

MARIA ELENA BOSCHI

DOTTORANDA DI RICERCA IN DIRITTO AMMINISTRATIVO NELL'UNIVERSITA' DI BOLOGNA

LE FONDAZIONI BANCARIE E LE LORO SOCIETA' STRUMENTALI (NATURA GIURIDICA DELL'ENTE E NATURA DEGLI INTERESSI PERSEGUITI).

SOMMARIO: 1. *I conferimenti che hanno determinato la nascita delle fondazioni bancarie.* 2. *La disciplina attuale delle fondazioni bancarie: la natura giuridica di diritto privato e l'applicazione "residuale" delle disposizioni del Codice Civile.* 3. *(Segue) L'attività delle fondazioni bancarie tra autonomia ed eteronomia (i settori "ammessi" e i settori "rilevanti").* 4. *Gli strumenti di esercizio di attività di impresa delle fondazioni bancarie (in particolare, le società strumentali per le attività delle fondazioni nei settori "rilevanti").* 4.1. *(Segue) Richiami alla nozione di strumentalità nel diritto amministrativo.* 5. *La duplice declinazione della strumentalità: ente strumentale ed attività strumentale.* 6. *(Segue) L'interrogativo relativo alla sorte delle società strumentali operanti in settori non più "rilevanti".* 7. *Oltre la natura giuridica dell'ente: principio di sussidiarietà orizzontale e natura (anche pubblica) degli interessi perseguiti.*

1. I conferimenti che hanno determinato la nascita delle fondazioni bancarie.

La vicenda giuridica relativa alle fondazioni bancarie, seppur di recente evoluzione, rappresenta l'emblema di un percorso complesso, caratterizzato da una successione di interventi normativi spesso contraddittori e da scelte interpretative non sempre conformi alle effettive intenzioni del legislatore. Si è trattato, invero, di uno sviluppo tortuoso, nel quale la costante volontà di superare la dimensione pubblicistica delle fondazioni ha faticosamente convissuto con evidenti tentativi di sostanziale ripubblicizzazione delle medesime.

Una ricorrente problematica sul regime cui sono sottoposti i vari soggetti giuridici si correla al carattere privato o pubblico degli interessi perseguiti. Non sempre sussiste o deve sussistere una rigida corrispondenza tra carattere (o natura) degli interessi e natura del soggetto che li persegue; tale ritenuta corrispondenza appartiene ad un modo di pensare che non è coerente con l'attuale ordinamento giuridico.

In queste note ci si propone di esaminare la tematica ora riassunta con riferimento a figure soggettive emblematiche: le fondazioni bancarie.

Quanto alla configurazione giuridica (natura) delle fondazioni, l'opzione pubblicistica è stata scelta, in origine, dallo stesso legislatore, il quale, con la legge di delega 30 giugno 1990, n. 218 ed il relativo decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356 è intervenuto nel settore tracciando una netta linea di demarcazione tra le varie attività svolte dagli istituti bancari soggetti alla relativa applicazione. Precisamente, con la legge n. 218 del 1990 (c.d. legge Amato), è stata disposta la separazione tra enti c.d. conferenti ed enti c.d. conferitari: i primi, con natura giuridica pubblica, erano chiamati ad assolvere la duplice funzione di perseguire fini di interesse pubblico e di utilità sociale nonché di gestire la partecipazione di controllo detenuta nelle banche conferitarie, ed i secondi, aventi forma di società per azioni, erano destinati ad operare nel settore del credito mediante la struttura aziendale devoluta loro dagli enti pubblici conferenti.

Alla luce di tale impianto normativo, agli enti pubblici conferenti risultava dunque precluso lo svolgimento diretto di attività di impresa bancaria, essendo consentita loro la sola attività di gestione del pacchetto di maggioranza detenuto nelle banche conferitarie.

Il quadro così delineato non ha tuttavia resistito a lungo: infatti, già a partire dal decreto legislativo attuativo n. 356 del 1990, cominciarono a manifestarsi i primi segni di una imminente inversione di tendenza, la quale ha condotto ad un vero e proprio ribaltamento del contenuto dell'originaria legge di delega. La forza attrattiva esercitata dal diritto privato ha trovato così una prima formalizzazione nel d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153 attuativo della legge 23 dicembre 1998, n. 461 (c.d. legge di delega Ciampi), il quale – mediante la previsione di un obbligo temporalmente dilazionato di dismissione delle partecipazioni di controllo detenute nelle società bancarie conferitarie – ha determinato il progressivo superamento della qualificazione iniziale dei soggetti conferenti come enti pubblici con funzione di *holding* bancaria. Gli originari enti conferenti, ridefiniti come "fondazioni bancarie" ed espressamente qualificati come «*persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale*» (così l'art. 2, comma 1° del d.lgs. n. 153 del 1999), venivano dunque fatti transitare dalla dimensione pubblicistica a quella privatistica ⁽¹⁾.

Tuttavia, nemmeno tale approdo normativo ha posto fine alla dinamica oscillatoria tra pubblico e privato, la quale ha ripreso vita con l'entrata in vigore dell'art. 11 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria per il 2002): detta norma, mediante l'introduzione di significative modifiche alla disciplina di cui al d.lgs. n. 153 del 1999, ha determinato un indubbio avanzamento della "soglia dell'ingerenza del potere pubblico" sull'autonomia privata delle fondazioni bancarie (cfr. S. Amorosino, *Le fondazioni di origine bancaria tra dirigismo amministrativo, controllo politico ed*

⁽¹⁾ Il complesso normativo costituito dalla legge di delega n. 461 del 1998 e dal d.lgs. attuativo n. 153 del 1999 rappresenta una tappa fondamentale nel percorso di evoluzione della fattispecie di cui ci si occupa: infatti, già nella relazione di accompagnamento alla suddetta legge di delega, si ravvisava la necessità di «*porre termine alla disputa sulla natura giuridica, pubblica o privata, delle fondazioni di origine bancaria ...*» e dunque di «*definire ... gli enti come dotati di personalità giuridica di diritto privato con piena autonomia statutaria e gestionale*».

autonomia privata, in Foro Amm. TAR, 2003, 1684 ss.). Invero, la rideterminazione dei settori di intervento delle fondazioni (art. 1, comma 1°, lett. c-bis) e d) del d.lgs. n. 153 del 1999), la modificabilità degli stessi mediante regolamento governativo (art. 1, comma 1°, lett. c-bis) del d.lgs. n. 153 del 1999), gli obblighi di svolgimento dell'attività in rapporto prevalente con il territorio di riferimento (art. 2 del d.lgs. n. 153 del 1999) e la previsione della necessaria prevalenza di soggetti nominati dagli enti pubblici nell'organo di indirizzo (art. 4, comma 1° del d.lgs. n. 153 del 1999) rappresentano solo alcuni degli aspetti di una riforma che è stata letta da autorevole dottrina come un tentativo di sostanziale ripubblicizzazione delle fondazioni bancarie, le quali – seppur a fronte della natura ancora formalmente privata – apparivano sempre più attratte nell'area del diritto pubblico sia sul piano della struttura organizzativa sia sul piano dell'attività e dei relativi fini.

L'ultimo approdo della vicenda è costituito, invero, dalle sentenze della Corte Costituzionale 29 settembre 2003, n. 300 e n. 301, le quali, dichiarando l'incostituzionalità di alcune delle disposizioni più marcatamente "pubblicistiche" contenute nel richiamato 11, hanno definitivamente ricondotto le fondazioni nell'ambito del diritto privato (cfr. F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in Dir. Amm., 3, 2004): l'evoluzione legislativa avvenuta a partire dall'attuazione della legge di delega Amato «ha spezzato quel "vincolo genetico e funzionale" di cui parlano le sentenze n. 341 e n. 342 del 2001 di questa Corte, vincolo che in origine legava l'ente pubblico conferente e la società bancaria, e ha trasformato la natura giuridica del primo in quella di persona giuridica privata senza fine di lucro (art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 153) della cui natura il controllo della società bancaria, o anche solo la partecipazione al suo capitale, non è più elemento caratterizzante» (così la sentenza n. 300 del 2003).

Invero, la Corte non si sofferma troppo sulle ragioni di fondo di questa scelta ricostruttiva: l'affermazione della natura privatistica delle fondazioni bancarie, seppur espressamente formalizzata nelle suddette pronunce, non rappresenta l'oggetto principale del giudizio, costituendo piuttosto il presupposto necessario per la decisione delle questioni di legittimità sollevate.

In altri termini, l'indagine relativa alla natura giuridica delle fondazioni si pone come passaggio obbligato nell'ambito del ragionamento – questo sì oggetto del giudizio di legittimità – relativo alla materia costituzionale a cui ascrivere la disciplina delle fondazioni bancarie: in seguito alla «trasformazione della natura giuridica degli originari enti conferenti», le fondazioni non sono più elementi costitutivi dell'ordinamento del credito e del risparmio, ma rientrano nella materia dell'«ordinamento civile, comprendente la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato che l'art. 117, secondo comma, della Costituzione assegna alla competenza legislativa esclusiva dello Stato» (cfr. sempre la sentenza n. 300 del 2003). La riconduzione delle fondazioni alla materia dell'ordinamento civile consente dunque alla Corte di escludere la competenza legislativa e

regolamentare regionale e, conseguentemente, di rigettare le questioni di legittimità avanzate dalle Regioni fondate sull'asserita lesione della propria sfera di attribuzioni.

Il compimento del processo di trasformazione delle fondazioni bancarie in persone giuridiche di diritto privato dotate di autonomia statutaria ed il riconoscimento del carattere di utilità sociale degli scopi dalle medesime perseguiti, induce peraltro la Corte a collocare dette fondazioni «*tra i soggetti dell'organizzazione delle "libertà sociali" (sentenza n. 50 del 1998), non delle funzioni pubbliche, ancorché entro limiti e controlli compatibili con tale loro carattere*»; e ciò in quanto esse non possono rientrare «*in una nozione, per quanto lata sia, di pubblica amministrazione in senso soggettivo e oggettivo*» (così la più volte citata sentenza n. 300 del 2003). La circostanza per cui le fondazioni perseguono scopi di utilità sociale non è dunque un elemento di per sé sufficiente per renderle assimilabili alle Pubbliche Amministrazioni, ben potendo esse – quali soggetti di diritto privato – perseguire fini ed obiettivi comuni alle collettività di riferimento.

Si tratta, evidentemente, di una statuizione assai significativa non solo perché costituisce un passo ulteriore rispetto alla semplice affermazione della natura giuridica privata delle fondazioni, ma anche perché stabilisce un collegamento con il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4° Cost., espressamente richiamato proprio tra le argomentazioni poste a fondamento della qualificazione delle fondazioni come soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali ⁽²⁾: analogamente a quanto affermato con riferimento alla vicenda delle IPAB, il giudice richiama i principi costituzionali del pluralismo e della sussidiarietà orizzontale al fine di sostenere che taluni interessi, propri della comunità nazionale ma anche delle singole comunità da cui essa è costituita, possono essere perseguiti sia dal settore pubblico che da quello privato, senza che il carattere (collettivo) di tali interessi impedisca a quest'ultimo qualsiasi spazio di attività ⁽³⁾.

2. La disciplina attuale delle fondazioni bancarie: la natura giuridica di diritto privato e l'applicazione "residuale" delle disposizioni del Codice Civile.

L'ultima tappa della vicenda sopra descritta conferma dunque la natura di persone giuridiche di diritto privato delle fondazioni bancarie, le quali, mediante la propria autonomia statutaria e

⁽²⁾ Sul punto, si richiamano le considerazioni precedentemente espresse dal Consiglio di Stato, Sez. Cons. Atti Normativi, nel parere 1 luglio 2002, n. 1354, per cui, in conseguenza del mutato quadro costituzionale, «*muta la stessa nozione di autonomia privata, nel senso che il suo riconoscimento assume portata prioritaria non solo quando essa è orientata alla realizzazione dei 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*».

⁽³⁾ Emblematica della vicenda giuridica relativa alle IPAB è senza dubbio Corte cost., 24 marzo 1988, n. 396, con la quale la Corte restituisce tali soggetti alla loro originaria natura di persone giuridiche private, affermando contestualmente che le relative finalità di assistenza e beneficenza «*non sono per loro natura esclusiv[e] delle strutture pubbliche*»: anzi, l'esigenza di una convivenza di pubblico e privato in tali settori «*è imposta dal principio pluralistico che ispira nel suo complesso la Costituzione repubblicana*».

gestionale e nei limiti della stessa, perseguono scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico.

La qualificazione in termini privatistici di tali fondazioni, introdotta con il d.lgs. n. 153 del 1999 e successivamente confermata dalle citate pronunce della Corte Costituzionale, non scioglie tuttavia i numerosi nodi problematici che ad oggi continuano a caratterizzare la materia. Infatti, l'affermazione definitiva della natura privata delle fondazioni bancarie – al di là del mero dato testuale – non ha davvero chiarito la portata e le conseguenze di tale privatizzazione, la quale non può non tenere conto delle origini pubblicistiche di queste figure e del complesso percorso che le ha viste alternativamente attratte nella sfera pubblica ed in quella privata.

Sul punto si deve ricordare che il legislatore ha riconosciuto come la peculiare natura delle fondazioni bancarie rispetto al più ampio *genus* delle fondazioni di diritto privato postuli la necessità di una regolamentazione *ad hoc* (ossia il d.lgs. n. 153 del 1999), con la conseguenza che *«le norme del codice civile si applicano alle fondazioni bancarie solo in via residuale ed in quanto compatibili»* (così l'art. 5 del d.l. 15 aprile 2002, n. 63 conv. in l. 15 giugno 2002, n. 112, il quale costituisce *«norma di interpretazione autentica della legge 23 dicembre 1998, n. 461, e del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153»*). Si tratta tuttavia di una enunciazione di principio, la quale si limita a definire il rapporto di prevalenza della disciplina speciale su quella generale senza affrontare le questioni problematiche lasciate aperte proprio dalla disciplina speciale. E' però un'affermazione molto forte, perché non chiarisce se la disciplina speciale sia di matrice civilistica o pubblicistica; in altre parole, tale disposizione interpretativa non rende sicura la ricostruzione delle fondazioni bancarie come figura che non trova nel Codice Civile la sua intera disciplina, ma che è comunque genuinamente privatistica sulla base delle norme speciali che la riguardano.

Ebbene, nel momento in cui il legislatore e la Corte Costituzionale hanno ritenuto di qualificare le fondazioni bancarie come persone giuridiche di diritto privato, avrebbero dovuto indicare compiutamente anche la disciplina ed il regime (speciali) a cui sono sottoposte: e ciò in quanto, al di là della riconduzione delle medesime nella dimensione privatistica, esse restano istituti speciali, meritevoli, per questo, di una disciplina chiara e completa che non lasci spazio a scelte ermeneutiche discordanti o addirittura contraddittorie.

3. (Segue) L'attività delle fondazioni bancarie tra autonomia ed eteronomia (i settori “ammessi” e i settori “rilevanti”).

Come è noto, l'autonomia privata si configura come potere di autodeterminazione dell'attività e dei comportamenti di uno o più soggetti alla stregua di prescrizioni poste dagli stessi soggetti i cui comportamenti risultano da esse condizionati.

Pertanto, anche le fondazioni bancarie – in quanto persone giuridiche di diritto privato – sono titolari di autonomia privata, la quale si estrinseca nella facoltà di individuare il proprio ambito di attività. La disciplina "speciale" di cui al d.lgs. n. 153 del 1999 stabilisce infatti che le fondazioni bancarie «*indirizzano la propria attività esclusivamente nei settori ammessi*» ed «*operano in via prevalente nei settori rilevanti*» (art. 2, comma 2°): si tratta di un potere riconosciuto a tutte le fondazioni, il quale si esercita in sede statutaria mediante l'inserimento di previsioni che individuino e delimitino l'ambito di operatività della fondazione cui lo statuto si riferisce.

Al riguardo, si deve precisare che la disciplina inerente questo profilo è stata profondamente incisa dall'art. 11 della legge n. 448 del 2001, il quale ha novellato l'art. 1 del d.lgs. n. 153 del 1999 (in materia di definizioni) anzitutto inserendo all'art. 1, comma 1° una nuova lettera c-bis), la quale contiene l'elencazione dei c.d. settori ammessi: il medesimo art. 11 ha inoltre sostituito la lettera d) dell'art. 1, comma 1° del d.lgs. n. 153 cit. stabilendo che per settori rilevanti si devono intendere «*i settori ammessi, scelti ogni tre anni, dalla fondazione, in numero non superiore a tre*» (formulazione quest'ultima ulteriormente modificata dall'art. 39, comma 14-nonies del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, il quale ha elevato il numero massimo dei settori rilevanti da tre a cinque).

Ebbene, le modifiche introdotte dall'art. 11 della legge n. 448 del 2001 hanno posto in primo luogo la necessità di stabilire come dovesse essere interpretata l'elencazione numerica dei c.d. settori ammessi: in altre parole, si rendeva necessario chiarire se i numeri utilizzati dal legislatore (da 1 a 4) indicassero ciascuno una categoria nella quale veniva raggruppata una pluralità di settori autonomi ovvero se detti numeri individuassero, ognuno, un unico settore (rispetto al quale, di conseguenza, le elencazioni interne avrebbero costituito semplici sub-settori). Al riguardo si è pronunciato il Consiglio di Stato, Sez. Cons. Atti Normativi, parere 1 luglio 2002, n. 1354, ove si legge che: «*Il chiarimento, introdotto dallo schema [di regolamento n. 217 del 2002] in esame, che la legge n. 448 abbia voluto individuare una ventina di settori ammessi, raggruppati nelle "categorie" da 1) a 4), appare alla sezione ragionevole e preferibile alla possibile ipotesi alternativa, di considerare i numeri da 1) a 4) del citato comma 1 dell'art. 11 come quattro settori e non come categorie di settori*». Tale opzione interpretativa consente dunque di ritenere che l'elencazione numerica dei settori ammessi non indichi quattro settori, ma – più propriamente – quattro categorie di settori nelle quali sono raggruppati i venti settori ammessi complessivi (in questo senso si esprime, peraltro, anche l'art. 2, comma 2° del d.m. 18 maggio 2004, n. 150 attualmente vigente, il quale parla di «*categorie di settori ammessi*»).

Le considerazioni appena svolte non esauriscono, tuttavia, l'aspetto più problematico della questione, ossia quello relativo all'effettiva ampiezza del suddetta autonomia statutaria: e ciò in quanto parlare di autonomia statutaria per le fondazioni bancarie implica necessariamente

un'indagine sui confini ed i limiti entro cui questa autonomia può essere esercitata. Infatti, ai sensi della disciplina speciale di cui al citato d.lgs. n. 153 del 1999, i settori ammessi sono stabiliti dalla legge, con la conseguenza che le fondazioni conservano una propria autonomia soltanto nella scelta di quelli rilevanti: tale scelta – conformemente a quanto disposto dall'art. 2, comma 2° del d.m. n. 150 del 2004 – è *«effettuata nello statuto o in altro deliberato dell'organo della fondazione a ciò competente secondo lo statuto»*. La scelta risulta, peraltro, modificabile nel tempo (non è più vigente il divieto di modifica per i primi tre anni di cui al d.m. 2 agosto 2002, n. 217): in questo senso, è lo stesso art. 2, comma 2° dell'odierno decreto ministeriale a stabilire che: *«Della scelta dei settori rilevanti e delle sue modificazioni è data comunicazione all'Autorità di vigilanza»*.

E' dunque evidente che le fondazioni bancarie sono titolari di un'autonomia di diritto privato: esse infatti, hanno facoltà di scegliere i settori (c.d. rilevanti) nei quali concentrare in via prevalente la propria attività, nonché di modificare, nel tempo, la propria scelta individuando come “rilevanti” settori differenti da quelli scelti in precedenza.

Tuttavia, non si tratta di un'autonomia piena: la delimitazione legale (mediante la previsione *ex lege* dei settori c.d. ammessi) costituisce un limite alla facoltà generale di autodeterminare i propri ambiti di attività riconosciuta a tutti i soggetti privati, con la conseguenza che tale facoltà, nel caso di specie, sembra piuttosto assumere i tratti della semplice gestione più che della vera e propria autonomia. A ciò si aggiunga poi che, sebbene il vigente d.m. n. 150 del 2004 abbia notevolmente ridotto il potere di ingerenza e controllo dell'Autorità di vigilanza prevedendo che – ai sensi dell'art. 2 comma 2° – le fondazioni hanno un semplice obbligo di comunicare all'Autorità la scelta dei settori rilevanti nonché la loro eventuale modifica, il controllo di tale autorità costituisce comunque – insieme alla richiamata predeterminazione dei c.d. settori ammessi – il limite estremo dell'autonomia statutaria: e ciò in quanto, qualora la scelta dei settori rilevanti o la modifica degli stessi comporti una modificazione dello statuto, non potrà non trovare applicazione la procedura di approvazione da parte della suddetta Autorità ai sensi dell'art. 10, comma 3°, lett. c) del d.lgs. n. 153 del 1999.

Autonomia privata sì dunque, ma nei limiti imposti dalla legge: soltanto qualora cessino *«i vincoli della eteroregolamentazione derivante direttamente dalla legge»* l'autonomia delle fondazioni bancarie *«riacquisterà naturalmente la sua pienezza»*; e ciò in base al *«generale principio esegetico della piena attuazione dell'autonomia privata delle fondazioni bancarie nella parte in cui essa non è espressamente limitata dalla legge»* (in questi termini si è espresso il Consiglio di Stato nel richiamato parere n. 1354 del 2002, nel quale sono stati precisati i limiti della potestà normativa regolamentare).

Volendo ricondurre tali riflessioni nell'ambito civilistico, si potrebbero richiamare le nozioni di limite di capacità giuridica e di limite di legittimazione giuridica: se la prima appare eccessiva per la fattispecie e dunque non così configurabile, più opportuno risulta invece il richiamo al concetto di limite alla legittimazione giuridica, la quale si configura come posizione specifica del soggetto rispetto alla materia del singolo, concreto negozio dispositivo (cfr. P. Rescigno, voce *Legittimazione*, in Dig. Disc. Priv., sez. civ., IV ed., X, Torino, 1993, nonché L. Mengoni, *L'acquisto a non domino*, Milano, 1949, 36 ss.).

Ebbene, ad avviso di chi scrive, per quanto attiene specificamente alle fondazioni bancarie, il legislatore ha delineato, per esse, un “limite funzionale” (di legittimazione) alla loro autonomia.

4. Gli strumenti di esercizio di attività di impresa delle fondazioni bancarie (in particolare, le società strumentali per le attività delle fondazioni nei settori “rilevanti”).

Invero, tra i profili maggiormente problematici della disciplina in materia di fondazioni bancarie vi è quello relativo allo svolgimento di attività di impresa. Al riguardo l'art. 3, comma 1° del d.lgs. n. 153 del 1999 dispone che: *«Le fondazioni perseguono i propri scopi con tutte le modalità consentite dalla loro natura giuridica, come definita dall'art. 2, comma 1. Operano nel rispetto dei principi di economicità della gestione. Possono esercitare imprese solo se direttamente strumentali ai fini statutari ed esclusivamente nei settori rilevanti»*.

Alle fondazioni è dunque precluso, in via generale, l'esercizio di attività d'impresa ad eccezione delle ipotesi in cui si tratti di attività strumentale al perseguimento dei fini statutari svolta in uno dei settori c.d. rilevanti; in altri termini, le fondazioni sono autorizzate ad esercitare anche attività d'impresa purché detta attività si svolga in uno dei settori di intervento indicati nello statuto e sempre che attraverso di essa si attui in via esclusiva la realizzazione delle finalità istituzionali perseguite dalla fondazione stessa in quel dato settore (peraltro, già nella relazione di accompagnamento alla legge di delega n. 461 del 1998 veniva enunciato il *«principio di esclusione di ogni titolarità di impresa che non sia quella di imprese strumentali ai fini istituzionali»*). Peraltro, poiché l'art. 6, comma 1° del d.lgs. n. 153 del 1999 stabilisce che *«le fondazioni possono detenere partecipazioni di controllo solamente in enti e società che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali»*, ne deriva che, con tale previsione, il legislatore ha voluto istituire un nesso tra la partecipazione ad imprese strumentali e la titolarità di partecipazioni di controllo: soltanto la partecipazione della fondazione a società strumentali, che operano nei settori rilevanti, può configurarsi come partecipazione di controllo, al contrario, in tutti gli altri casi, ossia nei casi in cui non si tratti di soggetti che svolgono in via esclusiva attività di impresa strumentale ai

sensi dell'art. 3, comma 1° del d.lgs. n. 153 del 1999 (e cioè nei settori rilevanti), la fondazione potrà mantenere o acquisire partecipazioni purché non di controllo ⁽⁴⁾.

Ad ogni modo, la maggiore difficoltà nell'interpretazione e nell'applicazione della disposizione di cui all'art. 3, comma 1° del citato decreto legislativo consiste, evidentemente, nella necessità di conciliare due nozioni apparentemente incompatibili, ossia la nozione di "impresa" e quella di "strumentalità". La prima, riferita ad un fenomeno proprio del mondo del commercio, è espressamente definita dall'art. 2082 Cod. civ. e – pur non presupponendo il perseguimento di uno scopo di lucro – si inserisce in un contesto di tipo economico-produttivo: la seconda invece, di matrice propriamente pubblicistica, trova piena cittadinanza nell'ambito del diritto amministrativo.

Va detto, al riguardo, che il legislatore non ha del tutto ignorato la questione di cui si tratta: una prima indicazione è fornita proprio dal d.lgs. n. 153 del 1999, il quale – all'art. 1, comma 1°, lett. h) – definisce impresa strumentale l'«*impresa esercitata dalla fondazione o da una società di cui la fondazione detiene il controllo, operante in via esclusiva per la diretta realizzazione degli scopi statutari perseguiti dalla Fondazione nei settori rilevanti*». Inoltre, con l'«*Atto di indirizzo a carattere generale in materia di adeguamento degli statuti delle fondazioni alle disposizioni della legge 23 dicembre 1998, n. 461 e del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153*» del 5 agosto 1999, il Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica ha posto l'accento sullo stretto legame sussistente tra l'impresa strumentale e le scelte compiute in sede statutaria, nel senso che «*nei settori rilevanti individuati dallo statuto le fondazioni possono esercitare anche attività di impresa (impresa strumentale) purché la stessa operi in via esclusiva per la diretta realizzazione degli scopi perseguiti dalla fondazione nei settori medesimi*»: lo statuto risulta dunque la sede della definizione dei c.d. settori rilevanti nei quali soli la fondazione può esercitare attività d'impresa, ma anche la sede ove può essere compiuta la scelta più estrema di vietare l'istituzione di imprese strumentali (in questo senso l'Atto di indirizzo cit., p.to 2, ove si legge che: «*nell'esercizio dell'autonomia statutaria lo statuto [della fondazione] potrebbe, in via di ipotesi, optare per il divieto di istituire imprese strumentali*»). Si tratta tuttavia di approcci perlopiù definitivi, inidonei a delineare un quadro organico del rapporto tra fondazioni e società strumentali e a chiarire i caratteri e i limiti dell'attività d'impresa svolta da tali società.

⁽⁴⁾ Ciò è confermato, *a contrario*, da quanto previsto all'art. 7, comma 1° del medesimo decreto legislativo, ove si legge che le fondazioni «*possono mantenere o acquisire partecipazioni non di controllo in società anche diverse da quelle aventi per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali*»: in questo senso, peraltro, anche Corte cost. n. 300 del 2003 cit., nella quale si afferma che, ad eccezione dei casi in cui enti e società abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali, «*in tutte le altre ipotesi, comprendenti dunque anche le società bancarie conferitarie, sono vietate le partecipazioni di controllo (art. 6, comma 1). Pertanto, le fondazioni, a partire dall'entrata in vigore del decreto legislativo n. 153, non possono acquisire nuove partecipazioni di controllo in società diverse da quelle anzidette, né conservarle, ove già detenute nelle società stesse (art. 6, comma 4)*».

4.1. (Segue) Richiami alla nozione di strumentalità nel diritto amministrativo.

Per questo è necessario partire dall'analisi della nozione di strumentalità così come elaborata nel contesto suo proprio, ossia nell'ambito del diritto amministrativo.

Invero, la dottrina più autorevole ha affrontato la tematica eminentemente con riferimento alla categoria dei c.d. enti strumentali: tale *species*, ascrivibile al più ampio *genus* degli enti ausiliari, identifica gli enti pubblici dei quali l'Amministrazione di riferimento si avvale per il raggiungimento delle proprie finalità istituzionali (cfr. V. Ottaviano, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959). Il tratto distintivo di tale categoria di enti risiede nella circostanza per cui essi risultano essere dedicati al soggetto (pubblico) di riferimento, rispetto al quale si collocano, di norma, in un rapporto di subordinazione. In altre parole, gli enti strumentali non sono altro che strumenti operativi dell'Amministrazione per cui operano, i quali appaiono generalmente privi di ogni spazio di autonomia, in quanto – pur rivestendo la forma esteriore di enti con autonoma personalità giuridica – risultano del tutto asserviti al perseguimento degli obiettivi del soggetto di riferimento. La completa funzionalizzazione dell'attività di tali enti rispetto alle finalità che l'ente principale deve conseguire ha addirittura indotto buona parte della dottrina a ritenere che essi siano legati a quest'ultimo da un vero e proprio rapporto di servizio in virtù del quale detti enti non sarebbero altro che uffici del soggetto ausiliato.

Tuttavia, anche qualora non si condividesse un approccio così estremo, non v'è dubbio che il carattere strumentale di un ente pubblico è sinonimo di accessorietà del primo rispetto all'ente principale, nonché di destinazione funzionale dell'attività al raggiungimento di fini ed obiettivi propri del soggetto di riferimento.

E' evidente che tale ricostruzione della nozione di strumentalità sia difficilmente applicabile con riferimento alle fondazioni bancarie: e ciò in quanto le società costituite o partecipate da dette fondazioni, seppur "dedicate" al perseguimento degli scopi statuari di queste ultime, non possono essere qualificate come enti (pubblici) strumentali. Si tratterebbe, in altre parole, di una soluzione troppo rigorosa, la quale – limitandosi a trasferire su questi soggetti le elaborazioni del diritto amministrativo in materia di enti strumentali – rischierebbe di vulnerare la natura giuridica privata delle fondazioni e delle relative società strumentali. A tale soluzione si oppone, peraltro, anche la circostanza per cui l'attività di impresa strumentale di cui al citato art. 3, comma 1° del d.lgs. n. 153 del 1999 non deve essere svolta necessariamente da società strumentali a cui le fondazioni partecipano, ben potendo le fondazioni stesse, a seguito di un'apposita valutazione di opportunità, decidere di svolgere direttamente tale attività: in altre parole, la possibilità – per le fondazioni – di esercitare esse stesse le attività di impresa necessarie al raggiungimento dei propri fini statuari

rende ancora meno necessaria (oltre a quanto già detto) l'esistenza di soggetti stabilmente dedicati al perseguimento delle finalità istituzionali delle fondazioni medesime.

5. La duplice declinazione della strumentalità: ente strumentale ed attività strumentale.

Ebbene, alla luce di quanto sinora detto, si potrebbe tentare di conciliare le nozioni di impresa e di strumentalità mediante un diverso approccio interpretativo, e cioè distinguendo i concetti di ente strumentale e di attività strumentale.

L'ente strumentale, lo si ripete, è un soggetto pubblico istituito con funzione servente rispetto al soggetto (anch'esso pubblico) di riferimento, con la conseguenza che non soltanto l'attività del soggetto strumentale è dedicata al raggiungimento del fine (pubblico) dell'ente principale, ma la sua stessa esistenza deve ritenersi ontologicamente connessa a quella dell'ente principale, nella quale trova il proprio fondamento e la propria giustificazione. Pertanto, pur senza negare che gli enti strumentali siano dotati di personalità giuridica propria, è tuttavia evidente che essi trovano la loro ragion d'essere nell'esistenza dell'ente principale: esistono in quanto esiste l'ente di riferimento ed operano in quanto esiste il fine pubblico che l'ente di riferimento è chiamato a perseguire.

La strumentalità altro non è, dunque, se non un modo di essere di un soggetto (l'ente strumentale) rispetto ad un altro (l'ente principale), il quale incide sia sulla struttura dell'ente dipendente che sulla regolamentazione dei suoi rapporti con il soggetto rispetto al quale l'ente è, per l'appunto, strumentale (così V. Ottaviano, *Considerazioni*, cit.): e, come tutti i modi di essere, diviene un tratto caratteristico del soggetto a cui si riferisce, ne informa definitivamente la natura e l'attività senza che sia possibile immaginarne il carattere temporaneo. L'ente strumentale non può dunque cessare di essere tale: e ciò in quanto la sua istituzione, la sua esistenza e la sua attività sono necessariamente "in funzione" di un altro soggetto.

Diverse considerazioni valgono invece per la nozione di attività strumentale, la quale – essendo riferita, per l'appunto, al profilo dinamico dell'attività – non presuppone necessariamente l'esistenza di un ente pubblico strumentale a cui ricondurre detta attività. Parlare di attività strumentale non significa dunque riferirsi ad un ente strumentale come sopra configurato, ma soltanto ad un'attività che – pur essendo, in quanto attività strumentale, preordinata al raggiungimento di un obiettivo altrui – ben può essere posta in essere da un qualsiasi soggetto e perciò anche da un soggetto privato.

In altre parole, una cosa è l'ente (pubblico) strumentale, ossia il soggetto interamente dedicato all'Amministrazione di riferimento: un'altra è, invece, l'attività strumentale intesa come attività – e non come soggetto – preordinata al raggiungimento di un obiettivo altrui. Si tratta dunque di un

concetto neutro, il quale implica semplicemente la funzionalizzazione dell'attività di un soggetto rispetto a quella di un altro soggetto e non la ontologica preordinazione del primo al secondo.

Pertanto, alla luce di tale ricostruzione, nulla vieta che anche una persona giuridica di diritto privato possa svolgere tutta o parte della sua attività in funzione di un altro soggetto privato né che possa farlo per un periodo di tempo limitato: e ciò in quanto – lo si ripete – questa ulteriore declinazione della strumentalità non si riferisce alla categoria dell'ente pubblico strumentale, quanto piuttosto al carattere strumentale, anche solo temporaneo, dell'attività di un soggetto (sia esso pubblico o privato) rispetto a quella di un altro.

Se si accoglie tale distinzione è evidente che, nel caso delle fondazioni bancarie, più che di ente strumentale si dovrà parlare di attività (di impresa) strumentale, la quale, indipendentemente dal fatto che sia esercitata direttamente dalla fondazione o da una società strumentale, è interamente preordinata alla realizzazione degli obiettivi previsti dallo statuto della fondazione (cfr. in proposito l'art. 3, comma 1° del d.lgs. n. 153 del 1999, ove si parla di attività di impresa strumentale e di imprese direttamente strumentali <<*ai fini statutari*>>, nonché l'Atto di indirizzo del Ministero del tesoro del 5 agosto 1999, nel quale si ribadisce che i c.d. settori rilevanti individuati dallo statuto delimitano l'ambito in cui le fondazioni bancarie sono autorizzate ad esercitare attività imprenditoriale e a detenere partecipazioni di controllo in società commerciali) ⁽⁵⁾.

In altre parole, le società strumentali delle fondazioni bancarie non sono enti ad esse strumentali, ma soggetti di diritto privato autonomi e distinti, i quali svolgono la propria attività in funzione del perseguimento dei fini individuati dalle fondazioni stesse in sede statutaria: e ciò non necessariamente per l'intera durata della società, ma anche per un periodo temporalmente circoscritto al solo triennio di "rilevanza" del settore.

Pertanto, il richiamo al concetto di attività strumentale risulta particolarmente attuale, inserendosi in un contesto normativo e giurisprudenziale come quello vigente, che è nel senso di valorizzare la vocazione e l'attività proprie dei soggetti principali, limitando il più possibile la proliferazione di società partecipate che non svolgano compiti strettamente connessi a quelli propri dei soggetti di riferimento. Tale tendenza, particolarmente avvertita nell'ambito dell'ordinamento locale ⁽⁶⁾, trova

⁽⁵⁾ Invero, la funzionalizzazione delle imprese strumentali rispetto al perseguimento degli scopi statutari della fondazione sembra addirittura implicare che anche su tali imprese si "trasfonda" il medesimo ruolo della fondazione stessa: in questo senso si è espressa la Commissione delle Comunità Europee nella decisione del 22 agosto 2002 relativa alle misure fiscali per le fondazioni bancarie, nella quale la Commissione ha affermato che: <<*né le fondazioni né le imprese strumentali possono proporsi scopi di lucro*>> (p.to 48).

⁽⁶⁾ Tra le fonti normative più recenti in materia si veda l'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in legge 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. decreto Bersani) e la relativa giurisprudenza, nonché l'art. 3, commi 27 e 28 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008), le quali disciplinano entrambe veri e propri meccanismi di dismissione delle partecipazioni "non consentite". Si tratta comunque di una questione già affrontata in passato dalla giurisprudenza: in questo senso si rinvia a Corte Conti, Sez. controllo enti, determinazione 22 luglio 1986, n. 1883, nella quale il giudice contabile subordina la possibilità degli enti pubblici di costituire società di capitali o di assumere partecipazioni

poi un fondamento normativo anche nell'ambito del diritto privato: in questo senso, l'art. 2361, comma 1° Cod. civ. prevede che: «*L'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se non prevista genericamente nello statuto, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dallo statuto*» (cfr. G.F. Campobasso (a cura di), *Diritto commerciale*, in *Diritto delle società*, Torino, 2007; V. Calandra Buonauro, *Gli atti estranei all'oggetto sociale*, in G.E. Colombo, G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, II, Torino, 1991). Tale principio di carattere generale impone dunque che la presenza di società di secondo grado non sia in contraddizione con le ragioni che hanno portato alla creazione dell'ente di primo grado.

La centralità dell'oggetto sociale o dello scopo statutario di un ente quale contenuto e limite della relativa attività trova peraltro conferma anche nel diritto comunitario, il quale, come è noto, è un diritto neutro, ossia prescindente dalla distinzione pubblico-privato: ad avviso della giurisprudenza comunitaria infatti l'oggetto sociale caratterizza la società sin dalla sua costituzione, con la conseguenza che essa «*deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'inter[ro] rapporto concessorio*» ⁽⁷⁾. In altre parole, indipendentemente dalla circostanza che il soggetto di riferimento sia pubblico o privato (un ente pubblico, una società interamente pubblica, una società a capitale misto pubblico-privato o una società interamente privata), la sua attività non deve essere tale da alterare la vocazione iniziale di detto soggetto, lo scopo per il quale opera e l'ambito nel quale si inserisce, perché se ciò avvenisse risulterebbe pregiudicata l'identità stessa del soggetto e l'affidamento *medio tempore* ingeneratosi nei rapporti giuridici con i terzi.

6. (Segue) L'interrogativo relativo alla sorte delle società strumentali operanti in settori non più "rilevanti".

Se si accoglie l'ipotesi ricostruttiva sopra esaminata e si ammette dunque che la nozione di strumentalità possa essere declinata nelle due distinte accezioni di ente strumentale ed attività strumentale, è evidente che l'attività (d'impresa) esercitata dalle società strumentali delle fondazioni bancarie – in quanto riferita ad un concetto neutro e trasversale, svincolato dall'esistenza di un ente ontologicamente funzionale rispetto alla fondazione – può modificarsi nel corso del tempo.

Si è visto, infatti, che le fondazioni bancarie possono esercitare imprese «*solo se direttamente strumentali ai fini statuari ed esclusivamente nei settori rilevanti*» e che possono modificare nel tempo la propria scelta, individuando come rilevanti settori differenti da quelli scelti in precedenza: pertanto, accogliendo – nel caso di specie – l'accezione di strumentalità come attività strumentale,

azionarie in esse, tra le altre, alla corrispondenza allo scopo istituzionale perseguito dall'ente e alla conseguente permanenza dell'operato delle società nell'ambito funzionale di quello.

⁽⁷⁾ Cfr. Corte Giustizia europea, 15 ottobre 2009, in procedimento C-196/08.

nulla impedisce che la funzionalizzazione di tale attività al perseguimento degli scopi della fondazione sia temporalmente circoscritta e che dunque, terminato il periodo di “rilevanza” del settore, la fondazione non sia avvalga più della società (ormai ex) strumentale. In altri termini, il carattere neutro della nozione di attività strumentale non impedisce – almeno sul piano teorico – che il soggetto svolga tale attività solo per il periodo in cui l’ente principale ne ha necessità e successivamente torni ad operare in modo svincolato da esso.

Si tratta allora di verificare se dalla modifica di uno o più settori rilevanti discenda un obbligo – in capo alle fondazioni – di dismettere le proprie quote di partecipazione nelle società strumentali che hanno operato in tali settori. Invero, poiché la disciplina speciale non contiene alcun riferimento alla questione, non sembra possa ritenersi sussistente – in capo alle fondazioni stesse – un obbligo legale di dismettere le proprie partecipazioni in società strumentali nell’eventualità in cui il settore in cui operano tali società non sia più qualificato come rilevante. Infatti, qualora avesse voluto, il legislatore avrebbe espressamente previsto l’estensione al settore delle fondazioni bancarie della disciplina dettata in materia per gli enti locali o avrebbe addirittura previsto una regolamentazione specifica per le società strumentali di cui si tratta.

Alla luce di quanto appena detto, si potrebbe dunque concludere nel senso che le suddette società possano continuare ad operare nel settore in cui sono state costituite. Tuttavia, pur accogliendo tale ipotesi, ciò sembra possibile soltanto qualora, a prescindere dal conferimento iniziale da parte della fondazione, esse siano in grado di essere economicamente autosufficienti e sempre che la fondazione che a suo tempo le istituì come società strumentali non vi detenga più partecipazioni di controllo: è noto infatti che, al di là dei conferimenti iniziali necessari per avviare l’attività, il mantenimento in vita di una società dipende essenzialmente dalla capacità della stessa di essere autonomamente redditiva.

7. Oltre la natura giuridica dell'ente: principio di sussidiarietà orizzontale e natura (anche pubblica) degli interessi perseguiti.

L'analisi sin qui condotta ha evidenziato il carattere "speciale" delle fondazioni bancarie rispetto alla categoria delle persone giuridiche di diritto privato alla quale vengono ormai definitivamente ascritte: tali figure, a lungo rivendicate, alternativamente, dal diritto pubblico e dal diritto privato, hanno ora trovato la loro collocazione ufficiale nell'ambito di quest'ultimo, il quale – tuttavia – non sembra riuscire, almeno ad un primo impatto, ad esaurirne le peculiarità e le problematiche.

D'altra parte, lo stesso legislatore, in sede di interpretazione autentica della fonte normativa fondamentale in materia, ha sentito la necessità di precisare che «*le norme del codice civile si applicano alle fondazioni bancarie solo in via residuale ed in quanto compatibili*» (così l'art. 5 del

d.l. n. 63 del 2002 cit.): e, nonostante la veduta inesautività della formulazione, è indubbio che essa induca ad una riflessione un po' più approfondita. Si tratta allora di stabilire il contenuto di questa "specialità", di valutarne le conseguenze e gli effetti: affermare che la disciplina in materia di fondazioni bancarie trova il proprio fondamento in una normativa *ad hoc* rende necessario analizzarne i tratti caratteristici al fine di capire se, al di là del dato classificatorio, tali soggetti siano davvero persone giuridiche di diritto privato o se invece il contenuto della disciplina speciale non le delinei, di fatto, come qualcos'altro.

Ebbene, ferme restando le conclusioni cui si è addivenuti circa l'esercizio di attività di impresa strumentale, si richiama l'attenzione su qualche altro "indice sintomatico" della specialità di tali soggetti.

Si veda, ad esempio, quanto disposto dall'art. 2, comma 2° del d.lgs. n. 153 del 1999, ove si legge che: *«Le fondazioni, in rapporto prevalente con il territorio, indirizzano la propria attività esclusivamente nei settori ammessi e operano in via prevalente nei settori rilevanti, assicurando, singolarmente e nel loro insieme, l'equilibrata destinazione delle risorse e dando preferenza ai settori a maggiore rilevanza sociale»*: significativo è certamente il riferimento al *«rapporto prevalente con il territorio»*, il quale costituisce un ulteriore limite funzionale per l'attività delle fondazioni bancarie (oltre a quello relativo ai settori rilevanti e a quello riguardante l'esercizio di attività di impresa strumentale). Il richiamo al territorio e al rapporto prevalente con esso rimandano alla relazione preferenziale esistente tra gli enti pubblici (locali) e il territorio a cui essi corrispondono: e ciò in quanto, come è noto, per questo tipo di enti il territorio non è soltanto un elemento costitutivo, ma ciò che consente all'ente stesso di selezionare i bisogni alla cui soddisfazione esso è preposto.

A ciò si aggiunga poi che le fondazioni bancarie sono sottoposte all'attività di vigilanza da parte del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica: tale attività *«ha per scopo la verifica del rispetto della legge e degli statuti, la sana e prudente gestione delle fondazioni, la redditività dei patrimoni e l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti»* (cfr. art. 10, comma 2° del d.lgs. n. 153 del 1999). Sebbene il vigente regolamento n. 150 del 2004 abbia notevolmente ridotto l'ingerenza dell'Autorità di vigilanza sulle scelte delle fondazioni, tuttavia non si può negare che detta Autorità eserciti tuttora una funzione di controllo sull'attività delle fondazioni e delle società svolgenti attività d'impresa strumentale dalle stesse partecipate: si tratta, ancora una volta, di conciliare due concetti assai distanti tra loro, ossia l'autonomia statutaria di diritto privato delle fondazioni, da un lato, e la natura marcatamente pubblicistica della funzione di vigilanza dall'altro. E' innegabile infatti che quella di vigilanza sia una nozione propria del diritto amministrativo, la quale tuttavia, pur rappresentando un limite alla libera espressione

dell'autonomia delle fondazioni bancarie, è stata ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale anche in occasione delle celebri pronunce del 2003: la funzione ministeriale di vigilanza è indiscussa ed anzi si giustifica sulla base della rilevanza sociale delle finalità istituzionali delle fondazioni bancarie e dell'interesse pubblico a controllare che esse siano effettivamente, correttamente ed efficacemente perseguite dalle fondazioni stesse.

La chiave di lettura per rendere intellegibili tutti questi elementi di specialità poteva allora essere costituita, per il passato, dai c.d. enti privati di interesse pubblico. Tali enti, per anni al centro di accesi dibattiti dottrinali, sono stati oggetto di uno schema di disegno di legge governativo sul quale si è espresso anche il Consiglio di Stato con il parere 19 gennaio 1981 n. 1 ⁽⁸⁾: l'attenzione mostrata nei confronti di queste figure risiedeva nella circostanza per cui esse sono connesse alla complessa questione del *discrimen* tra pubblico e privato e, conseguentemente, alla possibilità di configurare un *tertium genus* fra le due categorie.

Invero, al di là della problematica relativa alla configurabilità di una terza categoria intermedia tra enti pubblici ed enti privati, gli enti privati di interesse pubblico si caratterizzano per lo svolgimento di attività cui accede un interesse pubblico: la dottrina più autorevole, infatti, ha individuato in questi enti figure giuridiche di diritto privato, le quali tuttavia, a causa dello spiccato interesse che la loro attività riveste per la collettività, vengono assoggettate ad un più o meno penetrante regime di vigilanza statale (cfr. V. Ottaviano; *Considerazioni*, cit., 33 ss., nonché a A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982).

Mediante il richiamo alla categoria degli enti privati di interesse pubblico si sarebbe potuto forse tentare di decifrare quella innegabile commistione tra dimensione privata e dimensione pubblica che da tempo caratterizzava le fondazioni bancarie ⁽⁹⁾: pur senza arrivare a configurarle come appartenenti ad un vero e proprio ordinamento sezionale (quello del credito), tali fondazioni ben potevano essere connotate quali enti privati di interesse pubblico, ossia come enti che, pur mantenendo la personalità giuridica di diritto privato e la relativa autonomia statutaria, erano sottoposti ad un regime di diritto privato speciale, il quale trova fondamento e legittimazione

⁽⁸⁾ In *Il Consiglio di Stato*, Parte I, 4, 1981, 465 ss. Il disegno di legge governativo sopra citato in materia di enti privati di interesse pubblico non fu però mai definitivamente approvato e tuttora non si registra, nel nostro ordinamento, una disciplina normativa sull'argomento: le uniche fonti che hanno utilizzato la nozione di enti privati di interesse pubblico sono state il D.P.R. 31 luglio 1980, n. 613 relativo alla Croce Rossa Italiana (oggi riconosciuta come ente pubblico) e la legge 23 maggio 1980, n. 211 circa l'Associazione nazionale Italia Nostra.

⁽⁹⁾ In questo senso si è espresso anche il Consiglio di Stato nel citato parere n. 1354 del 2002, ove si legge che, a seguito del processo di privatizzazione che ha interessato le fondazioni bancarie, «non si è avuto un ritorno alla disciplina civilistica tout court: il legislatore continua ad assegnare il dovuto rilievo agli aspetti che sono propri delle attività destinate a soddisfare peculiari interessi collettivi, pur ritenendoli compatibili con l'abbandono del regime pubblicistico in favore di una disciplina di diritto privato».

nell'interesse pubblico all'effettivo ed efficace perseguimento dei fini di interesse sociale generale che costituiscono l'obiettivo attribuito *ex lege* alle fondazioni stesse ⁽¹⁰⁾.

Tale ricostruzione, seppur condivisibile nel fine e nell'impianto argomentativo, non appare tuttavia più sostenibile in seguito alle modifiche introdotte al Titolo V della Costituzione dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 ⁽¹¹⁾: con il nuovo art. 118, comma 4°, il legislatore costituzionale ha introdotto l'accezione c.d. "orizzontale" del principio di sussidiarietà, in virtù della quale *«Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»*

Peraltro, la stessa riconduzione delle fondazioni bancarie tra *«i soggetti dell'organizzazione delle "libertà sociali"»* avviene *«anche in considerazione di quanto dispone ora l'art. 118, quarto comma, della Costituzione»* (così la nota sentenza Corte cost. n. 300 del 2003), con la conseguenza che tali figure finiscono per rientrare tra le forme in cui si estrinseca, ai sensi del nuovo art. 118, *«l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale»*. Tale statuizione, che certamente conferma la natura giuridica privata delle fondazioni, non esclude – è vero – la previsione legislativa di forme di controllo e di vigilanza, le quali rappresentano, anzi, modalità di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale: tuttavia esse sono soggette al limite della compatibilità con il carattere di *«soggetti dell'organizzazione delle "libertà sociali"»* delle fondazioni stesse.

In altre parole, la modifica della Carta costituzionale e l'attuale formulazione dell'art. 118 hanno reso inattuale il dibattito sulla natura giuridica delle fondazioni bancarie e sulla configurabilità delle stesse come enti privati di interesse pubblico: infatti, alla luce del nuovo art. 118, comma 4° Cost., anche i soggetti privati – singolarmente o in forma associata – possono svolgere *«attività di interesse generale»*.

E' dunque evidente che, ancorché le fondazioni bancarie *«perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico»* (così l'art. 2, comma 1° del d.lgs. n. 153 del 1999), ciò non osta alla configurazione delle stesse come soggetti in tutto e per tutto di diritto privato, in quanto il perseguimento dei fini suddetti non è più da ritenersi esclusivo dei soggetti

⁽¹⁰⁾ Peraltro, nel senso della riconducibilità delle fondazioni alla categoria degli enti privati di interesse pubblico si era espresso anche il Consiglio di Stato nel richiamato parere n. 1 del 1981 nonché la stessa relazione illustrativa al coevo disegno di legge.

⁽¹¹⁾ La centralità di tale profilo è ben colta anche dal Consiglio di Stato nel richiamato parere n. 1354 del 2002: il quadro ordinamentale relativo alle fondazioni bancarie *«è, poi, completato dalla riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione operata dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, di cui vanno valutate le conseguenze sulla materia in esame (e, in generale, sul ruolo dell'autonomia privata e delle formazioni sociali nel nostro ordinamento) derivanti, in particolare, dall'introduzione del principio di c.d. sussidiarietà orizzontale di cui al nuovo testo dell'articolo 118, ultimo comma, Cost.»*.

pubblici o di quelli "intermedi". La descritta specialità della disciplina delle fondazioni bancarie non deve allora essere intesa come partecipazione di tali fondazioni al regime di diritto amministrativo, bensì come specialità di diritto privato: le fondazioni bancarie sono certamente persone giuridiche di diritto privato, le quali si caratterizzano tuttavia per una regolamentazione peculiare che costituisce un *quid pluris* rispetto alle fondazioni in senso stretto di cui al Libro I, Titolo II del Codice Civile, ma che – lo si ripete – non ne altera la natura giuridica privatistica.

Alla luce del nuovo quadro costituzionale e, precisamente, del nuovo art. 118, comma 4° Cost., l'attività dei soggetti privati può dunque assumere diversi obiettivi e diverse forme, ivi compresa quella di fondazione che persegue fini sociali: pericolosa sarebbe invece una diversa ricostruzione, in quanto, qualora si pretendesse di assoggettare tali figure – in virtù dello scopo perseguito – a limiti e vincoli pubblicistici particolarmente penetranti, si rischierebbe addirittura di vulnerare il dettato costituzionale.

L'intervento del legislatore costituzionale pare aver valorizzato la natura dell'interesse perseguito più che la natura giuridica dell'ente che lo persegue: al di là di ogni partizione e ripartizione, la previsione di limiti all'autonomia di soggetti privati (quali le fondazioni bancarie) devono essere proporzionati allo scopo effettivamente perseguito dal soggetto stesso, nel senso che – più ancora della categoria giuridica a cui esso appartiene – rileva il fine della sua attività, il quale ne informa la disciplina ed il regime.

Come già intuito dal giudice costituzionale a proposito della vicenda relativa alle IPAB, il perseguimento di un fine collettivo non è condizione di per sé sufficiente a far transitare un soggetto giuridico dalla dimensione privatistica a quella pubblicistica, la quale richiede ben altri requisiti di soggezione al diritto pubblico ed amministrativo. Invero, oltre al mutato dettato costituzionale, a tali conclusioni conduce anche la circostanza per cui nella realtà concreta si fa sempre più debole il legame tra natura giuridica di un soggetto ed interesse di cui esso è portatore, nonché la circostanza per cui la società civile dimostra di utilizzare sempre più spesso strumenti di diritto privato per gestire ambiti in cui si intrecciano indistricabilmente interessi pubblici ed interessi privati.