

Amministrazioni pubbliche e fondazioni di diritto privato

Nino Longobardi

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Un'istruttiva vicenda amministrativa oggetto di contenzioso giurisdizionale. - 3. La fondazione di diritto privato: un modello "debole" ..., ma non troppo. - 4. Infungibilità tra fondazione di diritto privato ed ente pubblico strumentale. - 5. La qualificazione di una fondazione come di diritto privato e la "resistenza" di tale qualificazione. - 6. Questioni in ordine al ricorso da parte di amministrazioni pubbliche al modello civilistico della fondazione di diritto privato.

1. Questo scritto ha ad oggetto il ricorso alle fondazioni di diritto privato da parte di amministrazioni pubbliche e trae argomento da una vicenda amministrativa che ha dato luogo a contenzioso dinanzi al giudice amministrativo¹.

Le fondazioni di diritto privato, allorchè il ricorso ad esse avvenga da parte di soggetti pubblici, si iscrivono – ma, come si vedrà, in modo del tutto peculiare – nel più ampio fenomeno degli enti dalla veste giuridica privatistica ruotanti nell'orbita delle pubbliche amministrazioni. Si tratta non solo di enti realmente privati (ad es., s.p.a. in mano pubblica operanti nel mercato), ma anche, ormai sempre più spesso, di entità per le quali la veste giuridica privatistica è più finzione che realtà: società per azioni derivate dalla trasformazione di enti pubblici economici; società per azioni (c.d. legali) originate dalla trasformazione di apparati dello Stato ed investite di funzioni amministrative, che non perdono in realtà l'originario carattere pubblico (ad es., ANAS, ENAV, Equitalia); fondazioni (c.d. legali), queste soprattutto derivate dalla trasformazione di enti pubblici, la disciplina legislativa delle quali ne impedisce spesso l'assimilazione alle fondazioni di diritto privato, come avviene ad esempio per le fondazioni, già enti pubblici, liriche e operanti nel settore culturale (Biennale di Venezia, Istituto del Dramma Antico, ecc); vi è in quest'ultimo ambito il caso particolare delle fondazioni bancarie, la cui effettiva configurazione privatistica è il frutto di un tormentato e controverso processo, nel quale ha avuto un ruolo decisivo la Corte costituzionale.

Le entità alle quali si è appena accennato sono state ampiamente studiate benchè permangano sia difficoltà di inquadramento, sia, soprattutto, incertezze sulla disciplina ad esse applicabile, come chiaramente indicato anche dalla varietà degli orientamenti dottrinali².

1 Il giudizio è stato definito in primo grado dalla sentenza n. 5462 del 2013 della Sezione terza ter del Tar del Lazio.

2 Per i profili generali, v. partic. V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in S. RAIMONDI - R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino 2006; ID., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino 2008; ID., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003; ID., *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.* 2003; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna 1991; ID., *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.* 2007. Sulle società operanti nell'orbita delle pubbliche amministrazioni, v. nella vastissima letteratura C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino 1992; ID., *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.* 2010; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino 1997; G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.* 2005; M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.* 2009; G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino 2009. Sulle fondazioni "legali", oltre al ponderoso studio di S. DE GOTZEN, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano

Trascurato risulta invece il fenomeno del ricorso da parte delle amministrazioni pubbliche alle fondazioni di (mero) diritto privato, soprattutto con riguardo all'aspetto essenziale del prestarsi tale modello privatistico – ed in quali limiti – ad essere strumento di azione amministrativa³.

Su ciò apporta lumi una vicenda amministrativa oggetto di contenzioso giurisdizionale, che merita di essere illustrata in modo piuttosto esteso.

2. La Fondazione Valore Italia è stata costituita dal Ministro delle Attività Produttive *p.t.* con atto pubblico notarile del 30 settembre 2005 ed iscritta nel registro delle persone giuridiche dell'Ufficio Territoriale del Governo di Roma. Il riconoscimento della personalità giuridica è avvenuto, pertanto, secondo la procedura prevista dall'art. 1 del d.P.R. n. 361 del 2000 per le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato.

La fondazione aveva, in base all'atto costitutivo e allo statuto, lo scopo di realizzare, gestire e favorire l'attività dell' <<Esposizione Permanente del Design Italiano e del Made in Italy>>, istituita dall'art. 4, commi 68, 69 e 70 della legge 24 dicembre 2003, n. 350 con la finalità di valorizzare lo stile italiano, nonché con obiettivi di promozione del commercio internazionale e delle produzioni italiane di qualità. Uno scopo, quello della fondazione in esame, certamente di rilievo, non solo pienamente attinente ai compiti istituzionali del Ministero fondatore (oggi: Ministero dello Sviluppo Economico), ma che sarebbe stato ben perseguibile mediante la struttura ministeriale.

L'obiettivo di realizzare l'Esposizione è stato coltivato dalla fondazione – soprattutto ad opera del presidente di essa, designato fin dall'inizio e poi confermato in tale ruolo – attraverso un complesso lavoro di progettazione e costruzione della governance dell'Esposizione insieme al Ministero dei beni e delle attività culturali, ad Eur Spa ed a Roma Capitale. Oltre a questo compito primario, alla fondazione sono stati affidati, tramite convenzioni, dallo stesso Ministero dello Sviluppo Economico,

2011, v. A. BARDUSCO, voce *Fondazione di diritto pubblico*, in *Dig. Discipl. Pubbl.*, VI, 1991, p. 389 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in S. RAIMONDI - R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, cit.; G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in *Dir. amm.* 2006; F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.* 2014. Sulle fondazioni bancarie, v. partic. F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.* 2004; ID., *La difficile vita delle fondazioni bancarie. La Corte costituzionale fa chiarezza e la Cassazione confusione*, in *Foro amm. Tar* 2005; ID., *La privatizzazione per fondazioni*, in ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna 2007; G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie. Profili giuridici*, Milano 2004; R. COSTI, *L'ambiguo ruolo delle fondazioni bancarie*, in *Dir. della banca e del mercato finanz.*, 2012, Vol. II; M. TANZI, *Sulle c.d. fondazioni bancarie: alcune considerazioni critiche*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2013.

3 Benchè la costituzione di fondazioni di diritto privato da parte di enti pubblici territoriali o autonomi sia fenomeno diffuso nella prassi e generalmente accettato come espressione della capacità giuridica generale degli enti pubblici (cfr. in tal senso, ad es., S. DE GOTZEN, "Le fondazioni legali", cit., p. 29, n. 10), un approfondimento è al riguardo mancato. Così, ad es., D. SORACE, *Le fondazioni universitarie (di diritto speciale)*, Torino 2006, p. 645 si è domandato per quale motivo le università dovrebbero istituire fondazioni di diritto speciale ai sensi dell'art. 59, c. 3 della legge n. 388 del 2000 (legge finanziaria 2001) e del regolamento previsto da questa disposizione (d.P.R. n. 254/2001), anziché fondazioni di diritto comune, alle quali hanno già fatto in passato ricorso, in modo da individuare liberamente le soluzioni più appropriate ed evitare le ingerenze ministeriali cui dà luogo la disciplina speciale.

incarichi di ricerca, progettazione, realizzazione di mostre e il compito di gestire fondi per gli incentivi alle piccole e medie imprese.

Si avvicinava il momento di avviare i lavori e realizzare l'esposizione permanente nella prestigiosa sede del palazzo della Civiltà Italiana dell'Eur, ormai restaurato e divenuto disponibile, quando è venuto a scadere il mandato dei membri del c.d.a. della fondazione. Il nuovo Ministro *p.t.* – in base al potere assegnatogli dallo statuto della fondazione – confermava il presidente uscente, senza il quale la fondazione non avrebbe potuto funzionare, e nominava tre nuovi membri del c.d.a. Questi ultimi, appena insediatosi, rivendicavano, anche in forma ufficiale, il raddoppio degli emolumenti relativi alla carica, lo svolgimento di incarichi professionali non consentiti dalla normativa e l'assegnazione di poteri non previsti dallo statuto dell'ente. Non potendo le loro richieste ottenere soddisfazione, ponevano in essere una crescente attività di ostruzione, concretizzatasi anche nel voto contrario all'ingresso dell'Università La Sapienza di Roma nella fondazione, benchè lo statuto di essa ne prevedesse l'evoluzione verso la c.d. fondazione di partecipazione, aperta in primo luogo all'ingresso di <<partecipanti istituzionali>>.

Per cercare di superare gli ostacoli posti dai nuovi membri del c.d.a. alla conduzione delle attività della fondazione, il presidente di essa esponeva la situazione al Capo di gabinetto del Ministro nel frattempo ulteriormente subentrato, il quale gli chiedeva di redigere al riguardo una memoria riservata. Ricevuta la memoria, dopo pochi giorni il Ministro dello Sviluppo Economico emetteva il decreto di scioglimento del c.d.a. della fondazione e di nomina del commissario dell'ente. L'atto riservato – nel quale si prospettavano diverse ipotesi in ordine al ripristino della funzionalità del c.d.a. della fondazione, non certo il commissariamento della stessa -, senza alcuna istruttoria da parte della struttura ministeriale, bensì sulla mera base di una relazione del Capo di gabinetto, è stato assunto a presupposto, indicato anche nel dispositivo del decreto, per giustificare lo scioglimento del c.d.a. ed il commissariamento dell'ente.

Il potere di scioglimento della fondazione è stato esercitato dal Ministro in base all'art. 7 dello statuto della fondazione in questione, che attribuiva al Ministero dello Sviluppo Economico <<le funzioni di controllo di cui all'art. 25 del codice civile>>.

E' tuttavia di immediata evidenza che una disposizione di carattere privatistico inserita nello statuto di una fondazione disciplinata dal codice civile non può conferire alcun potere pubblicistico, né incidere sull'attribuzione di funzioni che l'art. 25 cod. civ. demanda all'Autorità Governativa e che, nel caso di specie, risultavano assegnate, in base all'art. 5, d.P.R. n. 361 del 2000, alla Prefettura di Roma.

Il decreto di scioglimento del c.d.a. della fondazione e di commissariamento dell'ente si appalesava, pertanto, non affetto da semplice illegittimità, bensì nullo per difetto assoluto di attribuzione. La giurisdizione al riguardo spetta al giudice amministrativo in quanto gli amministratori delle fondazioni, per i quali l'esecuzione dell'atto di fondazione rappresenta l'adempimento di un ufficio, possono vantare, secondo il giudice amministrativo, solo un interesse legittimo all'esercizio delle loro funzioni, che sono costantemente sottoposte ai poteri di controllo dell'Autorità Governativa (v., ad es., TAR Lazio, Latina, 2 dicembre 2010, n. 1919).

Il presidente della fondazione impugnava dinanzi al Tar del Lazio, chiedendone la declaratoria di nullità e l'annullamento, previa sospensiva, il decreto con cui il Ministro dello Sviluppo Economico, sulla base della relazione del Capo di gabinetto (anch'essa impugnata) aveva sciolto il c.d.a. della Fondazione Valore Italia e nominato

un commissario straordinario. Con motivi aggiunti veniva chiesto il risarcimento dei danni, da perdite retributive e non patrimoniale.

Alla scadenza del termine di presentazione delle memorie per la Camera di Consiglio che avrebbe dovuto definire il giudizio, essendo stata dal presidente del Collegio preannunciata la decisione in forma semplificata, sopravveniva la disciplina posta dall'art. 12, c. 59 ss. del d.l. 6 luglio 2012, 95 (d.l. sulla c.d. *spending review*). In questo decreto legge veniva inserita la disciplina di soppressione della Fondazione Valore Italia; in modo del tutto inaspettato, dal momento che la bozza di decreto, benché presentata in orario notturno il 6 luglio, non la conteneva.

La disciplina di soppressione – inserita all'ultimo momento ed accompagnata da una relazione illustrativa intesa a fuorviare il giudizio del Parlamento – , intervenuta in un contenzioso in essere prossimo alla decisione, presentava evidenti profili di incostituzionalità, a partire dalla violazione dei principi in ordine al rispetto della funzione giurisdizionale (artt. 24, 103 e 113 Cost.) per la pretesa di “blindare” la precedente nomina del commissario novandone il titolo e con norma *ad personam* assicurarne la permanenza nella nuova veste di commissario liquidatore; contemporaneamente, si disponeva la decadenza degli organi ordinari della fondazione per scongiurare con una norma *ad hoc* la possibilità di reintegra da parte del Giudice.

Si rendeva conseguentemente necessario un rinvio della trattazione della causa per la presentazione di motivi aggiunti da parte del ricorrente in relazione alla sopravvenuta disciplina posta dal d.l. n. 95/2012 sulla c.d. *spending review*, anche con riguardo alla definitiva configurazione della disciplina di soppressione della Fondazione Valore Italia in sede di conversione in legge.

Un pieno esame in merito alla disposta soppressione della Fondazione Valore Italia è stato impedito al Parlamento dal convulso andamento dei lavori che hanno caratterizzato la conversione del decreto sulla c.d. *spending review* e dalla posizione della questione di fiducia su di esso. L'intervento del Parlamento è tuttavia risultato incisivo; ma ha prodotto un *monstrum* giuridico.

La soppressione non è <<passata>> in quanto tale, ma è divenuta una soppressione, se così può dirsi, a futura memoria (a decorrere dal 1° gennaio 2014!). Un esito paradossale e gravemente incostituzionale per un provvedimento legislativo d'urgenza. Ancor più paradossale per le sue conseguenze in rapporto alle intenzioni sottostanti al decreto legge. Dalla disciplina convertita in legge è conseguito, infatti, sotto il profilo giuridico che la Fondazione Valore Italia, giunta alla sua fase cruciale di attività, risultava, al contrario di un ente in liquidazione, tenuta ad assicurare un massimo di operatività per realizzare completamente il suo scopo istitutivo (!), cosicché si rendeva assolutamente necessario il ripristino dei suoi organi ordinari. Ciò avrebbe condotto il Tar del Lazio a ritenere irrilevante la questione di costituzionalità sollevata in giudizio poiché la disciplina introdotta dall'art. 12, d.l. n. 95 del 2012, quale risultante dalla conversione in legge, non esplicava influenza sul giudizio in corso, essendo di per sé non idonea a legittimare lo scioglimento del c.d.a. e la nomina del commissario straordinario.

Questi aspetti di sviluppo anomalo della vicenda amministrativa e del contenzioso contribuiscono ad evidenziare dove può condurre l'uso inconsapevole o malaccorto della fondazione di diritto di privato.

Il Tar del Lazio ha riconosciuto la fondatezza del motivo di ricorso con cui il presidente della Fondazione Valore Italia ha prospettato la nullità ex art. 21 septies, legge n. 241 del 1990 del decreto di scioglimento della fondazione e di nomina di un

commissario straordinario per difetto assoluto di attribuzione del Ministero dello Sviluppo Economico, dichiarando la nullità degli atti impugnati ed ha condannato, ex art. 2043 cod. civ., con valutazione equitativa, il Ministero al risarcimento dei danni subiti dal ricorrente.

La decisione della Sezione è stata fondata sulla riconosciuta natura di ente di diritto privato disciplinato dal codice civile e dal d.P.R. n. 361 del 2000 della Fondazione Valore Italia, risultante dai seguenti elementi:

a) modalità di costituzione per atto notarile e di riconoscimento dell'ente con provvedimento prefettizio;

b) emissione del provvedimento di scioglimento del c.d.a. e di commissariamento dell'ente in dichiarata applicazione dell'art. 25 cod. civ., che individua l'autorità di controllo e vigilanza - chiamata a <<sciogliere l'amministrazione e nominare un commissario straordinario, qualora gli amministratori non agiscano in conformità dello statuto o dello scopo della fondazione o della legge>> e più in generale a sovrintendere alle fasi essenziali della vita della fondazione – nell'<<autorità governativa>>, identificabile nel prefetto ai sensi del d.P.R. n. 361 del 2000;

c) irrilevanza al riguardo dell'art. 7 dello statuto della fondazione, che assegnava le funzioni di controllo e vigilanza ex art. 25 cod. civ. al Ministero dello Sviluppo Economico, in quanto tale disposizione privatistica è in contrasto con la normativa civilistica, da ritenersi, *in parte qua*, inderogabile;

d) esclusione della natura di ente pubblico della fondazione, in quanto la stessa non risultava istituita dalla legge (secondo quanto richiesto dall'art. 4 della legge n. 70 del 1975); né tale natura poteva trarsi da altre disposizioni legislative, in particolare da una disposizione (art. 33, d.l. n. 273 del 2005) che si è limitata a trasferire risorse pubbliche in favore della fondazione già costituita nelle forme previste dal codice civile per gli enti aventi natura privata; ancora, in quanto alla fondazione non risultavano attribuiti poteri pubblicistici, né prerogative derogatorie della disciplina di diritto comune, essendo stato accertato in giudizio lo svolgimento delle attività secondo canoni e strumenti privatistici (contratti di locazione, convenzioni, ecc.), ovvero che la disciplina di diritto comune è stata <<pedissequamente osservata>>.

La Sezione del Tar ha anche sottolineato che la difesa erariale, più che prospettare la natura pubblicistica della Fondazione Valore Italia, ha osservato che l'ente rientrerebbe nelle <<altre istituzioni di diritto privato>> richiamate dall'art. 1, d.P.R. n. 361 del 2000, confermando pertanto la natura privatistica dell'ente in questione e la soggezione dello stesso alla normativa (inderogabile) posta dall'art. 25 cod. civ.

L'Avvocatura Generale dello Stato, nella disagevole condizione di dover giustificare la censurata assenza di un idoneo procedimento amministrativo condotto dalla struttura ministeriale, ha prospettato la tesi secondo cui la fondazione, pur essendo un ente privato, sarebbe stata da ritenere sottratta alla disciplina legislativa propria delle fondazioni per il suo carattere di ente strumentale di <<impronta pubblicistica>>, che ne spiegherebbe la soggezione alla libera potestà organizzatoria del vertice politico del Ministero fondatore. La fondazione sarebbe risultata così ridotta alla stregua del più strumentale degli enti pubblici, ma al contempo sottratta alla normativa ed ai controlli pubblicistici previsti per gli enti pubblici.

Ancora, è stata evocata dalla difesa erariale l'esistenza di un principio generale del *contrarius actus* al fine di avvalorare la sussistenza in capo al Ministro *p.t.* di un potere, da esercitarsi su base meramente fiduciaria, di rimozione di membri del c.d.a. della fondazione simmetrico al potere di nomina con cadenza periodica (di sei anni)

assegnato dallo statuto. Argomentazione, quest'ultima, che non ha trovato alcuna considerazione da parte del Tar.

La vicenda amministrativa che si è illustrata, da un canto, consente di trarre utili indicazioni in ordine alle fondazioni di diritto privato costituite da amministrazioni pubbliche, dall'altro, suscita non lievi interrogativi in ordine al ricorso a tale modello privatistico da parte delle medesime amministrazioni.

Le indicazioni in parola attengono alla difformità tra il modello civilistico fondazione di diritto privato e l'ordinaria figura dell'ente pubblico strumentale, nonché alla qualificazione di una fondazione costituita da amministrazioni pubbliche come di diritto privato e, se così può dirsi, alla <<resistenza>> di tale qualificazione.

Dopo aver considerato questi temi, si accennerà agli interrogativi che si pongono (dovrebbero porsi) per le amministrazioni pubbliche in ordine al ricorso al modello civilistico della fondazione di diritto privato.

3. La fondazione di diritto privato ha notoriamente conosciuto – a partire da una rigida connotazione in senso pubblicistico diretta a bilanciarne il ruolo ritenuto in passato fortemente negativo⁴ - un'evoluzione, indicata in primo luogo da ragioni di ordine costituzionale, nel segno della restituzione dell'istituto dell'autonomia privata⁵.

Da tempo, inoltre, è emerso il rilievo anche nella fondazione dell'elemento organizzativo costituito da esseri umani (gli amministratori della fondazione), occultato nella definizione ottocentesca della fondazione come patrimonio destinato ad uno scopo⁶.

Più ampiamente, si è registrata, con <<il progressivo distacco dalla forma giuridica pensata solo in funzione d'uno scopo altruistico>>, <<la svalutazione dell'elemento patrimoniale a favore di quello personale⁷>>.

La fondazione resta, come forma giuridica unitaria, caratterizzata da un contenuto precettivo minimo, rinvenibile nella connotazione funzionale, ovvero nella destinazione di un patrimonio ad uno scopo tendenzialmente immutabile, mentre, in

4 F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma 1972, p. 185 ha osservato che nelle fondazioni è stato riconosciuto <<il prodursi di un fenomeno al quale gli ordinamenti moderni guardano con sfavore; esse comportano il fenomeno per il quale determinati beni, quelli costituenti il patrimonio della fondazione, vengono assoggettati ad un vincolo di destinazione, assegnato loro dal fondatore, immutabile e potenzialmente perpetuo, in contrasto con quei principi di politica economica, cui sono informate le codificazioni moderne, che esigono la libera circolazione dei beni e il libero sfruttamento delle risorse economiche>>. Solo la sottomissione ad uno scopo di pubblica utilità consente di rimuovere tale connotazione <<asociale>> dell'istituto e di ammetterlo tra le forme giuridiche alle quali i privati possono dar vita (*ivi*, *lc. cit.*)

5 Sull'istituto civilistico e la sua evoluzione, nell'ampia letteratura, v. P. RESCIGNO, voce *Fondazione (dir.civ.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, 1968, p.790 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano 1982; F.GALGANO, *Delle persone giuridiche*, *cit.*; ID, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova 2004; A.ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli 1995; M.V. DE GIORGI, *Fondamenti di diritto degli enti "non profit"*, Padova 1997; S.CASSESE *La disciplina delle fondazioni: situazione e prospettive*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, *Diritto privato*, I, Milano 1998; A.ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo*, *cit.*; S. DE GOTZEN, *Le "fondazioni legali"*, *cit.*, p.55 ss. L'autonomia privata è oggi ulteriormente connotata dal principio di sussidiarietà in senso orizzontale (art. 118, c. 4 Cost.). Al riguardo, v. Cons. Stato, Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1354 del 10 luglio 2002; F. ROVERSI MONACO – A. MALTONI, *Fondazioni e interessi generali*, in *Giustamm.it* 2010.

6 F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, *cit.*, p.283 s.

7 A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, *cit.*, p. 54 ss.

base alle norme che regolano l'istituto, non risulta identificabile *a priori* un profilo strutturale della fondazione⁸.

Ne consegue un ampio spazio per l'autonomia statutaria, per il potere del fondatore di conformare l'ente, la necessità di individuare – al di là dello schema giuridico comune che le caratterizza – diverse tipologie di fondazioni, in ragione degli scopi con esse perseguiti e delle attività coinvolte⁹.

In questo nuovo quadro, la prassi registra la tendenza a stabilizzare il controllo del fondatore sull'ente, rendendone <<immanente>> la volontà, specie laddove la fondazione venga utilizzata, il che avviene sempre più frequentemente, come strumento di conseguimento di obiettivi imprenditoriali (c.d. fondazioni di impresa)¹⁰, nonché la crescente ibridazione dei fenomeni associativo e fondazionale (c.d. fondazioni partecipative)¹¹.

Il modello fondazionale, si è osservato, è divenuto un <<modello "debole", che può essere dimensionato in concreto secondo ampie variabili – strutturali gestionali funzionali - tutte astrattamente compatibili col "tipo">>¹².

L'evoluzione indicata dalla prassi, a proposito della quale può tuttavia prospettarsi l'abuso della forma giuridica della fondazione¹³, trova, però, limiti nello <<*ius cogens*>>, che segna gli argini nei quali può esplicarsi l'autonomia del fondatore¹⁴.

La portata di questi limiti appare spesso sottovalutata nelle prospettazioni dottrinali più aperte all'evoluzione dell'istituto fondazionale. Nell'economia di questo scritto ci si deve limitare a sintetiche considerazioni in merito all'ingerenza del fondatore sull'ente, funzionali all'obiettivo di differenziare la fondazione di diritto privato dall'ente pubblico strumentale.

Deve essere soprattutto richiamata l'attenzione sugli artt. 25,26 e 28 cod. civ. specificamente dedicati alle fondazioni¹⁵. E' infatti da ritenere che questa normativa

8 *Ivi*, *partic.* pp. 75 e 13 ss.

9 *Ivi*, *partic.* pp.54 ss., 86 e 147.

10 Sull'ammissibilità delle c.d. fondazioni di impresa, v. F. Galgano, *Diritto civile commerciale*, *cit.*, p. 300 ss.; A.ZOPPINI, *Le Fondazioni*, *cit.*, pp. 54 ss. e 64 s., il quale osserva: <<La ricezione della fondazione alla logica dell'impresa ha prodotto – quale logica implicazione del vincolo di strumentalità – la stabilizzazione del controllo sull'ente da parte del fondatore; e, prevedibile riflesso, la progressiva svalutazione dei connotati funzionali dell'ente, piegato alla realizzazione di interessi alieni>>(*ivi*, p.64).

11 *Ivi*, p.65 ss. Lo stesso autore conclude, tuttavia, per l'impossibilità di identificare forme miste tra associazione e fondazione, secondo quanto già sottolineato da G.ALPA, *Il regime delle fondazioni in Francia e in Italia*, *Considerazioni preliminari*, in ID., *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, Padova, 1988. Al riguardo, v. Cons. Stato, Comm. Spec., parere 20 dicembre 2000, n. 288 in *Cons. Stato*, 2001, n. 2, I, 490 ss. che, argomentato che lo schema dell'associazione e della fondazione << non sono permeabili ... perchè fondati su presupposti totalmente diversi tra loro>>, esclude che possa esservi << transizione diretta dal modello dell'associazione a quello della fondazione>>. Nello stesso senso v. Tar Piemonte, I, n. 781 del 2012. Sulle fondazioni di partecipazione, v. recentemente A. Police, *Le fondazioni di partecipazione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino 2011, p. 393 ss.

12 A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo*, *cit.*

13 Al riguardo, v. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, *cit.*, p. 64 ss.

14 Lo sottolinea opportunamente A. ZOPPINI, *ivi*, p. 134 ss.

15 L'art. 25 (<< controllo sull'amministrazione delle fondazioni>>) dispone: 1. <<L'autorità governativa esercita il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni; provvede alla nomina e alla sostituzione degli amministratori o dei rappresentanti, quando le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possono attuarsi; annulla, sentiti gli amministratori, con provvedimento

delinea a sufficienza un sistema che non consente sotto il profilo giuridico l'ingerenza del fondatore nella vita dell'ente fondazione, al di là del ruolo, ovviamente fondamentale, che esercita la volontà del fondatore quale risulta obbiettivata nelle tavole di fondazione¹⁶.

Il controllo dell'autorità governativa ex art. 25 cod. civ. – di legittimità, ma penetrante, almeno in astratto¹⁷ – si esercita, con riguardo all'intera vita dell'ente, nei confronti degli amministratori delle fondazioni, tenuti a rispettare, nelle deliberazioni che assumono, l'atto di fondazione e, più generalmente, ad agire, sotto la loro esclusiva responsabilità, in conformità dello statuto e dello scopo della fondazione, senza, pertanto, subire ingerenze esterne, in particolare l'ultrattività della volontà del fondatore.

Il controllo pubblico sulle fondazioni è funzionale alla protezione dell'interesse dell'ente, in quanto si ricollega alla mancanza di un controllo interno corrispondente a quello delle corporazioni e mira a tutelare il vincolo di destinazione del patrimonio allo scopo voluto dal fondatore¹⁸.

Non è previsto in capo all'autorità di vigilanza il potere di impartire indirizzi all'ente fondazione, ciò che deve ritenersi escluso trattandosi di una fondazione di diritto privato¹⁹.

La disciplina posta dagli artt. 26 e 28 cod. civ. conferma che la volontà del fondatore giuridicamente rilevante è solo quella obbiettivata nelle tavole di fondazione assegnando all'autorità governativa il potere di disporre il coordinamento dell'attività di più fondazioni ovvero l'unificazione della loro amministrazione, rispettando <<per quanto è possibile>> la volontà del fondatore (obbiettivata nelle tavole di fondazione)

definitivo, le deliberazioni contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'[ordine pubblico](#) o al [buon costume](#); può sciogliere l'amministrazione e nominare un commissario straordinario, qualora gli amministratori non agiscano in conformità dello statuto o dello [scopo](#) della fondazione o della legge.

2. L'annullamento della deliberazione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima.

3. Le azioni contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità devono essere autorizzate dall'autorità governativa e sono esercitate dal commissario straordinario, dai liquidatori o dai nuovi amministratori>>.

L'art. 26 (<<Coordinamento di attività e unificazione di amministrazione>>) stabilisce: <<L'autorità governativa può disporre il coordinamento dell'attività di più fondazioni ovvero l'unificazione della loro amministrazione, rispettando, per quanto è possibile, la volontà del fondatore>>.

L'art. 28 (<<Trasformazione delle fondazioni>>) prevede: 1. << Quando lo scopo è esaurito o divenuto impossibile o di scarsa utilità, o il patrimonio è divenuto insufficiente, l'autorità governativa, anziché dichiarare estinta la fondazione, può provvedere alla sua trasformazione, allontanandosi il meno possibile dalla volontà del fondatore.

2. La trasformazione non è ammessa quando i fatti che vi darebbero luogo sono considerati nell'atto di fondazione come causa di [estinzione](#) della persona giuridica e di [devoluzione](#) dei beni a terze persone>>.

16 Sulla volontà del fondatore, << intesa come qualcosa di obbiettivato>>, cfr. ad es. P. RESCIGNO, *Voce Fondazione, cit.* Lo stesso A. ZOPPINI, *Le fondazioni, cit.* p. 135, pur volendo sottolineare l'autonomia del fondatore, non può fare a meno di esplicitare quanto segue: <<l'irretrattabilità del programma e l'indisponibilità dell'esecuzione non sono d'ostacolo all'autonomia del fondatore, ma esigono che essa si esaurisca nel momento genetico>>.

17 In tal senso è la dottrina assolutamente prevalente. Cfr., da ultimo, S. DE GOTZEN, *Le "fondazioni legali", cit.*, p. 98. Rileva la non attuazione nella pratica delle disposizioni codicistiche in tema di soppressione e/o trasformazione delle fondazioni per sopravvenuta irrilevanza dello scopo A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo, cit.*

18 V. ad es. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 23 giugno 2000, n. 4598.

19 Cfr. partic. C.M. BIANCA, *Diritto Civile, I, cit.*, p. 320 s.

(art.25) ed il potere di trasformare, ricorrendo i presupposti normativamente fissati, la fondazione <<allontanandosi il meno possibile della volontà del fondatore>> (art.28, c.1), semprechè i fatti che darebbero luogo alla possibilità di trasformazione non siano stati indicati nell'atto di fondazione come cause di estinzione dell'ente (art.28, c.2).

Le considerazioni che precedono conducono ai seguenti esiti.

La previsione di un potere di scioglimento dell'amministrazione in capo al fondatore si pone in sicuro contrasto con la disciplina del codice civile. Una simile previsione non può essere legittimamente inserita nello statuto di una fondazione di diritto privato, dal momento che l'art.25 cod. civ. assegna il potere di scioglimento all'autorità governativa. Né un tale potere può essere attribuito al fondatore in aggiunta a quello inderogabilmente previsto in capo all'autorità governativa, in quanto risulterebbe lesivo dell'autonomia dell'ente ed incompatibile con l'autonomia e la responsabilità degli amministratori in ordine al perseguimento dello scopo della fondazione nel rispetto dello statuto²⁰.

Il fondatore può riservarsi, all'atto della fondazione, la nomina, anche a vita, dei membri del Consiglio di Amministrazione. E' da ritenere – in assenza di norme ostative- che possa riservarsi tale nomina anche per le successive rinnovazioni del Consiglio, semprechè agli amministratori sia consentita una durata in carica adeguatamente lunga per perseguire lo scopo della fondazione²¹. Si tratta, però, di un semplice potere di designazione, mentre resta escluso un potere di revoca della nomina²².

Dal momento che la volontà giuridicamente rilevante del fondatore è quella obiettivata nell'atto di fondazione e nello statuto e che il perseguimento dello scopo della fondazione è responsabilità esclusiva degli amministratori, ciò che comporta la non ingerenza del fondatore nell'amministrazione dell'ente, resta escluso che il medesimo fondatore possa indirizzare l'ente o controllarne sia i singoli atti che la gestione complessiva²³.

20 Cfr. Cons. Stato, parere n. 148 del 1 giugno 1960, in *Cons. St.*, 1961, I, 614, che ha ritenuto lesiva dell'autonomia dell'ente fondazione la previsione statutaria di un potere di scioglimento dell'amministrazione in capo al fondatore, quand'anche concepito come aggiuntivo rispetto a quello previsto in capo all'autorità governativa dall'art. 25 cod. civ.; Tar Lazio, Latina 2 dicembre 2010, n. 1919; Tar Lazio, terza ter, n. 5462 del 2012, che ha definito in primo grado il contenzioso relativo alla vicenda amministrativa descritta al § 2.

21 Il parere del Consiglio di Stato n. 148 del 1960, citato alla nota precedente, sia per P. RESCIGNO, voce *Fondazione*, *cit.* che per F. GALGANO *Diritto civile e commerciale*, *cit.*, p. 285 e A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, *cit.*, p. 64, inibirebbe al fondatore di attribuire a sé per il futuro la nomina, in tutto o in parte, degli organi della fondazione. Il parere in questione (non correttamente massimato) non preclude invece, quantomeno espressamente, tale attribuzione. L'atto costitutivo può attribuire al/ai fondatore/i i poteri di amministrazione della fondazione <<stabilendo anche regole per la loro rinnovazione>> secondo il citato parere n. 228/2000 del Consiglio di Stato.

22 Cfr., sul punto, nello stesso senso G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica*, *cit.* Ha diversamente, ma erroneamente, ritenuto sempre implicito nel potere di nomina comunale quello di revoca della nomina stessa con riguardo ad una fondazione di diritto privato derivata dalla trasformazione di un'IPAB, benché l'art. 17, d.lgs. n. 207 del 2001 escluda <<ogni rappresentanza>> in capo ai componenti nominati da soggetti pubblici negli organi direttivi delle fondazioni ex IPAB.

23 Cfr. in questo senso C. M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *cit.*, p. 320s.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, *cit.*, p. 254, il quale ben sottolinea che gli amministratori sono i soli arbitri della gestione, l'operato dei quali è sottoposto ad un controllo di mera legittimità e che tale posizione degli amministratori esclude l'ingerenza del fondatore.

4. Per quanto possa essere ritenuto "debole", il modello fondazione di diritto privato fissato dal codice civile, lo pone bene in evidenza la vicenda amministrativa qui illustrata, non può essere ritenuto strumento privatistico fungibile con l'ente pubblico strumentale.

Come è stato efficacemente sottolineato, <<le fondazioni disciplinate dal codice civile sono organizzazioni create dall'autonomia privata per il perseguimento di scopi di interesse generale, che non fanno capo specificatamente ad alcuno>>²⁴.

Benchè gli enti pubblici c.d. strumentali - in quanto costituiti dallo Stato per svolgere, attraverso organizzazioni create *ad hoc*, compiti che sarebbero altrimenti propri dello Stato stesso - non seguano un unico modello organizzativo, presentano tuttavia alcuni elementi caratterizzanti soprattutto con riguardo alle relazioni organizzative con apparati politici: il potere di nominare gli organi di vertice degli enti ed uno o più componenti del collegio dei revisori è assegnato all'autorità di governo vigilante (Presidente del Consiglio o singolo Ministro); ad esso si accompagna tradizionalmente il potere di revocare la nomina; l'autorità di governo può impartire direttive ed atti di indirizzo; è chiamata ad approvare gli atti più importanti dell'ente vigilato, quali regolamenti, bilanci, rendiconti e programmi di attività; è titolare, nell'esercizio del controllo sugli organi, del potere di scioglimento degli organi amministrativi dell'ente e di nomina di uno o più commissari²⁵.

Che il modello fondazione di (mero) diritto privato si collochi, sotto tale essenziale profilo, agli antipodi di quello dell'ente pubblico strumentale è del resto confermato dalla disciplina delle fondazioni c.d. <<legali>> o di diritto speciale, che si risolve per lo più soprattutto nella costruzione (o persistenza in caso di trasformazione da ente pubblico) - in vario grado - di una relazione di strumentalità rispetto ad apparati politici, attraverso la previsione normativa di poteri di indirizzo, direttiva, controllo e vigilanza, negando il distacco del fondatore dall'ente fondazione²⁶. Il che apre tuttavia il problema della qualificazione (o persistenza della qualificazione in caso di trasformazione) della fondazione c.d. di diritto speciale come ente pubblico²⁷.

²⁴ G.FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova 2009, p.4 s. ed è, aggiunge l'autore, <<probabilmente anche per questa ragione che le fondazioni sono sottoposte - con disposizione eccezionale per chi opera in regime di autonomie privata - alla vigilanza di autorità pubbliche>>.

²⁵ Sulla relazione di strumentalità, cfr ad es. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, IV ed., 2007, p. 253 ss. e V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, IV ed., Torino 2014, p. 113 ss. Quest'ultimo autore individua il modello organizzativo che costantemente caratterizza gli enti strumentali dello Stato nella disciplina posta dal d. lgs. n. 419 del 1999 (v. particolarmente l' art.13). E' interessante notare che questa disciplina non menziona nelle <<norme generali, regolatrici della materia>>, da inserire necessariamente negli statuti degli enti, la previsione in capo al Ministro vigilante di un potere di revoca dei vertici degli enti.

²⁶ V. al riguardo ampiamente S. DE GÖTZEN, *Le fondazioni "legali"*, cit., p.435 ss.

²⁷ E' difficile negare che la pubblicità di un ente (pur potendosi concepire una non integrale applicazione della disciplina pubblicistica e ad esempio una parziale applicazione della disciplina privatistica della fondazione) derivi dall'aspetto strutturale consistente in speciali relazioni organizzative con apparati politici. Cfr. in questo senso D.SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p.242; V.CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., p.109 ss. anche in riferimento all'orientamento del Consiglio di Stato (VI, 23 ottobre 1973, n. 397; 25 maggio 1979, n. 384; 1 settembre 1995, n. 836). Del resto, quanto alle fondazioni bancarie, il riconoscimento della loro natura privata da parte della Corte costituzionale, pur in presenza di una disciplina speciale, è andato di pari passo con il drastico ridimensionamento, per meglio dire la sostanziale vanificazione, da parte della medesima Corte, del potere di indirizzo previsto in capo all'autorità di vigilanza nei confronti delle fondazioni (sent. nn. 301 e 303 del 2003).

5. Benchè non a base privata²⁸, anche se emanazione di un apparato pubblico e creata per lo svolgimento di compiti amministrativi, una fondazione costituita da enti pubblici ai sensi del codice civile resta in linea di principio assoggettata alla disciplina propria delle fondazioni di diritto privato.

Vale anche per le fondazioni quanto da tempo ritenuto per le società per azioni, ovvero che esse, <<partecipate, in qualsiasi misura, da un ente pubblico, quando non siano oggetto di una disciplina speciale>>, <<sono certamente di diritto privato²⁹>>.

Rilevano al riguardo gli ordinari criteri in tema di individuazione degli enti pubblici. L'art. 4 della legge n.70 del 1975, secondo cui <<nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge>>, esplicita il principio in base al quale all'origine di un ente pubblico deve esservi la legge. La natura pubblica può tuttavia essere legislativamente attribuita all'ente, non in modo espresso, bensì risultare da norme legislative che, alterando gli ordinari elementi dell'ente privato, ne delineino, ancorchè implicitamente, il carattere di ente pubblico. Si pone, così, il problema dei c.d. <<indici sintomatici>> della pubblicità dell'ente e della rilevanza da attribuire agli stessi, singolarmente e complessivamente, con le incertezze (anche in relazione alle diversità di vedute) che ne conseguono. Rilievo preminente va tuttavia assegnato alla previsione legislativa di speciali relazioni organizzative tra enti ed apparati politici, che pongano i primi in una relazione di strumentalità – dipendenza nei confronti dei secondi³⁰.

La giurisprudenza non ha esitazioni nel ritenere che una fondazione costituita in forma civilistica sia integralmente soggetta alle norme del diritto privato in assenza di norme specifiche che la sottraggono a queste ultime³¹.

Non rileva in senso contrario che la fondazione sia stata costituita da amministrazioni o enti pubblici, che abbia finalità di interesse generale (che possono ben essere perseguite anche da soggetti privati ed in particolare lo sono dalle fondazioni)³², nè che vada considerata organismo di diritto pubblico ai fini dell'applicazione della disciplina in tema di appalti pubblici³³. E' necessario per

²⁸ La distinzione tra fondazioni a base privata, espressione di formazioni sociali, e fondazioni emanazione dell'apparato pubblico è utilizzata in dottrina per la individuazione della natura privata o pubblica degli enti in questione, ma rileva soprattutto in quanto solo le prime devono ritenersi costituzionalmente protette ai sensi dell'art.2, nonché dell'art. 118, c.4 Cost. Al riguardo, v. S. DE GÖTZEN, *Le fondazioni legali, cit.*, p. 385 e *passim* e F. MANGANARO, *Amministrazioni pubbliche in forma privatistica, cit.*

²⁹ Così, G. ROSSI, *Gli enti pubblici, cit.*, p.181. A.BARDUSCO, voce *Fondazione di diritto pubblico, cit.*, p. 392 aveva parallelamente sottolineato che <<la fondazione di diritto pubblico ha sempre dietro di sé il sostegno di una norma legislativa>>. Oltre alla sentenza che ha definito in primo grado il contenzioso relativo alla vicenda amministrativa illustrata al § 2, v. Cons. St., VI, 11 settembre 1999, n. 1156; Cons. St., VI, 28 giugno 2012, n. 3280; Tar Calabria, Catanzaro, II, 12 giugno 2013, n. 655; Tar Toscana, Firenze, I, 7 febbraio 2013, n. 182; Corte dei Conti, Lombardia, Sez. reg. controllo, 21 gennaio 2013; Cassaz. S.U., 23 novembre 1985, n. 5812.

³⁰ Al riguardo, v. ancora A. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche, cit.*, p. 241 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti, cit.*, p. 109 ss. Entrambi gli autori, come già ricordato (v. nota 27), in ordine alla pubblicità di un ente, pongono condivisibilmente l'accento sull'aspetto strutturale derivante da speciali relazioni organizzative con apparati politici normativamente stabilite. V. anche *retro*, §4.

³¹ V. Tar Toscana, Firenze, I, 7 febbraio 2013, n. 182, *cit.*, nonché la giurisprudenza citata alla nota 29.

³² V. Cons. St., VI, 11 settembre 1999, n. 1156, *cit.*, nonché la giurisprudenza citata alla nota 29.

³³ Sul punto, v. Corte dei Conti, Sez. Reg. contr. Lombardia, parere n. 25 del 21 gennaio 2013. Assolutamente prevalente è in dottrina la convinzione, da condividere, che la nozione di <<organismo di diritto pubblico>>, di derivazione comunitaria, sia nozione funzionale e non comporti conseguenze

qualificare un ente come pubblico che sia legislativamente previsto per esso un regime giuridico di "spessore pubblicistico"³⁴.

La qualificazione come fondazione di diritto privato resiste, pertanto, pure in presenza di una disciplina speciale, ove questa venga ritenuta non contrassegnata da un regime legislativo di "spessore pubblicistico"³⁵.

Quando la relazione di strumentalità tra soggetto pubblico e fondazione di diritto privato risulta costruita attraverso le disposizioni statutarie – in contrasto con la normativa codicistica in quanto vengono superati i limiti da essa imposti al fondatore – il giudice amministrativo spesso si ritrae negando la propria giurisdizione³⁶. Detta costruzione per la via statuaria di una relazione di strumentalità viene talora confusa e/o assimilata, ma impropriamente, come si è cercato di mostrare, con il controllo sulle fondazioni di diritto privato previsto dall'art. 25 cod. civ.³⁷.

6. Il ricorso da parte delle amministrazioni pubbliche alla fondazione di (mero)diritto privato come strumento per l'esercizio di compiti amministrativi suscita forti perplessità – sotto il profilo della legittimità e dell'opportunità - per le ragioni che derivano dall'indagine qui condotta.

La strumentalità amministrativa che si pretende dall'ente civilistico in questione- ricercata attraverso la via dell'autonomia statuaria- resta sostanzialmente precaria, giuridicamente non garantita, affidata a rapporti di fatto, che non sono ovviamente scevri di rischi. L'uso inconsapevole o malaccorto della fondazione di diritto privato può riservare amare sorprese, essere causa di danni ingenti, come rivelato dalla vicenda amministrativa illustrata.

ulteriori rispetto all'unica prevista, ovvero l'applicazione della normativa sugli appalti. Al riguardo, v. ad es. G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, cit., partic. §3, nonché più di recente G. NAPOLITANO, *Soggetti privati <<enti pubblici?>>*, cit.; A.ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo*, cit.

³⁴ Cons. St., V, 28 giugno 2012, n. 3820, cit., che tuttavia non provvede a precisare quale sia, né il regime in questione si trae dal precedente evocato (Cons. St., VI, 11 settembre 1999, n.1156, cit). L'orientamento assolutamente prevalente del Consiglio di Stato, come sottolineato da V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., p 112, è tuttavia il seguente: << la natura pubblica di una persona giuridica dipende esclusivamente dall'inquadramento istituzionale della stessa nell'apparato organizzativo della p.a., cioè dal rapporto in cui tale soggetto di diritto, in conseguenza dell'attività espletata, viene a trovarsi rispetto allo Stato; pertanto, la qualificazione di un ente come pubblico o privato, allorchè la natura di esso non sia dichiarata espressamente, costituisce il risultato di una ricerca ermeneutica che ha per oggetto ... le norme legislative regolamentari e statutarie>> (Cons. St., VI, 23.10.1973 n. 397; 25.5.1979 n. 384; 1.9.1995 n. 836).

³⁵ In mancanza di una disciplina di livello legislativo prevedente un regime giuridico di "spessore pubblicistico", il Tar Calabria, Catanzaro, II, 12 giugno 2013, n. 655 ha riconosciuto il carattere privato di una fondazione universitaria costituita ai sensi del d.P.R. n.254/2001. Trattasi di fondazione <<autorizzata>> dalla legge finanziaria 2001 e disciplinata, sotto profili decisivi, come il più strumentale degli enti pubblici, non dalla legge, ma dal predetto regolamento, con conseguente regime giuridico di assai evidente spessore pubblicistico. Il d.P.R. n. 254/2001 è stato giustamente considerato illegittimo da F. Merusi, *La privatizzazione delle fondazioni*, cit., p.125 ss. Al riguardo, v. S. DE GÖTZEN, "Le Fondazioni legali", cit., p. 295 ss. e, per la classificazione degli interventi del legislatore, p.163 ss.

³⁶ Non sempre ciò può ritenersi giuridicamente corretto. Infatti, l'esercizio, da parte dell'ente pubblico fondatore, di un potere di revoca dei membri del c.d.a. di una fondazione di diritto privato non può essere ascritto all'autonomia statutaria, ancorchè lo statuto lo preveda, e ritenuto espressione di un potere civilistico, non essendo ciò consentito dalla disciplina civilistica. Deve essere invece ritenuto esercizio di un potere in difetto assoluto di attribuzione, dal momento che un tale potere può essere esercitato solo dall'autorità governativa ex art. 25 cod. civ.; alla stessa stregua, come si è visto, dell'esercizio del potere di scioglimento degli organi amministrativi dell'ente.

³⁷ V. Cons. St., V, n. 3820 del 2012, cit.; Cass. S.U., 23 novembre 1985, n. 5812, cit.

Può l'amministrazione sostanzialmente sottrarsi alla propria responsabilità di cura degli interessi pubblici, privarsi della possibilità di ritornare sulle proprie decisioni, come avviene affidando la cura di interessi pubblici ad una fondazione di diritto privato?

Non solo i principi di fondo, ma anche le indicazioni più specifiche che provengono dall'ordinamento – con riguardo alle fondazioni c.d. di diritto speciale, nelle quali una normativa *ad hoc* è prioritariamente informata all'obiettivo di assicurarne la strumentalità³⁸ – fanno propendere per una risposta in linea generale negativa.

Secondo un antico parere del Consiglio di Stato, allo Stato ed agli enti pubblici è inibito partecipare, quali fondatori, ad un atto notarile di costituzione di una fondazione privata³⁹.

Senza arrivare a negare tale capacità giuridica privatistica, è, tuttavia, da ritenere che il ricorso ad una fondazione di diritto privato da parte di un'amministrazione pubblica debba essere fondato su solide giustificazioni. Queste non sembrano poter meramente consistere in una ritenuta opportunità di sottrarre attività amministrative alla normativa pubblicistica, ma vanno rinvenute con riguardo all'idoneità della fondazione di diritto privato, quale forma organizzativa prescelta, al perseguimento dei fini istituzionali di volta in volta considerati.

Va al riguardo, infine, osservato che, alla stregua della sentenza n. 10 del 3 giugno 2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la scelta, da parte di una amministrazione pubblica, di dar vita ad una società, o di modificarla o estinguerla (ciò vale ovviamente anche per la costituzione di una fondazione di diritto privato) è <<una scelta organizzativa afferente al perseguimento dell'interesse pubblico, che si esercita mediante un atto di natura pubblicistica, rientrando nella giurisdizione del giudice amministrativo>>⁴⁰.

³⁸ Cfr. sul punto G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica*, cit., il quale sottolinea che il discorso sul sistema dei controlli amministrativi è radicalmente diverso per le fondazioni strumentali dell'ente pubblico, nel senso che la disciplina speciale, in coerenza con il particolare rapporto di dipendenza che in questo modello sussiste tra la fondazione e l'ente pubblico <<di riferimento>> deve ragionevolmente prevedere, in capo all'ente di riferimento, poteri di indirizzo, poteri non solo di nomina, ma anche di revoca dei vertici amministrativi, poteri di controllo sugli organi amministrativi. Nelle fondazioni strumentali all'ente pubblico fondatore, nelle quali la partecipazione dei privati è solo eventuale, il ricorso alla fondazione (di diritto speciale) è strumento funzionale al buon andamento dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 97 Cost. Il rispetto dei principi costituzionali posti dall'art. 97 Cost. impone di sottoporre a vincoli di diritto pubblico le organizzazioni formalmente private collocate nell'ambito dell'amministrazione pubblica secondo quanto argomentato da V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., pp. 24 ss., 32 s.

³⁹ Cons. St., Sez. I, 19 dicembre 1961, n. 2213. La massima si legge in *Cons. St.*, 1961, I, 1964, mentre il parere risulta ormai presso l'Archivio Centrale dello Stato in un deposito che sarà accessibile solo dopo un lavoro di bonifica.

⁴⁰ *Ivi*, 17.9. L'Adunanza Plenaria argomenta al riguardo l'estensibilità del paradigma della c.d. evidenza pubblica, secondo il quale il negozio giuridico di diritto privato è preceduto da un procedimento amministrativo. La sentenza è stata commentata criticamente da C. MARZUOLI, *Le università e l'uso di forme organizzative di diritto privato*, in *Giornale di dir. amm.* n. 3/2012, p.287 ss.