

LE FONDAZIONI BANCARIE DAI LIDI STATALISTI ALLE TERRE DEL NON PROFIT

di Angelo BENEZIA

(di prossima pubblicazione in “Il Ponte”)

1. Il lungo viaggio: dalla Bassa Lombardia alla legge Ciampi.

Nel celebre saggio del 1851 (ora in *Saggi di economia rurale* a cura di Luigi Einaudi, Torino, 1973, p. 165) “Su le condizioni economiche e morali della Bassa Lombardia” Carlo Cattaneo osservava che “ *A mitigare in qualche modo le classi povere di Lombardia soccorre la carità, antica e generosa su questo suolo e che va sempre aumentando, perché la tendenza al beneficiare s’accresce con l’esercizio. Nella sola provincia di Milano, che conta poco più d’un mezzo milione d’ abitanti, oltre a tutti gli istituti di soccorso, si ha una rendita annua di oltre sette milioni proveniente da legati pii, da pie fondazioni per elemosine, per ospedali, per dotazioni, per stabilimenti di pubblica beneficenza: rendita ragguardevole e che nelle debite proporzioni dà un risultato di soccorso maggiore di quello che offre la tassa pei poveri d’Inghilterra*”.

Quello che oggi viene definito “Terzo settore” era dunque già assai vigoroso nel diciannovesimo secolo, e non solo in Lombardia, tanto da attrarre irresistibilmente l’ampio mantello di Crispi, che nel 1890 avvolse le opere pie trasformandole in istituzioni pubbliche.

Il viaggio, da allora, per ridare spazio alle organizzazioni espressive della società civile e dell'autonomia privata è stato lungo.

Il tessuto normativo, rimasto sostanzialmente invariato per più di un secolo, non dava ormai più conto di una realtà che, nel frattempo, era passata attraverso profonde mutazioni istituzionali e sociali.

Ai cambiamenti del quadro storico, politico ed economico, nel cui ambito si formavano nuove aggregazioni di matrice privata e orientate all'intervento in settori socialmente rilevanti, faceva riscontro la rigida barriera statalista. Ma a partire dagli anni '90 del secolo passato, ha preso ad affermarsi una disciplina frammentaria nella quale, tuttavia, è possibile ricostruire un percorso non equivoco verso il riconoscimento delle nuove forme che erano venute a crearsi.

Ricordiamo la legge 11 agosto 1991 n.266 ("Legge quadro sul volontariato"), il cui art.1, comma 1 recita che *"La Repubblica italiana riconosce il valore sociale e la funzione dell'attività di volontariato come espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo, ne promuove lo sviluppo salvaguardandone l'autonomia e ne favorisce l'apporto originale per il conseguimento delle finalità di carattere sociale, civile e culturale individuate dallo Stato (...)"*. E, ancora, il decreto legislativo 4 dicembre 1997 n.460 ("Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale"), il cui art.10 prevede anche le fondazioni tra i soggetti da ritenersi organizzazioni non lucrative di utilità sociale. Non è quindi sorprendente, ma si inserisce nel tracciato, anche se un po' tortuoso, che si stava allora costruendo, la sentenza n.396 del 1998, con la quale la Corte costituzionale ha segnato la rottura della forma giuridica pubblica imposta alle istituzioni assistenziali, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'impianto della "legge Crispi" (art. 1 della l. 17 luglio 1890, n.6972, per contrasto con l'art. 38, comma 5 Cost.).

In un quadro le cui complessità sono note, e che passa attraverso il cammino difficile dell'ammodernamento del sistema bancario italiano, iniziato con la legge Amato, la legge Ciampi si proponeva due obiettivi, anzi tre. La "restituzione" delle banche al mercato, da un lato, e la creazione di un nuovo soggetto del "terzo settore", dall'altro. La fondazione bancaria, appunto, con forte vocazione a rappresentare la società civile nel campo di interessi, come aveva prontamente osservato Pietro Rescigno (cfr. *Fondazioni bancarie e codice civile*, in Quaderni Giur. Comm., n.189, Milano, 1999, p.30) " *non individuali, collettivi e che tuttavia non diventano dello Stato né di enti pubblici, e che conservano natura privata*". Intuizione felice. Infatti l'idea che interessi pubblici e collettivi debbano inerire necessariamente alla sfera della statualità si è affermata in certi momenti della storia politica italiana, senza peraltro poter vantare solidi fondamenti economici e filosofici, al punto da non ammettere eccezioni (lo spunto è tratto da Piero Gastaldo, Intervento in *Iter Legis*, Roma, Dicembre 2002-marzo 2003, pp.100). E infine, questo è il terzo obiettivo, con la privatizzazione si volevano affrancare le fondazioni dal potere politico, come hanno rilevato Marcello Clarich e Andrea Pisaneschi (cfr. *Le fondazioni bancarie – Dalla holding creditizia all'ente non profit*, Bologna, 2001, p.62).

La vocazione a rappresentare interessi collettivi può ben dirsi ormai propria delle fondazioni bancarie, senza scalfirne la solida appartenenza al settore privato. Essa ha ricevuto, del resto, significato ulteriore nel nuovo Titolo Quinto della Costituzione, come riformato dalla legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3. Leggiamo infatti nel nuovo art. 118, quarto comma, della Costituzione, che "Stato, Regione, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

Il principio, di matrice comunitaria, sottende due obblighi, quindi, di astensione e di collaborazione. Non faccia lo Stato ciò che i cittadini possono fare da soli. E quindi le varie istituzioni statali si limitino a creare le condizioni che permettano alla persona e alle aggregazioni sociali (i c.d. corpi intermedi) di agire liberamente anche per il perseguimento di finalità di interesse generale.

2. Le nuove tentazioni stataliste e il senso di una disputa

La faticosa creazione di un *corpus* del diritto delle persone giuridiche private, di cui al Titolo II del libro primo del codice civile, ove doveva trovare la sua sede naturale la nuova disciplina preconizzata dalla legge Ciampi e dal decreto delegato (art.10, primo comma, del d. lgs. n. 153/99), ha subito una brusca battuta di arresto con la riforma tremontiana.

Le fondazioni bancarie derivano, si sa, dagli enti conferenti delle imprese creditizie erette in forma di società di capitali, come voluto dalla legge Amato. E inizialmente (d. lgs. n.356/1990) il cordone ombelicale fra le due entità doveva *ex lege* restare ben saldo: vigeva l'obbligo della permanenza del controllo pubblico e la prescrizione, sia pure transitoria, di immettere nei consigli di amministrazione e nei collegi sindacali delle banche "conferitarie", esponenti degli organi di gestione e di controllo degli enti conferenti. La successiva rivoluzione ciampiana, dopo l'intervento della "Direttiva Dini" (d.m. 18 novembre 1994), ha impresso un ben diverso indirizzo, che ha condotto a una profonda mutazione dell'assetto proprietario delle banche italiane. E ha portato, certo non quale unico, ma neppure secondario, elemento propulsivo, a un nuovo disegno della "mappa" delle sistema creditizio, favorendo un significativo processo di aggregazione, con l'incoraggiamento, del resto, della Banca d'Italia.

Nello stesso tempo, la lentezza con la quale si svolgeva la fase della dismissione del controllo sulle "società bancarie conferitarie" e l'indubbio

attivismo di alcune grandi fondazioni, nell'ambito di operazioni di aggregazione fra le più significative, e fra le più riuscite, hanno scatenato una *querelle* fra gli "antichi", per comodità definiamo così i tremontiani che tirano a rispolverare il palamidone di Crispi, e i "moderni", raccolti nella cittadella d'ACRI ... che già il Bonaparte, ci si perdonerà la freddura, assediò senza successo nel 1799.

Le ragioni della contesa sembrano chiare a tutti. Lo Stato, infatti, ha dato libero sfogo alle pulsioni di pubblicizzazione, *naturaliter* presenti nel suo patrimonio genetico. Se al cospetto della legge Ciampi non mancava chi, come Fabio Merusi (*Dalla banca pubblica alla fondazione privata. Cronache di una riforma decennale*, Torino, 2000, p.10), non esitava a proporre una perfetta corrispondenza della nuova legge con il vecchio impianto crispino, parlando di "false fondazioni di diritto privato", si può ben immaginare l'*animus* delle critiche e delle forti reazioni sprigionate da un intervento che incideva pesantemente sull'autonomia statutaria delle fondazioni. Ha così opposto fiera resistenza la composita realtà delle fondazioni bancarie, che si sono sentite sospinte nel recinto pubblico e minacciate da categorie punitive come quella del "controllo congiunto". Il contenzioso che ne è seguito è noto a tutti: reiterati interventi del Tribunale amministrativo e rimessione degli atti alla Corte costituzionale.

La disputa mette in gioco aspetti di grande rilievo.

Come ha dimostrato una ricerca guidata pochi anni fa da Fabrizio Barca (*Storia del capitalismo italiano dal dopoguerra a oggi*, Roma, 1997) l'Italia è stata a lungo contrassegnata da una forte interconnessione fra imprese bancarie e non bancarie, e fra imprese pubbliche e private. La nomina del direttore generale di grandi istituzioni creditizie apparteneva al Ministro del tesoro e a quest'ultimo apparteneva anche il potere di nomina dei presidenti e dei vice-presidenti delle casse di risparmio. In questo contesto il peso politico sul panorama bancario è stato assai elevato. Con i cambiamenti degli anni '90 del secolo scorso, e con il forte impulso alle privatizzazioni, antichi

equilibri sono stati gradualmente scardinati. Un nuovo ceto politico si è alternato nella gestione della cosa pubblica e si è così ritrovato, con sua sorpresa, senza effettive leve di potere su gran parte delle banche italiane. Reciso il cordone delle nomine politiche, questo “*deficit rappresentativo*” ha destato una forte reazione, specialmente in forze che ambivano a dare “visibilità” a componenti politiche fortemente attive sul territorio.

Proprio il rapporto con il territorio, del resto, costituisce il momento cruciale che contraddistingue le realtà creditizie minori, prima ancora e assai di più delle maggiori. La rete delle casse di risparmio, con le banche popolari, ha contribuito alla costruzione di un capitalismo piccolo-borghese (ci riportiamo ancora a Barca, op. cit., pp.430 e s.) favorendo un modello di sviluppo economico decentrato di notevole rilevanza.

Ebbene il mondo delle casse di risparmio, per molti versi emblematico, si è rapidamente assestato dopo la rivoluzione di Ciampi, e i nuovi statuti costituiscono un ottimo esempio di adeguamento del sistema, in stretta relazione con la società civile e con il territorio di appartenenza. Risultato, le fondazioni delle casse di risparmio “di provincia”, hanno costituito e costituiscono, spesso con una accorta politica di alleanze industriali con le banche maggiori, un fattore di equilibrio e di sostegno delle economie locali difficilmente sostituibile. Del resto anche il mitico legislatore ha fatto due conti, ed è giunto alla conclusione che cosa saggia sarebbe stata rinviare per un altro quadriennio, per le fondazioni bancarie minori, la data di scadenza del termine dilatorio quadriennale, già previsto al 15 giugno 2003 per la dismissione del controllo sulle rispettive banche “conferitarie” (art.80, comma 20, della legge 27 dicembre 2002, n.289).

3. Specificità e autoreferenzialità: vizio genetico o virtù?

E’ sotto gli occhi di tutti la forte presenza delle fondazioni nelle banche dalle quali esse hanno tratto la loro origine. Ed è questa residua influenza,

pur non rientrante nel concetto di controllo (salvo a vedere l'esito anche sotto questo profilo dei sollevati incidenti di costituzionalità) a costituire il perdurante *casus belli* fra gli "antichi" e i "moderni".

Qui sta la specificità. Senza controllare le banche, le fondazioni bancarie costituiscono tuttavia un evidente punto di riferimento per assicurarne la stabilità di governo. Ed ecco il punto: l'indubbio dinamismo di alcune fondazioni, che sia pur con risultati talora eccellenti hanno interpretato il loro ruolo in termini non dissimili dalle *holding* finanziarie, ha scatenato reazioni di genuina e comprensibile preoccupazione insieme ad altre meno disinteressate. E' stata da molti denunciata quella che è sembrata una vera e propria anomalia.

Di siffatta "anomalia" unico rimedio sarebbe stato imporre l'obbligo di dismettere non soltanto il controllo delle società bancarie conferitarie, ma anche ogni partecipazione rilevante. Naturalmente un divieto del genere avrebbe urtato contro il principio dell'autonomia privata delle fondazioni. Si è così preferito agire sul terreno del controllo, irrigidendone non già l'ampia descrizione normativa per il caso del controllo solitario, quanto i confini nel caso di compresenza di più fondazioni nel capitale di una banca: il controllo congiunto, in tal caso, ricorre quando esso "è riconducibile, direttamente o indirettamente, a più fondazioni, in qualunque modo o comunque sia esso determinato" (così il comma 5-bis dell'art. 6 del d. lgs. N. 153/99, come introdotto dalla riforma tremontiana). La "cecità" della regola conduce a risultati paradossali. Nulla vieta, ad esempio, che una fondazione acquisti una partecipazione, anche piccola, nel capitale di una banca già partecipata da altra fondazione. Dovrà quest'ultima dismettere in tutto o in parte la propria quota partecipativa pregressa? Se così fosse, l'irrazionalità e l'ingiustizia sarebbero evidenti. O sarà la prima a dover cedere le azioni appena acquistate? E se così fosse, in pratica si sarebbe istituito un divieto di acquisto parimenti irrazionale. Su questo *vulnus* al buon senso, prima

ancora che alla carta fondamentale dovrà esprimersi fra non molto la Corte costituzionale.

A ben vedere, si critica la pretesa “anomalia” con un solo *grand argument* : le fondazioni bancarie sono un ente privato sì, ma “autoreferente”. Ora su questo marchio della “autoreferenzialità”, tutto sommato recente, al di fuori del linguaggio logico (“Io contengo tre T” è una frase, si dice, logicamente autoreferenziale), ci si dovrebbe intendere meglio di quanto non abbia fin qui consentito l’uso corrente del termine. Più che altro adoprato ormai, e in più campi, come qualificazione denigratoria.

Tale espressione è ignota alla teoria dell’argomentazione giuridica. Ove, semmai, si ricorre alla censura di “tautologia” quando un’affermazione si presenta come risultante da una definizione, da una convenzione puramente linguistica (Perelman-Tyteca, *Trattato dell’argomentazione*, Pref. di N. Bobbio, Torino, 1966, p. 230). E per la giustificazione degli enunciati dogmatici si parla di verifica sistematica, o di controllo di coerenza, ma non si scomoda certo l’autoreferenzialità quale forma critica (R. Alexi, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, Milano, 1998, trad. di C. Mazzoni e V. Marano, presentazione di Luigi Mengoni, p. 210).

In realtà la discussione riguarda, nel caso nostro, il fondamento giustificativo dell’agire della fondazione bancaria. Sotto questo profilo il tema saliente è quello della responsabilità. Un soggetto privato e libero, nella misura in cui non “risponde” del proprio operato a un’istanza superiore, può dirsi, secondo questa tecnica definitoria, “autoreferenziale”. Ma allora, come ha osservato Renzo Costi (intervento per l’Istituto Sturzo, cfr. www.sturzo.it) le fondazioni bancarie affrontano il rischio dell’autoreferenzialità né più né meno di qualsiasi altra fondazione.

Cominciamo a vederci un po’ più chiaro. Se per autoreferenzialità si vuol significare, come del resto insegna il Devoto-Oli, una manifestazione di

“autonomia assoluta sul piano della realtà pratica e concettuale”, allora rimproverare le fondazioni bancarie di essere autoreferenziali val quanto rinfacciare al cavallo la sua “equinità”.

A ben vedere, il tema del dibattito non dovrebbe riguardare la questione dell'autoreferenza in termini di irresponsabilità, in quanto, come si è appena visto, le fondazioni bancarie non sono più irresponsabili di quanto non lo sia qualsiasi altra fondazione. L'attenzione dovrebbe concentrarsi, piuttosto, sulla *governance*. Da questo punto di vista, se è vero che non si può assicurare la Marchesa, che tutto va ben, è anche vero che la struttura tripartita, indicata dalla legge Ciampi e ora da tutti praticata, mette al riparo dai rischi maggiori.

La questione è un'altra. Affinché le fondazioni, tutte indistintamente, possano soddisfare i requisiti di *accountability* che giustamente si pretende da loro, occorre che si compia il percorso della riforma, e che un'autorità indipendente sia deputata a “*assicurare la correttezza della gestione e la tutela degli interessi al cui perseguimento le fondazioni debbono indirizzare la propria attività*”, come osservava ancora Renzo Costi in tempi non sospetti (cfr. *Linee di politica legislativa del decreto 153/99* , in Banca Impresa Società, 2000, p. 119).

L'accusa di autoreferenzialità, in sostanza, con il potere evocativo di una formula mai esplorata, è stata proposta, da taluno, quale argomento di sostegno per una riforma che, sull'onda di emozioni pulsanti soprattutto in certe aree del Nord Italia, attribuisse un peso “prevalente” al territorio. Questo da intendersi non già come espressione della presenza della società civile locale, secondo forme liberamente individuate, ma quale manifestazione necessitata di una rappresentanza politica.

Ma il concetto di rappresentanza e di popolo, così ambiguamente ricorrenti oggidi in varie sedi (v, in questo senso Gastaldo, op. cit., pp. 101 e

s.) quando diventi l'unico strumento di legittimazione conduce fatalmente verso forme di democrazia totalitaria e non concede spazio alla pienezza della vita collettiva, a quella *aurea medietas* di cui parla Gustavo Zagrebelsky per spiegare l'essenza della "mitezza costituzionale" (cfr. *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp.13 e s.). Che l'Accademia delle Scienze partecipi alla formazione dell'organo di indirizzo di una fondazione bancaria esprime pienamente l'esigenza partecipativa della società civile, ma ben poco ha da spartire con la logica di "rappresentanza del popolo".

Questa essendo, secondo numerosi osservatori, la reale portata della posta in gioco, non resta che prenderne atto, con la consapevolezza che il discorso passa dalla sede dell'analisi e del discorso giuridici, al piano propriamente politico, nel quale non è qui il caso di addentrarci.

Sembra tuttavia possibile affermare che il rimprovero di "autoreferenzialità" nei confronti delle fondazioni bancarie così come disegnate dalla riforma Ciampi, pur fondato *in parte qua*, in attesa della promessa riforma settoriale, sottoposto ad attenta analisi, riduca di molto il suo peso. E a ben vedere lo stesso concetto, superata la sua vaghezza e quando sia rettamente inteso, meglio si presta a descrivere uno degli *essentialia* delle fondazioni, piuttosto che una deriva di queste ultime su posizioni "irresponsabili".

La disamina, in definitiva, attiene al grado di affidamento che le strutture di amministrazione, gestione e controllo delle fondazioni sono in grado di offrire circa la possibilità di escludere l'arbitrio, che costituisce il vero pericolo di qualsiasi forma di governo. Vale sempre, infatti, l'insegnamento di Benjamin Constant, nei *Principes de Politique*, ove si ricorda che "*Rien n'est à l'abri de l'arbitraire, quand une fois il est toléré. Aucune institution lui échappe*". Proprio per questo l'arbitrio non va tollerato, ma contrastato con le lotte civili e con il fermo ricorso alla tutela dei giudici della legittimità delle leggi.

4. Il ruolo delle fondazioni bancarie quali investitori a vocazione stabile. Ossia come Ulisse ha resistito al canto delle sirene.

Questo intervento non vuole teorizzare la funzione delle fondazioni bancarie alla stregua dell'aspirina. Non intendiamo sostenere, quindi, che una fondazione ogni tanto, nel capitale delle banche, faccia sempre bene. Ogni concreta realizzazione del modello ha la sua specificità, e quindi anche i suoi aspetti che, talora, possono rasentare la patologia. Il panorama del mondo finanziario italiano, e quello delle grandi banche in particolare, sarebbe comunque ben diverso da quello con il quale ci confrontiamo, se non fossero esistite le fondazioni bancarie, questo è ovvio. Diciamo "ben diverso", lasciando a ciascuno, a seconda che sia iscritto fra gli "antichi" ovvero fra i "moderni", per stare al gioco, la legittima espressione di opinioni differenti.

Certo è che, quando i più forti competitori interni si confrontano con le classifiche delle banche internazionali, ci vuol pazienza e si devono scorrere alquanto i primi posti, e poi anche quelli subito dopo, per arrivare ai nostri campioni. Ma questo è fenomeno comune non al solo settore creditizio, toccando l'industria e i servizi, sia privati sia soprattutto pubblici. E allora non sembra corretto focalizzare l'attenzione sul sistema bancario italiano per trarre, con l'argomento del *post hoc ergo propter hoc*, la conclusione che le fondazioni bancarie avrebbero fin qui costituito un fattore di freno dello sviluppo e della crescita dimensionale delle banche italiane.

L'interdipendenza del sistema creditizio e finanziario con le criticità del Paese sono evidenti, ed è quest'ultimo a scivolare in basso nelle classifiche, portando con sé i soggetti che, per galleggiamento, tutti assieme salgono o scendono per effetto di maree che non interessano soltanto le italiche coste.

Ma, in concreto, nel breve periodo della loro attività dopo la riforma della legge Ciampi, qual è stato il senso dell'operare delle fondazioni bancarie e qual è il compito che le attende sul fronte della loro partecipazione, non di controllo, al capitale delle banche?

Anche a un osservatore distratto delle vicende finanziarie e del risparmio di questi ultimi anni, non sono sfuggiti i guasti inferti al sistema dai grandi dissesti, a partire dal caso Enron per passare a World Com. Si è da molti lamentato che non è mai bastevole la trasparenza, e la reazione americana, con la legge Sarbanes Oxley, è stata nella direzione di rinforzare l'indipendenza degli amministratori, inasprire le pene per i reati finanziari (quando in Italia si va in direzione opposta...), e così via.

Anche da noi i codici di autodisciplina si sprecano. Non sembra tuttavia che si sia meditato abbastanza sul fatto che, fino a non molto tempo fa, il "risparmiatore" – ma non sarebbe più giusto parlare di speculazione generalizzata? - si attendeva rendimenti assurdi e a breve, che per "creazione di valore" si intendeva il rapido accrescimento delle quotazioni borsistiche, più che l'incremento duraturo del capitale economico, frutto di investimenti mirati e non a breve, come è il caso delle spese di ricerca.

Tutti queste sollecitazioni al facile guadagno sono state come il canto delle sirene, irresistibile e fatale. Contro tentazioni del genere, che denunciano anche il vuoto, tuttora da colmare, sul fronte dei fondi pensione, occorrono azionisti a vocazione stabile che, come Ulisse, si leghino all'albero della nave. Ossia scelgano politiche di investimento duraturo e con la loro presenza inducono il *management* a progetti di lungo e proficuo respiro.

Nell'esperienza straniera le fondazioni hanno spesso svolto egregiamente tale funzione, e con successo. I casi Kellogg, Bosch, Hewlett – Packard stanno a indicarlo.

Questo è stato, in parte, il ruolo giocato finora dalle fondazioni bancarie.

E questa, soprattutto, è la scommessa che le attende nel processo di consolidamento che uno Stato “leggero” non dovrebbe disturbare. Anche perché, come osservava icasticamente Cattaneo: ” La tendenza al beneficiare s’accresce con l’esercizio”.

Angelo Benessia