



Fondazioni bancarie oppure ordinamento creditizio regionale: su cosa ha deciso la Consulta?

di Massimiliano Atelli

1. Le sentenze n. 300 e 301 del 2003 della Corte costituzionale, depositate lunedì scorso, scrivono senza dubbio un nuovo importante capitolo della tormentata storia delle fondazioni di origine bancaria. Si vedrà, ed è ciò che più importa, se sarà anche l'ultimo.

Le pronunce, molto attese, fanno luce su alcuni aspetti cruciali della c.d. riforma Tremonti. Va infatti ricordato che l'art. 11, della l. 28.12.2001, n. 448 [Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)], nel recare modifiche ad alcune norme del decreto legislativo 17.5.1999, n. 153 (Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'art. 11, co. 1, del decreto legislativo 20.11.1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'art. 1 della legge 23.12.1998, n. 461), incideva su numerosi aspetti della disciplina delle fondazioni di origine bancaria, in particolare in tema di: campi materiali di intervento (i settori «ammessi» e «rilevanti»); regole di composizione dell'organo di indirizzo; cause di incompatibilità incidenti sulla composizione dell'organo di indirizzo; modalità di gestione e destinazione del patrimonio; definizione della nozione di «controllo» di una società bancaria da parte di una fondazione; «periodo transitorio», in relazione alle prescritte dimissioni delle partecipazioni di controllo in società bancarie; poteri di vigilanza; adeguamento degli statuti alle nuove disposizioni legislative e ricostituzione degli organi delle fondazioni conseguenti alle modifiche statutarie.

Assolutamente pregiudiziale, già nel giudizio *a quo*, era però la questione concernente la natura pubblica o privata da riconoscere alle fondazioni di origine bancaria.

In proposito, con argomenti sostanzialmente analoghi, tutte le Regioni ricorrenti sostenevano non soltanto che le disposizioni della legge statale impugnata intervenissero con norme di dettaglio in una materia – quella delle «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale» – che l'art. 117, co. 3, Cost. (dopo la riforma del relativo titolo V della parte II ad opera della l. cost. n. 3/2001) assegna alla legislazione concorrente regionale, ma anche che la competenza legislativa regionale in materia di fondazioni di origine bancaria derivasse dal fatto che tali fondazioni erano chiamate dalla legge a operare in settori materiali affidati costituzionalmente alla cura della legislazione regionale (a seconda dei casi, in sede concorrente o esclusiva).

Con la sentenza n. 300 la Corte ha tuttavia escluso la fondatezza della pretesa delle quattro Regioni ricorrenti di vedere annullate le impuginate disposizioni della legge dello Stato in materia di fondazioni di origine bancaria, quale conseguenza della competenza legislativa concorrente loro riconosciuta relativamente alle «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale».

Secondo il giudice delle leggi, infatti, con la legge di delega 23.12.1998, n. 461 (Delega al Governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti, di cui all'art. 11, co. 1, del decreto legislativo 20.11.1990, n. 356, e della disciplina fiscale

delle operazioni di ristrutturazione bancaria), e il conseguente decreto legislativo 17.5.1999, n. 153 (Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'art. 11, co. 1, del decreto legislativo 20.11.1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23.12.1998, n. 461), la trasformazione della natura giuridica degli originari enti conferenti deve considerarsi normativamente realizzata.

Più in particolare, per la Corte, secondo la legislazione attualmente vigente, le fondazioni sorte dalla trasformazione degli originari enti pubblici conferenti non sono più – a differenza degli originari «enti pubblici conferenti» – elementi costitutivi dell'ordinamento del credito e del risparmio, al quale è riconducibile la competenza legislativa che l'art. 117, co. 3, Cost. riconosce alle Regioni in materia di «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale».

L'impossibilità, nel caso di specie, di una simile operazione di riconduzione è fatta derivare dall'evoluzione legislativa, la quale ha spezzato quel «vincolo genetico e funzionale» di cui parlano le sentenze n. 341 e n. 342 del 2001 della Corte, vincolo che in origine legava l'ente pubblico conferente e la società bancaria, e ha trasformato la natura giuridica del primo in quella di persona giuridica privata senza fine di lucro (art. 2, co. 1, del d. lgs. n. 153) della cui natura il controllo della società bancaria, o anche solo la partecipazione al suo capitale, non è più elemento caratterizzante. Con questa trasformazione, aggiunge il giudice delle leggi, muta la collocazione delle fondazioni nel riparto materiale delle competenze legislative tracciato dall'art. 117 della Costituzione, giacché deve ritenersi che l'art. 11 della legge n. 448/2001 operi nella specifica materia dell'«ordinamento civile», comprendente la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato che l'art. 117, co. 2, Cost. assegna alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Ciò, come non manca di far notare la Corte, ha immediata incidenza anche sulla questione – pure sollevata dalle Regioni – concernente la potestà regolamentare all'Autorità di vigilanza. Infatti, una volta ricondotta la disciplina in esame a una materia compresa nel secondo comma dell'art. 117, cade ineluttabilmente la possibilità per le Regioni di rivendicare la competenza regolamentare ad esse riconosciuta dal sesto comma dello stesso art. 117 nelle materie diverse da quelle assegnate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Tuttavia, se la competenza regolamentare dell'Autorità deve ritenersi non insidiata da quella regionale, la Corte fa notare che l'aver accordato alla medesima il potere di modificare, con regolamento, la legge in qualsiasi direzione in tema di settori di intervento, per di più senza indicazione di criteri, compatibili con la natura privata delle fondazioni e con la loro autonomia statutaria, idonei a circoscriverne la discrezionalità, viola i parametri costituzionali correnti. In questa parte, l'art. 11 della l. n. 448/2001 è stato pertanto dichiarato dalla Consulta costituzionalmente illegittimo (il che ha inciso anche sulla declaratoria di infondatezza dell'ulteriore questione concernente la potestà delle fondazioni di scegliersi ogni tre anni i <settori rilevanti>, nell'ambito di quelli <ammessi>).

Per raggiungere conclusioni così gravide di importanti e delicate conseguenze, la Corte è peraltro stata costretta a compiere una importante (e per vero diffusamente condivisa, specie in dottrina) virata interpretativa rispetto alla sua stessa recente giurisprudenza.

Il giudice delle leggi mostra infatti di essere ben consapevole di avere, con le sentenze n. 341 e n. 342 del 2001, riconosciuto, in relazione al momento in cui esse sono state pronunciate, la perdurante qualificazione quali enti creditizi di tali soggetti e della sponda che esse in tal modo offrono alle rivendicazioni delle Regioni. Sennonché, la Corte

fa notare che, mentre nel periodo transitorio delle operazioni di ristrutturazione bancaria, la qualificazione di ente creditizio è stata ritenuta plausibile, in base al mancato venir meno, in concreto, del vincolo genetico e funzionale tra enti conferenti e società bancarie conferitarie, vincolo nel quale si è ritenuto trovare giustificazione la vigilanza transitoriamente attribuita dalla legge, il valore di queste considerazioni, dettate in relazione alla spettanza del potere di vigilanza, non può proiettarsi oltre la fase ordinaria di ristrutturazione degli enti conferenti – fondazioni di origine bancaria. Le sentenze n. 341 e n. 342 del 2001, in altri termini, vanno per il giudice delle leggi relativizzate – o, meglio, contestualizzate - cadendo esse nel mezzo del quadriennio previsto dall'art. 25 del d. lgs. n. 153 come periodo normale per l'adeguamento, cui poteva seguire un biennio supplementare, nel caso di mancata dismissione delle partecipazioni nel periodo ordinario, peraltro sanzionata, come già rilevato, dalla perdita dei benefici tributari previsti viceversa per gli enti che avessero operato tempestivamente.

Oggi, compiutosi il quadriennio, è la stessa Corte ad ammettere che non vi è ragione per ritenere ulteriormente perdurante l'originaria qualificazione degli enti conferenti, quali elementi del sistema del credito e del risparmio, anche perché, a ritenere il contrario, si determinerebbe la conseguenza di rimettere ad adempimenti concreti dei singoli enti la piena e generale operatività della riforma realizzata dalla legge, con l'assurdo ulteriore effetto che la competenza legislativa dello Stato e delle Regioni verrebbe a determinarsi non in generale, ma in relazione all'effettivo rapporto di partecipazione al capitale della società bancaria in cui ogni ente si trovasse.

Nella specie, si è di fronte a una fase di transizione il cui completamento è rimesso all'attuazione delle prescrizioni legislative che è demandata all'attività degli enti di origine bancaria, sotto la vigilanza ministeriale. Da questo punto di vista, la Corte ritiene di non poter trascurare la circostanza che il termine previsto per l'adeguamento sia ormai decorso e sia stato rispettato da parte della grande maggioranza degli enti interessati.

Secondo il giudice delle leggi, ciò che ormai conta, ai fini della determinazione della portata da assegnare al riparto delle competenze legislative delineato nell'art. 117, secondo e terzo comma, della Costituzione, è la qualificazione degli enti in questione quali fondazioni-persone giuridiche private, data dall'art. 2, co. 1, del d. lgs. n. 153/1999, indipendentemente dall'eventuale perdurare di loro coinvolgimenti in partecipazioni bancarie che la legge ancora consenta per ragioni particolari, accanto all'esercizio prioritario delle proprie funzioni finalizzate al perseguimento degli scopi di utilità sociale e di sviluppo economico, secondo le previsioni dei loro statuti.

Naturale corollario della qualificazione delle fondazioni come persone giuridiche di diritto privato è l'impossibilità di considerare detti enti – come pretendevano talune Regioni – quali mere modalità organizzative di esercizio di attività rivolte al perseguimento di scopi di utilità sociale in materie relativamente a molte delle quali esiste competenza legislativa regionale, al fine di farle in tal modo rientrare nell'ambito della competenza delle leggi regionali, almeno per le materie che a tale competenza sono riconducibili.

Un simile modo di ragionare – fa notare la stessa Corte - presupporrebbe che le fondazioni di origine bancaria e le loro attività rientrassero in una nozione, per quanto lata sia, di pubblica amministrazione in senso soggettivo e oggettivo, ma dopo il d.lgs. n. 153, questo presupposto non è più sostenibile. Poiché «restano fermi compiti e funzioni attribuiti dalla legge ad altre istituzioni» (l. n. 461/1998), innanzitutto agli enti pubblici, simili enti si collocano – anche in considerazione di quanto dispone ora l'art. 118, quarto comma, della Costituzione – tra i soggetti dell'organizzazione delle «libertà sociali» (sentenza n. 50 del

1998), e non già delle funzioni pubbliche, ancorché entro limiti e controlli compatibili con tale loro carattere.

In quanto tali, le fondazioni di origine bancaria svolgono un'attività che, come di quella di qualunque altro soggetto dell'«ordinamento civile», è regolata anche dalle norme regionali, emanate nell'ambito delle proprie competenze per disciplinare i diversi settori dell'attività nei quali queste istituzioni, secondo i propri statuti, operano.

2. Dalla riconosciuta natura giuridica di diritto privato delle fondazioni di origine bancaria discende ovviamente una pluralità di conseguenze.

Anzitutto, ciò determina la necessità di una interpretazione adeguatrice delle locuzioni descrittive di determinati settori di intervento statutariamente determinabili quali, ad esempio, quello della «prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica» o quello della «sicurezza alimentare e agricoltura di qualità», locuzioni, tutte, che per la Corte possono e devono essere interpretate in un senso logicamente compatibile con il carattere non pubblicistico della attività delle fondazioni e, quindi, come riferentisi solo a quelle attività, socialmente rilevanti, diverse, pur se complementari e integrative, da quelle demandate ai pubblici poteri.

In secondo luogo, la qualificazione privatistica delle fondazioni porta i giudici delle leggi a dichiarare infondata la questione di costituzionalità dell'art. 11, co. 1, primo periodo, della legge n. 448/2001 e 7, co. 1, lettera *aa*), punto 2, della legge n. 166/2002, che ha modificato l'art. 37-*bis* della legge 11.2.1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici), giacché le norme impugnate, modificando il decreto legislativo n. 153/1999, contengono, la prima, una elencazione dei «settori ammessi», suddivisi in quattro categorie, la seconda, l'individuazione di un ulteriore «settore ammesso», costituito dalla «realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità».

Va detto tuttavia, sul punto, che la motivazione adottata dalla Corte è solo apparentemente di ordine sostanziale, limitandosi essa a rilevare che le singole previsioni legislative dei settori ammessi sono, sostanzialmente, riproduttive, per la loro ampiezza e varietà, di tutte le possibili attività proprie e caratteristiche delle fondazioni e non possono, quindi, sotto tale aspetto, ritenersi lesive della 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.

Per altro verso, l'acclarata natura giuridica privatistica delle fondazioni non impedisce però alla Corte di riconoscere che, per quanto la tipologia delle fondazioni di origine bancaria sia al suo interno variegata, è storicamente indiscutibile un loro collegamento con le realtà locali, quale riflesso del radicamento territoriale degli enti bancari e delle casse di risparmio da cui traggono origine.

Ciò rende non irragionevole, né censurabile sul piano della legittimità costituzionale, la previsione di una significativa presenza nell'organo di indirizzo di soggetti espressi dagli enti territoriali, secondo le determinazioni dei diversi statuti. Sennonché, la norma impugnata prevedeva invece che la prevalenza della composizione dell'organo di indirizzo fosse riservata ai soli enti territoriali, senza ricomprendervi quelle diverse realtà locali, pubbliche e private, radicate sul territorio ed espressive, per tradizione storica, connessa anche all'origine delle singole fondazioni, di interessi meritevoli di essere «rappresentati» (laddove con questo termine, sottolinea la Corte, si vuole alludere ad un rapporto tra

designanti e designati che non comporta alcun vincolo di mandato a carico dei soggetti nominati) nell'organo di indirizzo.

La limitazione ai soli enti territoriali è giudicata dai giudici delle leggi contraria al principio di ragionevolezza, dal che discende la declaratoria di illegittimità della norma indiziata nella parte in cui prevede nell'ambito dell'organo di indirizzo una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, diversi dallo Stato, di cui all'art. 114 Cost., anziché di enti, pubblici o privati, comunque espressivi delle realtà locali.

Infondata è stata invece giudicata la questione concernente il regime di incompatibilità, per la sua estrema ed irragionevole latitudine, che la norma istituisce tra le funzioni di indirizzo, amministrazione, direzione o controllo presso le fondazioni e le analoghe funzioni svolte non solo presso la società bancaria conferitaria, ma anche, genericamente, presso altre società operanti nel settore bancario, finanziario o assicurativo.

Per la Corte, infatti, è possibile dare di questa disposizione una lettura conforme a Costituzione, incentrata sulla *ratio* perseguita dal legislatore. Se, infatti, non può in proposito dubitarsi che lo scopo esclusivo della norma sia quello di recidere i legami tra la banca conferitaria e le fondazioni, è palese che una finalità siffatta sarebbe vanificata ove l'incompatibilità fosse limitata alla sola società bancaria conferitaria senza ricomprendere quelle società, operanti nel settore bancario, finanziario o assicurativo, in rapporto di partecipazione azionaria o di controllo con la banca conferitaria. E' dunque solo a queste ultime che occorre aver riguardo ai fini dell'individuazione del perimetro delle incompatibilità.

Con la sentenza n. 301, la Corte è poi tornata ad occuparsi, dopo quasi dieci anni (sent. n. 466/1993), anche del delicato tema della partecipazione di controllo al capitale delle società conferitarie.

Va rammentato, al riguardo, che l'art. 11, co. 10, della legge n. 448/2001, disciplinando il fenomeno del controllo, da parte di una fondazione, di una società bancaria o di un gruppo bancario, dispone che «una società bancaria o capogruppo bancario si considera controllata da una fondazione anche quando il controllo è riconducibile, direttamente o indirettamente, a più fondazioni, in qualunque modo o comunque sia esso determinato».

La norma veniva fatta oggetto di censura – nella specie - in quanto, ad avviso del rimettente, avrebbe sancito una irragionevole presunzione di controllo nel caso in cui la somma delle partecipazioni bancarie di più fondazioni fosse stata pari alla quota di controllo, a prescindere dall'effettiva esistenza di accordi o di patti di sindacato tra le stesse fondazioni.

La Corte esclude tuttavia che la norma sospettata d'incostituzionalità configuri una presunzione assoluta di controllo, limitandosi essa, invece, ad estendere la nozione di controllo, ai fini di cui all'art. 6 del decreto legislativo n. 153/1999, anche all'ipotesi in cui esso sia esercitato, congiuntamente, da una pluralità di fondazioni che siano comunque tra loro legate da appositi accordi finalizzati al controllo bancario e che devono essere, in quanto tali, oggetto di specifica prova.

Rettamente, in altri termini, il giudice delle leggi identifica il presupposto della norma nell'esistenza di un effettivo controllo congiunto da parte di più fondazioni, non essendo allo scopo sufficiente l'eventuale semplice possesso di partecipazioni nella stessa azienda bancaria da parte di più fondazioni. Occorre fare riferimento alla nozione di controllo accolta dall'ordinamento vigente, sicché la Corte conclude che la portata della

norma è solo quella di ricomprendere nella nozione di controllo l'esistenza di accordi di sindacato tra più fondazioni.

Infine, il giudice delle leggi passa a trattare del criticatissimo (sia consentito di rinviare ad Atelli, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 4198 ss.) preteso potere dell'Autorità di vigilanza di emanare atti di indirizzo generale di carattere vincolante per le fondazioni.

Come è noto, l'art. 4, co. 1, lett. g), del decreto legislativo n. 153/1999, nell'elencare i principi ai quali gli statuti devono conformarsi nel definire l'assetto organizzativo delle fondazioni, pur riproducendo sostanzialmente, quanto ai requisiti di onorabilità e alle ipotesi di incompatibilità, la dizione contenuta nella legge delega, aggiunge l'inciso «nel rispetto degli indirizzi generali fissati ai sensi dell'articolo 10, comma 3, lettera e)» violando, in tal modo, l'art. 2 della legge delega e, quindi, l'art. 76 della Costituzione.

In proposito, la Corte fa notare che il potere di indirizzo è essenzialmente diverso da quello di controllo di cui è titolare l'Autorità di vigilanza, essendo il primo un potere conformativo dell'attività delle fondazioni, il secondo un potere di semplice verifica della corrispondenza di tale attività a determinati parametri preventivamente fissati.

Alla luce di ciò, neppure una interpretazione assai estensiva della delega potrebbe arrivare a ricomprendere nei compiti di controllo riservati alla Autorità amministrativa e diretti, ai sensi dell'art. 2, lettera i), della legge delega, a verificare il «rispetto della legge e dello statuto, la sana e prudente gestione, la redditività del patrimonio e l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti», quei, diversi e ulteriori, poteri di indirizzo cui fanno riferimento le norme impugnate e che, ripetesi, non trovano alcuna base giustificativa nella legge di delega.

Nello stesso senso, del resto, milita il fatto che lo stesso legislatore del 2001, attribuendo all'Autorità di vigilanza il potere di emanare disposizioni di carattere attuativo delle norme introdotte dall'art. 11 della legge 448/2001, ha, sia pure indirettamente, escluso la esistenza di un generale potere di indirizzo della medesima Autorità.

3. Dunque, tutto bene in materia di fondazioni bancarie ?

Non proprio, forse. Per il <dovuto> riconoscimento del carattere di persone giuridiche private, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale, alle fondazioni bancarie, il prezzo pagato dal nostro sistema giuridico ed economico potrebbe in realtà essere alto.

La verità è che la vicenda delle fondazioni ha offerto l'occasione per l'emanazione di una sentenza che potrebbe segnare un punto di svolta su un terreno diverso ma persino più rilevante di quello concernente gli ex enti conferenti.

L'impressione, infatti, è che l'argomento principale usato specie nella sentenza n. 300 possa avere l'effetto di riscrivere in parte la storia dello stesso diritto bancario nazionale, fornendo i presupposti logico-giuridici necessari affinché importanti attori (le istituzioni regionali) si sentano legittimati a riedificare – nei limiti in cui lo consente la triade “diritto comunitario/potestà legislativa statale/potestà legislativa regionale concorrente”- una pluralità di sotto-sistemi creditizi dall'impronta pubblicistica (stavolta localistica, anziché centralistica). Dire che all'ordinamento del credito e del risparmio è riconducibile la competenza legislativa che l'art. 117, co. 3, Cost. riconosce alle Regioni in materia di «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale», significa infatti ammettere (tanto tacitamente quanto nettamente), e dallo scranno più

autorevole, che – a dispetto della stessa lettera dell'art. 117, il quale fa riferimento a categorie nominalistiche ormai morte e sepolte da oltre 10 anni – la potestà di intervento in materia creditizia va riconosciuta alle Regioni (tutte, e non solo quelle già qualificabili come a Statuto ordinario), oltre che allo Stato (in via implicita, poiché l'art. 117, co. 3, tratta della potestà legislativa concorrente).

Da questo punto di vista, l'interrogativo potrebbe essere spostato allora sull'art. 159 del Testo unico bancario (d.lgs. n. 385/1993), che come noto ripartisce – o forse sarebbe meglio dire ripartiva (sia consentito di rinviare ad Atelli, in *Le società*, 2002, n. 1) - le competenze in materia creditizia tra la Banca d'Italia e le sole Regioni a statuto speciale, disegnando un articolato meccanismo di convivenza delle rispettive attribuzioni. Si dilaterà, dopo la sentenza n. 300, l'ambito di applicazione di quel modello ? Quali rapporti sono destinati a questo punto a crearsi tra lo Stato (e per esso il Ministero dell'economia e delle finanze, in particolare), le Regioni tutte e la Banca d'Italia, già attestatasi dopo l'avvento della moneta unica su una posizione istituzionale residuale di titolarità in esclusiva della funzione di vigilanza sul sistema bancario, nelle Regioni a statuto ordinario?

In termini più generali, se non ci si inganna nel ritenere che le sentenze n. 300 e n. 301 possano avere rilevanza anche al di là degli aspetti riguardanti in modo più diretto e immediato le fondazioni, il via libera della Corte all'esercizio della potestà legislativa delle Regioni per quella parte dell'ordinamento del credito e del risparmio che corrisponde alla materia «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale», finisce col proporre una precisa e urgente domanda: dove va il diritto bancario nazionale?