

**Fondazioni di origine bancaria,
soggetti del pluralismo a cui si tentò di tarpare le ali.
Nota alle sentenze n. 300 e 301 del 2003 della Corte Costituzionale *.**

di Daniela Bolognino

Indice: 1. Premessa metodologica; 2. Le questioni mosse dalle Regioni con riferimento alla “pretesa” violazione della loro potestà legislativa concorrente (del nuovo Titolo V, parte seconda della Cost.); 3. Un soggetto in cerca della sua identità: le fondazioni di origine bancaria; 4. Le modifiche previste dall’art. 11 della l. n. 448/01 e la impossibile ripubblicizzazione delle fondazioni di origine bancaria; 5. La Corte Costituzionale (tenta di salvare il salvabile) riconducendo la normativa a sistema.

1. Premessa metodologica

Come spesso accade, quando sembra che il nostro legislatore abbia oramai imboccato una strada, ecco che un’improvvisa virata, se non fa mutare completamente lo scenario, quanto meno fa sorgere dei dubbi sulla permanenza delle tonalità precedenti. Questo è quanto è accaduto con riferimento alla normativa sulle fondazioni di origine bancaria, che oramai sembravano librarsi verso l’universo degli enti *non profit* per il perseguimento di scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo, quando l’introduzione dell’art. 11, della legge del 28 dicembre 2001, n. 448 “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)*”, ha fatto (quanto meno) vacillare l’orizzonte.

In che termini, reali o virtuali, si avrà modo di appurarlo nelle pagine che seguono, grazie all’analisi delle recenti sentenze pronunciate dalla Corte Costituzionale, la n. 300 e la n. 301 del 2003, che hanno interessato (preminentemente) l’articolo 11 della legge del 28 dicembre 2001, n. 448, che è intervenuto a modificare il d.lgs. del 17 maggio 1999, n. 153, in materia di fondazioni di origine bancaria¹.

* In corso di pubblicazione su Nuove Autonomie.

¹ F. BELLIF. MAZZINI, *Fondazioni bancarie*, in *Digesto*, Discipline privatistiche, sez. commerciale, IV Ed., Aggiornamento, 2000, p. 296 ss; M. COSULICH, *Le casse di risparmio e le fondazioni bancarie tra pubblico e privato*, Quaderno n. 27, Giuffrè Ed., Centro di Ricerche “V. Bachelet”, 2002;

Le pronunce hanno avuto origine da due diversi ricorsi, l'uno promosso in via diretta dalle Regioni: Marche, Toscana, Emilia-Romagna ed Umbria; l'altro promosso, in via incidentale, con ordinanza di rimessione da parte del TAR Lazio .

Chi scrive ha deciso di affrontare la problematica per approssimazioni successive. Le pretese delle Regioni con riferimento alla potestà legislativa (nel quadro del nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione) e la decisione della Corte Costituzionale, nella sentenza n. 300/03, saranno lo spunto per addentrarsi, se non nella soluzione, quanto meno nella proposizione di interrogativi che riguardano: la collocazione o meno delle fondazioni di origine bancaria nel settore creditizio, la loro "natura" giuridica e la loro collocazione con riferimento alla titolarità della potestà legislativa.

A questo punto (con l'ausilio della sentenza n. 301/03 della Corte Costituzionale) si indagherà sulla coerenza del modello scelto dal legislatore del 1999, con le modifiche apportate dall'art. 11, della legge del 28 dicembre 2001, n. 448.

2. Le questioni mosse dalle Regioni con riferimento alla "pretesa" violazione della loro potestà legislativa concorrente (del nuovo Titolo V).

Precedentemente alla modifica del Titolo V, parte seconda della Costituzione, la potestà legislativa in materia bancaria era riservata allo Stato (ex art. 47 cost.), salvo la previsione di cui all'art. 159 del Testo unico bancario del 1993 (sulle Regioni a Statuto speciale).²

La formulazione del nuovo art. 117 Cost. vede, con riferimento al settore creditizio, l'affidamento alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, alla lettera e) *moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari*; mentre vengono affidate alla potestà legislativa concorrente regionale: *"casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito a carattere fondiario ed agrario a carattere regionale"*³.

Atteso questo quadro generale di riferimento, le Regioni lamentano la violazione della competenza legislativa, come disposto dal legislatore costituzionale

M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Il Mulino, Bologna, 2001.

² Commento all'art. 159 di CONDEMI, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, CAPRIGLIONE (a cura di), tomo II, ed. II, Padova, 2001, p. 1231 ss; R. COSTI, *Regioni e credito: i profili istituzionali*, in *Banca impresa e società*, 2003, n. 1, p. 9 ss.

³ Uno degli orientamenti ritiene che la formulazione dell'art. 117 sia coerente con l'art. 47 della Costituzione in si afferma che "la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina coordina e controlla l'esercizio del credito. (art. 47, comma 1, Cost.)"³. Infatti l'art. 114 Cost. nel definire la Repubblica, afferma che è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato; dunque permette il concorrente intervento legislativo delle Regioni sulla base della normativa (di principio) dello Stato. F. MERUSI, *Commento all'art. 47 cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, BRANCA (a cura di), Bologna – Roma 1980, p.

all'art. 117, comma 3 e 4 della Costituzione, in quanto annoveravano le fondazioni bancarie tra le materie di competenza legislativa concorrente delle Regioni, più precisamente nel disposto di cui all'art. 117, comma 3, Cost.: *“casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale, enti di credito fondiario ed agrario a carattere regionale.”*

Le modifiche apportate dall'art. 11, della l. n. 448/01, opererebbero un intervento legislativo dello Stato invasivo della competenza regionale; ci si riferisce all'elencazione tassativa dei settori ammessi di cui al comma 1, alla necessità di scelta, ogni tre anni, tra i settori ammessi, dei settori rilevanti, in cui operare, in numero non superiore a tre (di cui al comma 2); alla composizione dell'organo di indirizzo; alle modalità di gestione e di destinazione del patrimonio delle fondazioni; nonché alla definizione “normativa” della nozione di controllo di una società bancaria da parte di una fondazione.

A sostegno di tale tesi si afferma che il processo di trasformazione delle fondazioni bancarie in soggetti di diritto privato, seppur iniziato, non è ancora stato portato a compimento. Si avalla tale affermazione con le stesse precedenti pronunce della Corte Costituzionale n. 341 e 342 del 2001 e la n. 163 del 1995, in cui la stessa Corte ha affermato che *“le fondazioni mantengono il loro collegamento genetico e funzionale con le società bancarie, giacché la loro separazione formale rispetto all'esercizio di impresa bancaria attraverso lo scorporo della relativa azienda non toglie che la fondazione mantenga ancor oggi la natura di ente creditizio”*, sicché non è possibile far rientrare la materia *“nell'ordinamento civile”* di cui all'art. 117, comma 3, lett. l), cost.. La normativa emanata è dunque di dettaglio ed interviene su una materia di competenza concorrente delle Regioni.

Quand'anche si voglia parlare di una personalità privatistica delle fondazioni bancarie, questa deriva piuttosto *“dal regime giuridico degli atti da esse posto in essere: non è espressione dell'effettiva qualità dei soggetti”*, in quanto le fondazioni sono sottoposte ad una penetrante disciplina pubblicistica, ciò esclude che le stesse possano rientrare *“nell'ordinamento civile”*.

La Corte Costituzionale ha ritenuto infondato il motivo di ricorso. Ripercorrendo il cammino normativo svolto dal 1990, con legge n. 218 al d.lgs. n. 153/99, la Consulta ha stabilito che il processo di trasformazione delle fondazioni in persone giuridiche di diritto privato, è ultimato; dunque gli originari enti pubblici conferenti sono divenuti, come stabilito dall'art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 153/99 *“persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale. Perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti.”* Le fondazioni non fanno più parte dell'universo del credito e del risparmio e, tale trasformazione, legata alla conclusione del periodo transitorio di naturale assestamento, ha fatto venir meno il vincolo genetico e funzionale di cui si parlava nelle sentenze n. 341 e 342 del 2001 pronunciate dalla stessa Corte. Quali persone giuridiche di diritto privato, rientrano nella materia dell'ordinamento civile di cui all'art. 117, comma 3, lett. l), cost.

3. Un soggetto in cerca della sua identità: le fondazioni di origine bancaria.

Per verificare la coerenza dei ragionamenti effettuati (sia ad opera delle Regioni che della Corte Costituzionale) analizziamo la dinamica evoluzione storica delle fondazioni di origine bancaria, non tanto attraverso la puntuale analisi della normazione positiva, quanto con riferimento alle fasi che, nei vari periodi storici di modificazione dell'ordinamento, le hanno interessate.

In attuazione delle direttive europee in materia di coordinamento bancario (direttive 77/780 e 89/646), il settore creditizio è stato sottoposto a profondi mutamenti⁴, che miravano alla "privatizzazione del settore", alla liberalizzazione e privatizzazione dell'economia, senza l'intervento distorsivo degli Stati comunitari, proponendo un mutamento strutturale delle banche pubbliche in soggetti che, assumendo forma societaria, svolgano un'attività a carattere d'impresa, costituita dalla raccolta del risparmio e l'esercizio del credito.⁵

Ed è proprio in questo scenario che si sviluppano gli interventi normativi che hanno interessato le fondazioni di origine bancaria, rispettivamente:

- la l. 30 luglio 1990, n. 218 "*Disposizioni in materia di ristrutturazione ed integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico*" e il d.lgs. del 20 novembre 1990, n. 356 "*Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio*" che hanno dato luogo alla cosiddetta privatizzazione formale delle fondazioni di origine bancaria;

- la legge del 23 dicembre 1998, n. 461 "*Delega al Governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti, di cui all'art. 11, comma 1, del d.lgs. del 20 novembre del 1990, n. 356, e della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria*", ed il d.lgs. del 17 maggio 1999, n. 153 "*Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'art. 11, comma 1, del d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'art. 1 della legge 23 dicembre 1998, n. 461*" che hanno operato la cosiddetta privatizzazione sostanziale.

I due blocchi normativi, seppur miranti all'obiettivo della privatizzazione, avevano ad oggetto metodologie differenti. Nel primo caso si hanno gli "enti conferenti" che, svolgendo per lo più una funzione di *Holding*⁶, avevano ad oggetto l'amministrazione della partecipazione bancaria e, solo come scopo marginale lo

⁴ A. ZITO (cura di), *La nuova disciplina del mercato creditizio*, atti del seminario di studio – Roma, 6 dicembre 1993 – Documenti di ricerca n. 1 – Centro di Ricerca sulle amministrazioni pubbliche "V. Bachelet", Roma, 1996.

⁵ F. BELLINI, F. MAZZINI, *Fondazioni bancarie*, in *Digesto*, Discipline privatistiche, sez. commerciale, IV Ed., Aggiornamento, 2000, p. 299.

⁶ Società finanziaria che detiene e gestisce le partecipazioni azionarie in diverse imprese al fine di orientare la loro attività conformemente alla strategia globale del gruppo di imprese collegate alla società madre, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, vol. II, Diritto delle società*, UTET, 1995.

svolgimento di “*fini di interesse pubblico e di utilità sociale nei settori della ricerca scientifica, dell’istruzione, dell’arte e della sanità*”(art. 12, comma 1, lettera a) della l. 218/90); mentre la seconda tipologia di interventi proietta le fondazioni nel mondo degli enti *non profit*, quali persone giuridiche di diritto privato “*perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione di sviluppo economico*” (art. 2, comma 2, d.lgs. n. 153/99).

Approfondiamo un attimo alcuni passaggi.

Il legislatore del 1990 opera una trasformazione normativa delle banche pubbliche: gli enti conferenti che ne scaturirono svolgevano una funzione di *holding pubblica di controllo dalla banca*⁷ gestivano cioè il pacchetto azionario della società bancaria⁸ e, sino al 1994 (direttiva Dini) erano obbligate a detenere la maggioranza assoluta del capitale delle società bancarie conferitarie⁹; solo come funzione secondaria erogavano contributi per promuovere finalità pubblicistiche: culturali, sociali e di beneficenza¹⁰.

La legge Amato crea dunque due entità: l’ente conferente e la società per azioni (banca conferitaria¹¹) risultante dallo scorporo dell’attività bancaria.

Già con riferimento all’ente conferente si addensavano le questioni sulla sua natura, se pubblica o privata, perché, al di là della intenzioni di privatizzare il sistema, le caratteristiche di cui sopra, le riportavano tra la sfera pubblicistica, come precedentemente all’intervento legislativo¹².

⁷ Holding pubblica, controlla, attraverso il possesso di una quota o della maggioranza del pacchetto azionario, una o più società allo scopo di perseguire un fine economico di tipo sociale volto ad ottenere un più equilibrato sviluppo economico generale, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, vol. II, Diritto delle società*, UTET, 1995; M. CLARICH, *Le fondazioni bancarie tra innovazioni legislative ed autonomia statutaria*, in *Il Risparmio*, 2003, n. 2, p.

⁸ “*il fatto che le fondazioni di origine bancaria sono nate con una dotazione patrimoniale investita in attività finanziarie, ancorchè con un ruolo di holding, costituisce una sorta di marchio d’origine, un imprinting che ne condiziona le scelte. Tuttavia, a nostro parere, è possibile che determinati obiettivi istituzionali che qualche fondazione può avere scelto si prestino ad essere più efficientemente perseguiti nella forma di impresa non profit e che dunque una minoranza di fondazioni sia disponibile ad un cambiamento radicale, che non va impedito, se guidato da criteri di efficienza.*” M. ANOLLI – R. LOCATELLI, *Obiettivi e vincoli nella gestione dell’attivo delle fondazioni bancarie*, in *Banca impresa Società*, 1998, n. 3, p. 462-463.

⁹ M. ANOLLI – R. LOCATELLI, *Obiettivi e vincoli nella gestione dell’attivo delle fondazioni bancarie*, in *Banca impresa Società*, 1998, n. 3, p. 457.

¹⁰ A. PISANESCHI, *Brevi osservazioni sulla natura giuridica delle fondazioni bancarie*, in *Banca Impresa Società*, 2000, n. 1, p. 130.

¹¹ Si ritiene che questo sdoppiamento, nei fatti, non sia mai avvenuto perché l’ente conferente si è privato della sua anima, della sua essenza e si è immedesimato nella banca conferitaria; cito testualmente “*Si è trattato di uno di quei casi in cui il legislatore si è comportato come se la legge fosse davvero “onnipotente” e potesse quindi creare in via artificiale, con un semplice tratto di penna, perfino organismi di cui, nella realtà effettuale, nulla esiste.*” P. SCHLESINGER, *Le c.d. “fondazioni bancarie”*, in *Banca a borsa*, 1995, parte I, p. 422.

¹² F. BELLI F. MAZZINI, *Fondazioni bancarie*, in *Digesto*, Discipline privatistiche, sez. commerciale, IV Ed., Aggiornamento, 2000, p. 310; F. MERUSI, *Metamorfosi degli enti pubblici creditizi*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1993, I, 1 ss; P. RESCIGNO, *Le fondazioni ed i gruppi bancari*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Vol. III, Cedam, 1998, p. 364.

La tecnica normativa utilizzata è stata analizzata da parte della dottrina che non ha potuto non notare che il legislatore ha deciso di abbandonare “pretese immediatamente coercitive”, che in ogni campo destano immediate ritrosie, optando per un processo di trasformazione delle Casse di risparmio e degli Istituti di credito di diritto pubblico in società per azioni (art. 1, comma 1, l. 218/90)¹³ di tipo volontaristico (all'articolo 1, comma 1, della l. 218/90 campeggia il verbo “possono”). Questo anche grazie all'adozione di incentivi di natura fiscale¹⁴ di cui all'art. 7, l. 218/90 e la garanzia del permanere del controllo diretto o indiretto da parte degli enti pubblici sulla maggioranza delle azioni con diritto di voto nell'assemblea ordinaria delle società per azioni (art. 2, lettere c) e d) l. 218/90). Questo processo di tipo volontaristico ha dato i suoi frutti perché quasi tutti gli enti creditizi pubblici sono divenuti enti conferenti.

Nonostante il quadro appaia a prima vista chiaro, già un decennio fa, la normativa dava adito ad una serie di perplessità con riferimento alle incongruenze tra la legge di delega n. 218/90 ed il d.lgs. n. 356/90, tanto che la formulazione del d.lgs. n. 356/90, fece intravedere la possibilità di un eccesso di delega¹⁵.

Al di là di questioni di cui si accenna solo in nota perché non funzionali al ragionamento di chi scrive, stando alla formulazione del d.lgs. n. 356/90, gli enti conferenti esercitavano in via principale un'attività bancaria ed in via residuale attività di “*interesse pubblico e di utilità sociale, preminentemente nei settori della ricerca scientifica, della istruzione, dell'arte e della sanità*”(art. 12, comma 1, lett.a), d.lgs. n. 356/90).

Seguirono la legge sul volontariato del 91 n. 266 (che obbligava le fondazioni a conferire 1/15 dei proventi al netto delle spese di funzionamento ai fondi speciali esistente presso le regioni per finanziare i centri di servizio per il volontariato) e il

¹³ P. SCHLESINGER, *Le c.d. “fondazioni bancarie”*, in *Banca a borsa*, 1995, parte I, p. 421.

¹⁴ “Siamo al cospetto di una legge incentivo: quello fiscale, appunto; legge che vuole favorire processi di ristrutturazione delle banche pubbliche da cui in ogni caso risultino, a fine corsa, società per azioni operanti nel settore bancario. Tale obiettivo può essere conseguito mediante trasformazioni, fusioni e conferimenti dell'azienda bancaria o di rami di essa ad una o più società già esistenti ovvero appositamente costituite, anche con atto unilaterale, ed aventi ad oggetto l'attività svolta dall'ente conferente”. *Op.cit.* F. BELLI F. MAZZINI, *Fondazioni bancarie*, in *Digesto*, Discipline privatistiche, sez. commerciale, IV Ed., Aggiornamento, 2000, p. 308.

¹⁵ Mentre l'art. 12 lett. a) del d.lgs. n. 356/90 stabiliva che “*gli enti perseguono fini di interesse pubblico e di utilità sociale preminentemente nei settori della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte e della sanità*”; l'art. 2, comma 1 lett. c) l. n. 218/90 prevedeva che “*lo statuto dovrà prevedere che oggetto dell'ente sia la gestione di partecipazioni bancarie e finanziarie, dirette ed indirette.....*”

Dunque, mentre nella delega l'oggetto dell'ente era la gestione di partecipazioni bancarie, nel d.lgs. 356/90 gli enti amministrano le partecipazioni delle banche conferitarie solo sino a che ne sono titolari (art. 12, comma 1, lett. b)).

Si afferma inoltre all'art. 12 che gli enti conferenti non possano né esercitare direttamente l'attività bancaria, né possedere partecipazioni di controllo (ma solo partecipazioni di minoranza).

P. SCHLESINGER, *Le c.d. “fondazioni bancarie”*, in *Banca a borsa*, 1995, parte I, p. 424. A. GENTILI, *La riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1999, p. 400.

D.M. del 26 novembre 1993, (dichiarato successivamente illegittimo dal TAR Lazio perché volto a minare l'autonomia statutaria degli enti conferenti, con riferimento alle previsioni di incompatibilità tra le cariche amministrative e di controllo degli enti conferenti e quelle della società conferitaria); ma è solo con la legge n. 474/94 (legge di conversione del d.l. 31 maggio 1994, n. 332) (che aggiunge all'art. 1 del d.l. n. 332c. 7 bis e 7 ter) e con la direttiva "Dini" del 18 novembre 1994¹⁶ che si incentiva la cessione¹⁷ di partecipazioni bancarie da parte degli enti conferenti, (si parla di "diversificazione dell'attivo") e si invitano (più esplicitamente) tali enti ad uscire dal settore del credito¹⁸.

Un passo in avanti, (importante per il nostro futuro ragionamento) è rappresentato dall'ulteriore (blocco) normativo: legge Ciampi n. 461/98 "*Delega al Governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti, di cui all'art. 11, comma 1, del d.lgs. del 20 novembre 1990, n. 356, e della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria*"; e successivo d.lgs. n. 17 maggio 1999, n. 153 "*Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'art. 11, comma 1, del d. lgs. n. 356/90, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'art. 1 della l. 23 dicembre 1998, n. 461*". Con tale normativa si promuove una privatizzazione sostanziale (delle ex banche pubbliche).¹⁹

Questa normativa mira a completare la ristrutturazione del sistema bancario, già avviato con la normativa del 1990, ed ad attribuire natura giuridica privata alle Fondazioni di origine bancaria con conseguente autonomia statutaria e gestionale²⁰. All'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 153/99 si sancisce, infatti, che le fondazioni "*sono persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piene autonomia statutaria e gestionale. Perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti*".

¹⁶ "Entro cinque anni dall'emanazione della presente direttiva gli enti conferenti procedono alla diversificazione del proprio attivo in modo che: a) le spese da sostenersi per il perseguimento degli scopi statuari vengano coperte in misura non superiore al 50% con redditi diversi da quelli derivanti dalla partecipazione nella società conferitaria o, in alternativa; b) non più del 50% sia investito in azioni della società conferitaria. (art. 2, comma 2, lett. a) e b) direttiva del 18 novembre 1994. Per un'analisi dettagliata della direttiva in questione si vedano: F. BELLI F. MAZZINI, *Fondazioni bancarie*, in *Digesto*, Discipline privatistiche, sez. commerciale, IV Ed., Aggiornamento, 2000, da p. 314 a 317; S. CASSESE, *L'evoluzione delle fondazioni bancarie*, in *Gior. Dir. Amm.*, 1996, 280.

¹⁷ Si ricorda infatti che l'ente conferente (come ente pubblico) aveva sia il limite di detenere la maggioranza del capitale della società conferitaria che limiti riferiti alla possibilità di cessione delle stesse di cui all'art. 2, lett. a), c) e d) della l. n. 218/90. "L'eventuale dismissione era subordinata alle seguenti tre condizioni: a) alla presenza di regole antitrust e di separatezza volte a garantire l'autonomia dell'ente creditizio; b) al preventivo parere dell'organo di vigilanza; c) all'approvazione dell'operazione da parte del Consiglio dei Ministri con comunicazione alle commissioni parlamentari competenti." F. BELLI F. MAZZINI, *Fondazioni bancarie*, in *Digesto*, Discipline privatistiche, sez. commerciale, IV Ed., Aggiornamento, 2000, p. 309.

¹⁸ A. GENTILI, *La riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1999, p. 400.

¹⁹ M. CLARICH, *Le fondazioni bancarie tra innovazioni legislative ed autonomia statutaria*, in *Il Risparmio*, 2003, n. 2, p.

²⁰ Sulla storia delle fondazioni si veda: www.acri.it/3_fond/3_fond0002.htm;

Affinché vi sia la trasformazione delle fondazioni in persone giuridiche di diritto privato, devono intervenire la modifica dello statuto²¹ e relativa approvazione²² e la “*dismissione delle partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, in società bancarie*”²³ o, in alternativa, l'intervento dell'Autorità di vigilanza ex art. 25 del d.lgs. n. 153/99.²⁴

Si avverte una sfasatura di tempi per l'acquisizione della natura privata da parte delle fondazioni²⁵, in quanto all'art. 28, del d.lgs. n. 153/99, si afferma la necessità di adeguamento degli statuti entro 180 giorni dall'entrata in vigore del decreto, mentre l'obbligo di dismettere le partecipazioni di maggioranza nella società bancaria doveva avvenire entro quattro anni dall'entrata in vigore del decreto, con possibilità di detenzione delle stesse, per ulteriori due anni, ma con la perdita delle agevolazioni fiscali di cui all'art. 12, d.lgs. n. 153/99, nonché con la perdita della qualifica di ente non commerciale²⁶ (art. 12, comma 3 del d.lgs. n. 153/99)²⁷.

²¹ Da studi effettuati dall'Acri, risulta che a seguito delle riforme previste dalla l. n. 461/98 e dal d.lgs. n. 153/99, le Fondazioni bancarie hanno adeguato i propri statuti all'ordinamento di settore; i nuovi organi risultano insediati in 87 Fondazioni e la loro composizione, “*raggiunge un punto di equilibrio ottimale tra la rappresentanza del territorio in cui esse operano e la rappresentanza della società civile. In particolare risulta che il 50,25 dei soggetti designati è espressione: per il 30,1% degli Enti territoriali, per il 9,4% delle Camere di Commercio; per il 10,7% di organismi sanitari, enti turistici, espressioni locali delle imprese e delle professioni. La quota restante, il 49,8%, ha invece dato spazio a personalità della società civile provenienti dal mondo della cultura, della scienza, del volontariato, dell'ambientalismo, dell'università, religioso etc.*” su: www.acri.it/3_fond/3_fond0001.html

²² “Lo statuto è approvato dal Ministero del Tesoro, sia pure con un procedimento che prevede un'ipotesi di silenzio-assenso. E l'approvazione al fine di verificare il rispetto degli scopi indicati al comma 2 e cioè 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. Dunque l'approvazione dello statuto investe profili di merito, cioè il massimo possibile di interferenza nella vita e nel funzionamento di un ente.” M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie, Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Il Mulino, 2001, p. 91.

²³ Corte Costituzionale, sentenza n. 341/2001; M. ATELLI, *Le Fondazioni di origine bancaria fra transizione infinita verso il diritto privato ed innovazione dell'ordinamento regionale in materia creditizia*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 4190.

²⁴ “Qualora la fondazione, scaduti i periodi di tempo rispettivamente indicati ai commi 1 e 2, continui a daternere le partecipazioni di controllo ivi previste, alla dismissione prevede, sentita la fondazione ed anche mediante apposito commissario, l'Autorità di vigilanza, nella misura idonea a determinare la perdita del controllo e nei tempi ritenuti opportuni in relazione alle condizioni di mercato ed all'esigenza di salvaguardare il valore del patrimonio (art. 25, comma 3, d.lgs. n. 153/99). Si veda a tale proposito anche A. PISANESCHI, *Brevi osservazioni sulla natura giuridica delle fondazioni bancarie*, in *Banca Impresa Società*, 2000, n. 1, p. 131.

²⁵ F. MERUSI, *La nuova disciplina delle Fondazioni bancarie*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 1999, n. 8, p. 713.

²⁶ M. NUZZO, *Il sistema delle Fondazioni tra autonomia privata e norme di intervento*, in M. NUZZO (a cura di), *Le Fondazioni Bancarie*, ed. Scientifiche Italiane, 20.

²⁷ Oggi i tempi per la dismissione sono stati ulteriormente dilatati, infatti la legge finanziaria 2003, (art. 80, comma 20 l. 289/02) stabilisce una separazione tra fondazioni piccole (con patrimonio non superiore a 200 milioni di euro) e fondazioni che operano nelle regioni a statuto speciale, per le quali il termine per la dismissione viene prorogato al 15 giugno 2006, mentre fa “salvo” il termine di dismissione per le altre fondazioni. Il successivo D.L. 24 giugno 2003, n. 143 e legge di conversione n. 212/03, proroga per tutte le fondazioni il termine di dismissione al 31 dicembre 2005, per le fondazioni piccole e quelle che operano nelle regioni a statuto speciale viene eliminato

Attesa questa sfasatura temporale, non soltanto potenziale viste le modifiche normative di cui alla nota n. 21 ed i dati di cui alla nota n. 26, c'è da chiedersi se le fondazioni bancarie, possano considerarsi ancora parte dell'ordinamento creditizio.

Se la normativa attuale le vuole proiettare nell'universo del *non profit* sottolineando che “*perseguono scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico*”(art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 153/99), il periodo transitorio, come sopra ricordato, non è ancora ultimato²⁸ (senza contare le proroghe previste dalle leggi successive di cui alla nota n. 21). Inoltre, una delle argomentazioni portate a supporto della permanenza nel settore bancario – creditizio delle fondazioni proprio dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 341/01 e 342/01²⁹ era la possibilità di partecipazione al capitale della Banca d'Italia di cui all'art. 27, del d.lgs. n. 153/99; articolo su cui non vi è stato alcun intervento normativo ad opera dell'art. 11 della l. 448/01.

Destano dunque qualche perplessità le motivazioni della Corte Costituzionale, circa l'acquisita personalità giuridica di diritto privato sulla base del raggiunto traguardo del periodo transitorio.

Certo proiettando, come unico faro illuminante, l'intenzione di far uscire le fondazioni bancarie dal settore del credito per immetterle nel virtuoso circuito delle attività di utilità sociale³⁰, la Corte Costituzionale risolve a monte il problema della potestà legislativa regionale (*casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale, enti di credito fondiario ed agrario a carattere regionale*) e naufraga anche il problema sull'inesistenza nel nostro ordinamento creditizio di tali soggetti³¹ (anche se permangono le domande sull'intenzione perseguita dal legislatore costituente con tale inserimento nell'art. 117, comma 3, cost.), nonché conseguentemente viene meno la paventata ipotesi di inserimento delle fondazioni

l'obbligo di perdita del controllo; con la possibilità per le fondazioni di investire sino al 10% del patrimonio in immobili non strumentali (senza penalizzazioni fiscali). Su: www.acri.it; si veda G. BUSIA, *Tempi più lunghi per la dismissione delle banche da parte delle fondazioni*, su: www.astrid-online.it

²⁸ “Le fondazioni hanno avviato la riduzione delle quote di partecipazione detenute nelle banche fin dal 1994 e oggi solo 21 su 89 (totale delle fondazioni di origine bancaria in Italia) hanno ancora una partecipazione di maggioranza nella rispettiva banca conferitaria. Di queste 21 solo 2 sono fra le prime 10 Fondazioni in termini patrimoniali: la fondazione Monte dei Paschi di Siena e la fondazione Cassa di risparmio di Genova ed Imperia. In concreto, se misurata come percentuale del patrimonio totale delle Fondazioni la quota di quelle che ancora detengono una partecipazione di controllo è pari al 20, 95% e le relative banche pesano solo per il 7, 2% sul totale attivo del sistema bancario” Op. cit. www.acri.it/3_fond/3_fond0001.html

²⁹ M. COSULICH, *De immortalitate (argentariae) animae, ovvero della (intramontabile?) natura creditizia delle fondazioni di origine bancaria, da Bolzano a Palermo*, in *Le regioni*, 2002, p. 561 ss.

³⁰ Si sottolinea che le modifiche statutarie devono avere ad oggetto l'individuazione dello scopo quale “utilità sociale e promozione dello sviluppo economico”, P. FERRO – LUZZI, *Fondazioni bancarie: che fare?*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1999, 458.

³¹ R. COSTI, *Regioni e credito: i profili istituzionali*, in *Banca impresa e società*, 2003, n. 1, p. 9; M. COSULICH, *De immortalitate (argentariae) animae, ovvero della (intramontabile?) natura creditizia delle fondazioni di origine bancaria, da Bolzano a Palermo*, in *Le regioni*, 2002, p. 575.

bancarie tra le materie di competenza legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, comma 2, lettera e) “*tutela del risparmio e mercati finanziari*”.

Riappare dunque la *vexata quaestio* della natura dell'ente quale elemento imprescindibile per l'inquadramento della potestà legislativa; e le domande affiorano numerose come i ranuncoli a giugno! Basterà una previsione positiva perché si considerino le fondazioni di origine bancaria come persone giuridiche di diritto privato? Come la mettiamo con i pesanti condizionamenti normativi? E con il potere di vigilanza dell'Autorità di vigilanza (attualmente Ministero del Tesoro.)

Se è vero che all'art. 2 del d.lgs. n. 153/99 si afferma la piena autonomia statutaria delle fondazioni, è anche vero che risultano dei vincoli di attività molto incisivi che “*pare escludano qualsiasi margine di scelta.*”³²

Di tutta evidenza le particolarità della disciplina delle fondazioni bancarie; le quali, a differenza delle fondazioni comuni, in cui vi è un fondatore che destina un patrimonio ad uno scopo, per le fondazioni bancarie avviene il contrario: il patrimonio nasce per effetto di un provvedimento normativo e solo successivamente si individua uno scopo.³³

Patrimonio che “soffre” di incisivi vincoli: l'art. 5, comma 1 della l. 153/99 prevede che “*il patrimonio della fondazione è totalmente vincolato al perseguimento degli scopi statutari*”, mentre al comma 2 si stabilisce che “*la gestione del patrimonio è svolta con modalità organizzative interne idonee ad assicurare la separazione dalle altre attività della fondazione....*” Tale vincolo rappresenta una forte diversità rispetto alla disciplina delle altre fondazioni, non può dunque non sorgere il dubbio che tali vincoli siano determinati dalla volontà di “mettere mano” sulle ingenti ricchezze dei patrimoni delle fondazioni bancarie.³⁴

Ridondante risulta inoltre la previsione legislativa della adeguata redditività del patrimonio³⁵ di cui all'art. 5, comma 1 ed all'art. 7, comma 1 del d.lgs. n. 153/99,

³² M. CLARICH, *La riforma delle Fondazioni bancarie*, in *Banca impresa e società*, 2000, p. 126.

³³ Il patrimonio non ha una sua destinazione originaria ciò comporta interventi estemporanei (si veda la legge Merloni sui lavori pubblici) che ha inserito tra i settori ammessi anche i lavori pubblici. M. CLARICH, *Le fondazioni bancarie tra innovazioni legislative ed autonomia statutaria*, in *Il Risparmio*, 2003, n. 2, p. ; “...la Nazione, oberata da bisogni pubblici, tenta di rimettere le mani su ricchi forzieri, cui sta imprudentemente rinunciando, quando potrebbero invece essere così utili per dare una mano preziosa, ad esempio, soprattutto agli enti locali ed alla infinita sete di interventi finanziari che questi sollecitano? Ed ecco far scattare da parte delle forze politiche, da parte delle forze politiche, con finalità di tutta evidenza, anche se ipocritamente mascherate con supposte opzioni di maggiore efficienza e trasparenza da imporre alle riluttanti fondazioni, una manovra volta ad una nuova trasformazione di questa tormentata categoria, per asservirla a scopi diversi da quelli che pur erano freschi di una scelta che appariva definitiva, e cioè per ricondurla ancora una volta verso scopi di ordine pubblico”. P. SCHLESINGER, *Le fondazioni bancarie tra innovazioni legislative ed autonomia statutaria*, in *Il Risparmio*, 2003, n. 2, p.

³⁴ P. FERRO – LUZZI, *Fondazioni bancarie: che fare?*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1999, 463.

³⁵ Si veda a tal proposito: G. LUSIGNANI, *La scelta del modello di gestione del patrimonio delle fondazioni dopo l'approvazione del d. lgs. n. 153/99*, in *Banca Impresa Società*, 2000, 1, 143; M. ANOLLI – R. LOCATELLI, *Obiettivi e vincoli nella gestione dell'attivo delle fondazioni bancarie*, in *Banca impresa Società*, 1998, n. 3, p. 453 ss.

su cui influisce inoltre una “determinazione” dell’Autorità di vigilanza , “*di un limite minimo di reddito in relazione al patrimonio, commisurato ad un profilo prudenziale di rischio adeguato all’investimento patrimoniale delle fondazioni*” (art. 10, comma 3, lettera b) d.lgs. n. 153/99. *Nonché la diversificazione degli investimenti di cui all’art. 10, comma 3, lett. e).*³⁶

Senza contare le perplessità destate dagli incisivi poteri dell’Autorità di vigilanza,³⁷ che potrebbe somigliare quasi ad un “organo di indirizzo e programmazione”^{38,} più che di controllo in senso stretto. Ci si riferisce alla possibilità di modifica dei settori ammessi ad opera di un regolamento dell’autorità di vigilanza di cui all’art. 11, comma 1, ultimo periodo, l. n. 448/01^{39,40}, ed l’art. 4, comma 1, lett. g) del d.lgs. n. 153/99 che, nel definire l’assetto organizzativo delle fondazioni, aggiunge l’inciso “nel rispetto degli indirizzi generali fissati ai sensi dell’art. 10, comma 3, lett. e)”. Questione che, infatti, sottoposta in questi termini alla Corte Costituzionale, è stata ritenuta fondata nella sentenza n. 301/03, in quanto il potere di indirizzo, attiene al “*potere conformativo dell’attività delle fondazioni*” ed è cosa diversa dal potere di controllo, che normalmente svolge l’autorità di vigilanza quale titolare “*della verifica della corrispondenza dell’attività ai parametri preventivamente fissati*”⁴¹.

³⁶ P. FERRO – LUZZI, *Fondazioni bancarie: che fare?*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1999, 464.

³⁷ Nel senso di ritenere i poteri dell’Autorità di vigilanza vengono troppo invasivi: R. COSTI, *Linee di politica legislativa nel decreto 153/99*, in *Banca impresa e società*, 2000, n. 1, p. 121; e M. CLARICH, in *Banca impresa e società*, 2000, n. 1, p. 127.

³⁸ F. VELLA, *La nuova disciplina delle fondazioni bancarie: il difficile rapporto tra vigilanza ed autonomia degli enti non profit*, in *Banca Impresa Società*, 2003, n. 2, 284.

³⁹ Articolo dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 301/03, perchè questa disposizione viola l’art. 70 e l’art. 117 cost., in quanto, l’affidare ad un regolamento ministeriale il mutamento dei settori ammessi, comporta una forma di delegificazione diversa da quelle previste dall’art. 17 della l. 400/88, violando la potestà legislativa del Parlamento (art. 70 ed art. 117 cost.).

⁴⁰ L’art. 11, comma 1, della l. 448/01 è stato oggetto di due censure differenti, oltre a quella proposta nella nota precedente, vi è stata anche la questione di legittimità costituzionale sollevata da parte delle Regioni che lamentavano la violazione dell’art. 117, comma 6, cost. con riferimento alla potestà regolamentare delle regioni. L’art. 11, l. n. 448/01 prevede al comma 1 che «*i settori ammessi indicati possono essere modificati con regolamento dell’Autorità di vigilanza da emanare ai sensi dell’art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400*», ed al comma 14 che “*l’Autorità di vigilanza detta, con regolamento da emanare ai sensi dell’art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, le disposizioni attuative delle norme introdotte dal presente articolo, anche al fine di coordinarle con le disposizioni di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153*. Questa previsione di potestà regolamentare in capo all’Autorità di vigilanza viola la potestà regolamentare delle regioni di cui all’art. 117, comma 6 cost. che prevede che la potestà regolamentare spetta alle Regioni per ogni materia che non ricada tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato. La questione è stata ritenuta infondata da parte della Corte Costituzionale (sentenza n. 300/01).

⁴¹ L’aggiunta di questo inciso ad opera dell’art. 4 viola l’art. 2, lettera i) della legge di delega 23 dicembre 1998, n. 461 e dunque l’art. 76 cost. Infatti, il potere attribuito all’autorità di vigilanza di variare con regolamento i settori ammessi, senza peraltro alcun parametro di riferimento e dunque in qualsiasi direzione, è inidoneo a circoscriverne la discrezionalità. E. BALBONI, *Le sentenze sulle fondazioni bancarie tra attese e sorprese. Considerazioni sulla dinamica delle fonti del diritto*, su www.astrid-online.it; M. ATELLI, *Fondazioni bancarie oppure ordinamento creditizio regionale: su cosa ha deciso la Consulta?* Su www.astrid-online.

Anche prospettando la tesi delle fondazioni bancarie come un ibrido giuridico,⁴² non si può non riconoscere che la normativa di cui all'art. 153/99 fu determinata da una soluzione di compromesso⁴³, ed ha dato vita ad enti di diritto privato di natura speciale⁴⁴, giustificabile dal perseguimento dell'utilità sociale⁴⁵, e, come tale, viene inserito tra le materie di competenza esclusiva dello Stato di cui alla lettera l)⁴⁶ "ordinamento civile"⁴⁷.

⁴² G. SEGRE, *Un futuro da investitore istituzionale per le fondazioni bancarie*, in *Banca Impresa e Società*, 2000, n. 1, p. 136

⁴³ "Il disegno originario ne risulta appannato: infatti a) il momento della liberazione dalla banca è stato allontanato nel tempo (da 4 anni a 6 anni); b) la nozione di controllo è capace di afferrare un insieme di situazioni di potere più ampio di quello che le fondazioni avrebbero preferito, ma anche più ristretto di quello che la Commissione avrebbe probabilmente considerato più opportuno; c) il Tesoro ha conservato poteri particolarmente protratto, ossia anche dopo che le fondazioni abbiano dismesso il controllo sulla banca (controllo capace tra l'altro, di giustificare l'attribuzione della vigilanza al Tesoro); d) i poteri dell'Autorità di vigilanza sono, probabilmente, troppo invasivi, andando al di là delle ragioni che li giustificano, ossia la tutela dei destinatari dell'attività delle fondazioni. R. COSTI, *Linee di politica legislativa nel decreto 153/99*, in *Banca impresa e società*, 2000, n. 1, p. 121.

⁴⁴ In tal senso il Consiglio di Stato, parere del 1 luglio 2002, n. 1354, (con riferimento al Regolamento ai sensi dell'art. 11, comma 14, l. n. 448/01, in materia di disciplina delle fondazioni bancarie, decreto 2 agosto 2002, n. 217), che ritiene che "l'opzione legislativa generale della appartenenza della materia al diritto privato, ancorché "speciale", e non al diritto pubblico. Tale opzione si rinviene espressamente, innanzitutto, nella rubrica dell'art. 2, comma 1, lett. l), della legge n. 461 e nell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 153/99, ove si afferma il principio secondo cui le fondazioni sono "persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale" e si rinviene in varie altre norme del d.lgs. n. 153 lasciate immutate dalla legge n. 448 (ad es. l'art. 3, comma 4 e l'art. 4, comma 1, lett. d)). La piena autonomia statutaria delle fondazioni è stata, infine, ribadita anche dalla recente legge n. 112/02, di conversione del d.l. n. 63/02, che all'art. 5 ha affermato trattasi di un "regime giuridico privatistico", "speciale rispetto a quello delle altre fondazioni, in quanto ordinato per legge" in funzione di una serie di profili specificati dalla stessa legge". Nel senso di ritenere che il *nomen iuris* utilizzato dal legislatore per l'individuazione della natura delle fondazioni, sia del tutto irrilevante F. MERUSI, che sostiene che "Gli enti conferenti sono e rimangono degli enti pubblici sottoposti, come tali, a disciplina speciale, il che spiega agevolmente anche le prescrizioni sulla dismissione della partecipazione di controllo, id est sulla "privatizzazione sostanziale". F. MERUSI, *La nuova disciplina delle Fondazioni bancarie*, in *Gior. Dir. Amm.*, 1999, 718.

⁴⁵ R. COSTI, *Linee di politica legislativa nel decreto 153/99*, in *Banca impresa e società*, 2000, n. 1, p. 121.

⁴⁶ Qui che si aprono ulteriori interrogativi. Al di là del caso specifico, ci si domanda se vi è il rischio che la materia dell'ordinamento civile possa essere utilizzata come una materia a fisarmonica, come una sorta di bacino per "raccolgere le acque", incanalandovi acque che, di competenza della legislazione Statale, non sono; come un mezzo per riappropriarsi di un potere che è aspro abbandonare..... Il rischio è reale, sarà la Corte Costituzionale a dover svolgere un'importante funzione di sparti acque.

⁴⁷ "Si ricorre ad un'accezione assai estensiva di "ordinamento civile," tale da poter includere anche le fondazioni di origine bancaria. In tal modo però è difficile sfuggire all'impressione che si tenda a reintrodurre il vecchio limite del diritto privato, in un significato forse addirittura più forte che in passato (almeno nelle intenzioni governative; si pensi al ricorso contro lo Statuto calabrese, che riconduce all'ordinamento civile la stessa dirigenza regionale privatizzata) in contrasto – parrebbe – con lo spirito della riforma costituzionale". *Op. cit.* M. COSULICH, *La natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria nel quadro del nuovo titolo V della costituzione (note a margine delle sentenze n. 300 e n. 301 del 2003)*, su: www.amministrazioneincammino.luiss.it

Le fondazioni di origine bancaria vanno inquadrare nell'ottica di pluralismo sociale, si innestano nel rapporto tra società ed istituzioni⁴⁸, in una visione solidaristica della Costituzione⁴⁹ ed in "attuazione" del principio di sussidiarietà,⁵⁰ quale fondamento della democrazia⁵¹, di cui all'art. 118, comma 4, cost⁵².

Le fondazioni sono espressione della società civile⁵³, "ed espressione autonoma rispetto all'eteronomia di una derivazione pubblicistica"⁵⁴. Ciò che oggi abbiamo di fronte sono dei soggetti privati che operano per l'utilità e per il perseguimento degli interessi generali; soggetti che sono espressione di un principio pluralistico;⁵⁵ dell' "esercizio del credito e della raccolta del risparmio" non rimane nulla (quasi), di bancario ne rimane "l'origine."

Al di là del processo evolutivo singolare, sono soggetti accostabili, per attività e scopi perseguiti, alle ONLUS (organizzazioni non lucrative di utilità sociale) (D. lgs. del 4 dicembre 1997, n. 460 – Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale), e con essi dovrebbero poter condividere degli aspetti di fondo della normativa, quali, in primo luogo la vigilanza⁵⁶, di modo che le deroghe che il legislatore ordinario effettua sulla

⁴⁸ C. MIRABELLI, *Le fondazioni bancarie tra innovazioni legislative ed autonomia statutaria*, in *Il Risparmio*, 2003, n. 2, p.

⁴⁹ Nel senso di ritenere "l'impianto costituzionale tuttora fondato sull'idea solidaristica" E. ALES, *Diritti di cittadinanza sociale e "livello essenziale di prestazione" nel nuovo disegno costituzionale: brevi considerazioni sull'"uguaglianza solidale"*, in *Riv. dir. Sic. Soc.*, 2002, 319.

⁵⁰ P. RESCIGNO, *Le fondazioni bancarie tra innovazioni legislative ed autonomia statutaria*, in *Il Risparmio*, 2003, n. 2, p.; M. CLARICH, *Le fondazioni bancarie tra innovazioni legislative ed autonomia statutaria*, in *Il Risparmio*, 2003, n. 2, p.; G. BERTI, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, 405; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, I, 66; A. MOSCARINI, *Competenze e sussidiarietà nel sistema delle fonti, contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Cedam, 2003.

⁵¹ Seminario di studi sul tema "Democrazia e sussidiarietà", Roma, 24 ottobre 2003, organizzato dall'Istituto dell'Azione Cattolica Italiana per lo Studio dei Problemi Sociali e Politici "Vittorio Bachelet". Resoconto (a cura di) D. BOLOGNINO, su: www.amministrazioneincammino.luiss.it; si sottolinea l'intervento di G. C. DE MARTIN "Democrazia intesa quale riconoscimento e valorizzazione di un pluralismo sociale ed istituzionale nella prospettiva dello sviluppo della persona umana: il dato centrale è dunque il policentrismo, elemento costitutivo e sale della democrazia".

⁵² "il decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, consentiva una forte sperimentazione del principio di sussidiarietà orizzontale, riconoscendo alle fondazioni bancarie natura di persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale, mentre la precedente legge Amato le aveva definite enti pubblici." L. ELIA, *Le fondazioni bancarie tra innovazioni legislative ed autonomia statutaria*, in *Il Risparmio*, 2003, n. 2, p.

⁵³ Convegno su "Il ruolo delle Fondazioni culturali in Italia ed in Europa", Istituto Luigi Sturzo, Roma, 1 ottobre 2003, resoconto (a cura di) D. BOLOGNINO, su: www.amministrazioneincammino.luiss.it.

⁵⁴ A. GENTILI, *La riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1999, p. 412.

⁵⁵ P. SCHLESINGER, *Le c.d. "fondazioni bancarie"*, in *Banca a borsa*, 1995, parte I, p. 421.

⁵⁶ "Come non hanno mancato di sottolineare i primi orientamenti giurisprudenziali sulla evoluzione del processo di riforma delle fondazioni bancarie, 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, ma anche quando persegue utilità generali, configurando spazi autonomi di tutela 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

base della specialità del soggetto in questione rispetto al modello stabilito dal codice civile, siano giustificate da un principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.⁵⁷ che accomuna le fondazioni di origine bancaria alle ONLUS; ma questo... fa parte di un'altra storia!

4. Le modifiche previste dall'art. 11 della l. n. 448/01 e la impossibile ripubblicizzazione delle fondazioni di origine bancaria.

Con la sentenza n. 300/03 la Corte Costituzionale pone un punto (per il momento fermo) con riferimento alla natura pubblica o privata delle fondazioni bancarie ed *"esclude che le stesse conservino natura bancaria"*...sono enti di natura privata che perseguono interessi generali *"riconducibili all'organizzazione delle libertà sociali"*⁵⁸, sono dunque enti *non profit*⁵⁹.

La soluzione prospettata dalla Corte Costituzionale, probabilmente è stata il frutto di un procedere a tappe "obbligate".

Se quanto sino ad ora affermato appare logico con riferimento alla collocazione legislativa della materia, si riconosce anche che la formulazione dell'art. 11 della legge n. 448/01 indurrebbe a pensare che, in un momento in cui le finanze scarseggiano ed il *deficit* aumenta, il legislatore sia caduto nella tentazione di utilizzare le fondazioni di origine bancaria come un mezzo per attivare ed attuare interventi "pubblici"⁶⁰.

amministrativi. Il legislatore potrà pertanto accompagnare l'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale con strumenti di vigilanza e controllo, che però devono rispondere a criteri di ragionevolezza e proporzionalità, criteri che impongono "di ponderare con attenzione ancora maggiore le possibili limitazioni agli spazi dell'autonomia privata operati in nome di finalità di interesse pubblico, potendo quelle stesse finalità essere perseguite già all'interno del medesimo regime privatistico". Op.cit. F. VELLA, *La nuova disciplina delle fondazioni bancarie: il difficile rapporto tra vigilanza ed autonomia degli enti non profit*, in *Banca Impresa società*, 2003, p. 282 – 283.

⁵⁷ F. MERUSI, *La nuova disciplina delle Fondazioni bancarie*, in *Gior. Dir. Amm.*, 1999, n. 8, p. 717.

⁵⁸ Di contrario avviso chi ritiene che in questo quadro le fondazioni non sembrano rientrare nella previsione di cui all'art. 18 della Costituzione. Sostiene l'autore che non si possa dare alla fondazione valore di libertà fondamentale ex art. 18, ma farla rientrare nella libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 cost. (anche parzialmente nell'art. 47 cost, in cui sembra naturale un coordinamento ed un controllo da parte dello Stato). L'imposizione della cessione della partecipazioni bancarie, se sembra eccessiva per la libertà di cui all'art. 18 cost., meno incomprensibile risulta legato ai vincoli che la costituzione impone all'art. 47 cost. A. PISANESCHI, *Brevi osservazioni sulla natura giuridica delle fondazioni bancarie*, in *Banca Impresa Società*, 2000, n. 1, p. 131; M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie, Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Il Mulino, 2001, p. 86.

⁵⁹ M. CLARICH, *E' ora di seppellire l'ascia di guerra*, in *Il Sole 24 ore*, 30 settembre 2003, p. 34.

⁶⁰ Tale considerazione scaturisce dalla constatazione, libri alla mano, degli ingenti patrimoni delle fondazioni di origine bancaria, che ammontavano, nel 2000, a 35, 4 miliardi di euro. (dati rilevati su: www.acri.it/3_fond/3_fond0001.html)

Le modifiche proposte dall'art. 11, della legge n. 448/01, non solo incidono sull'autonomia della fondazione (il che potrebbe essere giustificato con riferimento alla "specialità" del soggetto di cui si discorre), ma fanno intravedere un tentativo di collocare le fondazioni tra gli enti strumentale degli enti locali.

L'art. 11, comma 1, l. n. 448/01, propone un'elencazione dei settori ammessi^{61 62}, e, come tale, vincolante per la scelta del soggetto in questione, dunque atta a minare la piena autonomia statutaria e gestionale delle fondazioni⁶³, (settori che sono suscettibili di modifiche ad opera di un regolamento dell'Autorità di vigilanza; il che, oltre ad intaccare l'autonomia delle fondazioni bancarie, contravviene alla normativa relativa alla delegificazione). Ulteriore limitazione numerica è prevista poi all'art. 11, comma 2, l. n. 448/01, che impone di scegliere tre settori rilevanti tra quelli ammessi in cui operare. Se la *ratio* della norma è da ricercare nella necessità di non disperdere l'attività delle fondazioni, la misura utilizzata per attuarle risulta eccessiva con riferimento all'obiettivo da perseguire⁶⁴.

Nel merito si noterà la presenza di alcuni settori, tipicamente riservati alla sfera pubblica⁶⁵, quali la "prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica", "la sicurezza alimentare e l'agricoltura di qualità" che mal si conciliano con gli scopi statutari di un soggetto privato. Tali settori peccano inoltre di un'eccessiva frammentazione,⁶⁶ alcuni dei quali potrebbero essere tranquillamente raggruppati in un'unica categoria (famiglia e valori connessi, crescita e formazione giovanile), sicché può accadere che la scelta dell'uno precluderebbe l'intervento nell'altro, seppur connesso⁶⁷.

⁶¹ "c-bis "Settori ammessi: 1) famiglia e valori connessi; crescita e formazione giovanile; educazione, istruzione e formazione, incluso l'acquisto di prodotti editoriali per la scuola; volontariato, filantropia e beneficenza; religione e sviluppo spirituale; assistenza agli anziani; diritti civili; 2) prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica; sicurezza alimentare ed agricoltura di qualità; sviluppo locale ed edilizia popolare locale; protezione dei consumatori; protezione civile; salute pubblica, medicina preventiva e riabilitativa; attività sportiva; prevenzione e recupero delle tossicodipendenze; patologia e disturbi psichici e mentali; 3) ricerca scientifica e tecnologica; protezione e qualità ambientale; 4) arte, attività e beni culturali." (art. 11, comma 1, parte prima, legge n. 448/01).

⁶² La legge n. 166/02 (art. 7) sui lavori pubblici ha inserito tra i settori ammessi "la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità".

⁶³ In senso contrario M. ATELLI : " tali previsioni non possono ritenersi lesive dell'autonomia, gestionale e statutaria, di tali enti, i quali, come del resto ogni persona giuridica di diritto privato, devono essere caratterizzati da "uno scopo" che ne impronti l'attività secondo gli artt 16 e 27 c.c." M. ATELLI, *Fondazioni bancarie oppure ordinamento creditizio regionale: su cosa ha deciso la Consulta?* Su www.astrid-online.

⁶⁴ C. MIRABELLI, *Le fondazioni bancarie tra innovazioni legislative ed autonomia statutaria*, in *Il Risparmio*, 2003, n. 2, p.

⁶⁵ L. TORCHIA, *Fondazioni bancarie e diritto pubblico*, su. www.astrid-online.it

⁶⁶ Con riferimento ai settori rilevanti come previsti dal d.lgs. n. 356/99, in precedenza, si rilevava un eccesso di genericità della normativa, così P. FERRO – LUZZI, *Fondazioni bancarie: che fare?*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1999, .461; A. GENTILI, *La riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1999, p. 405.

⁶⁷ C. MIRABELLI, *Le fondazioni bancarie tra innovazioni legislative ed autonomia statutaria*, in *Il Risparmio*, 2003, n. 2, p.

Senza contare che ulteriori interrogativi si pongono con riferimento alla prospettata previsione di cui all'art. 11, comma 3, l. n. 448/01⁶⁸, che prevede che nello svolgimento della loro attività le fondazioni diano “preferenza ai settori di maggiore rilevanza sociale”, (formulazione letterale che non sembra lasci intravedere “libertà di scelta”), e che induce a chiedersi quale sviluppo potrebbero avere alcuni settori quali “l’attività sportiva, l’arte e la filantropia”, (per citarne alcuni), dovendo dare preferenza a settori a maggiore rilevanza sociale, (o in base a cosa occorrerebbe parametrare tale valore).

La scelta effettuata dal legislatore risulta priva di una giustificazione determinata da un interesse collettivo, venendo a determinarsi il “*sorgere di un organismo servente all’organizzazione pubblica*”. Ciò viola l’art. 3 cost. sotto il profilo della ragionevolezza; gli art. 18 e 21 della Cost. con riferimento al diritto di associazione e delle formazioni sociali; all’art. 41 con riferimento all’autonomia privata, all’art. 118, comma 4, Cost. perché determina un’invasività dei poteri pubblici che risulta incompatibile con il principio di sussidiarietà orizzontale⁶⁹. Quanto esposto rappresenta un ulteriore tassello per avvalorare la tesi che il legislatore ha inteso riportare le fondazioni di origine bancaria su un piano servente all’ente locale, incurante delle innovazioni introdotte dal Titolo V, parte seconda della Costituzione.⁷⁰

Nel momento in cui alla previsione relativa ai settori di intervento accostiamo il disposto dell’art. 11, comma 4, l. 448/01, che prevede la prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, diversi dallo Stato, di cui all’art. 114 cost., idonea a rifletterne le competenze nei settori ammessi in base agli artt. 117 e 118 cost., nell’organo di indirizzo, possiamo avere contezza della quadratura del cerchio.

Tale previsione comporta una ingiustificata compressione dell’autonomia statutaria e gestionale delle fondazioni, perché idonea a creare “*un’influenza decisiva nell’attività della fondazione*”, ed è un mezzo per rendere le fondazioni bancarie ente strumentale dell’ente locale⁷¹. Il legame tra fondazioni bancarie e territorio vi è sempre stato, ma, allo stato dell’ordinamento attuale, queste non possono divenire una *longa manus* del poter pubblico: perché è verso una ripubblicizzazione delle fondazioni bancarie che la legge Tremonti si stava muovendo.

⁶⁸ “Le fondazioni, in rapporto prevalente con il territorio, indirizzano la propria attività esclusivamente nei settori ammessi ed 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” (art. 11, comma 3, l. n. 448/01).

⁶⁹ In tal senso il ricorso promosso dal TAR Lazio, che si presenta articolato sotto il profilo dei motivi di non manifesta infondatezza dell’art. 11, comma 1 (primo periodo), 2, 3, 4, 7, 10 e 14 (ultimo periodo), con riferimento agli artt. 2, 3, 18, 41, 117 e 118, comma 4 della Costituzione.

⁷⁰ C. MIRABELLI, *Le fondazioni bancarie tra innovazioni legislative ed autonomia statutaria*, in *Il Risparmio*, 2003, n. 2, p.

⁷¹ M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie tra sussidiarietà e tentazioni neostataliste*, su www.astrid-online.it; G. CONSOLI, *I profili di illegittimità costituzionale della “nuova riforma” delle fondazioni bancarie*, in *Mondo bancario*, 2003, p. 54.

5. La Corte Costituzionale (tenta di salvare il salvabile) riconducendo la normativa a sistema.

Chi scrive utilizza il verbo al “passato”, perché la Corte Costituzionale ha tentato l’inversione di marcia⁷².

Infatti, con un’interpretazione adeguatrice (riferita ai settori di cui si dirà tra breve) e ritenendo fondata la questione relativa all’art. 11, comma 4 della l. 448/01 ha cercato di riportare le fondazioni nell’ambito normativo di privatizzazione. Con riferimento all’ultima questione esposta, la Corte Costituzionale ha stabilito che tale modalità di composizione degli organi, anziché la previsione “*di enti pubblici o privati comunque espressivi delle realtà locali*”, tende a ripubblicizzare le fondazioni, influenzando in modo decisivo la loro attività. Se infatti è legittimo prevedere la presenza di soggetti che rappresentino le realtà locali, per il legame da sempre esistente tra le stesse e le fondazioni, illegittima risulterà la preponderanza di tali soggetti nell’organo decisionale⁷³.

La Corte sottolinea inoltre l’utilizzo atecnico del termine rappresentanza, in quanto agli enti territoriali spetta solo un potere di designazione dei soggetti atti a ricoprire la carica nelle fondazioni, ma non intercorre tra questi alcun vincolo di mandato.

Su questo passaggio ci si chiede come mai si sia dovuto utilizzare l’*escamotage* dell’atecnicità. In primo luogo il legislatore non è l’uomo medio della strada e dovrebbe avere contezza dei termini utilizzati, in secondo luogo ci si chiede perché, in favore dell’assenza di vincolo di mandato, non sia stato utilizzato l’argomento letterale dell’immutato art. 4, comma 2 del d.lgs. n. 153/99, che prevede che “*i componenti dell’organo di indirizzo non rappresentano i soggetti esterni che li hanno nominati né ad essi rispondono*”.

Con riferimento all’art. 11, comma 1, l. n. 448/01 ha operato diversamente proponendo un’interpretazione adeguatrice. A parer della Corte Costituzionale la riproduzione dei settori ammessi non limita l’auto – determinazione delle fondazioni, in quanto l’elencazione dei settori comprende le varie possibilità di attività che le fondazioni possono porre in essere e dunque dei possibili scopi statutariamente previsti dalla persone giuridiche di diritto privato. Anche nel momento in cui si riscontrano settori “dubbi” come “la prevenzione della criminalità e della sicurezza

⁷² D. MASCIANDARO, *Sulle fondazioni stop a Tremonti. No anche al ruolo prevalente degli enti locali*, in *Il Sole 24 ore*, 30 settembre 2003, p. 33.

⁷³ Si fa notare infatti che “*la determinazione delle risorse da impegnare- nelle finalità istituzionali – dovrebbero essere ricondotte alla libera “decisione dell’organo di indirizzo” che per ciò stesso non tollera maggioranze precostituite, a fortiori*”, così G. CONSOLI, *I profili di illegittimità costituzionale della “nuova riforma” delle fondazioni bancarie*, in *Mondo bancario*, 2003, p. 55.

pubblica” e “*la sicurezza alimentare ad agricoltura di qualità*”, che fanno pensare a settori di intervento pubblico, o che dallo stato dovrebbero essere tutelati, la lettura da effettuare è “*logicamente compatibile con il carattere non pubblico*” delle fondazioni. Inoltre, la disposizione in questione non viola la potestà legislativa delle Regioni in quanto attiene solo al “*regime giuridico delle fondazioni e non ai settori in cui operano concretamente, lasciato alla competenza regionale*”.

Con riferimento all’art. 11, comma 2, l. 448/01 che prevede l’individuazione di tre settori rilevanti tra quelli ammessi, la Corte Costituzionale ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale, in quanto la *ratio* della norma è da ricercare nella necessità di non disperdere l’attività delle fondazioni. La scelta inoltre non fatta autoritativamente, ma è lasciata alla libera determinazione delle fondazioni. Anche le questioni mosse contro la formulazione dell’art. 11, comma 3, relativo alla “*preferenza ai settori di maggiore rilevanza sociale*”, vengono a cadere, in quanto si tratterebbe di “*una mera indicazione di carattere generale priva di valore vincolante*”.

Dunque in questa pronuncia la Corte Costituzionale, ha salvato il salvabile, tentando, con interpretazioni a volte rocambolesche, di ricondurre la normativa a “sistema”⁷⁴. I tentativi introdotti dalla legge Tremonti di ricondurre la fondazione di origine bancaria al giogo della sfera pubblica, con una valenza strumentale e

⁷⁴ Le altre questioni poste all’attenzione della Corte Costituzionale hanno riguardato: l’art. 11, comma 14 (ultimo periodo) della l. n. 448/01, in cui si stabilisce che, in attesa dell’emanazione del regolamento dell’autorità di vigilanza (ai sensi dell’art. 17 della l. 400/88), con le disposizioni attuative della presente legge, ed in attesa della modifica degli statuti con riferimento al regolamento in questione (da effettuare entro 90 giorni), comporta la decadenza e successiva ricostruzione degli organi delle fondazioni, con il divieto di porre in essere atti eccedenti l’ordinaria amministrazione; la questione è stata ritenuta infondata, in quanto la norma rappresenta il “non irragionevole riflesso delle eventuali modifiche statutarie relative alla composizione dell’organo di indirizzo”

L’art. 11, comma 7, l. 448/01 che prevede un regime di incompatibilità tra coloro che svolgono funzioni di indirizzo, amministrazione e controllo presso le fondazioni e la banca conferitaria ed altre società che operano nel settore bancario, finanziario ed assicurativo. Questa previsione viola l’art. 2 della costituzione perché comporta un’eccessiva compressione della capacità delle persone e viola l’art. 18 perché lede l’autonomia delle persone giuridiche.

La questione è stata ritenuta infondata perché la norma mira a recidere definitivamente il rapporto tra banca conferitaria e fondazioni.

L’art. 11, comma 10 l. 448/01, che prevede “*una società bancaria si consideri controllata da una fondazione anche quando il controllo è riconducibile, direttamente o indirettamente, a più fondazioni, in qualunque modo o comunque esso sia determinato*”. Questa impostazione normativa non tiene conto della reale situazione di controllo che, di fatto, possa determinarsi, ma tende a creare una situazione di controllo positivamente imposta, a “*prescindere dalla prova di un accordo fra i soggetti coinvolti e dalla verifica della intrinseca idoneità del mezzo utilizzato per il raggiungimento dello scopo che il legislatore intende scongiurare*”.

La questione è stata ritenuta infondata perché non viene a delinarsi una presunzione assoluta di controllo, ma si tiene conto di un effettivo controllo congiunto, la normativa infatti non fa che estendere la previsione di controllo di cui all’art. 6 del d.lgs. n.153/99 anche al controllo operato da una pluralità di fondazioni.

“servente” degli enti locali, tarpando le ali alla sussidiarietà orizzontale⁷⁵ sono naufragati contro lo scoglio della Corte Costituzionale che sembra, in questa pronuncia, aver presente lo scenario verso cui il Paese si sta muovendo.

⁷⁵ L. ELIA, *Le fondazioni bancarie tra innovazioni legislative ed autonomia statutaria*, in *Il Risparmio*, 2003, n. 2, p.