

La sussidiarietà nella gestione del patrimonio culturale

Il punto di approdo della disciplina delle fondazioni bancarie, con il definitivo riconoscimento della natura privata (Corte Costituzionale 29 settembre 2003 n. 300) e l'approvazione, con decreto del 18 maggio 2004, n. 150 del nuovo regolamento che qui pubblichiamo, apre importanti prospettive d'ingresso delle fondazioni nel settore della tutela dei beni culturali e dell'ambiente.

Un'attenta e puntuale disamina del concetto di strumentalità dell'impresa consentita, anche nelle forme della assunzione di partecipazioni, alle fondazioni bancarie, fa ritenere infatti che la vocazione tipica dell'attività di tali soggetti si ritrova nella sussidiarietà all'agire della Pubblica Amministrazione in settori, quali quelli della tutela dei beni culturali, nella gestione dei musei e, in generale nella valorizzazione dell'ambiente e del territorio, dove, pur appagandosi bisogni diffusi, il mercato non produce agevolmente profitti.

Le fondazioni bancarie, imprese strumentali e tutela dei beni culturali

di **Giuliano Lemme**

Avvocato in Roma

1. Fondazioni bancarie e scopo di utilità sociale

In un'epoca, come la presente, di frequenti e spesso "epocali" rivisitazioni di interi settori del diritto, si è distinto, per importanza ed impatto sistematico, l'intervento compiuto nell'ultimo periodo dal legislatore nel campo del diritto bancario.

In quest'ambito, un particolare rilievo ha rivestito la privatizzazione delle banche pubbliche, compiuta sia sotto un profilo soggettivo (enti pubblici sono stati trasformati in società di diritto privato) che oggettivo (la partecipazione al capitale delle banche è stata "aperta" agli investitori privati).

Lo strumento usato per conseguire lo scopo della privatizzazione è stato quello del conferimento dell'azienda bancaria in una società per azioni, attuato da parte degli enti pubblici, con conseguente distinzione tra un "involucro", costituito dall'ente con-

ferente, ed un "contenuto", costituito dalla società conferitaria.

Questa scissione, suggestiva anche per la tecnica giuridico-economica usata dal legislatore, è stata regolamentata dal d. lgs. 20 novembre 1990 n. 356 (c.d. decreto Amato) che già stabiliva il principio in base al quale gli enti conferenti dovessero perseguire "fini di interesse pubblico e di utilità sociale" (art. 12, co. 1, d. lgs. 356/90).

Una ulteriore specificazione delle modalità di attuazione dei fini pubblicistici delle fondazioni bancarie è contenuta nella legge 23 dicembre 1998 n. 461, di delega al governo per la riforma della materia.

In tale legge (e, soprattutto, nel successivo decreto legislativo, n. 153 del 17 maggio 1999) si stabilisce il principio in base al quale gli scopi di utilità sociale e di sviluppo economico possono essere attuati dagli enti conferenti (divenuti poi, nel decreto legislativo, fondazioni) direttamente, o attraverso

imprese strumentali (art. 2, lett. d., l. 461/98; art. 3, co. 1, d. lgs. 153/99).

Dunque, sostanzialmente, nella disciplina legislativa ora illustrata confluiscono due modelli organizzativi diversi: da un lato, quello dell'esercizio diretto delle attività *non profit* da parte delle fondazioni; dall'altro, l'esercizio indiretto, mediante imprese strumentali, ovvero mediante società che a propria volta abbiano ad oggetto l'esercizio di una impresa strumentale (art. 6, co. 1, d. lgs. 153/99).

La presenza di più modalità di intervento attuabili dalle fondazioni risponde alla sostanziale agilità¹ che queste, in quanto persone giuridiche private, possono avere²; agilità che peraltro, come vedremo, trova un notevole temperamento nella vincolatività dei settori di intervento ove le fondazioni possono operare.

Chiarito il problema della natura delle fondazioni bancarie, occorre spendere qualche parola sull'oggetto della loro attività.

La legge (art. 2, co. 1 del d. lgs. 153/99) limita l'ambito di attività agli "scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico"³. Non solo: la legge individua specificamente i settori nell'ambito dei quali le fondazioni esplicano la loro attività, settori che, a seguito del nuovo, controverso intervento legislativo (art. 11, l. 28 dicembre 2001 n. 448) hanno acquistato il carattere dell'esclusività, nel senso che non è ammessa alcuna attività in settori non elencati⁴.

A seguito del complesso susseguirsi di interventi legislativi e del Giudice delle leggi, dunque, l'attività delle fondazioni bancarie deve essere univocamente indirizzata al perseguimento di scopi di utilità sociale (limitati, peraltro, ai settori ammessi ex art. 1, co. 1, lett. c. *bis*) del d.lgs. 153/99) e di promozione dello sviluppo economico.

Viene subito da chiedersi se i due "corni" dell'attività (utilità sociale – sviluppo economico) siano alternativi, ovvero costituiscano un'endiadi.

L'ultima ipotesi, autorevolmente sostenuta⁵, non ci convince del tutto: se è infatti indubitabile che lo sviluppo economico riveste di per sé una utilità sociale, ci sembra evidente, anche riesaminando lo sviluppo dei lavori parlamentari che hanno accompagnato la genesi della norma⁶ che il legislatore ha inteso piuttosto aderire ad un modello misto tra *grant making foundation* e *operational foundation*. Con l'importante limitazione,

peraltro, costituita dall'impossibilità che le fondazioni possano fare erogazioni dirette o indirette ad imprese aventi scopo lucrativo (art. 3, co. 2, d. lgs. 153/99).

Il richiamo allo sviluppo economico, piuttosto, appare volto ad enfatizzare la possibilità che le fondazioni bancarie concorrano alla crescita specifica di un determinato territorio con il quale abbiano rapporto di particolare radicamento⁷. Con la specificazione, a nostro avviso, che lo sviluppo economico (escluso possa concretarsi nell'immissione diretta di capitale in generiche attività produttive) è pur sempre legato agli scopi di utilità sociale, i quali sono ad esso sovraordinati. In altri termini, lo sviluppo economico dovrebbe essere indirizzato tramite finanziamento di progetti nell'ambito dei settori ammessi; un tipico esempio potrebbe essere la ricerca scientifica o il settore dei beni culturali.

Per rimanere nell'ambito dell'esame delle attività, può essere interessante raffrontare i settori di intervento delle ONLUS (d. lgs. 4 dicembre 1997 n. 460) e quelli delle fondazioni bancarie. A seguito degli ultimi interventi legislativi, le differenze si sono oramai ridotte al lumicino, tanto da poter far affermare che, sostanzialmente, esse si riducono a zero o quasi). Il discrimine tra le due fattispecie è dunque oramai limitato, sotto un piano meramente formale, alla maggior accentuazione della natura non imprenditoriale delle ONLUS rispetto alle fondazioni ma soprattutto, di fatto, alla presenza di una esplicita previsione legislativa (art. 10, co. 10, d. lgs. 460/97) che esplicitamente esclude che le fondazioni possano essere "considerate" ONLUS.

2. L'impresa strumentale: un nuovo concetto di impresa

Come sopra abbiamo visto, si può definire impresa strumentale quella che eserciti attività finalizzata all'attuazione degli scopi statutari della fondazione bancaria, nell'ambito dei settori rilevanti.

I concetti fondamentali e distintivi dell'identificazione dell'impresa strumentale sono dunque due: da un lato, quello della finalizzazione (o della strumentalità); dall'altro, quello dell'imprenditorialità, che nel caso delle fondazioni bancarie può subire una

deviazione rispetto allo schema tipico del diritto commerciale.

Il profilo della strumentalità può essere affrontato in un secondo momento; quello che a nostro avviso è maggiormente rilevante è il concetto di imprenditorialità.

Facciamo anzitutto un passo indietro di ordine concettuale.

Come è stato giustamente notato⁹ fondazione ed impresa sono apparentemente due fattispecie profondamente diverse, se non antitetiche, come testimoniato anche dalla collocazione sistematica (la fondazione tra le persone, libro I del codice civile, l'impresa nel libro V sul lavoro).

D'altro canto, limitarsi a distinguere le due fattispecie per la loro collocazione sistematica sarebbe riduttivo; occorre allora chiedersi se vi siano ulteriori elementi che giustificano la distinzione, e se del caso valutare l'impatto della disciplina sulle fondazioni bancarie nei rapporti tra le due figure.

Ora, non vi è dubbio che ciò che contraddistingue l'impresa è l'essere riconducibile alla categoria giuridica dell'attività¹⁰.

Le fondazioni, viceversa, appartengono alla categoria giuridica dei soggetti e, in particolare, degli enti aventi personalità giuridica.

Ora, è indubbio che vi sia una connessione generale tra soggetto ed attività; l'imprenditore (soggetto) esercita una attività (l'impresa) ed anzi può dirsi senz'altro che vi è una connessione (quasi) necessaria tra il primo e la seconda¹¹.

Di più: la tradizionale impostazione del diritto privato, centrata sui soggetti e dunque sui centri di imputazione giuridica¹² pone la fondazione, che eserciti eventualmente attività d'impresa, in posizione sovrordinata rispetto a quest'ultima.

La collocazione sistematica, dunque, non costituisce di per sé di ostacolo alla verifica di un collegamento tra la fondazione e impresa; più che altro, il problema sembra essere costituito dalla attribuzione della centralità all'attività (ossia all'impresa) o al soggetto che la esercita (la fondazione).

Se – come abbiamo appena visto – il problema certamente non si poneva rispetto al sistema tradizionale del codice, la recente evoluzione della normativa sui soggetti e sull'attività imprenditoriale deve indurre ad affrontare il dubbio sotto una diversa prospettiva.

Come è infatti noto, la fattispecie dell'impresa è andata assumendo negli ultimi anni

una crescente centralità; centralità che è culminata nelle linee generali della riforma del diritto societario (d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 6) con la quale l'impresa diviene il perno attorno al quale ruota l'impostazione normativa¹³.

Esempio evidente di questo diverso collocamento sistematico è la disciplina dei gruppi di società, nei quali il concetto determinante è quello dell'attività di direzione e coordinamento, ossia dell'attività imprenditoriale relativa all'esercizio dell'impresa di gruppo¹⁴, piuttosto che il soggetto che tale attività eserciti.

L'impresa, dunque, diviene il perno attorno a cui ruotano il soggetto (imprenditore), l'oggetto dell'attività (la produzione e lo scambio), gli strumenti di esercizio (l'azienda).

Ciò posto, occorre chiedersi se, rispetto a questo mutamento di scenario, l'impresa strumentale della fondazione bancaria sia coerente con la ricostruzione ora compiuta.

Chiariamo subito che quello di impresa "strumentale" è un concetto nuovo, sconosciuto alle categorie generali dell'ordinamento. Il termine "strumentale", nell'ordinamento commerciale, è infatti in genere riferito ai "beni", ossia – normalmente, ove tali beni siano anche organizzati dall'imprenditore – all'azienda.

Se l'impresa è dunque strumentale, occorre chiedersi di cosa o di chi sia "strumento"; e l'ovvia risposta è che la strumentalità si pone in rapporto con la fondazione bancaria, che usa dell'impresa per attuare il proprio scopo di utilità sociale. Il che potrebbe creare un paradosso, perché, potrebbe affermarsi, l'impresa strumentale si può quasi configurare come un'azienda organizzata in forma di impresa: così come l'azienda è lo strumento che l'imprenditore usa per l'attuazione della propria attività di produzione e scambio di beni e servizi, l'impresa strumentale è lo strumento che la fondazione usa per attuare il proprio scopo istituzionale¹⁵.

È peraltro agevole replicare, ad una tale ipotetica ricostruzione, come essa contrasti con la stessa natura dell'impresa, che costituendo come abbiamo visto una attività, per di più avente carattere di centralità nell'ordinamento, non può essere ridotta a confondersi con lo strumento per attuarne l'oggetto.

Rimane il fatto, indubitabile, che i concetti di "impresa" e di "strumentale" rimangono in certa misura antitetici.

Per uscire dall'*impasse*, bisogna allora concludere che il termine strumentale, riferi-

to all'impresa, vuole semplicemente enfatizzarne lo strettissimo legame di scopo rispetto all'attività della fondazione¹⁶.

Questa interpretazione della locuzione legislativa è confermata, indirettamente, ove si guardi alla genesi della norma ed all'impianto complessivo del provvedimento.

Ove infatti si legga l'art. 3, co. 1 del d. lgs. 153/99, ci si accorge del fatto che la strumentalità delle imprese delle fondazioni è indicata in senso limitativo, ossia per evitare che le fondazioni possano svolgere attività commerciale, da un lato con fini di lucro, dall'altro in settori diversi da quelli rilevanti.

Si consideri, d'altro canto, che la "sensibilità" delle imprese strumentali è accentuata dal fatto che queste sono una delle due forme (l'altra è costituita dalle cooperative sociali ex l. 381/91) di finanziamento lecito ad attività imprenditoriali.

Va da ultimo segnalato come l'impresa strumentale possa essere esercitata direttamente dalla fondazione, ovvero, in alternativa, da una società da questa partecipata; anzi, dice la norma dell'art. 1, lett. h) del d. lgs. 153/99, di cui la fondazione detiene il controllo; ove quest'ultimo termine si riferisce alla fattispecie individuata dall'art. 2359 c.c., come specificata dall'art. 6 del decreto.

A quest'ultimo proposito, è interessante notare come quest'ultima norma definisca l'influenza dominante facendo riferimento esclusivo alle ipotesi di accordi tra i soci e tra questi e la fondazione.

Il problema che si pone è capire cosa si intenda con la locuzione "*il controllo si considera esistente nella forma dell'influenza dominante, ai sensi del primo comma n. 2, dell'art. 2359 del codice civile*", contenuta nel 3° co. dell'art. 6 del decreto. Infatti, in base ad una prima possibile interpretazione, la norma non farebbe che specificare ulteriormente ipotesi esemplificative tipiche di influenza dominante; in base ad una seconda interpretazione, la norma invece ridefinirebbe, ai fini di cui al decreto, l'ipotesi del controllo per influenza dominante, considerandola sussistente, per le società strumentali, solo qualora attuata in virtù di accordi tra soci.

Riteniamo senz'altro preferibile quest'ultima interpretazione.

Infatti, la *ratio* complessiva della legge induce a ritenere che le società strumentali debbano rigidamente seguire gli indirizzi dettati dalla fondazione, quale socio di controllo, sia per garantire la stretta aderenza

della società agli scopi istituzionali della fondazione, sia per assicurare una piena corrispondenza tra indirizzi di vigilanza ed attività di impresa.

Ora, se questo punto di partenza ci sembra pacifico, è evidente come il controllo per influenza dominante, come definito dall'art. 6 co. 3 del decreto, sia dotato di maggior specificità e stabilità rispetto all'ipotesi prevista nella lettera b) del primo comma dell'art. 2359 c.c., che facendo riferimento ad un dato ambiguo come la "influenza dominante", corre il rischio di rimanere indeterminato¹⁷ e comunque di poter essere individuato più su base statistica, che su dati certi.

Una ulteriore peculiarità dell'impresa strumentale delle fondazioni bancarie, rispetto alle imprese ordinarie, è costituita dalla separatezza contabile.

A norma dell'art. 9, co. 3 del d. lgs. 153/99, infatti, le fondazioni debbono predisporre contabilità separate relativamente alle imprese da esse esercitate.

Il concetto di separatezza e autonomia patrimoniale è (relativamente) nuovo, e dopo una serie di previsioni contenute nel Testo Unico della Finanza (d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58)¹⁸ e in altre leggi speciali¹⁹ è stato ora riconosciuto, con più ampia portata, dalla riforma del diritto societario (artt. 2447-bis e segg. c.c.)²⁰.

Il problema che si pone nel commentare la previsione della norma relativa alle fondazioni bancarie ed alle loro imprese, dunque, non è tanto di richiamo alla disciplina generale ed astratta della separatezza patrimoniale, quanto di stabilire se quest'ultima sia un concetto diverso dalla mera separazione contabile menzionata dall'art. 9 del decreto.

A nostro avviso, la seconda direzione è quella da seguire; al contrario di quanto avviene nel caso dei patrimoni destinati o dei patrimoni separati, infatti, la legge non vuole prevedere un regime di *dual management* dei crediti "generali" e di quelli "speciali", ma vuole piuttosto, a fini contabili, distinguere l'attività d'impresa della fondazione da quella istituzionale.

3. La "strumentalità" delle imprese strumentali

Chiariti in generale questi concetti, occorre interrogarci su cosa abbia inteso il legisla-

tore con il concetto di imprese “*direttamente strumentali ai fini statutari*”.

È infatti evidente che della strumentalità possono in generale ricostruirsi due nozioni: una nozione “forte”, in base alla quale l’impresa (o la società) strumentale opera essa stessa nei settori rilevanti, svolgendo dunque in maniera diretta gli scopi di utilità sociale; oppure una nozione “debole”, in base alla quale l’impresa o la società conseguono un utile, il cui “assorbimento” nel patrimonio della fondazione consenta a quest’ultima di realizzare poi, direttamente, gli scopi istituzionali²¹.

Ora, il problema è creato dall’avverbio “direttamente” che compare nel testo del decreto; avverbio che poi diviene aggettivo (*diretta realizzazione degli scopi statutari perseguiti dalla fondazione nei settori rilevanti*) nella norma definitoria dell’art. 1.

Per quanto l’esercizio possa valere, ci si può “divertire” ad interpretare la lettera della norma; a questo punto, compaiono alcuni dati:

- a) l’art. 1, lett. h), afferma che le imprese strumentali possono operare per la (diretta) realizzazione degli scopi statutari della fondazione nei settori rilevanti; e non si comprende bene se quest’ultimo inciso sia riferito alla sola fondazione, o anche all’impresa strumentale; se, in altri termini, la norma può indirizzarci nel senso che l’impresa strumentale possa operare nei soli settori rilevanti, ovvero che essa possa, producendo utile anche in altre attività, aiutare la fondazione ad operare nei settori rilevanti;
- b) più chiaro, viceversa, è l’art. 3, co. 1., che, a nostro avviso, non può essere che interpretato nel senso che le imprese possono effettivamente agire solo nei settori rilevanti; non vediamo infatti altra possibile lettura della frase [le fondazioni] *possono esercitare imprese solo se direttamente strumentali ai fini statutari ed esclusivamente nei settori rilevanti*. A meno che non si voglia aderire all’interpretazione (per la verità, molto forzata) in base alla quale l’utile derivante dalle imprese strumentali non possa che essere reinvestito nelle attività della fondazione nei settori rilevanti, contrapposti, in questo caso, a quelli ammessi.

Il nostro sospetto, atteso che i settori rilevanti mutano ogni tre anni, ed appare fran-

camente inconcepibile che ogni tre anni la fondazione debba mutare l’oggetto delle proprie imprese e società strumentali, è che vi sia stato un difetto di coordinamento tra il decreto 153/99 e la legge modificativa 448/01, che ha introdotto la fattispecie dei settori ammessi distinta da quelli rilevanti. Se così è, è evidente che l’impresa strumentale possa operare nel (più ampio) novero dei settori ammessi.

Queste considerazioni sembrerebbero consentire di ritenere definitivamente risolto il problema del concetto di strumentalità; tuttavia, a scompigliare le carte ci pensa la norma dell’art. 7, co. 1 del decreto, in base alla quale 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*”.

Peraltro, per verificare l’impatto sistematico di questa norma, bisogna considerare alcuni dati: anzitutto, che essa non riguarda le imprese strumentali, ma solo le partecipazioni in altre imprese; secondariamente, che essa è esplicitamente volta (lo dice l’inciso *al medesimo fine...*) alla diversificazione del patrimonio, intesa però nel senso di mantenere un collegamento funzionale con i fini istituzionali e con lo sviluppo del territorio.

Dunque, più che di imprese strumentali “deboli”, sembra si debba piuttosto parlare di imprese strumentali (che non possono essere che “forti”) e imprese non strumentali, per le quali si può pertanto parlare di aderenza indiretta agli scopi della fondazione.

Questa interpretazione è suffragata dal fatto che la locuzione “*collegamento funzionale con le loro [delle fondazioni] attività istituzionali*”, contenuta nel medesimo art. 7., co.1, è agevolmente conciliabile con la finalizzazione degli utili della società partecipata al finanziamento del perseguimento diretto degli scopi della fondazione.

4. Settori di intervento, mercato ed attività culturali delle imprese strumentali

In chiusura della trattazione, occorre affrontare un problema fondamentale: quello cioè, delle modalità degli interventi delle fondazioni bancarie, e del loro impatto rispetto al mercato.

Torniamo anzitutto al dato di partenza, ossia quello relativo ai settori di intervento: a seguito della l. 448/01, la sostanziale auto-

nomia delle fondazioni nello scegliere ove dirigere la propria attività è stata fortemente limitata, con una sostanziale inversione rispetto a quanto previsto dalla normativa previgente: se quest'ultima infatti individuava i settori rilevanti, che costituivano parte delle attività delle fondazioni, ma non la esaurivano, ora si parla dei settori ammessi, che costituiscono l'ambito esclusivo di attività²².

È peraltro evidente come l'ambito dei settori ammessi sia talmente generico ed ampio, da poter almeno potenzialmente ricomprendere gran parte delle ipotizzabili aree di utilità sociale²³.

Ma a questo punto, il problema è solo parzialmente risolto; perché occorre interrogarsi sulle concrete modalità di attuazione degli scopi statutari (e legislativi) da parte delle fondazioni.

Il testo del decreto, sotto questo profilo, offre un quadro di estrema apertura, limitandosi (come sopra si è visto) a vincolare l'attività delle fondazioni nel senso di vietare le erogazioni ad enti lucrativi diversi dalle imprese strumentali (oltre all'esercizio di funzioni creditizie).

Per il resto, le fondazioni possono perseguire i propri scopi *"con tutte le modalità consentite dalla loro natura giuridica"*; ossia, tenendo presente il loro fine non lucrativo e la propria qualità di persone giuridiche private.

Gli interventi possibili possono dunque attuarsi con molteplici forme: per quello che più ci interessa, mediante esercizio di imprese strumentali o partecipazione minoritaria al capitale di imprese non strumentali.

Si viene così a creare un gruppo, al cui vertice è un ente senza scopo di lucro; situazione senza dubbio anomala, ma non per questo illecita; d'altro canto, vi è ora, con la riforma del diritto societario, l'esplicito riconoscimento della possibilità che la capogruppo sia un soggetto diverso da una società, considerato che l'art. 2497 c.c. riconnette la responsabilità da direzione e coordinamento alle *"società o gli enti..."*.

Ovviamente, la presenza di imprese (o addirittura di un gruppo di imprese) che intervengono per scopi di utilità sociale, per di più sostenute da enti di rilevante peso e solidità economica, pone una serie di problemi.

Infatti, occorre partire dalla considerazione che le imprese operano nel e per il mercato, che costituisce così uno dei punti di vertice del sistema del diritto commerciale²⁴;

ora, uno dei presupposti per il corretto funzionamento del mercato, negli ordinamenti di tipo liberistico quale il nostro, è che le imprese siano in grado di competere correttamente le une con le altre²⁵. La libera competizione, però, presuppone una condizione di sostanziale parità dello statuto giuridico delle imprese considerate, che certamente non sussiste nel caso delle imprese strumentali delle fondazioni bancarie, enti agevolati quantomeno sotto un profilo tributario (cfr. artt. 12 segg. del decreto).

Non solo: gioca nel senso di una significativa perturbazione del mercato anche il fatto che le imprese strumentali, come abbiamo visto, sono svincolate dall'esigenza di produrre un utile²⁶.

Questa duplice alterazione del regime ordinario dell'impresa è senza dubbio atta a perturbare in maniera significativa le regole concorrenziali del mercato, quasi il legislatore avesse consentito una anomala forma di concorrenza sleale autorizzata.

Tuttavia, la situazione è di solo apparente conflitto con le norme generali in tema di concorrenza; ed è agevole verificarlo ove solo si consideri in quali settori le fondazioni e le loro imprese e società strumentali possono intervenire.

Si tratta, con evidenza, di settori nei quali il mercato è limitato, vuoi per la scarsa redditività, vuoi per la scarsità di consumatori di un determinato prodotto o servizio²⁷. La funzione delle imprese strumentali, dunque, può arrivare a configurarsi come sussidiaria rispetto all'agire della Pubblica Amministrazione²⁸.

A quest'ultimo proposito, non è inutile ricordare come l'idea di una complementarità tra agire pubblico ed iniziativa privata abbia recentemente ricevuto un esplicito riconoscimento a livello costituzionale (art. 118, ult. co. Cost., come modificato dalla l. Cost. 18 ottobre 2001 n. 3), anche sulla scorta di esperienze straniere²⁹.

Sotto altro profilo, la posizione di vantaggio delle imprese strumentali sul mercato, giustificata, come si è visto, da esigenze di ordine collettivo, è in parte bilanciata anche dal fatto che le stesse imprese, tramite le fondazioni, sono soggette a vigilanza pubblica.

Come abbiamo visto, tra i settori nei quali le fondazioni bancarie possono intervenire, quello dei beni culturali assume una particolare importanza.

Anzitutto una notazione iniziale: il testo iniziale del d. lgs. 153/99 è stato “rimodulato” dalla l. 448/01. Nel primo, infatti, si parlava di “conservazione e valorizzazione dei beni e delle attività culturali e dei beni ambientali”; nel secondo, più genericamente, di “arte, attività e beni culturali”, oltre che di “protezione e qualità ambientale”. Ci sembra di poter dire che l’ampiezza e la genericità dei termini usati possa consentire di ritenere che la tutela ed i campi di intervento non siano mutati.

Si diceva della particolare importanza del settore della protezione dei beni culturali ed ambientali tra le possibili attività delle fondazioni; tale importanza è essenzialmente dovuta al carattere di scarsa redditività delle attività legate al settore dei beni culturali ed ambientali, assieme alla sua estrema sensibilità sociale.

Non è un mistero, infatti, che le attività di gestione museale (tanto per fare un esempio) siano amministrate quasi sempre in perdita; sicché sarebbe pressoché inipotizzabile che una società privata di carattere lucrativo possa utilmente gestire un museo. D’altro canto, il recente Testo Unico dei beni culturali (d. lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, che in gran parte ha semplicemente ribadito i principi già contenuti nel precedente d. lgs. 29 ottobre 1999 n. 490) prevede una serie di sinergie proprio per consentire la fruizione dei beni culturali nelle mani dei privati ed insieme ad essi. Questo principio è evidente ove si legga l’art. 6, co. 3 (*la Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale*) ma è comunque avverti-

bile anche in numerose altre disposizioni (ad esempio, art. 29, co. 11, art. 103, co. 3, art. 111, co. 1, art. 112, co. 7, art. 118).

Si badi bene: in questo campo, l’attività delle imprese strumentali delle fondazioni bancarie non è limitata alla mera sponsorizzazione (che, avendo come obiettivo un ritorno di immagine, e quindi un’attività di promozione, potrebbe in teoria rivestire carattere lucrativo), ma può arrivare al diretto intervento per la gestione dell’attività, con il solo limite del rispetto del principio generale dell’economicità di gestione.

Tale intervento, ad esempio, può comportare la stipula di convenzioni tra P.A. e fondazioni, per la promozione e diffusione dei beni culturali (art. 112, co. 8 del T.U.)³⁰; locuzione che, nella sua ampiezza, può far ipotizzare un ventaglio di interventi, il cui limite è costituito dalla sola fantasia degli operatori (si pensi non solo alla gestione diretta dei musei, ma anche all’allestimento di un’orchestra sinfonica, o alla predisposizione di un percorso naturalistico attrezzato in aree protette).

È dunque proprio nel campo dei beni culturali (certamente più che in altri tra i settori ammessi) che si può pensare ad una attività, più che utile, decisiva delle fondazioni bancarie, che tramite le proprie imprese strumentali potranno incidere in maniera significativa in un settore in cui ad una indubitabile utilità sociale si è spesso riconnessa una cronica mancanza di offerta da parte di operatori, che non potevano prescindere dalla scarsissima o nulla redditività degli interventi.

Note

¹ VELLA, *La “missione” delle fondazioni bancarie e gli investimenti culturali: vincoli e opportunità del nuovo ordinamento*, in Banca, borsa e tit. cred., 2001, I, pagg. 457 segg.

² Non è inutile ricordare, a questo proposito, che sulla natura, pubblica o privata, delle fondazioni bancarie vi è stato un aspro scontro, anche a livello politico.

L’opinione della dottrina, basandosi sulla lettera delle norme e sul processo gestazionale della legge, ha concluso che le fondazioni bancarie abbiano natura privata, anche a prescindere dalla conclusione del processo di dismissione delle partecipazioni detenute nelle aziende bancarie conferite (così FORTUNATO, *L’autonomia statutaria delle fondazioni bancarie*, in Banca, borsa e tit. cred., 2003, I, pagg. 16 segg.; VECCHIO, *Le fondazioni bancarie: profili di legittimità costituzionale del regime soggettivo*, in *Le “fondazioni” bancarie*, a c. Amorosino – Capriglione, Padova, 1999, pag. 13; BELLI e MAZZINI, voce *Fondazioni bancarie*, in Dig. disc. priv., sez. comm., appendice agg. 2000); mentre, d’altro

canto, alcuni Autori avevano criticato la riforma nel senso di non aver abbastanza enfatizzato, sotto il profilo della *governance*, il carattere privato delle fondazioni (GATTI, *Il terzo settore e le fondazioni di origine bancaria*, in Riv. dir. comm., 2002, I, pagg. 18 segg.).

A seguito di recenti interventi legislativi, che avevano reso attuali dubbi sulla natura giuridica, pubblica o privata, delle fondazioni bancarie, è definitivamente intervenuta la Corte Costituzionale, la quale, con la nota sentenza 29 settembre 2003 n. 300, ha esplicitamente ribadito che le fondazioni bancarie hanno natura di soggetti di diritto privato.

³ Sul significato e la portata dello scopo di sviluppo economico si vedano BELLI e MAZZINI, op. cit.

⁴ La Corte Costituzionale, nella sentenza 29 settembre 2003 n. 301, ha rigettato la questione di legittimità costituzionale della norma in questione, sul presupposto che l'elencazione esaustiva ed esclusiva dei settori ammessi non contrastasse con l'autonomia statutaria e la natura privatistica delle fondazioni, costituendo un semplice rafforzamento ed indirizzamento dei fini di utilità sociale perseguibili.

Precedentemente all'intervento legislativo passato al vaglio della Consulta, peraltro, era stato positivamente segnalato il carattere "multisettoriale e generalista" delle fondazioni bancarie (VELLA, op. cit., pag. 456; sulla stessa linea anche BELLI e MAZZINI, *La riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in Dir. banc. e merc. fin., 99, pag. 136).

⁵ FORTUNATO, op. cit. pag. 6.

⁶ Sui quali rimandiamo a BELLI e MAZZINI, voce *Fondazioni bancarie*, cit.

⁷ BELLI e MAZZINI, ibidem.

⁸ Sulla sostanziale equivalenza tra attività delle ONLUS e attività delle fondazioni bancarie v. GATTI, op. cit., pag. 17; vedono invece una sia pur limitata differenza BELLI e MAZZINI, op. loc. ult. cit.

⁹ FERRO-LUZZI, intervento al convegno "Le imprese strumentali delle fondazioni bancarie", Argelato (BO) 23 aprile 2004.

¹⁰ cfr. GALGANO, *Le teorie dell'impresa*, in Tr. dir. comm., a c. Galgano, vol. 2, Padova, 1978, pagg. 5 segg.; v. anche l'osservazione di FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1976, pagg. 211 segg., che specifica come nell'impresa, pur riconducibile alla sfera dell'attività, il profilo dell'organizzazione si presenta come fatto, irrilevante sotto il profilo della disciplina giuridica. Riconduce invece un ruolo centrale al momento organizzativo nell'impresa OPPO, *L'impresa come fattispecie*, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1992, pagg. 242 segg.

¹¹ È noto il dibattito svoltosi in dottrina sulla immanenza dell'imprenditore all'attività d'impresa; ci limitiamo, dati gli scopi del presente articolo, a rimandare a OPPO, voce *Impresa e imprenditore*, in Enc. Giur. Treccani, 1989, ove si critica la tesi tradizionale dell'"impresa senza imprenditore".

¹² FERRO-LUZZI, intervento al convegno cit.; si consideri che il codice civile, nel determinare il concetto di impresa, è partito dalla definizione del soggetto che la esercita, ossia l'imprenditore.

¹³ FERRO-LUZZI, ibidem.

¹⁴ Sull'unicità dell'impresa di gruppo v. per tutti GALGANO, *L'oggetto della società holding è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in Contr. impr., 90, pagg. 405 segg.; LEMME, *Il "governo" del gruppo*, Padova, 1997, pagg. 26 segg.

¹⁵ Una simile ricostruzione potrebbe non essere lontana dalla natura dell'azienda, configurata dai primi commentatori come una categoria intermedia tra soggetto ed oggetto del diritto (SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema di diritto civile*, in Riv. dir. comm., 42, I, pagg. 376 segg.); tesi, questa, criticata da COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, in Tr. dir. comm., a c. Galgano, vol. III, Padova, 1979, pag. 4.

¹⁶ FERRO-LUZZI, relazione al Convegno cit.

¹⁷ L'ipotesi tipica di influenza dominante è quella della grande società a capitale frammentato, in cui la cronica inerzia dei piccoli azionisti consente a chi detenga un pacchetto di minoranza di determinare i comportamenti dell'assemblea (v. LEMME, op. cit., pag. 5). Peraltro, la dottrina ha ritenuto ricompresa nell'ipotesi di cui al n. 2 del primo co. dell'art. 2359 c.c. anche la fattispecie dell'esistenza di sindacati di voto [GALGANO, *I gruppi di società*, in Tr. le società, a c. Galgano, Torino, 2001, pag. 26; COSTI, *Due pareri su come vada inteso il "rapporto di controllo" in presenza di sindacati di voto (art. 4, comma 3 legge n. 1/1991)*, in Contr. impr., 91, pagg. 1022 segg.].

¹⁸ Ad esempio, in tema di fondi comuni di investimento (art. 36, co. 6 del TUF); sul punto, v. AA.VV., *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, a c. AMOROSINO e RABITTI BEDOGNI, Milano, 2004, pagg. 160 segg.; BRIOLINI, in *Testo Unico della finanza*, commentario a c. Campobasso, Torino, 2002, pag. 332.

¹⁹ Per tutte, la l. 30.4.99 n. 130 sulla cartolarizzazione dei crediti, sulla quale v. FERRO-LUZZI, *La "cartolarizzazione"*, in AA.VV., *L'innovazione finanziaria*, Milano, 2003, pagg. 409 segg.

²⁰ Su questi, in generale, v. BARTALENA, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in Riv. dir. comm., 03, I, pagg. 83 segg.; F. FERRO-LUZZI, *Dei creditori dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, ivi, pagg. 107 segg.

²¹ ZOPPINI, Relazione al convegno *Le imprese strumentali delle fondazioni bancarie*, cit.

²² Va detto che, anche con la precedente formulazione normativa, il perseguimento esclusivo di scopi di utilità sociale e promozione dello sviluppo economico già costituiva un forte limite all'ambito di attività delle fondazioni, risultando difficile individuare ambiti potenziali di attività al di là dei settori rilevanti: cfr. BELLI e MAZZINI, voce *Fondazioni bancarie*, cit.; sul punto v. anche RESCIGNO, *Le fondazioni bancarie*, Milano 1999, pag. 34; FORTUNATO, op. cit. pagg. 5 segg.

²³ Come più sopra si diceva, al di là della formulazione apparentemente diversa, non vi è oramai sostanziale differenza tra i settori di interventi della fondazioni bancarie e quelli delle ONLUS, e risulta addirittura difficile ipotizzare che vi siano aree di intervento di utilità sociale che non possano in alcun modo essere ricomprese nell'elenco dell'art. 1, lett. c. bis) del decreto.

Può essere tuttavia divertente l'esercizio di verificare le differenze puntuali tra la formulazione del decreto sulle fondazioni bancarie e quella della l. 460/97 sulle ONLUS; ad esempio, nella prima si parla di "attività sportiva", e nella seconda di "sport dilettantistico"; nella prima di "volontariato, filantropia e beneficenza" e nella seconda solamente di "beneficenza"; nella prima di "educazione, istruzione e formazione" mentre nella seconda solo di "istruzione e formazione".

In generale, ci sembra di poter affermare che la differente formulazione delle attività nei due testi normativi corrisponda da un lato al mutamento politico nel frattempo intervenuto (particolarmente avvertibile ove si compari l'elencazione originaria del decreto 153/99 rispetto a quella risultante dopo l'intervento della l. 448/01), dall'altro ad una maggiore attenzione a determinate problematiche sociali, come ad esempio quella della protezione dei consumatori.

²⁴ FERRO-LUZZI, relazione al convegno cit.

²⁵ V. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in Tr. dir. comm., a c. Galgano, vol. III, Padova, 1979, pagg. 367 segg., ove ulteriori riferimenti; v. anche GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in Riv. dir. comm., 99, I, pagg. 67 segg.

²⁶ La possibilità che sul mercato possano agire soggetti che, pur organizzati in forma di impresa, non siano istituzionalmente destinati a produrre un utile era a dire il vero già presente nell'ordinamento, come nel caso, ad esempio, della società cooperativa; sul punto, v. amplius MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984.

²⁷ FERRO-LUZZI, relazione al convegno cit.; AMOROSINO, relazione al convegno cit.

²⁸ AMOROSINO, ibidem.

²⁹ Ad esempio, in Gran Bretagna molte opere pubbliche, come l'ampliamento della metropolitana di Londra, sono co-finanziate dal governo e dall'imprenditoria privata, secondo lo schema della PPP (*Public Private Partnership*).

³⁰ V. in generale VELLA, op. cit., pagg. 465 segg.