[18] Il riferimento è alla citata relazione di G. Escalar, *Gli aspetti fiscali*, al citato seminario Acri del gennaio 2008.

[19] Sull'ampiezza della quale cfr., tra gli altri, S. Fortunato, *L'autonomia statutaria delle fondazioni bancarie*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2003, 17 ss., nonché A. Zoppini, *L'autonomia statutaria delle fondazioni di origine bancaria*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2000, 399 ss.

[20] Sul principio di ragionevolezza cfr., per tutti, A. Ricci, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007 e S. Troiano, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005. Per la prospettiva amministrativistica cfr., inoltre, G. Lombardo, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 939 ss.

[21] Sulla quale cfr., tra gli innumerevoli studi, G. D'Amico, *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2003, 335 ss., nonché i numerosi saggi contenuti in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea - Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001, in IV volumi, a cura di L. Garofano, Padova, 2003. Per la prospettiva amministrativistica cfr., invece, E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. Econ.*, 2001, 317 ss.

[22] Cfr., sul punto, F. De Leonardis, *Legalità, autonomie e privatizzazioni*, in *Dir. Amm.*, 2000, 241 ss., nonché Id., *Soggettività privata e azione amministrativa - Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Milano, 2000, 291 ss.

[23] I giuristi conoscono molto bene il Cesifin, e le occasioni di approfondimento scientifico organizzate da Giuseppe Morbidelli nel bel palazzo Incontri.

[24] In relazione alle considerazioni svolte nel testo cfr. anche, di recente, S. Amoroso, *Dalla fondazione alle fondazioni: autonomia privata e funzioni di interesse pubblico*, in *Dir. Banc.*, 2008, I, 33 ss.

[25] E che risultano, invero, per lo più comuni alle sempre più numerose figure soggettive che assumono la forma della fondazione di diritto privato ma che sono *ex lege* deputate alla cura di interessi generali: cfr., sul punto, A. Romano Tassone, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in *Dir. Amm.*, 2005, 473 ss.

[26] Ed in questo modello rientra anche l'ipotesi della gestione di uno storico Caffè, non sembra un'ipotesi del tutto al di fuori delle finalità strumentali di una Fondazione, atteso che non si produce caffè, né ci si occupa di torrefazione, ma il Caffè è dato in gestione a un soggetto esterno che restituisce lustro ad un locale storico in Ascoli.

[27] Sulla multiformità del "tipo" stesso "fondazione" è d'obbligo il rinvio ad A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995.

[28] Questi sono profili problematici evidenziati dalla maggior parte della dottrina amministrativistica che si è occupata del tema. Cfr., ancora, G. Sala, *Gli occhiali del giurista e la difficoltà di definire una realtà cangiante: le fondazioni bancarie tra privato e pubblico*, in *Dir. Soc.*, 2005, 13 ss.; F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*, 2004, 447 ss.; in termini più generali, F. Roversi Monaco, *Interessi pubblici e interessi privati nella disciplina e nella attività delle fondazioni - Gli enti privati di interesse pubblico*, in *Vita Not.*, 1998, 1388 ss.

[29] Sui quali cfr., tra gli altri, P. Anello e S. Rizzino Bisinelli, *Il consiglio di amministrazione nelle fondazioni bancarie*, in *Società*, 2003, 962 ss.

[30] Ciò che potrebbe compromettere, in fatto, il rispetto dell'art. 2380-bis, comma 1, del codice civile, laddove è scritto che "la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale". Sul punto cfr., in relazione a fattispecie analoghe, A. Guaccero, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2004, 842 ss.

[31] Sul punto cfr., per tutti, P.J. Jaeger, *La nozione di impresa dal codice allo statuto*, Milano, 1985, cap. I.

[32] Cfr., sul punto, B. Libonati, *Ai margini della teoria dell'impresa: la "impresa strumentale" della fondazione bancaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2005, 177 ss.

[33] Al riguardo cfr., di recente, G. Mucciarelli, *Attività e impresa nelle fondazioni bancarie*, Milano, 2005, 149 ss.

[34] Per analoghe problematiche nell'ambito delle società a partecipazione pubblica, laddove il socio pubblico non sia titolare della totalità del capitale azionario, cfr., per tutti, G. Sena, *Problemi del così detto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. Soc.*, 1958, 43 ss., nonché T. Ascarelli, *Tipologia delle società per azioni e disciplina applicabile*, in *Riv. Soc.*, 1959, 1013 ss.

[35] Sul punto cfr., ancora, G. Mucciarelli, *Attività e impresa nelle fondazioni bancarie*, cit., 137 ss.

[36] Su queste note vicende potrebbe citarsi una dottrina pressoché sterminata. Cfr., per tutti, G. Greco, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 839 ss., nonché G. Corso, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Supplemento al n. 4 dell'anno 2004 della rivista Serv. Pubbl. App.*, 90 ss.

[37] Sul punto cfr., da ultimo, G. Ferrari e M.L. Chimenti, *L'ambito oggettivo e soggettivo. Sezione II: Quadro generale e singole categorie contemplate dall'art. 32 del codice dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, I, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, Milano, 2008, 509 ss.

[38] A. Zoppini, *Proposte e prospettive di riforma delle associazioni e delle fondazioni, con particolare riguardo all'esercizio di imprese strumentali*, in *Le imprese strumentali delle Fondazioni di origine bancaria - Atti del convegno di studi organizzato dalla Fondazione cassa di risparmio in Bologna, Argelato, 23 aprile 2004*, a cura di M.A. Stefanelli, cit., 87 ss.