

Fabio Roversi Monaco, Università di Bologna e Andrea Maltoni, Università di Ferrara¹

FONDAZIONI E INTERESSI GENERALI IN ITALIA

SOMMARIO: 1. La crescente importanza delle fondazioni quali enti che perseguono interessi generali; 2. L'ampia diffusione di fondazioni a "statuto speciale" e la problematica qualificazione della loro natura giuridica; 2.1. *Segue:* una recente proposta di riforma del codice civile; 3. L'applicabilità di distinte qualificazioni giuridiche agli enti fondazionali non comporta la 'sconfessione' della loro natura privatistica; 4. La trasformazione degli enti pubblici conferenti in fondazioni (di origine bancaria) di diritto privato; 5. Le attività delle fondazioni di origine bancarie nei "settori rilevanti" rivolte a fini di utilità sociale non sono attività di cura di interessi pubblici; 6. Fondazioni sorte per iniziativa di istituzioni creditizie in alcune esperienze straniere.

1. La crescente importanza delle fondazioni quali enti che perseguono interessi generali

L'accresciuto ruolo assunto dalle fondazioni nell'ordinamento italiano sembra soprattutto da porre in relazione, per un verso, alla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, per l'altro, alla tendenza legislativa, in vari settori, alla trasformazione di enti pubblici non economici in fondazioni di diritto privato.

Con riguardo al primo profilo indicato, deve in particolare segnalarsi come la costituzionalizzazione di detto principio porti a considerare in modo diverso l'autonomia privata (il cui fondamento costituzionale è sancito dall'art. 2 Cost.) e segnatamente la rilevanza 'collettiva' assunta delle organizzazioni sociali già rinvenibile nel medesimo articolo. L'indicata prospettiva traspare in modo chiaro nel parere n. 1354 del 1° luglio 2002 della sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, emesso con riguardo allo schema di regolamento, in tema di fondazioni di origine bancaria.

¹ Relazione al XVIII Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni?* – Bologna, 27-29 maggio 2010

Il Consiglio di Stato, in particolare, dopo aver sottolineato la portata innovativa dell'art. 118, comma 4 Cost. (principio di sussidiarietà in senso orizzontale), nonché gli effetti che finirà per esplicare sulla prima parte della Costituzione, rileva come il medesimo «abbia modificato la stessa nozione di autonomia privata, nel senso che il suo riconoscimento assume portata prioritaria non solo quando essa è orientata alla realizzazione di bisogni individuali (art. 41 Cost.), ma anche quando persegue utilità generali, configurando spazi autonomi di tutela per “attività strumentali”, mediante le quali si persegue la realizzazione delle “utilità generali”, così da far assumere una posizione prioritaria al privato rispetto al pubblico anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi».

Il medesimo Collegio aggiunge, poi, che il principio di sussidiarietà orizzontale produce non meno rilevanti implicazioni in tema di formazioni sociali, dal momento che consente una lettura evolutiva dell'art. 18 Cost., secondo la quale le formazioni sociali esprimono un “valore aggiunto” rispetto ai singoli individui, posto che esse sono in grado di avvalersi «dell'apporto diretto e/o indiretto degli associati e di terzi, per l'affermazione dei valori collettivi di cui si fanno portatrici».

Occorre inoltre considerare che anche in ambito comunitario le fondazioni vanno assumendo una certa rilevanza. Di particolare interesse è il documento della Commissione europea sulla “promozione delle associazioni e delle fondazioni” (COM 97, 241 def.), ove si sottolinea, da un canto, che le fondazioni costituiscono un gruppo più omogeneo rispetto alle associazioni, in quanto possono essere raggruppate in due categorie in ragione delle finalità perseguite (pubbliche o private), e, dall'altro, si rileva come siano molto diverse le tipologie fondazionali presenti negli ordinamenti interni, di tal che non si arriva ad ipotizzare, come invece per le associazioni, la definizione di uno statuto comune delle fondazioni.

Sempre nel medesimo documento della Commissione si pone altresì in rilievo che le fondazioni svolgono ormai un importante ruolo

sociale e politico non più soltanto entro i confini nazionali, ma anche a livello transnazionale.

Inoltre, come emerge dall'indagine del European Foundation Centre del 2007, nella quale si sono raffrontate le discipline positive in tema di fondazioni dei 27 paesi dell'Unione europea, il numero e l'importanza di tali enti sono cresciuti soprattutto negli ultimi 10-15 anni. Nella medesima indagine si segnala altresì come, ancorché non sia rinvenibile nei paesi europei una definizione giuridica comune di fondazione, per "*public benefit foundations*" debbono intendersi: enti non profit indipendenti, che hanno proprie fonti di reddito - derivanti, di norma ancorché non esclusivamente, da un patrimonio - nonché propri organi di amministrazione². Di regola, tali fondazioni destinano le proprie erogazioni a finalità attinenti ad ambiti quali quelli soprattutto dell'istruzione, della cultura, della religione o ad altre finalità di pubblica utilità, sia finanziando associazioni, altre organizzazioni non profit o singoli individui, sia gestendo propri programmi.

2. L'ampia diffusione di fondazioni a "statuto speciale" e la problematica qualificazione della loro natura giuridica

Innumerevoli sono le varietà tipologiche fondazionali presenti nell'ordinamento italiano. Molte di queste sono solo in parte, o per meglio dire in via residuale sottoposte alla disciplina del Codice civile in tema di fondazioni.

"Distinguere frequenter. L'antico motto dei Gesuiti sembra che si attagli particolarmente a chi voglia studiare le Fondazioni in Italia in questo momento storico" come dice con la consueta intelligenza Fabio Merusi. Le Fondazioni non sono tutte uguali e come è avvenuto più volte nel corso del ventesimo secolo si deve prendere atto della "atipicità" di alcune Istituzioni.

² Si v. European Foundation Centre, *Comparative Highlights of Foundation Laws*, Brussels, 2007.

Può rilevarsi come sia da tempo in atto una tendenza legislativa a creare nuove figure fondazionali a regime particolare. Al riguardo, possono ad esempio richiamarsi: l'art. 42, comma 1, l. n. 3/2003 e il d.lgs. n. 288/2003, riguardante la trasformazione degli enti pubblici-istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (IRCSS) in fondazioni di diritto pubblico e degli IRCSS di diritto privato in fondazioni di diritto privato; il d.lgs. n. 367/1996 e s.m.i. riguardante la trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato; il d.lgs. n. 509/1994 sulla trasformazione di enti previdenziali pubblici in fondazioni e associazioni; il d.lgs. n. 426/1997 sulla trasformazione del Centro sperimentale di cinematografia in fondazione; il d.lgs. n. 19/1998 sulla trasformazione dell'ente la Biennale di Venezia in fondazione; il d.lgs. n. 20/1998 sulla trasformazione in fondazione dell'Istituto per il dramma antico; il d.lgs. n. 273 del 1999 sulla trasformazione in fondazione del Museo della scienza e della tecnica di Milano.

Inoltre, l'art. 59, l. n. 388/2000 e il regolamento di attuazione (il d.P.R. n. 254/2001), disciplinano le fondazioni universitarie, che, pur essendo fondazioni di diritto privato, sono enti strumentali delle istituzioni universitarie. Un'altra ipotesi di fondazione strumentale era anche quella individuata dall'abrogato art. 10, d.lgs. n. 368/1998 e dal regolamento di attuazione (D.M. 27 novembre 2001, n. 491), recanti la disciplina delle fondazioni costituite o partecipate dal Ministero per i beni e le attività culturali.

Da ultimo, con l'art. 16, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla l. n. 133/2008, si è prevista altresì la possibilità per le Università di trasformarsi in fondazioni di diritto privato. E' questa una disposizione alquanto laconica e lacunosa. Al riguardo, si può segnalare come, sulla base di un recente protocollo di intesa sottoscritto dalle tre Università toscane (Firenze, Pisa, Siena), con la Regione Toscana si preveda la trasformazione delle stesse Università in fondazioni, nonché l'ingresso della Regione negli organi di amministrazione di queste ultime.

In dottrina, com'è noto, si è a lungo dibattuto sulla natura giuridica di questi enti fondazionali o meglio se, nonostante la loro formale veste privatistica dovessero essere riqualeficati come enti sostanzialmente pubblici (diverso è però il caso degli IRCCS derivanti dalla trasformazione di enti pubblici, che sono dalla legge espressamente qualificati come fondazioni di diritto pubblico).

La questione si è posta soprattutto con riferimento agli enti fondazionali derivanti dalla trasformazione di enti pubblici non economici che sono regolati da discipline speciali. In tali discipline, in particolare, sono individuabili alcuni tratti comuni: gli enti privatizzati continuano a perseguire le finalità di interesse pubblico cui erano ordinati gli enti originari³; rimane invariato il regime dell'attività espletata in seguito alla trasformazione; sono presenti, nella maggior parte dei casi, diversi indici di pubblicità, (laddove si ritenga che siano tali gli elementi da cui desumere il dovere istituzionale dell'ente di agire per la cura delle predette finalità⁴, ovvero, secondo altra prospettiva, che l'esistenza dell'ente «sia considerata necessaria» da un ente territoriale⁵); ricorrono tutti i requisiti per la qualificazione di tali enti come organismi di diritto pubblico⁶.

³ È ormai assodato che lo Stato e gli enti pubblici non hanno più il monopolio del perseguimento dei fini di interesse pubblico, si v. sul punto: F. GALGANO, *Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica*, in *Contr e impresa*, 1985, spec. 361, che osserva come, in mancanza di un espresso divieto per i privati o una espressa riserva allo Stato, ben possono singoli e organizzazioni collettive private perseguire finalità concorrenti con quelle dello Stato e degli altri enti pubblici.

⁴ Per l'opinione secondo cui gli indici di pubblicità di un ente sono quelli che denotano «il dovere istituzionale» dell'ente stesso «di agire per la cura di un interesse collettivo», si v. per tutti V. OTTAVIANO, voce *Ente pubblico*, II, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, spec. 966.

⁵ Si v. G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 265 s., che ritiene, tuttavia, variabile la valutazione del carattere necessario dell'ente in ragione della natura politica che la stessa riveste.

⁶ Con riferimento alle fondazioni derivanti dalla trasformazione degli enti lirici, si v. Tar Sicilia, sez. II, 16 maggio 2002, n. 1281, con nota di B. DELFINO, *Riflessioni sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di atti di gara relativi ad appalti indetti da enti lirici trasformati in fondazioni*, in *Foro amm./Tar*, 2002, 1778 s. Per quanto attiene alle fondazioni delle Casse di previdenza degli ordini professionali, si v. Cons. Stato, sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 186.

Tenuto conto poi che numerose regole comportano una significativa alterazione dei meccanismi di funzionamento di tali fattispecie fondazionali speciali rispetto al modello generale previsto dal codice civile, ed anche che può esprimersi qualche dubbio in ordine alla possibilità di utilizzare determinati criteri identificativi della nozione di ente pubblico⁷, non potrà che essere il giudice delle leggi a decidere caso per caso, a fronte anche dell'espressa qualificazione normativa in termini privatistici degli enti derivati da detta trasformazione, se la disciplina speciale dell'ente privatizzato comprima o meno in modo irragionevole la sua autonomia privata (*rectius*: i vincoli imposti all'autonomia organizzativa e gestionale non siano proporzionati rispetto al perseguimento del fine di interesse generale cui l'ente è ordinato), ovvero se, per contro, tale disciplina risulti compatibile e fino a che punto col quadro costituzionale, segnatamente con l'art. 97 Cost., dovendosi riconoscere che, in realtà, tali enti non sono mai usciti dalla sfera pubblica.

Può, tuttavia, osservarsi che, mentre sono rinvenibili chiari orientamenti del Consiglio di Stato in tema di riqualificazione in senso pubblicistico di società a partecipazione pubblica⁸, ed anche della Corte costituzionale⁹, - la quale ha riconosciuto che le norme che sottopongono al rispetto delle stesse procedure concorsuali cui risultano assoggettati gli enti locali, le società a capitale interamente pubblico, affidatarie di un servizio pubblico *in house*, nell'assunzione del personale sono compatibili col sistema costituzionale in quanto non pongono limitazioni alla capacità

⁷ Dubbi circa la possibilità di utilizzare gli indici rivelatori della natura giuridica pubblica di un ente sono stati espressi da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, I, 190 e da S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, 88, nonché ID, *Il problema degli enti pubblici*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991, tomo I, III, spec. 195, che sottolinea come l'ente pubblico non costituisca un istituto «ma la somma di un insieme di istituti», se si considera che è suscettibile di classificazioni «multiple e imperfette».

⁸ Si v. ad es.: con riferimento a Poste italiane S.p.a., Cons. St. sez. IV, 2 marzo 2001, n. 1206, Cons. St. sez. IV, 5 marzo 2002, n. 1303; con riguardo a Enel S.p.a., Cons. St. 17 settembre 2002, n. 4711; in argomento si v. *amplius* per una ampia rassegna delle società a statuto speciale: P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.

⁹ Si v. Corte cost. sent. n. 29 del 2006.

di agire di persone giuridiche private, atteso che l'ente *in house*, sebbene sia un ente privato, «può essere assimilato, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici» - non altrettanto può dirsi con riferimento alle fondazioni a statuto speciale. Di questo diverso atteggiamento della giurisprudenza si rinviene chiara traccia nelle note pronunzie n. 300 e 301 del 2003 della Corte costituzionale¹⁰.

Ancorché, infatti, le statuizioni delle due richiamate decisioni siano soltanto riferibili alla disciplina inerente alle fondazioni di origine bancaria, non può trascurarsi che tali enti sono qualificati *ex lege* (si v. l'art. 5 D.L. n. 63/2002, conv. dalla l. n. 112/2002, che costituisce norma di applicazione autentica della l. n. 461/98 e del d.lgs. n. 153/99) come fondazioni di diritto privato a regime speciale e che, ex artt. 29, d.lgs. n. 153/99 e 5, D.L. n. 63/02 cit., ad esse si applicano le disposizioni del codice civile soltanto in via residuale e in quanto compatibili.

Una spiegazione circa la maggiore "ritrosia" del giudice delle leggi a riqualificare in senso pubblicistico enti fondazionali a statuto speciale può forse individuarsi nella consapevolezza che la disciplina civilistica riguardante le fondazioni è ormai inadeguata o meglio che il modello generale prefigurato dal codice civile non è più conforme alle mutate esigenze collettive e che, di conseguenza, la scelta del legislatore di discostarsi da detto modello risulta quasi fisiologica¹¹.

In definitiva, la disciplina codicistica sulle fondazioni, che già a molti era apparsa troppo scarna ed incompleta, sembra ora riflettere una concezione ormai anacronistica della principale forma organizzativa privata a finalità sociale dell'ordinamento italiano (*i.e.*: la fondazione),

¹⁰ A commento delle quali si v. *ex multis*: M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Fondazioni bancarie: ultimo approdo ?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 1264 s.; A. MALTONI, *Le fondazioni di origine bancaria al vaglio del giudice delle leggi: enti privati a «statuto speciale»*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2003, 1387 s.; F. MERUSI, *Un «viatico costituzionale» per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, in *Le regioni*, 2004, 274 s.; F.C. RAMPULLA, *La Corte si esercita in difficili equilibristici sulle fondazioni bancarie*, *ivi*, 283 s.

¹¹ In dottrina sottolinea come il moltiplicarsi di leggi speciali trovi fondamento nell'esigenza di "liberare" gli enti fondazionali «dalla morsa in cui erano incapsulati» G. ALPA, *Responsabilità sociale dell'impresa e finalità sociali degli enti non profit*, in *Vita notar.*, 2005, spec. 1238

anche tenuto conto della crescente richiesta di una più ampia rappresentanza degli interessi sociali in seno a tali organizzazioni, com'è comprovato dalla larga diffusione, negli ultimi anni, del modello della fondazione di partecipazione, che rappresenta una forma di ibridazione tra il tipo fondazione e quello associazione.

Nonostante da diversi anni si sottolinei l'esigenza di addivenire ad una profonda riforma della disciplina civilistica in tema di associazioni e fondazioni, la stessa è stata finora soltanto in parte ritoccata. In particolare, è stata semplificata la procedura richiesta per l'acquisizione della personalità giuridica degli enti non lucrativi ed è stato soppresso l'obbligo di acquisire l'autorizzazione dell'autorità tutoria per l'acquisto di immobili e l'accettazione di eredità, legati, donazioni. Inoltre, con la riforma del diritto societario si sono definite le forme di trasformazione eterogenea, tra le quali si annovera anche la trasformazione delle società in fondazioni.

Da ultimo, si può osservare che in tutte le Legislature, seguite al primo tentativo di riforma per via regolamentare del 1994, condotto dall'allora Ministro della Funzione pubblica Sabino Cassese (nel corso della XI Legislatura), sono stati presentati progetti o disegni di legge in Parlamento volti a modificare la disciplina del libro primo del Codice civile in tema di associazioni e fondazioni; segno evidente della ormai acclarata inadeguatezza di tale normativa.

2.1. Segue: una recente proposta di riforma del codice civile

In ordine di tempo, l'ultimo progetto di legge (delega) n. 1090, presentato in Commissione Giustizia alla Camera dei deputati per la riforma del titolo II del libro I del codice civile è quello del 20 maggio 2008, di iniziativa dell'on. Vietti¹². A detto progetto di legge verrà tra breve affiancarsi un disegno di legge delega di iniziativa del Governo avente ad oggetto la riforma della disciplina del Codice civile in materia di

¹² Si v. Atti Camera dei deputati, XVI Legislatura, proposta di legge n. 1090, presentata in data 20 maggio 2008.

associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, che nelle intenzioni dei Ministri proponenti dovrebbe dare sviluppo soprattutto al principio di sussidiarietà orizzontale¹³.

Tra i principi e criteri direttivi più rilevanti in tema di fondazioni, individuati dal progetto di legge delega del 20/5/2008, si annoverano oltre alla generale previsione del vincolo di non distribuzione degli utili e del patrimonio dell'ente (che costituisce il criterio basilare per distinguere le *not for profit organisations* da quelle *for profit* negli ordinamenti anglosassoni), la distinzione tra gli "enti che suscitano un affidamento in ordine alla realizzazione di un fine pubblico o collettivo" e gli "enti caratterizzati dall'autodestinazione agli associati dell'attività svolta".

In altri termini, si propone di addivenire ad una partizione all'interno della categoria degli organismi non lucrativi (*i.e.*: persone giuridiche e associazioni non riconosciute) tra enti a fini collettivi ed enti a fini mutualistici. Nell'art. 3 di detto progetto di legge si individuano anche i criteri che dovranno guidare il legislatore delegato nel disciplinare la categoria degli enti a fini collettivi. Si annoverano, in particolare, quali criteri: quello di ricevere o di programmare statutariamente di ricevere oblazioni o contributi dalla collettività (e dunque di svolgere un'attività di *fund raising*); quello di ottenere o programmare di ricevere contributi pubblici; quello di avvalersi continuativamente o in misura significativa di lavoro volontario per la realizzazione di finalità sociali; quello di ottenere liberalità per realizzare o per contribuire a realizzare scopi di utilità pubblica o collettiva o che, in ogni caso, non siano volti a realizzare l'interesse egoistico dei soci; quello di amministrare patrimoni lasciati o donati aventi una finalità diversa dallo scopo dell'ente; l'esercizio di attività di impresa quando l'impresa è preordinata a realizzare scopi di utilità pubblica o collettiva.

Gli indicati criteri, è da ritenere che debbano essere considerati disgiuntivamente. Non può tuttavia sfuggire come la partizione proposta

¹³ Si v. Il Sole 24 ore del 27 aprile 2010.

appaia piuttosto *tranchant*, anche in considerazione del fatto che non sono definiti in modo puntuale né le attività rivolte (in via esclusiva ?) a fini pubblici o collettivi, né tanto meno quelle a fini mutualistici.

I criteri alquanto eterogenei individuati per distinguere la prima categoria dalla seconda non sembrano tener conto neppure delle innumerevoli normative speciali che si sono andate stratificando nel corso di oltre un decennio (basti pensare alla disciplina sulle onlus, a quelle sulle associazioni di promozione sociale, a quella sull'impresa sociale). Inoltre, occorre considerare che, tenendo separati i due criteri indicati, non sembrerebbe più possibile realizzare quanto è, invece, riscontrabile in alcuni tipi di enti non profit, vale a dire la combinazione tra scopo mutualistico e scopo di utilità sociale (si v. ad es. le cooperative sociali di tipo B).

Inoltre, detta proposta sembra tener conto solo in parte delle analisi che sono emerse nel Libro bianco sul terzo settore¹⁴. In tale Libro bianco si è posto, in particolare, in rilievo come siano individuabili nella disciplina positiva diversi criteri per stabilire se un'attività è di utilità sociale, segnatamente: quello di eterodestinazione delle attività; quello di meritorietà del settore di intervento; quello della produzione di vantaggi nei confronti di categorie svantaggiate; quello del finanziamento pubblico.

Manca poi qualsiasi riferimento al criterio della dimensione del patrimonio, particolarmente rilevante per le fondazioni, che, secondo la nota definizione romanistica, sono costituite da un patrimonio destinato ad uno scopo. Al riguardo, in dottrina si è proposto di riformare la disciplina codicistica attinente alle fondazioni sulla base essenzialmente di una serie di criteri tutti attinenti agli aspetti patrimoniali¹⁵.

¹⁴ Su cui si v. *Libro bianco sul Terzo settore*, (a cura di) R. CARTOCCHI, F. MACONI, Bologna 2006, spec. 91 s.

¹⁵ Si v. sul punto: F. MERUSI, *Fondazioni e riforme. Il punto di vista del patrimonio*, in *Nuove autonomie*, 2007, 511 s.

3. L'applicabilità di distinte qualificazioni giuridiche agli enti fondazionali non comporta la 'sconfessione' della loro natura privatistica

Il fenomeno della sovrapponibilità di diverse qualificazioni giuridiche, che operano su distinti piani, in capo ad enti sia lucrativi che senza scopo di lucro, è da tempo noto. Con più specifico riferimento ai soggetti non profit, la disciplina positiva prevede che l'assunzione della qualifica di onlus o quella di impresa sociale non comporta il mutamento della forma giudica, che rimane quella originaria di associazione, di fondazione, di cooperativa, ecc.

Per altro verso, detto fenomeno costituisce diretta conseguenza dell'applicazione del diritto comunitario negli ordinamenti interni.

Si consideri, ad esempio, che le società di capitali che, per le categorie del diritto interno, sono enti privati, assumono la qualifica comunitaria talvolta di organismo di diritto pubblico, talaltra di società *in house*, nonché di ente che espleta attività che debbono essere inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'ISTAT, ex art. 5, comma 1, l. n. 311/2004.

Si tratta di qualificazioni che operano su piani distinti e a diversi fini, ma che si sovrappongono e convivono con le categorie proprie del diritto interno.

Un esempio paradigmatico è costituito proprio dalle fondazioni di origine bancaria, le quali non sono qualificabili come organismi di diritto pubblico ai fini dell'applicazione della disciplina in tema di appalti pubblici, - per quanto il Consiglio di Stato in un parere di qualche anno fa pervenne all'opposta errata conclusione con riferimento agli enti derivanti dalla trasformazione di Casse di Risparmio di tipo istituzionale¹⁶ - in ragione del fatto che non sono sotto l'influenza dominante di pubbliche amministrazioni, atteso che, come è stato rilevato, dapprima, dalla

¹⁶ Si v. Cons. St. 1 luglio 2002, sez. cons. atti normativi, parere n. 1354.

giurisprudenza amministrativa¹⁷ e, successivamente, anche dalla Consulta, a tutti i soggetti nominanti, ivi compresi gli enti pubblici territoriali, spetta un potere di designazione dei membri dell'organo di indirizzo della fondazione «che si esaurisce con il suo esercizio e che non comporta alcun vincolo di mandato a carico dei soggetti nominati, i quali agiscono e devono agire in assoluta e totale indipendenza dall'ente che li ha nominati»¹⁸.

Ciò non di meno, le fondazioni di origine bancaria sono state ritenute dai giudici comunitari degli enti che, laddove partecipino all'attività economica svolta dall'impresa controllata (e, in quanto titolari di partecipazioni di controllo, esercitino effettivamente tale controllo, partecipando direttamente o indirettamente alla gestione di essa) sono suscettibili di essere qualificati come imprese ai sensi dell'art. 87 n. 1 Tr. Ce, con la conseguenza che le misure fiscali di favore di cui esse beneficiano possono configurare aiuto di Stato¹⁹.

Allo stesso tempo, però, i giudici di Lussemburgo hanno escluso che le fondazioni di origine bancaria possano essere considerate imprese – sempre ai predetti fini – laddove si limitino ad esercitare un'attività rivolta all'erogazione di contributi ad enti senza scopo di lucro, posto che la stessa ha natura esclusivamente sociale e non è svolta in un mercato in concorrenza con altri operatori. Tuttavia, allorché le stesse fondazioni offrano beni o servizi sul mercato in concorrenza con altri operatori, ad esempio in settori come la ricerca scientifica, l'educazione, l'arte o la sanità, sono qualificabili alla stregua di imprese. La valutazione circa la compatibilità tra regime fiscale agevolato e disciplina posta a tutela della concorrenza, alla luce della normativa sopravvenuta, è dunque

¹⁷ Si v. Tar Toscana, sez. I, 21 giugno 1995, n. 343; Tar Piemonte, sez. II, 21 novembre 1995, n. 618.

¹⁸ Si v. Corte cost. sent. n. 301/2003, § 8 del *Considerato in diritto*.

¹⁹ Si v. Corte di Giustizia Ce, sez. II, sent. 10 gennaio 2006, in causa C-222/04.

essenzialmente riferibile alle attività svolte dalle fondazioni mediante imprese strumentali²⁰.

Per altro verso, le fondazioni bancarie e, in alcuni casi, le società bancarie conferitarie, sono state sottoposte, ex art. 8, comma 5, D.M. 2 agosto 2002, n. 217 del Ministero dell'economia e delle finanze, al rispetto della normativa in tema di appalti pubblici di servizi (*i.e.*: il d.lgs. n. 157/95) o comunque di procedure competitive nella scelta della società di gestione del risparmio (SGR) (si v. anche l'art. 25, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 153/99). Ne consegue che in *parte qua* la loro attività (*i.e.*: quella di scelta della SGR) è a regime di diritto amministrativo, essendo stata procedimentalizzata *ex lege*, di tal che le stesse, limitatamente a tale porzione di attività, agiscono come autorità amministrative (in ordine al fatto che i soggetti privati che, laddove esercitino funzioni amministrative, sono equiparati ad amministrazioni pubbliche²¹.

Da ultimo, può porsi in rilievo come per il diritto comunitario, la nozione di impresa comprenda qualsiasi ente che esercita un'attività economica consistente nell'offerta di beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento²². Detta nozione molto ampia, prescinde, in particolare, tanto dalla forma organizzativa quanto dal fatto che siano o meno perseguite finalità di lucro²³.

Come, peraltro, ha, di recente, riconosciuto la Corte di Giustizia²⁴, la nozione di "operatore economico" delineata dalla direttiva 2004/18/CE, all'art. 1, nn. 2, lett. a) e 8, primo e secondo comma, deve interpretarsi nel senso che consente anche ad organismi che non perseguono un preminente scopo di lucro, che non hanno una struttura d'impresa e non

²⁰ Si v. M. SAVINO, *Verso fondazioni bancarie meno speciali ?*, in *Giorn dir. amm.*, 2006, 743.

²¹ Si v. Corte cost. sentt. n. 204 del 2004 e 191 del 2006.

²² Si v. ad es.: Corte di giustizia CE, sentenza 26 marzo 2009, in causa C-113/07.

²³ Si v. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 1° dicembre 2005, nella causa C-5/05, sent. 23 novembre 2006, nonché Corte di giustizia CE 29 novembre 2007, causa C-119/06.

²⁴ Si v. Corte di Giustizia, sez. IV, del 23 dicembre 2009, in causa C-305/08.

assicurano una presenza continua sul mercato, come le università e gli istituti di ricerca, nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare a procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi.

I giudici comunitari hanno, dunque, fornito una interpretazione molto ampia della nozione di operatore economico, sulla base del rilievo che, da un lato, detta nozione non è riferibile unicamente agli operatori che siano dotati di un'organizzazione d'impresa e, dall'altro, che non sono individuabili condizioni particolari che limitino a monte l'accesso alle procedure di gara in base alla forma giuridica e all'organizzazione interna degli operatori economici; ciò, del resto, appare in linea con la precedente giurisprudenza comunitaria che ha evidenziato come il diritto comunitario intenda garantire la più ampia partecipazione possibile di offerenti alle gare d'appalto²⁵.

Sul piano dell'ordinamento italiano dette statuizioni giurisprudenziali hanno portato a riconoscere che l'art. 34 del nostro Codice dei contratti pubblici deve essere interpretato nel senso che l'elenco ivi contenuto non ha carattere tassativo, con la conseguenza che, come ha di recente affermato il Consiglio di Stato²⁶, non può considerarsi preclusa la partecipazione ad una pubblica gara di una fondazione che eserciti un'attività d'impresa, funzionale ai propri scopi, che sia prevista dallo statuto. Il medesimo Collegio, rimarca altresì come il fatto che la fondazione sia sottoposta ad un regime fiscale di favore non assume alcun rilievo posto che anche altri soggetti beneficiano di un trattamento favorevole (come ad es.: le onlus e le imprese sociali), senza che possa sostenersi che debbono essere escluse dalle gare. Del resto, i giudici comunitari avevano già puntualizzato che la circostanza che organizzazioni senza fini di lucro possano fornire i loro servizi a prezzi

²⁵ Si v. Corte di Giustizia, 16 dicembre 2008, in causa C-213/07, e 19 maggio 2009, in causa C-538/07.

²⁶ Si v. Cons. St. sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897.

inferiori a quelli di mercato non preclude la loro partecipazione a gare d'appalto²⁷.

Si può, in definitiva, osservare come tutte le diverse qualificazioni richiamate, attinenti talvolta al 'soggetto', talaltra alle 'attività' delle fondazioni, delineano differenti regimi giuridici strettamente connessi alle finalità che il diritto positivo (spesso di matrice comunitaria) mira a garantire. Non sono rinvenibili però elementi da cui desumere che tali diverse qualificazioni giuridiche cui corrispondono differenti regimi – che spesso coesistono – possa di per sé indurre a disconoscere la natura privatistica delle fondazioni, attraverso un'operazione, da effettuarsi in sede interpretativa, che porti ad affermarne la natura sostanzialmente pubblica. Come, infatti, si evince, dalle più volte richiamate sentenze n. 300 e 301 del 2003 del giudice delle leggi, la sottoposizione ad un regime speciale, in linea di principio, non è incompatibile con la natura privatistica di un ente fondazionale.

In definitiva, limiti che siano introdotti dalla disciplina positiva alla struttura organizzativa o all'operatività di tali enti, proprio perché rilevano a specifici fini, non necessariamente debbono indurre a ritenere che la forma privata, indicata dalla legge, sia "insincera".

4. La trasformazione degli enti pubblici conferenti in fondazioni (di origine bancaria) di diritto privato

Come ha riconosciuto la Corte costituzionale²⁸, soltanto con la legge 23 dicembre 1998, n. 461 e il decreto di attuazione 17 maggio 1999, n. 153, sono stati, per la prima volta, individuati i requisiti e le condizioni per il mutamento della natura giuridica degli enti pubblici conferenti, che hanno cessato «di esistere come tali, dal momento dell'approvazione ... delle modifiche statutarie rese necessarie per l'adeguamento alle nuove disposizioni» e sono stati «trasformati in "fondazioni", "persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria

²⁷ Si v. Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, in causa C-94/99.

²⁸ Si v. Corte cost. sent. n. 300 del 2003, §. 5, *considerato in diritto*.

e gestionale”, “che perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto nei rispettivi statuti”». Ne consegue che soltanto con l’approvazione ministeriale delle modifiche statutarie si è realizzata detta trasformazione. Del resto, il fatto che i fini, l’organizzazione e l’utilizzo del patrimonio delle fondazioni di origine bancaria siano regolati dalla legge è da porsi in relazione alla loro genesi: si tratta, infatti, di entità la cui conformazione riflette precise scelte legislative, che hanno portato a modificarne il precedente regime giuridico di enti pubblici. E’ questo un dato che deve essere tenuto presente al fine di comprendere la peculiare conformazione della struttura, dell’attività di tali entità e del sistema dei controlli.

Ed è in questa prospettiva che deve essere inteso, per un verso, il riferimento, contenuto nel d.lgs. n. 153/99, alle finalità di utilità sociale e di sviluppo economico, che riecheggiano le precedenti finalità pubblicistiche di cui all’art. 12, d.lgs. n. 356/90 (*i.e.*: i fini di interesse pubblico e di utilità sociale), per l’altro, l’affermazione secondo cui le fondazioni di origine bancaria appartengono al novero delle organizzazioni della libertà sociale²⁹. Quest’ultima asserzione può essere meglio intesa richiamando un passaggio argomentativo contenuto nella sentenza n. 301/2003, § 7 del *Considerato in diritto* (che completa il quadro delineato dalla sent. n. 300/03), segnatamente laddove si connette la “nuova” natura privatistica delle fondazioni di origine bancaria al «carattere non pubblicistico delle attività» delle stesse, attività «socialmente rilevanti, diverse, pur se complementari e integrative, da quelle demandate ai pubblici poteri».

Ne emerge, in definitiva, la considerazione che, in armonia con i principi costituzionali, le finalità di utilità sociale non solo possono essere perseguite anche mediante forme privatistiche (senza che in ragione di ciò le stesse debbano essere più sottoposte ad un processo di ri-pubblicizzazione), ma addirittura che sono le stesse disposizioni

²⁹ Si v. Corte cost. sent. n. 300/2003.

costituzionali ad incoraggiare la creazione di enti privati preposti a finalità sociali³⁰.

In realtà, le fondazioni che si sarebbero potute ascrivere pienamente alla categoria delle organizzazioni della libertà sociale erano propriamente soltanto le fondazioni di origine bancaria a base associativa, ovvero quelle fondazioni che sono derivate dalla trasformazione (*rectius*: dallo scorporo e dal conferimento dell'azienda bancaria in una spa) di Casse di Risparmio sorte per iniziativa di libere associazioni di cittadini con capitali interamente privati e che, riprendendo quanto statuito dalla Consulta nella nota decisione sulle IPAB n. 396/1988, potevano essere considerate «organizzazioni espressive dell'autonomia dei privati che hanno conservato caratteri propri dell'organizzazione civile», anche dopo la loro pubblicizzazione.

Tuttavia, per un verso, il legislatore nel disciplinare il processo di trasformazione degli enti conferenti bancari in persone giuridiche private non ha riconosciuto alcuna specificità alle diverse modalità che hanno portato alla loro costituzione, per l'altro, anche la Consulta ha preso atto della assimilazione tra i due modelli (quello a base associativa e quello a struttura istituzionale) avvenuta *ope legis*. In altri ordinamenti giuridici (si v. *infra* § 6) il diritto positivo ha, invece, mantenuto detta distinzione, regolando in modo differenziato alcuni aspetti.

5. Le attività delle fondazioni di origine bancarie nei "settori rilevanti" rivolte a fini di utilità sociale non sono attività di cura di interessi pubblici

Alcune disposizioni dell'ordinamento italiano individuano nelle fondazioni di origine bancaria dei "soggetti istituzionali", nel senso che le legittimano a concorrere, assieme agli enti pubblici territoriali, alla programmazione e alla progettazione di interventi a beneficio della collettività. Può, a tal riguardo, richiamarsi, anzitutto, l'art. 3 l. n.

³⁰ Per quest'ultimo rilievo si v. G. PASTORI, *Le fondazioni bancarie: aspetti istituzionali, assetto organizzativo e controlli*, in *Banca, impresa e società*, 1997, spec. 497

328/2000, che prevede che gli enti territoriali provvedono alla programmazione degli interventi e delle risorse del sistema integrato di interventi e servizi sociali mediante forme di concertazione con i soggetti non lucrativi (tra cui anche le fondazioni) che partecipino con proprie risorse alla realizzazione della rete. Inoltre, all'art. 19, comma 3 della stessa legge si prevede che all'accordo di programma con cui viene adottato il piano di zona partecipano oltre a soggetti pubblici anche vari enti non lucrativi, tra cui le fondazioni, che concorrano anche con proprie risorse alla realizzazione del sistema integrato di interventi. Tali disposizioni sono state poi riprese da diverse leggi regionali in tema di assistenza sociale.

In secondo luogo, all'art. 112 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, si prevede, per un verso, che gli enti pubblici territoriali possono costituire "appositi soggetti giuridici" cui affidare l'elaborazione e lo sviluppo di piani strategici di sviluppo culturale (*recte*: piani e programmi inerenti alle attività di valorizzazione dei beni culturali), e, per l'altro, che a detti soggetti giuridici possono partecipare oltre ai proprietari privati di beni culturali anche persone giuridiche private senza fine di lucro, anche quando non dispongano di beni culturali che siano oggetto di valorizzazione, a condizione che l'intervento in tale settore di attività sia per esse previsto dalla legge o dallo statuto.

La descrizione minuziosa di quest'ultima categoria di soggetti sembra chiaramente indicare che è alla fondazione di origine bancaria che si è pensato, quale ente che può partecipare ai predetti "appositi soggetti giuridici"; quest'ultima locuzione, piuttosto generica, stando alle categorie civilistiche, è da presumere sia riferibile essenzialmente a società di capitali o a fondazioni miste pubblico-privato.

Vi è allora da chiedersi se detto ruolo istituzionale delle fondazioni di origine bancaria non sottenda, in realtà, la qualificazione in termini pubblicistici degli scopi perseguiti, tenuto conto che questi, quantunque debbano essere specificati negli statuti, sono *ex lege* individuati con riferimento a settori tipizzati.

Per comprendere la distinzione tra attività semplicemente rivolte a fini di utilità sociale e attività di cura di interessi pubblici può considerarsi l'ampia nozione di amministrazione definita all'art. 22, comma 1 lett. e), l. n. 241/90 ai soli fini dell'individuazione del novero dei soggetti passivi del diritto di accesso agli atti. Sono considerati pubblica amministrazione, ai sensi della disposizione richiamata e ai soli fini da questa indicati, «*tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario*». Non può revocarsi in dubbio che, ancorché tale disposizione non precisi quali siano le “attività di pubblico interesse disciplinat[e] dal diritto nazionale o comunitario”, la medesima non sia riferibile soltanto ai soggetti privati qualificabili come organismi di diritto pubblico, (la cui definizione è oggi delineata dal Codice dei contratti pubblici).

Ciò si desume chiaramente dalla lettura combinata di detta disposizione con quella di cui all'art. 23, l. n. 241/90, che annovera tra i soggetti passivi del diritto di accesso anche i gestori (privati) di pubblici servizi, soggetti che certamente svolgono attività di interesse pubblico. A ben vedere, però, neppure quest'ultima categoria di soggetti esaurisce il novero dei soggetti che svolgono “attività di pubblico interesse disciplinat[e] dal diritto nazionale o comunitario”, posto che quest'ultimo comprende anche altri soggetti privati. Tra questi sono certamente compresi anche quei soggetti privati, che, quantunque non siano qualificabili come organismi di diritto pubblico, sono sottoposti, in base al Codice dei contratti pubblici, all'osservanza di regole di evidenza pubblica nell'aggiudicazione di appalti pubblici.

Più in generale, anche altri soggetti privati esercenti attività amministrative, cui è applicabile l'art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/90, sono soggetti tenuti in base alla legge alla cura di interessi pubblici. Ma non sembra che possa neppure farsi coincidere la categoria dei soggetti che esercitano attività amministrative con quella dei soggetti cui è affidato in cura un interesse pubblico, posto che la prima costituisce un sottoinsieme della seconda. Per stabilire dunque se l'attività di un soggetto privato sia

rivolta ad un fine pubblico occorre aver riguardo ai dati del diritto positivo. In definitiva, il presupposto indefettibile è da individuarsi nell'esistenza di una disposizione di legge da cui desumere che un privato è investito della cura di un interesse pubblico³¹.

Con riguardo alle fondazioni di origine bancaria, vi è dunque da chiedersi se sia individuabile una disposizione di legge che qualifichi l'attività delle stesse come ordinata ad un fine pubblico.

Le fondazioni di origine bancaria, come si è posto in rilievo, sono tenute a perseguire fini di utilità sociale e di sviluppo economico in certi settori. Ma sembra difficile poter affermare che le attività che sono rivolte al perseguimento di tali finalità – ancorché questo sia imposto dalla legge – siano propriamente qualificabili come attività di cura di interessi pubblici. Come si è visto, non è a tal riguardo dirimente né la natura giuridica del soggetto, ben potendo i fini pubblici essere perseguiti anche da soggetti privati, né tanto meno il regime dell'attività (pubblicistica o privatistica). In definitiva, ai fini di detta verifica risulta fondamentale poter stabilire se, nonostante tutta una serie di aspetti siano predefiniti dalla legge (come ad es.: l'assetto organizzativo, la composizione del patrimonio, la destinazione del reddito), e sia previsto un particolare sistema di controlli (sensibilmente diverso da quello che il codice civile prefigura con riguardo alle fondazioni), possa comunque individuarsi un nucleo essenziale di autonomia privata in tali enti in relazione al perseguimento delle finalità istituzionali. In altre parole, occorre verificare se le finalità perseguite dalle fondazioni sono espressione di un'attività vincolata in quanto posta in essere nell'adempimento di un dovere di cura di un interesse pubblico, ovvero, pur con le limitazioni di cui si è detto, di autonomia privata. E' questa una verifica che, più in generale, va compiuta caso per caso, tenendo conto della particolare disciplina positiva che regola ogni tipo di fondazione.

³¹ In argomento, di recente, si v. A. MALTONI, *Commento all'art. 23*, in *Codice dell'amministrazione delle responsabilità*, (a cura di) A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari, Roma, 2010, 685 s.

Con riferimento alle fondazioni di origine bancaria, come è stato posto in rilievo da una parte della dottrina³², i particolari vincoli cui le stesse sono sottoposte, che ne limitano in parte l'autonomia privata, se, per un verso, trovano giustificazione nella rilevanza economico-sociale dei patrimoni, per l'altro mirano a rafforzare l'osservanza degli scopi statutari. Più precisamente, «l'applicazione delle regole di diritto comune non avrebbe assicurato di per sé la realizzazione puntuale degli scopi istituzionali, né la destinazione del patrimonio agli scopi istituzionali». Si tratta, per vero, di limitazioni legislative che – come sottolinea sempre tale dottrina – possono trovare giustificazione sul piano costituzionale nella clausola della funzione sociale della proprietà privata (art. 42, comma 2 Cost.), che, nel caso di specie, sarebbe da porre in relazione sia alla destinazione originaria dei beni, sia alla destinazione a fini sociali conseguenti all'antica origine pubblicistica degli enti³³.

Inoltre, anche il sistema dei controlli che era apparso fortemente compressivo dell'autonomia di tali enti fondazionali, tanto da far ritenere a una parte della dottrina che i controlli non erano solo di legittimità ma anche di merito, è stato certamente ridimensionato o comunque annacquato con l'intervento manipolativo del giudice delle leggi (sentt. n. 300 e 301/2003).

In conclusione, le fondazioni di origine bancaria, pur sottoposte ad un regime speciale, sono da ascrivere al tipo fondazione, tanto più che neppure lo schema generale previsto dal codice civile può qualificarsi come tipico, considerata la lacunosità del medesimo schema in relazione allo scopo, all'attività e all'organizzazione dell'ente fondazione³⁴. In altri termini, secondo la riferita impostazione, tenuto conto soprattutto che il riconoscimento della personalità giuridica è avvenuto, storicamente, secondo varie modalità che non incidono sulla natura giuridica dell'ente, e che può ipotizzarsi, quale manifestazione di autonomia privata, anche la

³² Si v. G. ALPA, *op. cit.*, 1248 s.

³³ Si v. sempre G. ALPA, *op. ult. cit.*

³⁴ Si v. sul punto M.V. DE GIORGI, *Fondazioni bancarie e linee evolutive della disciplina comune*, in *Le fondazioni bancarie*, (a cura di) G. PONZANELLI, Torino, 2005, 71 s.

costituzione di enti il cui statuto preveda le funzioni, l'attività e l'organizzazione tipizzate per le fondazioni di origine bancaria, deve concludersi che queste ultime non possono definirsi atipiche «né sotto il profilo della funzione né sotto quello dell'organizzazione»³⁵.

A ciò può aggiungersi che anche in qualche ordinamento straniero (soprattutto in quello austriaco) si è avuta una vicenda non dissimile da quella che ha portato alla nascita delle fondazioni di origine bancaria e al riconoscimento dalla loro natura privatistica.

6. Fondazioni sorte per iniziativa di istituzioni creditizie in alcune esperienze straniere

Anche in altri ordinamenti giuridici sono individuabili fondazioni che sono sorte per iniziativa di istituti di credito o che costituiscono il risultato di trasformazioni di enti che operavano nel settore del credito.

A questo riguardo, deve anzitutto porsi in rilievo come elementi di forte analogia con l'esperienza italiana presenti la vicenda che ha portato alla nascita delle fondazioni bancarie in Austria. In seguito ad una legge del 1998 (si v. BGBl n. 184/1998 che ha modificato la legge BGBl n. 64/1979), le Casse di Risparmio di maggiori dimensioni sono state autorizzate ad operare un processo di scorporo e conferimento dell'azienda bancaria in una società per azioni. Dal processo di scorporo è altresì scaturito un ente di gestione, che, a partire dal 2001, ha assunto la formale denominazione di fondazione bancaria. Nell'ordinamento austriaco, tuttavia, la legge detta una disciplina in parte distinta con riferimento alle fondazioni bancarie di origine associativa e a quelle di origine comunale. Mentre, infatti, nelle prime c'è una chiara separazione patrimoniale tra attività bancaria e attività di utilità sociale (anche se gli scopi di interesse sociale originariamente previsti dallo statuto sono perseguiti con gli utili derivanti dall'amministrazione delle partecipazioni azionarie detenute nella società bancaria), con riguardo alle seconde viene

³⁵ Si v. sempre M.V. DE GIORGI, *op. ult. cit.*

in rilievo una responsabilità sussidiaria, in base alla quale gli enti territoriali di riferimento sono responsabili per le obbligazioni assunte dalle fondazioni, le quali, a loro volta, rispondono delle obbligazioni assunte dagli enti creditizi (*i.e.*: le Casse di Risparmio)³⁶.

Un'altra esperienza significativa che può essere qui richiamata è quella delle fondazioni costituite su iniziativa di banche pubbliche in Germania (*i.e.*: le *Sparkassen* e le *Landesbanken*). In particolare, le Casse di Risparmio tedesche (*Sparkassen*) – che si distinguono in enti di diritto pubblico di origine associativa ed enti a struttura istituzionale o comunale – hanno costituito, in molti casi, una o più fondazioni di pubblica utilità. In realtà, non sono mancate iniziative analoghe anche da parte di istituti creditizi privati. Si tratta di fondazioni che si caratterizzano per avere un forte radicamento territoriale, che sono dotate di un patrimonio iniziale che deriva da un atto di conferimento della banca, che viene poi incrementato da donazioni, atti di liberalità, legati, da parte di soggetti privati (da questo punto di vista tale tipo di fondazione può accostarsi al modello delle *community foundations* statunitensi, che in Italia ha trovato diffusione soprattutto in Lombardia su iniziativa della Fondazione Cariplo). In tale tipo di fondazioni bancarie, vi è una netta separazione dal sistema creditizio, in quanto tali fondazioni non detengono partecipazioni negli istituti di credito, né tanto meno percepiscono utili o avanzi di gestione derivanti dall'attività creditizia.

Più simile al modello delle fondazioni di origine bancaria possono considerarsi due enti fondazionali particolari: la fondazione di pubblica utilità della *Sparkasse Lübeck* e la fondazione *Spar und Leihkasse zu Bredstedt AG*. In entrambi i casi, l'originaria Cassa di Risparmio (avente natura privatistica) è stata trasformata in società per azioni, la quale risulta partecipata, nel primo caso, in via maggioritaria e, nel secondo, in misura totalitaria da una fondazione di utilità pubblica. In dette ipotesi, per un

³⁶ In argomento si v. E. ANDREANI, S. MEUCCI, *L'evoluzione delle casse di risparmio in Austria tra fondazioni bancarie e processo di privatizzazione*, in *Dir. pubbl. comp. e europ.*, 2008, 747 s.

verso, si è realizzata una separazione tra attività creditizia – svolta dalla società bancaria – e attività di utilità sociale (quest’ultima costituisce l’attività istituzionale della fondazione), e, per l’altro, la fondazione, attraverso gli utili derivanti dalla partecipazione bancaria, persegue le sue finalità istituzionali³⁷.

Nell’ordinamento francese i modelli fondazionali in campo non sembrano assimilabili neppure lontanamente a quello delle fondazioni di origine bancaria. Il tipo fondazionale, che, soltanto dal punto di vista delle finalità perseguite, più si avvicina ad esso è quello delle *fondations reconnues d’utilité publique*. Si tratta, tuttavia, di fondazioni che possono essere create per iniziativa di persone fisiche e giuridiche, pubbliche e private, ma che debbono essere autorizzate dal Consiglio di Stato in base ad un procedimento piuttosto complesso, volto a verificare se il costituendo ente persegue un interesse generale, se è assente uno scopo di lucro, se la dotazione patrimoniale è adeguata. Non mancano poi altri tipi fondazionali (fondazioni d’impresa, fondazioni *abritée*, prive di personalità giuridica, poste sotto il dominio di una fondazione *abritante*, fondazioni di cooperazione scientifica, controllate da soggetti pubblici, fondazioni ‘partenariali’, costituite o partecipate oltre che da università e centri di ricerca anche da imprese, fondazioni universitarie senza personalità giuridica), che, tuttavia, appaiono molto distanti dal modello delle fondazioni di origine bancaria³⁸.

³⁷ Per un’illustrazione di queste tipologie fondazionali nell’ordinamento tedesco si v. di recente: G. CERRINA FERRONI, E. ANDREANI, *Il sistema della Sparkassen in Germania tra frammentazione del mercato, processi di privatizzazione e fondazioni di emanazione bancaria*, in *Dir. pubbl. comp. e europ.*, 2008, 768 s.

³⁸ In argomento si v. *amplius*: N. PECCHIOLI, “*Fondations ... quoi ?*” *Le fondazioni bancarie non varcano la frontiera*, in *Dir. pubbl. comp. e europ.*, 2008, 819 s.