Cresce l'autonomia delle fondazioni bancarie

di Giuseppe Busia

(di prossima pubblicazione su Guida al Diritto del Il Sole 24 Ore)

Con il regolamento in commento, giunge finalmente a (quasi completa) conclusione il travagliato cammino normativo delle fondazioni di origine bancaria. Il decreto del Ministero dell'Economia n. 150 del 18 maggio 2004 (di seguito, semplicemente, "regolamento 150") segna infatti il momento di arrivo della lunga vicenda partita alla fine del 2001 con una radicale riforma legislativa di questi enti, successivamente quasi completamente annullata da due fondamentali sentenze della Corte costituzionale. Sentenze, alle quali il decreto in commento dà concreta attuazione, riconoscendo nei fatti alle fondazioni -nate da una costola delle casse di risparmio- la natura di persone giuridiche private, "dotate di piena autonomia statutaria e gestionale".

Nei prossimi mesi, si aprirà una nuova stagione di modifiche statutarie, diretta ad adeguare l'ordinamento interno delle singole fondazioni alle disposizioni appena approvate. Ciò, però, con una portata ben diversa da quella che era stata pensata dal legislatore del 2001, dato il ridimensionamento operato dai giudici delle leggi.

In generale, scorrendo gli articoli del decreto, emerge un notevole ampliamento dell'autonomia di questi enti senza fini di lucro: le ragioni di ciò vanno certamente ricercate nella richiamata declaratoria di incostituzionalità. Tuttavia, è lo stesso regolamento ad esaltare ed in qualche modo ad ampliare ulteriormente tale autonomia. Ed infatti, si ha quasi l'impressione che, dopo tante "bocciature" da parte degli organi giurisdizionali e consultivi, il Ministero dell'economia abbia voluto evitare di intervenire anche dove avrebbe forse potuto, limitandosi in alcuni passaggi a riprodurre quanto la legge stabiliva già e tralasciando quindi di dare più puntuale regolazione.

Saranno dunque le fondazioni, nella propria autonomia di enti privati, a doversi dare -con i rispettivi ordinamenti interni- le garanzie necessarie per assicurare che gli ingenti patrimoni di cui sono titolari vengano effettivamente gestiti in modo da assicurare un'adeguata redditività e che i loro frutti siano realmente impiegati a fini di utilità sociale.

La storia di un progressivo distacco dalle banche

Il regolamento in commento -che abroga e sostituisce il precedente n. 217 del 2 agosto 2002, di seguito, anche, "regolamento 217"- contiene importanti disposizioni sui principali nodi critici intorno ai quali si è sviluppato il dibattito in questi anni: dagli ambiti di intervento nei quali può esercitarsi l'attività delle fondazioni, alla composizione dell'organo di indirizzo, passando per le incompatibilità dei soggetti che ricoprono cariche all'interno delle fondazioni, i vincoli nella redazione del bilancio, nonché la nozione di controllo congiunto sulle società bancarie. Poiché -come detto- esso rappresenta il frutto di un complesso percorso normativo e giurisdizionale, per comprendere pienamente il contenuto delle sue disposizioni, è necessario ripercorrere brevemente almeno i passaggi più significativi di tale cammino.

Le fondazioni -come accennato- nascono alla stregua di un frutto, forse neanche troppo meditato, del processo di ristrutturazione bancaria con la cosiddetta legge Amato (legge di delega n. 218/1990 e d.lgs. n. 356 del 1990). Esse erano chiamate ad effettuare l'operazione di "conferimento" dell'azienda bancaria, e poi dedicarsi a scopi di utilità sociale e promozione dello sviluppo economico, operando -soprattutto attraverso l'erogazione di finanziamenti- in settori quali la ricerca scientifica, l'istruzione, l'arte, la sanità, l'assistenza ai più deboli.

Mentre all'inizio tali enti avevano l'obbligo di mantenere la propria partecipazione maggioritaria nella banca oggetto del conferimento; a partire dal 1994, tale obbligo è stato abbandonato: anzi, con la legge n. 474 sono stati previsti alcuni significativi incentivi per la dismissione delle partecipazioni bancarie, soprattutto al fine di diversificare gli assetti societari delle banche medesime. Il processo era giunto a quello che sarebbe dovuto essere un punto di arrivo con la cosiddetta legge Ciampi (l. di delega n. 461/1998, alla quale è stata data attuazione con il decreto legislativo n. 153/99) ed il conseguente processo di revisione degli statuti delle singole fondazioni, realizzato sotto l'occhio vigile del Ministero del Tesoro (oggi dell'Economia). Quest'ultimo, infatti, in attesa della riforma del Titolo II del Libro I del codice civile sulle persone giuridiche private, svolge il ruolo di Autorità di vigilanza sulle fondazioni.

Gli effetti delle sentenze della Corte costituzionale

Alla fine del 2001, però, nel convulso iter di approvazione della legge finanziaria, venne votato un emendamento che cambiava in radice il regime di questi enti. Vi si prevedeva infatti, fra l'altro, che l'Autorità di vigilanza potesse modificare l'elencazione dei settori rilevanti nei quali le fondazioni sono chiamate ad operare, e che l'organo di indirizzo fosse composto con una rappresentanza prevalente degli enti territoriali. Si introducevano inoltre rilevanti novità in materia di incompatibilità per i soggetti che ricoprono incarichi all'interno delle fondazioni, nonché con riguardo alla definizione di controllo sulle società bancarie (art. 11, legge n. 488/2001).

In seguito a tali modifiche -da subito osteggiate dalle fondazioni, che vedevano profondamente ridimensionata la propria autonomia- è cominciato un muro contro muro con il Ministero dell'Economia, condotto anche in sede giurisdizionale, fino alla Corte costituzionale, intervenuta sulla base delle censure sollevate dal Tar del Lazio con l'ordinanza n. 803/2003 e da cinque Regioni che si ritenevano lese nella propria competenza legislativa. La Corte si è pronunciata nel settembre 2003 con le sentenze nn. 300 e 301, riconoscendo definitivamente e senza ambiguità la natura di enti privati delle fondazioni, come tali rientranti nell'ordinamento civile e quindi soggette alla legislazione esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lett. l) della Costituzione. I giudici delle leggi hanno altresì dichiarato l'incostituzionalità delle norme che assegnavano la maggioranza negli organi di indirizzo ai rappresentanti di regioni, province, comuni e città metropolitane, stabilendo invece che la prevalenza deve essere attribuita ad una rappresentanza qualificata di enti espressivi della realtà locale che siano non solo pubblici ma anche privati. Gli stessi giudici hanno poi ravvisato un contrasto con la Carta fondamentale nelle disposizioni che consentivano all'Autorità di vigilanza di modificare, con un atto amministrativo, l'elenco dei settori nei quali operano le fondazioni, essendo questi -fra l'altro- fissati dalla normativa primaria. Infine, hanno ristretto il concetto di controllo congiunto da parte di più fondazioni presenti contemporaneamente nell'azionariato di una banca, riconoscendone l'esistenza solo nel caso in cui sussista fra di esse un patto di sindacato accertabile, riducendo inoltre le incompatibilità per i componenti gli organi delle fondazioni, e limitandoli ai casi di presenza in società che siano in rapporto di partecipazione o di controllo con la banca conferitaria.

Nel frattempo, erano anche intervenute due ulteriori innovazioni normative che avevano riconosciuto la possibilità, per questi enti, di investire fino al 10 per cento del proprio patrimonio in

immobili non strumentali; nonché differito al 31 dicembre 2005 il termine entro cui le fondazioni di maggiori dimensioni devono disfarsi del controllo delle banche conferitarie (per le fondazioni con un patrimonio inferiore ai 200 milioni di euro, invece, l'obbligo di dismissione è completamente venuto meno: decreto legge n. 143/2003, convertito nella legge n. 212/2003).

È dunque questo il quadro ed il percorso normativo che il regolamento 150 era chiamato ad attuare, in attesa che la prevista riforma del codice civile inserisca la disciplina di questi enti all'interno di quella delle persone giuridiche private. Il compito di emanare il regolamento in commento era stato affidato al Ministro dell'economia –nella sua veste di Autorità di vigilanza- dall'art. 11, comma 14 della citata legge n. 448/2001, prevedendo altresì che le fondazioni avrebbero avuto novanta giorni di tempo per adeguare i propri statuti alle nuove disposizioni.

Al riguardo, occorre anche sottolineare che –come ha opportunamente notato il Consiglio di Stato nel dare il via libera allo schema di decreto (adunanza del 22 marzo 2004)- tale regolamento ha carattere meramente attuativo, essendo emanato ai sensi del comma 3 dell'art. 17 della legge n. 400/1988 e non sulla base dei commi 1 e 2. Da ciò discendeva *ab origine* l'impossibilità che con esso si provvedesse a fissare limiti ulteriori per le fondazioni, rispetto a quelli già stabiliti dalla legge (come modificata in seguito alla declaratoria di parziale costituzionalità).

Maggiore discrezionalità per le fondazioni nella scelta dei settori in cui operare

Le prime novità riguardano l'attività istituzionale delle fondazioni, sulla quale era intervenuta in modo rilevante la Corte costituzionale (art. 2 del regolamento in commento). Come noto, tali enti possono perseguire esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti. Ed il legislatore ha individuato puntualmente i settori nei quali possono indirizzare la propria attività (i cosiddetti “settori ammessi”): si va dalla famiglia all'istruzione, dal volontariato alla protezione dei consumatori, dalla prevenzione della criminalità allo sviluppo locale, passando per la salute, l'arte, l'attività sportiva, la ricerca scientifica e la protezione dell'ambiente. Secondo quanto accennato, però, dopo l'intervento della Corte costituzionale è venuto meno il potere dell'Autorità di vigilanza di modificare tale elencazione con proprio regolamento.

All'interno di questi, ciascuna fondazione è chiamata a scegliere, ogni tre anni, i “settori rilevanti» nei quali operare in via prevalente “assicurando, singolarmente e nel loro insieme, l'equilibrata destinazione delle risorse e dando preferenza ai settori a maggiore rilevanza sociale” (art. 2 d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, come sostituito dal comma 3 dell'art. 11, l. n. 448/2001).

Così, il regolamento 150, seguendo il solco tracciato dal legislatore, dopo aver ricordato che gli statuti possono definire specifici ambiti territoriali verso cui indirizzare l'attività della fondazione, prevede che ciascun ente scelga, “nell'ambito dei settori ammessi, un massimo di cinque settori (rilevanti), anche appartenenti a più di una delle categorie di settori ammessi”. Da sottolineare che invece il regolamento 217 prevedeva la scelta di un massimo di 3 settori, limitando quindi maggiormente la discrezionalità degli enti.

La scelta dei settori rilevanti potrà essere effettuata direttamente dallo statuto o con un altro deliberato dell'“organo della fondazione competente secondo lo statuto”. Anche qui si deve evidenziare che il precedente regolamento imponeva alle fondazioni di attribuire tale potere all'organo di indirizzo. Tuttavia, sebbene questo vincolo sia venuto meno, non ci si nasconde che è proprio quest'ultimo l'organo a cui più naturalmente dovrebbe essere attribuito tale potere.

Resta fermo, invece, il fatto che della scelta dei settori rilevanti e delle sue modificazioni deve sempre essere data comunicazione all'Autorità di vigilanza. Inoltre, ove la scelta medesima comporti una modifica dello statuto, troverà applicazione la procedura prevista per tali modifiche, in base alla quale le stese sono approvate con un provvedimento dell'Autorità di vigilanza, da emanarsi entro sessanta giorni dal ricevimento della relativa documentazione. Decorso tale termine, scatta invece il silenzio assenso, e le modificazioni si intendono approvate. Se, però, la stessa Autorità formula delle osservazioni, il termine è interrotto e ricomincia a decorrere dalla data di ricevimento della risposta da parte della fondazione interessata (art. 10, comma 3, lettera c, d.lgs. n. 153/1999).

Crescono i margini di autonomia nella distribuzione del reddito

Le fondazioni dovranno dunque operare in via prevalente nei settori rilevanti così individuati, assegnando ad essi il reddito residuo dopo le destinazioni riservate alle spese di funzionamento, agli oneri fiscali ed alla riserva obbligatoria determinata dall'Autorità di vigilanza (lett. lett. a), b) e c), art. 8, d.lgs. n. 153/1999). Scompare, invece, rispetto al regolamento 217, il vincolo a ripartire il reddito tra i settori rilevanti “in misura equilibrata e secondo un criterio di rilevanza sociale” (art. 2, comma 3), lasciando così maggiore autonomia alle fondazioni.

La restante parte del reddito, dopo le destinazioni appena indicate, nonché dopo quelle relative al reinvestimento del reddito ed agli accantonamenti e riserve facoltativi previsti dallo statuto, potrà essere diretta a uno o più dei settori ammessi, salve le destinazioni vincolate dalla legge. Rispetto al regolamento 217, qui è venuto meno l'obbligo di distribuire il reddito nei settori ammessi “secondo un criterio di rilevanza sociale e, per ciascun settore, in misura non superiore a quanto destinato al singolo settore rilevante”. È scomparso altresì il potere dell'Autorità di vigilanza di “segnalare i settori ammessi nei quali è meno presente l'attività complessiva delle fondazioni, al fine di richiamare l'attenzione” delle stesse nella scelta della destinazione del reddito residuo e “al fine di assicurare un'equilibrata cura dei settori ammessi nel quadro dell'attività complessiva delle fondazioni” (art. 2, comma 4 del regolamento 217).

Gli enti territoriali perdono terreno nella composizione dell'organo di indirizzo

Molto rilevanti –grazie essenzialmente all'intervento della Corte costituzionale- anche le novità per quanto attiene alla composizione dell'organo di indirizzo (art. 3 del regolamento in commento). Tali organismi dovranno infatti essere costituiti da una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti espressivi delle realtà locali. Tuttavia, questi enti non saranno più solamente quelli pubblici –come prevedeva il regolamento 217, che incaricava della relativa designazione regioni, province, comuni e città metropolitane- ma anche privati. Spetterà dunque allo statuto identificare con grande libertà gli enti (pubblici e privati) espressivi delle realtà locali e regolamentarne i poteri di designazione o di nomina, con l'unico vincolo di “consentire un'equilibrata composizione dell'organo di indirizzo e da garantire che nessun singolo soggetto possa designare o nominare la maggioranza dei componenti”.

Grazie alla grandissima discrezionalità lasciata in tale modo alle fondazioni nella scelta della parte maggioritaria dell'organo di indirizzo (quella legata al territorio), diventa meno significativa la composizione della restante parte dell'organo medesimo, tanto che questa, nel testo in commento, viene definita come “eventuale”. Ciò, lasciando intendere che le fondazioni potranno anche decidere di accontentarsi della “rappresentanza del territorio”. Tutto questo segna un accrescimento dell'autonomia statutaria anche ulteriore rispetto a quanto previsto dal legislatore, e trova probabilmente giustificazione nella circostanza che, all'interno degli amplissimi criteri fissati per la scelta della

componente maggioritaria dell'organo di indirizzo, può di fatto rientrare la quasi totalità dei soggetti che normalmente sono chiamati a costituire gli organismi in discorso.

In ogni caso, il regolamento prevede che la parte minoritaria dell'organo di indirizzo dovrà (eventualmente) essere costituita da personalità che, per professionalità, competenza ed esperienza -“in particolare nei settori cui è rivolta l'attività della fondazione”- possano efficacemente contribuire al perseguimento dei fini istituzionali. Tali personalità dovranno essere designate o nominate da soggetti -persone fisiche o giuridiche- di riconosciuta indipendenza e qualificazione, operanti nei settori di intervento della fondazione.

Anche per tale parte, la discrezionalità delle fondazioni nella scelta delle personalità sembra comunque più ampia che in passato. Ciò, non tanto perché è venuto meno il riferimento alla “chiara fama” delle personalità prescelte ed alla loro “indipendenza” (requisiti che si spera restino fermi, più che nelle disposizioni normative, nella prassi applicativa), quanto perché la competenza e l'esperienza richieste non sono più “specifiche nei settori di intervento della fondazione”, ma -come detto- basta che facciano riferimento “in particolare” ai settori medesimi.

Sarà lo statuto a determinare le procedure di nomina

Inoltre, mentre nel regolamento 217 era assolutamente vietato il metodo della cooptazione per la formazione dell'organo di indirizzo (art. 3, comma 5), da oggi gli statuti potranno prevedere ipotesi di nomina attraverso tale metodo, con l'unico vincolo che si tratti -questa volta esplicitamente- di “personalità di chiara ed indiscussa fama” (art. 3, comma 3).

Come in passato, alcune regole speciali sono previste per le fondazioni di origine associativa, i cui statuti potranno attribuire alle assemblee il potere di designare fino alla metà dei componenti l'organo di indirizzo, restando per la rimanente parte validi i criteri sopra indicati.

L'autonomia delle fondazioni cresce anche con riferimento alle procedure di nomina dei componenti. Mentre, infatti, il regolamento 217 fissava al riguardo regole stringenti, sostanzialmente vietando che gli organi designanti dovessero limitarsi a proporre delle rose di nomi, all'interno delle quali le fondazioni avrebbero poi provveduto a scegliere i candidati più graditi; e stabiliva nel dettaglio i passaggi procedurali da seguire per la nomina. Il regolamento in commento lascia invece che ciascuna fondazione determini autonomamente -con lo statuto- le procedure di verifica della sussistenza dei requisiti, delle incompatibilità e delle cause di sospensione e di decadenza dei componenti dell'organo di indirizzo. Solo per il caso di assenza di una previsione statutaria, e quindi in via residuale, viene stabilita una procedura comune. In base ad essa, l'organo di indirizzo in carica, ricevuta la designazione, verifica, sotto la propria responsabilità, la regolarità della designazione, l'esistenza dei requisiti e l'assenza di cause di incompatibilità e di conflitti di interesse e procede alla nomina entro quindici giorni dal ricevimento della designazione. In caso di mancanza o impossibilità di funzionamento dell'organo di indirizzo provvede l'organo di controllo (art. 3, comma 5).

Margini più ampi di autonomia nel fissare i casi di incompatibilità

Rispetto al regolamento 217, in quello in commento mancano disposizioni specifiche sui requisiti di professionalità ed onorabilità dei soggetti chiamati a comporre gli organi delle fondazioni: per essi si dovrà dunque fare riferimento ai soli (e necessariamente generici) vincoli di legge, oltre a quelli che gli statuti decideranno di fissare.

Anche con riferimento alla determinazione dei casi di incompatibilità le fondazioni guadagnano ulteriori spazi di autonomia. Si è infatti stabilito che i soggetti che svolgono funzioni di

amministrazione, direzione o controllo presso la fondazione non possano ricoprire le stesse funzioni, oltre che presso la società bancaria conferitaria, presso le sue controllate o partecipate. Nel regolamento 217, il divieto si estendeva invece a tutte le altre società operanti nel settore bancario, finanziario o assicurativo, ad eccezione solamente di quelle, non operanti nei confronti del pubblico, di limitato rilievo economico o patrimoniale (quelle con un patrimonio o un fatturato annuo inferiore a 5 milioni di euro).

Nel passato regime, inoltre, le incompatibilità appena richiamate valevano anche per i componenti l'organo di indirizzo, mentre da oggi a questi ultimi saranno solamente interdette le funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la società bancaria conferitaria.

Infine, in sostituzione di alcune disposizioni sicuramente più dettagliate e stringenti, nel regolamento in commento si prevede solamente che i componenti degli organi delle fondazioni non potranno essere destinatari di attività delle fondazioni stesse a loro diretto vantaggio, salvi gli interventi destinati a soddisfare gli interessi, generali o collettivi, espressi dagli enti designanti.

Obbligo di dare evidenza nel bilancio ai singoli impieghi e alla loro redditività

Sempre rispetto alla previgente disciplina, risultano “asciugate” anche le disposizioni relative al bilancio. Al riguardo, infatti, il regolamento 150 si limita a prevedere che nel bilancio le fondazioni devono dare separata e specifica evidenza agli impieghi effettuati e alla relativa redditività e che, a fini informativi, devono indicare nel documento programmatico previsionale gli impieghi realizzati (art. 5).

In questo caso, però, il venir meno di alcune disposizioni che erano presenti nel regolamento 217 non si traduce immediatamente in un accrescimento di discrezionalità delle fondazioni. Le vecchie disposizioni (l'art. 6 del regolamento 217, ed in particolare i commi 1 e 2), infatti, erano in gran parte riprodotte di disposizioni di rango legislativo, che continuano ad avere vigore. Così, anche in futuro, le fondazioni dovranno diversificare il rischio di investimento del patrimonio impiegandolo in modo da ottenerne un'adeguata redditività ed assicurando il collegamento funzionale con le loro finalità istituzionali ed in particolare con lo sviluppo del territorio (art. 7, comma 1, d.lgs. 153/1999).

Il controllo sulla banca sussiste solo se vi è un patto di sindacato

Con riferimento alle partecipazioni bancarie di controllo, il regolamento 150 era chiamato a dare attuazione alle prescrizioni della Corte costituzionale, la quale –come sopra accennato- ha ritenuto potesse riconoscersi il controllo congiunto da parte di più fondazioni su una banca solo nel caso in cui esista fra le stesse un patto di sindacato accertabile (si veda in particolare al punto 11 di diritto della citata sentenza n. 301). Conformandosi a tali precetti, il regolamento in commento abbandona le formule estremamente vaghe del testo previgente (che portava a riconoscere forme di controllo anche in assenza di accordi fra le fondazioni), e dispone che una società bancaria o capogruppo bancario si considera sottoposta a controllo congiunto di due o più fondazioni, (solo) quando esse, mediante accordi di sindacato, realizzano le ipotesi previste dall'art. 6 del d.lgs. n. 153/1999.

Come è noto, quest'ultima disposizione riconosce il controllo nei casi previsti dall'articolo 2359, primo e secondo comma, del codice civile e stabilisce che il controllo si considera esistente nella forma dell'influenza dominante, ai sensi del primo comma, n. 2, dell'articolo 2359 del codice civile quando: a) la fondazione, in base ad accordi in qualsiasi forma stipulati con altri soci, ha il diritto di nominare la maggioranza degli amministratori, ovvero dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; b) la fondazione ha il potere, in base ad accordi in qualsiasi forma stipulati con altri soci, di subordinare al proprio assenso la nomina o la revoca della maggioranza degli

amministratori; c) sussistono rapporti, anche tra soci, di carattere finanziario e organizzativo idonei ad attribuire alla fondazione i poteri o i diritti di cui alle lettere a) o b).

Si è infine previsto che, nell'ipotesi venga accertato il controllo nelle forme appena richiamate, le fondazioni saranno tenute a sciogliere l'accordo di sindacato o a recedere da esso entro novanta giorni dalla data di comunicazione da parte dell'Autorità di vigilanza.

Novanta giorni di tempo alle fondazioni per cambiare gli statuti

La "generosità" mostrata dal regolamento in commento nei confronti delle fondazioni e dei soggetti che compongono i loro organi interni si evidenzia anche per quanto attiene al regime transitorio che porterà alla definitiva applicazione delle disposizioni appena approvate. Le fondazioni i cui statuti prevedono una composizione dell'organo di indirizzo non conforme al regime sopra descritto avranno infatti novanta giorni di tempo dall'entrata in vigore del regolamento medesimo per adeguare i propri statuti (determinando altresì le modalità e i tempi di entrata in carica del nuovo organo di indirizzo). A questi si aggiungeranno di fatto i sessanta giorni lasciati a disposizione dell'Autorità di vigilanza per esprimere eventuali osservazioni, ed i termini ulteriori che scattano nel caso in cui tali osservazioni siano effettivamente formulate.

In ogni caso, il mandato degli organi di indirizzo e di amministrazione attualmente in carica non sarà computato ai fini del limite in base al quale gli stessi possono essere confermati per una sola volta (art. 4, comma 1, lettera i), d.lgs. n. 153/1999). Per tale ragione, i loro componenti potranno eventualmente svolgere altri due mandati.

Inoltre, nel caso in cui tali soggetti non rispondano pienamente ai requisiti e alle incompatibilità sopra richiamati potranno dormire sonni tranquilli, in quanto le relative disposizioni troveranno applicazione solamente dopo le modifiche statutarie ed il rinnovo degli organi ad esse successivo.